



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Тамара Ђурђић-Милошевић
ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ
ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА
Докторска дисертација

Крагујевац, 2018.

<i>I. Аутор</i>
Име и презиме: Тамара Ђурђић-Милошевић
Датум и место рођења: 29. јуна 1981, Ниш
Садашње запослење: асистент за ужу грађанскоправну научну област (Наследно право), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
<i>II. Докторска дисертација</i>
Наслов: Ограничење слободе завештајних располагања
Број страница: 440
Број слика: //
Број библиографских података: 246
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Научна област (УДК): Грађанскоправна научна област УДК 347.67(043.3).
Ментор: др Драгица Живојиновић, редовни професор Правног факултета у Крагујевцу
<i>III. Оцена и одбрана</i>
Датум пријаве теме: 29. 06. 2012.
Број одлуке и датум прихватања докторске дисертације: бр. 56/16 од 13. 02. 2013.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: др Драгица Живојиновић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу; др Наташа Стојановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу и др Нина Планојевић, доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
Комисија за оцену докторске дисертације: др Нина Планојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу др Наташа Стојановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу и др Јелена Видић Трнинић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду
Комисија за одбрану докторске дисертације: др Нина Планојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу др Наташа Стојановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу и др Јелена Видић Трнинић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду
Датум одбране дисертације:

С А Д Р Ж А Ј

У В О Д

<u>I. ЗНАЧАЈ ТЕМЕ ЗА НАУЧНО ИСТРАЖИВАЊЕ</u>	1
<u>II. ЦИЉЕВИ И ЗАДАЦИ ИСТРАЖИВАЊА</u>	3
<u>III. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА ИСТРАЖИВАЊА</u>	4
<u>IV. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА</u>	5
1. <u>СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА</u>	5
2. <u>ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА</u>	6
3. <u>УТИЦАЈ ТЕСТАМЕНТАРНЕ ФОРМЕ НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА</u>	7
4. <u>ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	8
5. <u>СЛОБОДА ОПОЗИВА</u>	9
6. <u>НУЖНИ ДЕО</u>	10
7. <u>УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ И ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	10
<u>V. ХИПОТЕТИЧКИ ОКВИР ИСТРАЖИВАЊА</u>	11
<u>VI. МЕТОДИ НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА</u>	13

Глава прва

СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА И КЛАСИФИКАЦИЈА ЊЕНИХ ОГРАНИЧЕЊА

<u>I. ПОЈАМ, УСТАВНА ЈЕМСТВА И СВРХА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	15
1. <u>УВОДНЕ НАПОМЕНЕ</u>	15
2. <u>ПОЈАМ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	17
А) <u>Анализа дефиниција слободе завештања</u>	17
1) <u>Дефиниције слободе завештања са филозофскоправног аспекта</u>	17
2) <u>Дефиниције слободе завештања са аспекта сврхе тестаментарног располагања</u>	18
3) <u>Дефиниције слободе завештања које се заснивају на садржини завештања</u>	19
4) <u>Дефиниције са становишта ограничења слободе завештања</u>	20
В) <u>Дефиниције слободе завештања које обухватају и слободу опозива завештања као конститутивни елемент</u>	22
С) <u>Дефиниције настале поређењем слободе уговорног наслеђивања и слободе завештања</u>	23

D) <u>ОДРЕЂИВАЊЕ КОНСТИТУТИВНИХ ЕЛЕМЕНАТА И ДЕФИНИСАЊЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	25
3. <u>УСТАВНА ЈЕМСТВА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	28
4. <u>СВРХА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	29
II. <u>ИСТОРИЈСКИ ПРЕГЛЕД СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	31
1. <u>ЗАЧЕЦИ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА У СТАРОМ ВЕКУ (У РАНИМ РОБОВЛАСНИЧКИМ ДРЖАВАМА)</u>	31
2. <u>СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ</u>	34
A) <u>ПЕРИОД ЦИВИЛНОГ ПРАВА И РАНЕ РЕПУБЛИКЕ</u>	34
B) <u>ПЕРИОД КЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА</u>	35
C) <u>ПЕРИОД ПОСТКЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА</u>	36
D) <u>ДОМАЊА СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ</u>	37
3. <u>СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА У СРЕДЊЕМ ВЕКУ</u>	39
A) <u>ОПШТИ РАЗВОЈ</u>	39
B) <u>ИСТОРИЈАТ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА У СРЕДЊОВЕКОВНОЈ СРБИЈИ</u>	42
4. <u>ПРАВО РАНЕ МОДЕРНЕ ЕВРОПЕ ЕВРОПЕ (<i>IUSUS MODERNUS</i>)</u>	48
III. <u>ВРСТЕ ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	50
1. <u>ВОЉНА И ЗАКОНСКА ОГРАНИЧЕЊА</u>	51
A) <u>ОПШТА И ПОЈЕДИНАЧНА ЗАКОНСКА ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	52
1) <u>Опште правне границе слободе завештања</u>	53
(a) <u>Јавни поредак</u>	54
(b) <u>Принудни прописи</u>	60
(c) <u>Добри обичаји</u>	63
B) <u>Анализа класификације на општа и посебна ограничења са становишта СИСТЕМАТИКЕ</u>	66
2. <u>ВРСТЕ ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА ПРЕМА ИНТЕРЕСУ КОЈИ СЕ ЗАКОНСКИМ ЗАБРАНАМА ШТИТИ</u>	67
3. <u>ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ПУНОВАЖНОГ ЗАВЕШТАЊА КАО ОСНОВ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ОГРАНИЧЕЊА ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ</u>	68
4. <u>ОДРЕЂИВАЊЕ КРИТЕРИЈУМА ЗА КЛАСИФИКАЦИЈУ ОГРАНИЧЕЊА ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ НА КОМЕ ЋЕ СЕ ЗАСНИВАТИ СИСТЕМАТИКА РАДА</u>	70

Глава друга
ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА

I. УТИЦАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ НА СЛОБОДУ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА	74
1. <u>ЗАВЕШТАЈНА СПОСОБНОСТ КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТ – ПОЈАМ И НАСТАНАК</u>	74
2. <u>ДОМАШАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ – ГРАНИЦЕ ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ</u>	76
A) <u>ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ</u>	76
1) <u>Субјективна компонента завештајне способности</u>	78
(a) <u>Способност за расуђивање</u>	78
(b) <u>Lucida intervalla</u>	80
2) <u>Објективна компонента завештајне способности</u>	81
(a) <u>Концепција ограничене завештајне способности малолетника</u>	82
(b) <u>Концепција непризнавања завештајне способности малолетника</u>	86
(c) <u>Концепција потпуне завештајне способности малолетника</u>	87
(d) <u>Завештајна способност малолетника у српском праву</u>	88
(e) <u>Критика концепција завештајне способности</u>	90
B) <u>ПРАВНА ПРИРОДА ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ</u>	92
1) <u>Завештајна способност као специјална правна способност</u>	92
2) <u>Завештајна способност као део пословне способности</u>	93
3) <u>Завештајна способност – способност <i>sui generis</i></u>	95
C) <u>СПОРНА ПИТАЊА О УТИЦАЈУ ЗАВЕШТАЈНЕ НЕСПОСОБНОСТИ НА ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	95
1) <u>Правне санкције за завештајну неспособност као границе слободе завештања</u>	95
2) <u>Утицај делимичног лишења пословне способности на слободу завештања</u>	98
II. <u>ANIMUS TESTANDI И ОГРАНИЧАВАЈУЋЕ ДЕЈСТВО ТУМАЧЕЊА ЗАВЕШТАЊА НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА</u>	100
1. <u>КВАЛИТЕТИ ВОЉЕ</u>	100
2. <u>ТУМАЧЕЊЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	103

Глава трећа
УТИЦАЈ ФОРМЕ НА ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ОПШТИ ОСВРТ	109
1. ПОЈАМ, ФУНКЦИЈЕ И ЗНАЧАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ.....	109
2. ВРСТЕ ЗАВЕШТАЈНИХ ФОРМИ.....	111
II. ФОРМЕ ЗАВЕШТАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	113
1. ПРИВАТНЕ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ.....	113
А) <u>Кодицил</u>	113
В) <u>Ологографско завештање</u>	114
1) <u>О појединачним елементима форме ологографског завештања</u>	115
2) <u>Предности и недостаци ологографског завештања</u>	119
С) <u>Писмено завештање пред сведоцима</u>	121
Д) <u>Заједничко завештање</u>	124
2. <u>Ванредне завештајне форме</u>	127
3. <u>Јавне завештајне форме</u>	132
А) <u>Нотарско завештање</u>	133
В) <u>Судско завештање</u>	138
С) <u>Међународно завештање</u>	139
Д) <u>Депонована завештања и регистрација</u>	141
4. <u>Електронско завештање</u>	144
5. <u>Последице непоштовања завештајне форме</u>	146
III. ВРСТЕ ЗАВЕШТАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ	148
1. <u>Историјски преглед</u>	148
2. <u>Савремено српско право – врсте завештања</u>	150
А) <u>Приватна завештања</u>	150
1) <u>Својеручно (олографско) завештање</u>	150
2) <u>Писмено завештање пред сведоцима (олографско завештање)</u>	153
В) <u>Усмено завештање</u>	156
С) <u>Јавна завештања</u>	162
1) <u>Јавнобележничко завештање</u>	162
2) <u>Судско завештање</u>	164
3) <u>Конзуларно завештање</u>	166
4) <u>Бродско завештање</u>	167
5) <u>Војно завештање</u>	167
6) <u>Међународно завештање</u>	168
3. <u>Либерализација завештајних форми у прилог шире слободе тестирања</u>	171
4. <u>Елементи форме завештања као ограничавајући фактор слободе завештања</u>	175

Глава четврта
ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ДЕТЕРМИНИСАЊЕ САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА	181
II. ПРЕДМЕТ ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА – МОГУЋНОСТИ И ПРАВНЕ ГРАНИЦЕ	182
III. ЛИЦА У ЧИЈУ КОРИСТ СЕ МОЖЕ ЗАВЕШТАЈНО РАСПОЛАГАТИ	186
1. МОДАЛИТЕТИ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА	190
A) УВОДНА РАЗМАТРАЊА	190
B) ДОПУШТЕНИ МОДАЛИТЕТИ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА У СРПСКОМ ПРАВУ	191
1) Уопштено	191
2) Постављање наследника под одложним и раскидним условом или роком	193
(a) <i>Правно дејство постављања наследника под условом или роком</i>	195
(b) <i>Правни положај претходног и потоњег наследника код условљеног сукцесивног наслеђивања као детерминанта граница слободе одређивања садржаја завештања</i>	198
3) Именовање наследника под потестативним условом и слобода тестирања	202
C) СУПСТИТУЦИЈА КАО ВИД ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА	205
1) Врсте супституција	205
2) Фидеикомисарна супституција у савременим правним системима	209
3) Фидеикомисарна супституција у српском праву	215
D) ОПРАВДАНОСТ УВОЂЕЊА ФИДЕИКОМИСАРНЕ СУПСТИТУЦИЈЕ У СРПСКО ПРАВО	218
2. РАЗБАШТИЊЕЊЕ НАСЛЕДНИКА	222

Глава пета
ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА – ЕСЕНЦИЈАЛНИ ЕЛЕМЕНТ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ПОЈАМ И УСЛОВИ ОПОЗИВА	226
1. ПОЈАМ	226
2. УСЛОВИ ОПОЗИВА	226
II. НАЧИНИ ОПОЗИВА	229
1. ФОРМАЛНИ НАЧИН ОПОЗИВА ЗАВЕШТАЊА	229
2. НЕФОРМАЛНИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА	232
3. ЗАКОНСКИ И СУДСКИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА	233
A) ЗАКОНСКИ ОПОЗИВ	233
B) СУДСКИ ОПОЗИВ	236
III. ПРАВНО ДЕЈСТВО ОПОЗИВА	237
IV. ОДНОС ПРЕТХОДНОГ И ПОТОЊЕГ ЗАВЕШТАЊА У СЛУЧАЈУ ОПОЗИВА	239

1. <u>ОДНОС ИЗМЕЂУ ВИШЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	240
2. <u>ОДНОС ИЗМЕЂУ ДВА ЗАВЕШТАЊА У СЛУЧАЈУ КАД НИЈЕ МОГУЋЕ УТВРДИТИ ПРАВУ НАМЕРУ ЗАВЕШТАОЦА</u>	241
3. <u>ПРАВЦИ ОТКЛАЊАЊА НЕДОСТАКА ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ</u>	241

Глава шеста

НУЖНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КАО ВИД ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА

I. <u>О ИМПЕРАТИВНОМ НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	244
1. <u>УВОДНЕ НАПОМЕНЕ</u>	244
2. <u>КОНЦЕПЦИЈЕ ИМПЕРАТИВНОГ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА</u>	246
II. <u>ИМПЕРАТИВНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У ЕВРОПСКОМ КОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ</u>	250
1. <u>ИСТОРИЈА РАЗВОЈА УСТАНОВЕ НУЖНОГ ДЕЛА</u>	250
2. <u>ПОЈАМ НУЖНОГ ДЕЛА И ЊЕГОВЕ ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ</u>	254
3. <u>ОПРАВДАНОСТ ОГРАНИЧАВАЊА СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА УСТАНОВОМ НУЖНОГ ДЕЛА – ТЕОРИЈСКА СХВАТАЊА</u>	256
4. <u>КОНЦЕПТИ НОРМИРАЊА ПРАВНЕ ПРИРОДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО</u>	265
5. <u>НАСЛЕДИВОСТ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО КАО ОГРАНИЧАВАЈУЋИ ФАКТОР СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА</u>	271
6. <u>УСТАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО</u>	273
7. <u>КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ПАРАМЕТАР У ДЕФИНИСАЊУ ГРАНИЦА СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА</u>	276
А) <u>Одлучујуће чињенице и критеријуми одређивања круга нужних наследника</u>	276
В) <u>Приказ упоредноправних решења у погледу нормирања круга нужних наследника</u>	281
С) <u>Критички осврт на владајуће концепције нужног наслеђивања с обзиром на круг нужних наследника</u>	284
1) <u>Утицај сродства са оставиоцем на одређивање круга нужних наследника</u>	284
2) <u>Утицај брачне и ванбрачне заједнице на одређивање круга нужних наследника</u>	287
8. <u>ВЕЛИЧИНА НУЖНОГ ДЕЛА</u>	290
9. <u>РАЗБАШТИЊЕЊЕ НУЖНОГ НАСЛЕДНИКА КАО МАНИФЕСТАЦИЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	299
10. <u>РОКОВИ ЗА ЗАШТИТУ НУЖНОГ ДЕЛА</u>	303
11. <u>ОСТАЛА ИМПЕРАТИВНА НАСЛЕДНОПРАВНА ОВЛАШЋЕЊА</u>	305
III. <u>ИМПЕРАТИВНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ</u>	308

IV. <u>НУЖНИ ДЕО У СРПСКОМ ПРАВУ</u>	310
1. <u>ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ НУЖНОГ НАСЛЕЂИВАЊА</u>	310
2. <u>КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ПАРАМЕТАР ДОМАШАЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	315
3. <u>ВЕЛИЧИНА НУЖНОГ ДЕЛА КАО ПАРАМЕТАР СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЈНОГ РАСПОЛАГАЊА ИМОВИНОМ ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ</u>	322
4. <u>ПРАВО РАЗБАШТИЊЕЊА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ЕМАНАЦИЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА</u>	326
А) <u>ИСКЉУЧЕЊЕ ИЗ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО</u>	327
В) <u>ЛИШЕЊЕ ПОТОМАКА ИЗ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО</u>	331
5. <u>РОКОВИ ЗА ЗАШТИТУ НУЖНОГ ДЕЛА</u>	332
V. <u>ОПРАВДАНОСТ НУЖНОГ ДЕЛА И ЊЕГОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ</u>	334

Глава седма

НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА

I. <u>ОПШТА РАЗМАТРАЊА</u>	339
1. <u>НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ КАО МАНИФЕСТАЦИЈА ПРИВАТНОПРАВНЕ АУТОНОМИЈЕ</u>	339
2. <u>ПОЈАМ НАСЛЕДНОПРАВНИХ УГОВОРА</u>	342
3. <u>НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ</u>	345
II. <u>ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА УГОВОРОМ О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	348
1. <u>ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	349
А) <u>ПОЈАМ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	349
В) <u>ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	350
С) <u>ПРЕДМЕТ И САДРЖИНА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	354
Д) <u>ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА</u>	357
Е) <u>НАЧИН И ФОРМА ОПОЗИВА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	358
Ф) <u>РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ И ЗАВЕШТАЊА</u>	364
Г) <u>КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ОГРАНИЧАВАЈУЋЕ ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ЗАВЕШТАЈНУ СЛОБОДУ</u>	364
2. <u>УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ</u>	367
А) <u>РОМАНСКА ПРАВА</u>	367
В) <u>ГЕРМАНСКА ПРАВА</u>	374
С) <u>МАЂАРСКИ КОНЦЕПТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ</u>	375
3. <u>УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У СРПСКОМ ПРАВУ - DE LEGE LATA, DE LEGE FERENDA</u>	377
III. <u>УГОВОРИ О БУЂЕМ НАСЛЕДСТВУ И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА</u>	382
1. <u>ВРСТЕ И ЗАСТУПЉЕНОСТ УГОВОРА О БУДУЋЕМ НАСЛЕДСТВУ</u>	382
2. <u>УГОВОР О ОДРИЦАЊУ ОД НАСЛЕЂА КОЈЕ НИЈЕ ОТВОРЕНО И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА</u>	386

3. <u>АРГУМЕНТИ <i>PRO ET CONTRA</i> УГОВОРА О ОДРИЦАЊУ ОД БУДУЋЕГ НАСЛЕЂА СА СТАНОВИШТА АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ</u>	389
4. <u>О УВОЂЕЊУ УГОВОРА О ОДРИЦАЊУ ОД БУДУЋЕГ НАСЛЕДСТВА У СРПСКО ПРАВО <i>DE LEGE FERENDA</i></u>	391
<u>ЗАКЉУЧЦИ</u>	394
<u>ЛИТЕРАТУРА</u>	417
<u>ПРАВНИ ПРОПИСИ</u>	433
<u>СУДСКА ПРАКСА</u>	438

УВОД

I. ЗНАЧАЈ ТЕМЕ ЗА НАУЧНО ИСТРАЖИВАЊЕ

Слобода је вредносни елемент правног поретка¹ и може се рећи да представља најузвишенију људску вредност. То је једино добро које човек не може да поседује ако га не дели са другима. Будући да ограничава људско понашање, право се јавља као „неслобода“ и оно, иако то на први поглед изгледа противречно, треба да уреди и омогући остваривање слободе човека. Право и није ништа друго него „покушај да се с једне стране, лична и колективна слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву“.² Слобода се састоји у повећаној нормативној и свакој другој самосталности субјеката права, и управо та самосталност чини бит њихових индивидуалних и колективних права.³

Свака слобода, па и слобода имовинскоправног располагања одраз је постојећих друштвених односа, те је њено значење не само субјективно, већ и друштвено.⁴ Нормирање имовинскоправних односа препоставља њихово посматрање кроз шири контекст владајућих друштвених, економских, правно-политичких односа, који опредељују њихов значај и улогу у друштву. Слобода имовинскоправног располагања једно је од основних обележја грађанског друштва изграђеног на темељу аутономије воље (приватноправне аутономије).⁵

Начело аутономије воље је темељно начело савремених грађанскоправних система које овлашћује појединца да предузима различите радње у циљу проузроковања грађанско-правних последица и да слободно располаже својом имовином како правним пословима *inter vivos*, тако и правним пословима *mortis causa*, у границама одређеним законом. Аутономија воље је „својство воље да може сама себи да буде закон“, и као таква је „темељ достојанства људске и сваке друге умне

¹ У општој теорији права распрострањено је учење да правни поредак чине нормативни, фактички и вредносни елемент, а будући да се законитошћу утврђује одвијање свих делова нормативног и фактичког, законитост се јавља као његов посебан елемент (D. Mitrović, *Uvod u pravo* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010), стр. 208-209). Вредносни елемент правног поретка, поред правде, правичности, друштвене сигурности и других вредности, инволвира и слободу човека.

² Р. Лукић, *Систем филозофије права* (Београд: 1992), стр. 27.

³ Р. Дворкин, *Суштина индивидуалних права* (Београд/Подгорица, 2001), стр. 297.

⁴ Ђ. Рајаčić, *Теорија наслеђивања – као правне установе (докtorska disertacija)* (Zagreb: odbranjena na Pravnom fakultetu u Zagrebu, 1958), стр. 89.

⁵ Н. Brox, *Erbrecht* (Köln-Berlin-Münche: Carl Heymanns Verlag, 2004), стр. 12;

природе“.⁶ Приватна аутономија представља есенцију приватног права и основно начело грађанског права, и подразумева допуштеност слободне иницијативе појединца у креирању грађанскоправних односа у правцу заснивања, модификовања и престанка грађанског права.⁷

Слобода завештајног располагања као израз приватноправне аутономије настала је у римском праву и преко пандектног права, прешла у све правне системе као универзална тековина наследног права.⁸ Место и значај који се слободи тестирања признаје у једном правном систему зависи од економских и производних односа једног друштва који одређују, пре свега, карактер својинскоправних односа, као и природу породичних односа и њихов значај и јачину породичних веза у различитим етапама друштвеног развоја.⁹ Зато је признавање слободе тестирања и њеног значаја, израз правнополитичког става друштва према основним не само правним, већ и моралним вредностима на којима се темељи друштво. У домаћој правној теорији слобода тестирања раније се схватала као могућност измене законског наследног реда, ради прилагођавања новонасталим околностима и конкретним условима.¹⁰ Данас се посматра као „инструмент успостављања правичног поретка сукцесије за случај смрти, као основног правнополитичког циља наследног права“.¹¹

У правној теорији се истиче да је „питање ограничености или неограничености слободе тестирања један од најосновнијих и практично најважнијих проблема наследног права.“¹² Иако је данас слобода тестирања прокламована као начело савременог наследног права, не може се говорити о неограниченој слободи тестирања. Чак и англосаксонско и америчко право које карактерише шире поимање завештајне слободе, не подразумева неограничену слободу располагања *mortis causa*, већ су различити механизми којима се она ограничава у функцији заштите општег интереса и правне сигурности.

И поред значаја који се придаје правним границама завештајне слободе, ова тема није била предмет истраживања обимнијих научних радова, нити монографске обраде, из чега извире потреба да буде предмет научног истраживања. О слободи завештања и

⁶ И. Кант, *Метафизика ђудореха*, Сарајево, 1967, стр. 199 и 203.

⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, *Увод у грађанско право* (Ниш, 2008), стр. 99; N. Gavella - V. Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 25.

⁸ S. Marković, *Nasledno pravo* (Београд, 1981), стр. 182.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ В. Благојевић, *Nasledno pravo u Jugoslaviji* (Београд, 1983), стр. 203.

¹¹ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права* (Београд, 2011), стр. 33.

¹² (Благојевић, 1983), стр. 202.

њеним правним ограничењима код нас се уобичајено излаже у уџбеницима наследног права и коментарима закона. С обзиром на природу и намену ових радова, они пре свега садрже тумачења законских норми, а теоријски приступ само у ограниченом обиму који је одређен сврхом ових публикација. Само је утицај нужног наслеђивања на слободу завештања, као једно од правних ограничења ове слободе, био предмет расправе у два обимнија научна рада. У нашој наследноправној литератури, у научним чланцима и на научним скуповима, обрађивани су поједини сегменти слободе завештања, нека њена правна ограничења или историјат слободе завештања у одређеним историјским етапама развоја наше државе. Управо чињеница да у наследноправној литератури недостају дела у којима би ограничење слободе завештајних располагања било продубљено и свеобухватно правнотеоријски анализирано и објашњено, чини ову тему актуелном и значајном да буде предмет научног истраживања и свестраног сагледавања.

Значај и актуелност ове теме такође се огледа и у потреби усаглашавања нашег наследноправног уређења са европским правним тенденцијама, посебно имајући у виду да је неусклађеност у области наследног права значајно изражена у сфери слободе завештајног располагања.

II. ЦИЉЕВИ И ЗАДАЦИ ИСТРАЖИВАЊА

Завештање у нашем правном систему представља основни начин располагања имовином *mortis causa*, што *eo ipso* указује на теоријскоправни и практични значај слободе завештајних располагања, а нарочито њених правних ограничења. Да би ограничења завештајне слободе била исправно примењивана у пракси и производила жељена правна дејства због којих су установљена, најпре је неопходно да та ограничења буду адекватно законски регулисана. Предуслов њихове правилне примене је, такође, и правилно тумачење прописаних правних ограничења, како би се осигурала наследноправна сукцесија, али и друштвени циљеви којима та ограничења служе.

Циљеви истраживања наследноправног института ограничења слободе завештајних располагања су зато постављени у два правца. Најпре, научноистраживачки резултати до којих се буде дошло тумачењем позитивних законских решења са становишта владајућих доктринарних ставова савременог наследног права, треба да допринесу учвршћивању постојећег наследноправног поретка. На путу његове даље изградње и осавремењавања, и изналажење решења *de*

lege ferenda, значајан путоказ, свакако, представљају законодавне регулативе других земаља, нарочито оних које су српском законодавцу и до сада биле узор у реформисању грађанског права. У својој свеукупности, научноистраживачки резултати до којих се буде дошло овим путем могу послужити нашем законодавцу као смерница за усклађивање наследноправног уређења завештајне слободе са европским правним стандардима.

Други правац истраживања правних граница завештајне слободе је на теоријском плану. Резултати научне анализе теоријских схватања и законске регулативе у историјском развоју и упоредном праву, треба да омогуће изградњу дефиниције слободе завештања, детерминисање њених конститутивних елемената и правнополитичких циљева којима служи. Теоријско гледиште које буде усвојено, биће полазна основа за научну класификацију ограничења слободе завештања и свеобухватно теоријско-правно објашњење њихове природе, садржине, обима задирања у слободу и сврхе.

III. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА ИСТРАЖИВАЊА

Законска решења и правна пракса уопште, неисцрпан су извор за изналажење и постављање проблема стручних и научних истраживања. Уочавање проблема у законској регулативи и примени законских решења у судској пракси и њихово решавање, могу бити и често су основа за уопштавања и нова научна сазнања. На тим искуственим и спознајним основама може се посматрати и слобода завештања. Слобода завештања је сложена и вишеслојна правна установа и друштвена категорија, па се може изучавати с различитих аспеката, филозофског, социолошког, правног, психолошког и сл. Зато у постављању проблема, најпре треба одредити какав ће бити научноистраживачки приступ, дисциплинарни или интердисциплинарни.

У овом раду, истраживање законске регулативе и теоријске грађе о границама завештајне слободе, биће ограничено на правни аспект. И у тако сведеним маргинама ова наследноправна установа задржава своју комплексност и вишеслојност, па се правне границе слободе завештања могу проблемски различито поставити.

Посматрајући ову установу са правног и правно-политичког аспекта, најпре треба дати одговоре која ограничења завештајне слободе постоје у нашем и упоредном праву. Потом, путем компаративне анализе и ослањањем на савремена доктринарна

схватања, треба оценити да ли је и у ком правцу потребна доградња нашег наследноправног система у сегменту законске регулативе о слободи завештања.

На теоријском плану потребно је дефинисати категорије правних ограничења завештајне слободе, одредити критеријуме за њихову класификацију и на тај начин поставити научни систем излагања као структуралну окосницу овог научног рада. У разради постављања проблема истраживања треба за свако правно ограничење дати одговоре какве је природе, каквог садржаја и обима, који му је основ и која сврха, те како се правнотеоријски поима и објашњава.

IV. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

Изабраном темом и формулисањем проблема научног истраживања омеђен је и сам предмет истраживања. Најопштије посматрано, предмет истраживања су правне границе слободе завештајног располагања. Будући да се свака правна наука ослања на позитивно право, предмет истраживања биће конкретизован на наследноправна ограничења завештајне слободе према позитивном праву Србије.

Свеобухватној анализи предмета истраживања према нашем позитивном праву нужно претходи изучавање и објашњење слободе завештања, да би се након објашњења природе и одлика свих врста правних ограничења, теоријски уобличио наследноправна ограничења као основни предмет истраживања. На основу тих теоријских поимања и објашњења предмет истраживања биће научно презентирао кроз следећу структуру излагања:

1. СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

Да би се приступило анализи и научном објашњењу њених ограничења неопходно је било претходно одредити сам појам слободе завештања. Од тога шта се сматра суштином завештајне слободе, какве је природе и којим правно-политичким циљевима служи, зависи објашњење суштине и оправданости сваког њеног ограничења. Зато је било потребно дати дефиницију слободе завештања, на темељу схватања да она представља један вид испољавања аутономија воље за случај смрти, одредити њене конститутивне елементе и објаснити уставне гаранције и друштвене вредности које се њоме штите. На основу усвојеног гледишта о завештајној слободи и анализе одлика њених ограничења, требало је изнаћи критеријум за класификацију свих ограничења слободе завештања и тиме поставити структуралне елементе систематике

излагања. Ми смо се определили да као главни критеријум узмемо конститутивне елементе дефиниције слободе завештања, на основу којег смо класификовали сва за њих везана ограничења и тако изградили систематику дисертације.

За разумевање законске регулативе савременог доба и теоријских гледишта о завештајној слободи, било је потребно изучити и објаснити њен историјат. Зато је указано на зачетке тестаментa и укратко је приказана еволуција слободе завештања, почев од старог доба и римског права, кад слобода завештања и настаје, преко средњег века (када поустаје), са посебним освртом на средњовековно српско право, до кодификација XIX и XX века, у ком периоду развој слободе завештања креће узлазном линијом.

2. ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА

Тестаментарна способност оставиоца основна је претпоставка сачињавања пуноважног тестаментa. Одређивање доње старосне границе, као њене објективне компоненте, и дефинисање способности за расуђивање, као њеног субјективног елемената, директно утиче на признање слободе завештања и њеног домашаја. Централни је проблем дефинисати најнижу старосну границу, зато што представља објективизирани субјективни услов, а ако се високо одреди, може неоправдано ограничити слободу завештања. Проблем дефинисања опсега завештајне способности своди се на питање да ли малолетним лицима треба признати право завештајног располагања. На бази изучавања овог проблема, настојало се разрешити питање да ли завештајну способност треба изједначити са пословном или пак степеновати по угледу на пословну способност и ограничити је према различитим критеријума (нпр. у погледу обима располагања, у погледу завештајних форми које малолетном лицу стоје на располагању, и сл.), или је пак уредити као пуну завештајну способност? У упоредном праву постоје три концепције завештајне способности малолетнике, које су критички сагледане, да би се на тим оценама извршила анализа и вредновање важећих законских решења.

При решавању постављених проблема мора се имати у виду правнополитички циљ који се нормирањем компоненти завештајне способности настоји постићи, како би се успоставила равнотежа између заштите интереса завештаоца као појединца и његове приватноправне аутономије, и заштита општих, друштвених интереса и правне сигурности.

У домену слободе сачињавања тестаментa, за одређивање граница слободе завештања још су значајни квалитети воље завештаоца и тумачење тестаментa, код којег су посебно значајна допунска правила тумачења. Из угла остварења и афирмације слободе завештања, треба анализирати и преиспитати законска правила о тумачењу, особито супсидијарно правило које фаворизује законске наследнике, какво је заступљено у српском праву.

3. УТИЦАЈ ТЕСТАМЕНТАРНЕ ФОРМЕ НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА

Завештање представља строго формалан правни посао, што значи да форма има конститутивни значај, и у случају њеног непоштовања, завештање ће бити неважеће. Потреба за строгим захтевима форме завештања извире из његових основних обележја као једностраног, доброчиног правног посла *mortis causa*.

Питање формалног ограничења завештаоачеве воље мора се посматрати са два аспекта: са аспекта броја завештајних облика који стоје завештаоцу на располагању и са аспекта прописаних услова форме који морају бити испуњени код сваког појединачног облика завештања. Већи број прописаних форми завештања које стоје завештаоцу на располагању иде у прилог широј слободи завештајног располагања и израз је правнополитичких циљева који се прописивањем форме желе постићи. Са друге стране, бројнији и строжи захтеви форме код конкретне завештајне форме сужавају слободу завештајног располагања.

Из поменутих разлога, неопходно је компаративно посматрати решења евроконтиненталних земаља у погледу броја и врста нормираних завештајних форми, као и формалности које морају бити испуњене у сваком конкретном случају, и дати критички суд о позитивноправним решењима у нашем праву. Правни лимити завештајне слободе се морају анализирати са становишта сваког од елемената који чине завештајну форму. Са тог аспекта треба анализирати приватне завештајне форме (олографско, алографско, усмено и заједничко завештање), и јавне завештајне форме (нотарско, судско, међународно, конзуларно и ванредна јавна завештања).

Постављени проблем се конкретизује кроз анализу потребе ревидирања постојећих завештајних форми како би се прилагодиле практичним потребама човека и правног промета. Разматра се евентуална потреба укидања појединих завештајних облика који су предвиђени важећим прописима, а ретко се примењују у пракси (као што је случај са војним и бродским завештањем). Сагледава се оправданост забране сачињавања неких облика завештања у позитивном праву, као што је случај са

заједничким завештањем. Нарочито се критички приступа анализи усменог завештања које отвара могућност за злоупотребе у пракси и указује на могућа решења у погледу нормирања ванредних, односно изузетних завештајних форми.

4. ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА

Садржина завештања мора бити могућа и дозвољена. То значи да се наредба последње воље мора односити на оно што је остварљиво, што се може реално испунити, и на оно што је допуштено са становишта јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. Проблем дефинисања граница завештајне слободе у погледу одређивања садржине завештајних располагања своди се управо на питање одређивања правних критеријума допуштености, односно недопуштености те садржине.

Допуштена садржина завештајних располагања се конкретизује, најпре, кроз дефинисање предмета завештајног располагања, одређивање круга лица у чију корист завешталац може слободно располагати завештањем, као и кроз дефинисање допуштених начина (модалитета) постављања наследника од стране завештаоца. Зато ће у овом делу дисертације бити истражени и дефинисани правни оквири завештајне слободе, посматрано са становишта сваког од ових елемената садржине завештања.

Предмет завештајног располагања је прва детерминанта правних оквира допуштене садржине завештајне слободе. Дефинисање допуштене садржине завештајних располагања у бити је везано за одређивање круга лица која могу бити постављена за универзалне и сингуларне сукцесоре вољом завештаоца. Разуме се да могућност именовања универзалног сукцесора по слободној вољи завештаоца представља наследноправно овлашћење које најбоље одражава постојање или непостојање завештајне слободе. Управо у циљу дефинисања граница завештајне слободе у овом њену домену, разматрају се правна ограничења стицања користи из заоставштине од стране појединих категорија лица (као што су завештајни сведоци, лица овлашћена на сачињавање јавних облика завештања и др.).

За одређивање обима завештајне слободе значајни су и модалитети постављања наследника који завештаоцу стоје на располагању. У раду ће бити анализирани могућности сукцесивног и супсидијарног постављања наследника, односно обична и фидеикомисорна супституција. Средиште научне анализе у овом делу биће дефинисање граница допуштеног условљавања стицања наследства наступањем супституционог случаја (услова, рока, смрти наследника), посебно у контексту Преднацрта грађанског законика којим се предвиђа увођење једног вида фидеикомисарне супституције.

Анализа теоријских схватања и упоредног права, треба да омогући заузимање става које се схватање фидеикомисарне супституције може сматрати савременим и саобразно томе, оцену позитивног права и предлог законског решења за модерније наследно право.

5. СЛОБОДА ОПОЗИВА

Реалне границе слободе завештања не могу се одредити без познавања и анализе законских одредница слободе опозивања завештања. Опозив тестаментa је највернији израз слободе завештања и по својој природи представља један вид располагања за случај смрти. Будући да је конститутивни елемент слободе завештања, треба одредити појам и услове за постојање пуноважног опозива, као и правно дејство на претходно сачињено завештање. Детерминисање услова пуноважног опозива завештања условљено је начином опозивања које законодавац допушта. Зато што од начина опозивања које закон дозвољава, зависи правна сигурност и домашај завештајне слободе, неопходно је објаснити формалне, неформалне и друге могуће начине опозивања завештања, стављајући у жижу интересовања и „законски опозив“, који се у упоредном праву установљава за случај престанка брака и других промена у породичним приликама завештаоца.

За остварење слободе опозива завештања основно је питање како уредити однос између доцнијег и претходног завештања, посебно у случајевим кад није сасвим јасна намера завештаоца да претходно завештање стави ван снаге, или кад опозив није изричит, а постоји противречност одредаба претходног и доцнијег завештања. Ако се пође од неспорне чињенице да последње сачињено завештање треба сматрати коначном верзијом завештаоачеве последње воље и да као такво има јачу правну снагу од раније сачињеног завештања, са тог становишта треба анализирати законску регулативу, њену потпуност, доследност и прецизност. Законско уређење односа потоњег и претходног завештања треба да буде свеобухватно и са истим дејством, без обзира на начине којим завештаоци могу пуноважно да опозову претходно завештање. Слобода опозива шири границе завештајне слободе и као конститутивни елемент подразумева и право опозива опозива, без икаквих ограничења. У тим случајевим се компликује однос доцнијег и претходног завештања, али захтева уређење на истом принципу на којем је уређено једно опозивање претходног тестаментa. Проблем постаје још комплекснији кад се има у виду да постоје формални и неформални начине опозивања, као и могућност делимичног опозив. Отуда је комплексан задатак који се поставља пред законодавца, да

пажљивим приступом створи нормативну основу правне сигурности и да омогући остваривање завештајне слободе, фаворизујући је у односу на законско наслеђивање.

6. НУЖНИ ДЕО

Установа нужног дела представља најзначајније и најнепосредније ограничење слободе завештања. Готово у свим евроконтиненталним правним системима слобода завештајног располагања је ограничена устаномом нужног дела. Императивним нормама је дефинисан круг законских наследника којима припада одређени део заоставштине, без обзира на вољу завештаоца у погледу начина располагања заоставштином. Упоредноправно нормирање нужног наслеђивања се разликује у погледу дефинисања круга нужних наследника, као и у регулисању величине нужног дела. Ова и друга запажања повод су упоредноправне анализе владајућих концепција установе нужног дела из које произлази и питање прихватљиве мере ограничавања слободе тестирања.

За ту анализу потребно је најпре одредити појам и одлике установе нужног дела, објаснити теоријска схватања којим се правда ограничење завештајне слободе устаномом нужног дела и представити концепте нужног наслеђивања у упоредном праву. Као елементе који непосредно утичу на шире или уже ограничење завештајне слободе треба објаснити круг нужних наследника, величину нужног дела, могућност разбаштињења нужник наследника те рокове за заштиту нужног дела. Зарад потпуности истраживања биће обухваћена правна природа и наследивост нужног дела, као и други аспекти нужног наслеђивања.

7. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ И ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Тестамент као основни правни посао *mortis causa* традиционално је заступљен у свим законодавствима. Будући да је у појединим правима тестамент и једини инструмент *mortis causa* располагања, аутономија воље за случај смрти поистовећује се са завештајном слободом. Насупрот томе, у савременим законодавствима постоје и бројни други правни инструменти као својеврсни супститути завештања (уговор о наслеђивању, уговор о одрицању од будућег наследства и сл.), настали као израз тенденције ширења приватноправне аутономије у грађанском праву уопште, па самим тим и слободе уређивања наследноправних последица смрти. Поводом назначеног паралелизма, као кључно поставља се питање да ли слободу уговорања треба посматрати искључиво као установу супротстављену завештајној слободи или се њихов

однос може посматрати као комплементаран, имајући у виду да представљају еманацију истог грађанскоправног принципа – принципа аутономије воље.

Зато, у трагању за одговором на ово суштинско питање, треба најпре дати ширу теоријску елаборацију наследноправних уговора – објаснити их као манифестацију приватноправне аутономије, дефинисати њихов појам, те приказати врсте наследноправних уговора и њихову заступљеност у савременим законодавствима. Са становишта граница завештајне слободе, посебну пажњу и анализу завређују уговор о наслеђивању и уговор о одрицању од наслеђа.

За критичку оцену утицаја уговора о наслеђивању на границе слободе завештања потребно је поред дефиниције одредити његову природу, предмет и садржину, дејство на завештајну слободу, те начин и форму опозива. Заузети доктринарни ставови и анализа законских решења у упоредном праву, послужиће као основа за оцену у којој мери настојања изражена у Нацрту Грађанског законика Републике Србије прате савремене тенденције уређења правних инструмента располагања за случај смрти и да се учине предлози за доградњу предложених законских решења. Из истог угла и са истим циљем треба проговорити *pro et contra* уговора о одрицању од наслеђа. Резултати овако усмереног истраживања биће аргументација да се покаже у којој мери се овим наследноправним уговорима ограничава слобода завештајног располагања, те да ли би њихово увођење у наш наследноправни систем било оправдано са становишта његових основних постулата.

V. ХИПОТЕТИЧКИ ОКВИР ИСТРАЖИВАЊА

Научна анализа и теоријско-правно објашњење слободе завештајног располагања засновани су на следећим хипотезама:

1. Претпоставка је да слобода завештајног располагања треба да буде у *хармонији* с друштвеном сврхом правног уређења наслеђивања, а да њена садржина и правне границе омогуће *успостављање равнотеже између циљева* чијем остварењу непосредно служе.

Читаво наследно право је у служби живих људи, а зајемчена слобода завештајног располагања на једној страни и правна ограничења те слободе, на другој, непосредно служе заштити разнородних друштвених вредности (заштитити аутономије воље и права својине; заштити породице, општег друштвеног интереса и правне сигурности). Иако је реч о различитим, па и супростављеним циљевима, ограничења завештајне

слободе не би смела да доведу у питање остварење било ког од тих циљава. Напротив, нормативно уређење правних оквира завештајне слободе треба да буде у функцији успостављања кохерентног наследноправног система који ће бити заснован на равнотежи међусобно супростављених захтева који у њему попримају комплементарно дејство.

2. Из овако постављене опште хипотезе извиру следеће посебне хипотезе:

- *Претпоставка је да су правне границе у нашем систему усмерене више ка заштити других друштвених вредности него вредности које се штите слободом завештања.*

Имајући у виду упоредноправна решења, претпостављамо да правне границе завештајне слободе у наследноправном систему Србије нису постављене у складу са правно-политичким значајем циљева ради којих су установљене. Таквим нормативним приступом неоправдано се, додатно, сужава слобода завештајних располагања и тиме ограничава аутономија воље.

- *Претпоставка је да свака прописана форма завештања, сама по себи представља ограничење те слободе и да позитивноправну регулативу треба ускладити са потребама савременог човека и циљевима прописаних форми завештања.* Увођење већег броја форми завештања може *a priori* водити ка већој слободи избора начина којим завешталац располаже својом имовином, али строжи услови и бројни елементи предвиђени у поступку сачињавања завештања, низ радњи који се надовезују једна на другу да би захтеви форме били задовољени, нужно ограничавају ту слободу. Због тога ово питање треба правно уредити на начин да се завештајним располагањем омогући остваривање правнополитичке сврхе слободе тестирања и правна сигурност, при чему свако формално ограничење слободе тестирања мора бити оправдано са становишта циља ради којег је успостављено.

-*Претпоставља се да допуштени и могући модалитети именована наследника у значајној мери дефинишу границе слободе тестирања.* Свако ограничавање завештаочеве слободе у овом домену условљено је заштитом интереса трећих лица, као и општих интереса, па се са становишта успостављања равнотеже између супротстављених интереса мора посматрати оправданост ограничавања завештаочеве слободе у погледу одређивања садржине завештања.

- *Претпоставља се да је нужни наследни део, као наследноправна установа предвиђена когентним правним нормама и највеће ограничење слободе завештајних*

располагања, у нашем праву прилично широко постављен и да је слобода завештања тиме ограничена у неодговарајућој мери. Овакво опредељење српског законодавца је у дисхармонији са законодавном регулативом европских земаља исте правне традиције. Зато се под лупу оправданости мора ставити у нас одређени круг наследника који имају право на нужни део, природа критеријума за њихово одређивање, затим, величина нужног дела и оправданост фиксног одређивања нужног дела.

*- Будући да уговор о наслеђивању може представљати ограничење слободe завештајног располагања, али да истовремено доприноси широј слободи располагања имовином *mortis causa* уопште, претпоставка је да законске забране у домену уговорног наслеђивања треба ускладити са савременим схватањем да је уговорно наслеђивање комплементарно тестаментарном. Ако се прихвати гледиште да уговор о наслеђивању није нужно антипод завештању, онда треба осавременити и ускладити завештање и уговорно наслеђивање као комплементарне видове испољавања аутономије воље, како би се омогућило планирање расподеле заоставштине примерено савременом добу у коме живимо.*

VI. МЕТОДИ НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА

Слобода завештајног располагања и њена ограничења, због своје сложености и вишеслојности, као што је већ речено, могу се научно истраживати са различитих аспеката, социолошког, правног, философског и др., што би, зависно од приступа, захтевало примену одговарајућих метода. У овом раду предмет истраживања је слобода завештајног располагања као наследноправна установа, те ће њена ограничења бити истраживана и доктринарно објашњена пре свега са правног аспекта. Саобразно томе користиће се општи методи иманентни друштвеним наукама, као што је метод дескрипције и научне експликације.

Пошто је тема правне природе, користиће се као главни правнодогматски метод. Анализираћемо доктринарне ставове заступљене у домаћој и страниј научној литератури а затим извршити синтезу постојећих гледишта о завештајној слободи и њеним правним ограничењима, да би изградили дефиницију и њене конститутивне елементе, на којима ће бити заснован предлог нове научне класификације ограничења. На тако постављеној основи, извршиће се анализа и сучељавање аргумената постојећих теоријских гледишта о бројним наследноправним принципима и институтима које обухвата садржина завештајне слободe а везани су за њена правна ограничења.

Истраживањем ће бити обухваћена и законодавства савремених држава, како би се сагледала природа и обим ограничења слободе завештајних располагања и анализирана нормативна решења, те ће се нужно користити упоредноправни метод. Предмет посебног интересовања биће законска решења која одступају од класичног уређења слободе тестирања, а нарочито решења германског права, имајући у виду српску правну традицију у грађанској области. Приказ и анализа упоредноправних решења неће бити издвојени у посебан одељак, него ће се резултати упоредноправне анализе користити као аргумент у научној дескрипцији појединих врста ограничења завештајне слободе.

За разумевање суштине и досегнутог нивоа ограничења слободе завештајног располагања потребно је истражити и објаснити настанак слободе завештајног располагања и њених ограничења, а потом сагледати њихов историјски развој уопште и у нашем праву. Истраживање генезе ове наследноправне установе омогућиће боље разумевање и поимање ововремене законске регулативе и доктринарних гледишта, што се постиже коришћењем историјско-правног метода.

Глава прва СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА И КЛАСИФИКАЦИЈА ЊЕНИХ ОГРАНИЧЕЊА

I. ПОЈАМ, УСТАВНА ЈЕМСТВА И СВРХА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Приватна аутономија представља есенцију приватног права и као основно начело грађанског права подразумева да „појединац може слободно да обликује своје приватне животне односе у оквиру граница које је поставио правни поредак“.¹³ Попут сваког правног начела и појам приватне аутономије, као што се из наведене дефиниције види, носи у себи висок степен генерализације и апстрактности, па се зато суштинско објашњење конкретизује кроз видове њеног испољавања у одговарајућим гранама грађанског права. У наследном праву слобода завештања је само „наследноправни израз приватноправне аутономије воље“.¹⁴ Испољава се, дакле, кроз завештајно располагање, као један од начина располагања имовином за случај смрти. Међутим, у правним системима који баштине уговорно наслеђивање, аутономија воље се испољава и у виду слободе уговарања у наследном праву, у коегзистенцији са завештајном слободом. Зато се и сматра да и једна и друга слобода представљају еманације аутономије воље једног лица у обликовању наследноправних последица за случај његове смрти.¹⁵

Слобода завештајног располагања основно је начело наследног права и једно је од најважнијих индивидуалних права у сфери располагања имовином за случај смрти. Због тога је питање проширења или сужавања слободе завештања у средишту дебата савремене грађанскоправне доктрине.¹⁶

Од свог настанка у римском праву, слобода завештања је предмет интересовања и тумачења правника, која су одражавала време у коме су настајала, економске и културне прилике, правни систем и цивилизацијски ниво датог друштва, а нарочито су правне интерпретације биле условљене обликом својине и организацијом породице у

¹³ Н. Brox, *Grundprinzipien, Erbrecht* (Köln-Berlin-München: Carl Heymanns Verlag, 2004), стр. 13.

¹⁴ W. Zankl, *Erbrecht* (Wien, 2008), стр. 89.

¹⁵ Види: А. Braun, *Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 3 (2012), стр. 463.

¹⁶ Види: А. Braun, „*Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law*“, in *Freedom of Testation-Testierfreiheit* (Tübingen: 2012), стр. 58.

којој се живело и стицало. Тако је првобитно апсолутистичко поимање својине и слободе личности имало за последицу да се принцип аутономије воље у облигационом праву огледао кроз широко поимање слободе уговарања, а у и сфери наслеђивања, кроз апсолутистичко поимање слободе тестирања. Схваћена као природно право, воља појединца сматрала се извором права и као таква представљала је његову креативну моћ у слободном заснивању и уређењу грађанскоправних односа.¹⁷ Полазећи од поимања индивидуалне воље као аутономне и суверене (теорија воље)¹⁸, слобода појединца могла је бити ограничена само слободом другог лица, али не и у сврху заштите општих, друштвених интереса. Када је реч о слободи тестирања, свако ограничење ове слободе сматрало се неправичним са правног, моралног и економског становишта. Преовладавао је став да се принцип правичности у наслеђивању најдоследније спороводи расподелом заоставштине по слободној вољи завештаоца, подстичући истовремено продуктивност појединца у друштву у циљу стицања што већег имовинског богатства и спречавајући распарчавање породичне имовине.¹⁹ Овакво апсолутистичко схватање слободе тестирања било је неодрживо, и са напуштањем теорије аутономије воље и поимања својине као апсолутног права, мења се философскоправни основ слободе имовинскоправног располагања, па самим тим и слободе тестирања.

Временом је постало јасно да се аутономија воље појединца не може остварити ван друштвеног контекста и правно уређеног система и да неограничена индивидуална воља води неправу.²⁰ Из тих разлога, аутономија воље мора се посматрати у контексту заштите не само индивидуалних, већ и општих интереса, и као таква остваривати у оквиру јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја и морала. Следствено томе, свака слобода, па и слобода имовинскоправног располагања (како за живота, тако и за случај смрти) омеђена је општим правним границама у вршењу свих субјективних права.²¹

Како би се утврдиле правне границе слободе тестирања које су предмет овог истраживања, неопходно је поћи од појмовног одређења слободе тестирања. И поред тога што је перманентно била у жижи интересовања, дефинисање ове слободе се

¹⁷ S. Perović, *Obligaciono pravo* (Beograd, 1980), стр. 156.

¹⁸ I. Kroppenber, *Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs-und zivilrecht Grundlagen der Testierfreiheit in Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden (Jus Privatum)* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), стр.70; (Perović, 1980), стр. 156.

¹⁹ *Ibidem*, стр. 150-163;

²⁰ Д. Стојановић, *Увод у грађанско право* (Београд: 2004), стр. 10.

²¹ *Ibidem*, стр. 228.

најчешће избегавало или се полазило од тога да се њен појам претпоставља, а само се мањи број аутора упустио у дефинисање завештајне слободе, али су изостале теоријске анализе конститутивних елемената и објашњења разлика у схватањима. Дате дефиниције се могу оценити као непотпуне, непрецизне или у тој мери уопштене да се не види везаност слободе за завештање, а њен наследноправни карактер само се назире.²² Из тих разлога, нема општеприхваћене дефиниције завештајне слободе, нити се може закључити да постоји дефиниција која се претежно прихвата у доктрини наследног права.

2. ПОЈАМ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

а) АНАЛИЗА ДЕФИНИЦИЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

За разумевање и објашњење суштинских разлика у дефиницијама треба узети у обзир чиниоце због којих оне настају. Значај одлучујућих чинилаца који доводе до разлика у конститутивним елементима датих дефиниција којима су одређене границе завештајне слободе, по нашем мишљењу, имају *полазишта* са ког аутори посматрају слободу завештања, тј. научни аспект са ког се сагледава. У дефиницијама слободе завештања које смо анализирали могу се запазити различити аспекти научног посматрања и истраживања завештајне слободе који доводе до разлика приликом конструисања њене дефиниције. До уобличавања дефиниција се дошло изучавањем завештајне слободе *са филозофскоправног аспекта, са аспекта сврхе тестаментраног располагања, са аспекта садржине тестаментна* као примарног правног инструмента располагања *mortis causa*, *са аспекта ограничења слободе тестирања* (пре свега нужним наслеђивањем).

1) Дефиниције слободе завештања са филозофскоправног аспекта

Најопштије, па самим тим и најмање прецизне дефиниције завештајне слободе дате су са филозофскоправног аспекта. То је и разумљиво кад се има у виду да су настале као резултат промишљања о правно-политичким циљевима којима читаво наследно право треба да служи. Радбрух сматра да је данашње наследно право „неухватљив компромис између супротних система и принципа“, те да „оно повезује наследне форме слободе тестирања и интестатског наслеђивања, па онда опет и принудну деобу наслеђа и принудно одржавање целине наслеђа, и што се у њему

²² Упореди: О. Антић, *Слобода завештања и нужни део – докторска дисертација* (Београд: Правни факултет у Београду, 1983), стр. 9.

готово неразмрсиво преплићу индивидуалистичко, социјално и породично одређивање сврхе, ово последње, пак, или на основу више индивидуалистичког или више наиндивидуалистичког схватања породице.²³ Зато Радбрух сматра да је слобода тестирања индивидуалистички принцип наследног права и схвата је као „слободу својине која траје и после смрти.“²⁴ Без обзира што јој се упућују критике да непрецизно одређује појам слободе завештања због уопштеног приступа и да има случајева у којима „слобода својине ипак не траје и после смрти“,²⁵ ова дефиниција је значајна за разумевање правно-политичке сврхе слободе завештања, чијем остварењу њено законско уређење треба да служи, што се на општем плану одражава и на теоријско уобличавање правне дефиниције слободе завештања.

2) Дефиниције слободе завештања са аспекта сврхе тестментарног располагања

Научно истраживање тестаментa *са историјскоправног аспекта* у жижу ставља рудименте, узроке и време настанка, те развој тестаментa, па самим тим и тестаментарне слободе. Дошло се до закључка да је тестамент настао у римском праву, да је раскорак између законског наслеђивања и облика породице узрок његовог настанка, па је зато циљ тестаментa био спречавање примене застарелог законског реда наслеђивања. Отуда правни историчари приликом дефинисања слободе завештања у први план истичу сврху тестаментарног располагања, а при томе недовољно пажње посвећују садржини и границама те слободе и елементима по којима треба да се разликује од других видова испољавања аутономије воље. Тако, професор Аврамовић даје следећу дефиницију: „... под слободом тестирања подразумевамо сваку могућност да оставилац изјавом своје воље *утиче на мењање или отклањање законског наслеђивања*, у било којој форми.“²⁶ У цитираној дефиницији уочавамо два недостатка. Прво, дефиниција је непотпуна јер њоме није одређено шта чини садржину завештајне слободе и које су њене границе, већ се истиче да се изјава воље односи на „сваку могућност“. Уистину, аутор касније објашњава да садржину овог политичко-правног принципа „одређује питање граница које су постављене аутономији воље оставиоца, у погледу круга лица у чију се корист располагање врши и у погледу карактера и

²³ Г. Радбрух, *Филозофија права* (Београд: Правни факултет у Београду, 2006), стр. 160,161.

²⁴ (Радбрух 2006), 161.

²⁵ (Antić, 1983), стр. 10.

²⁶ S. Avramović, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu – doktorska disertacija* (Београд: Броширано, 1981), стр. 4.

вредности имовине којом се располаже“.²⁷ Међутим, самим тим што је дато допунско објашњење то указује да је дефиниција непотпуна. Друго, потенцирањем да је срж тестаментарне слободе „свака могућност“ отклањања законског наслеђивања „у било којој форми“,²⁸ дефиниција постаје непрецизна, јер распростире ово начело на све правне инструменте који утичу на наслеђивање засноване на аутономији воље. Поред тестаamenta, оваквим поимањем слободе завештања обухваћени су и прави наследноправни уговори, који су по својој природи потпуно различити од тестаamenta. (О битним разликама између тестаamenta и појединих наследноправних уговора, биће детаљније речи у Глави VII дисертације која садржи излагање о односу уговорног наслеђивања и слободе завештајног располагања). Укратко, због непрецизности, ова дефиниција се пре односи на неки шири појам приватноправне аутономије у наследном праву који би обухватио слободу завештања, слободу уговорног наслеђивања и аутономију воље код облигационих уговора који имају и наследноправно дејство.

3) Дефиниције слободе завештања које се заснивају на садржини завештања

Највећи број дефиниција слободе завештања теоретичари наследног права темеље на *садржини завештања*. Будући да је правна наука нужно везана за позитивно право, они полазе од могуће садржине завештања неког одређеног правног система у датом времену, али са извесном мером уопштавања. С обзиром на њихову свеобухватност, све те дефиниције могу се груписати на оне које уже и оне које шире обликују слободу завештања.

Дефиниције које слободу завештања везују искључиво за имовинско располагања сужавају појам завештајне слободе. Таква је дефиниција заступљена у схватању да располагањем за случај смрти завешталац може „да слободном вољом одреди, којој особи путем наследства треба да припадне његова имовина (завештајна слобода)“.²⁹ Овако уским сагледавањем предмета (садржине) завештања, његовим свођењем само на имовинско располагање, пренебрегавају се друге наредбе које могу бити садржане у завештању које нису имовинског карактера (нпр. изјаву о усвојењу, признање очинства, одређивање места и начина сахране), мада нису обухваћене ни све изјаве које имају имовинску природу, а које нису наследноправног карактера (нпр. признање и опроштај дуга). Критика је упућена ради постизања теоријске прецизности

²⁷ (Avramović, 1981), стр. 4.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ (Brox, 2004), стр. 13.

постављене дефиниције, мада се не може оспорити да имовинска располагања завештаоца, и то наследноправног карактера (подвукао аутор) „стоје у првом плану“, а да се остала располагања само помињу.³⁰

Постоје и дефиниције којима се слобода завештања не ограничава само на имовинска располагања. Њихови аутори тумаче да „начело слободе завештања значи да грађани имају право да по закону утврђеним условима слободно располажу својом имовином за случај своје смрти и дају друге изјаве са одређеним правним дејствима за случај смрти“.³¹ Као што се може видети, у ову дефиницију унета су још два конститутивна елемента: прво, унете су границе слободе завештања, изражене синтагмом да се слободно располаже само „*по закону утврђеним условима*“; и друго, право оставиоца да даје „*друге изјаве* са одређеним правним дејствима за случај смрти“. У њој је заступљен обухватнији приступ појмовном одређењу слободе завештања, додавањем још неких елемената које је чине, али ни њу не сматрамо потпуном имајући у виду садржину аутономије воље.

4) Дефиниције са становишта ограничења слободе завештања

Од свог настанка, поимање слободе завештања подразумева решавање питања њених граница. Отуда је разумљиво што неки аутори приликом објашњења и одређивања појма слободе завештања у први план стављају управо границе те слободе. Гледишта настала посматрањем слободе завештања са аспекта њених ограничења у литератури наследнога права двојачко су представљена.

Једни аутори своје објашњење слободе тестирања заснивају на простом супротстављању установи нужног наслеђивања,³² без разматрања осталих аспеката слободе тестирања. Такав приступ, пре свега, не пружа никакве основе за разумевање суштине слободе завештања, осим да је ограничена установом нужног дела. С друге стране, ни позивање само на нужно наслеђивање као једино важно ограничење, макар и круцијално, не одређује прецизно границе завештајне слободе. Иако је неспорно да се у наследноправној доктрини нужни део узима као парадигма ограничења завештајне слободе, мора се приметити да то јесте њено ограничење али не и једино. У континенталноевропским правним системима далеко је више ограничења, разнородних

³⁰ P. Deeg, *Typenzwang-Testierfreiheit und Typenzwang, Disertation - Der Juristischen Fakultät der Universität Passau* (2003: Passau), str. 1, fusnota 2.

³¹ С. Сворцан – В. Ђорђевић, *Наследно право* (Крагујевац, 1997), стр. 41; У потпуности исту дефиницију види: и код: О. Antić, *Nasledno pravo* (Београд, 2009), стр 42.

³² Види: (Blagojević, 1983), стр. 205.

по својој природи и обиму задирања у границе слободе завештања, која су управо предмет научног истраживања у овом раду. Простим сучељавањем слободе завештања и нужног дела као њеног ограничења *de facto* је избегнута расправа о суштини ствари.

Има аутора који ограничењу слободе завештајног располагања дају значај конститутивног елемента у изградњи научног система наследног права. Уместо начела слободе завештања, имајући у виду да она није апсолутна, у основна начела наследног права увршћују *начело ограниченог располагања mortis causa*, за које сматрају да је римско начело које се јавља са настанком „институционог тестаментa а слобода располагања се ограничава установом нужног дела.“³³ Оваквим методолошким поступком замагљује се однос између тестаментарног и законског наслеђивања, јер из употребљених израза као да произлази да је изјављивање последње воље за случај смрти више ограничено него слободно. То је у потпуној супротности са уређењем савременог система наследног права, у коме се наслеђивање у првом реду одвија као тестаментарно, а тек супсидијарно „долази наслеђивање на основу закона“.³⁴ Овакав приступ противречи и самом постојању приватноправне аутономије, која у бити значи да је признато појединцу да може по сопственој вољи обликовати своје животне односе, како за живота тако и за случај смрти. Управо је слобода завештања еманација приватноправне аутономије и као таква искључује законско наслеђивање, па због таквог њеног значаја слобода завештања мора бити уздигнута на ранг основног начела наследног права а не њена ограничења, тј. „ограничено располагање *mortis causa*“, како је то у критикованом схватању означено.

Често у научним делима у којима се даје дефиниција слободе завештања, одмах иза дефиниција следи навођење оних ограничења за која аутори сматрају да су од значаја за објашњење дефинисаног појма или њиховим категоријалним уопштавањем. Реч је о општим ограничењима и нужном делу као законском ограничењу. Према професору Антићу, „ограничења су општа – путем установе јавног поретка и посебна – право на нужни део (у европскоконтиненталном праву) и право на издржавање (у агло-америчком праву)“³⁵ Ограничења слично наводи и професор Ђурђевић, с тим што јавни поредак разлаже на елементе који га чине, користећи се законском лексиком, и што прецизира да нужни део (којег наводи) није једино посебно ограничење. Он конкретно

³³ (Marković, 1981), стр. 44.

³⁴ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 26.

³⁵ (Antić, 2009), стр. 42; (Ђурђевић – Сворцан, 1992), стр. 41; В. Ђурђевић, *Наследно право* (Ниш, 1997), стр. 41.

наводи да „слобода тестирања подлеже општим ограничењима“ па се може рећи „да је завешталац слободан, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја“, те да „постоје и посебна ограничења слободе тестирања, од којих је најважнија установа *нужног дела*.“³⁶ Ове кратке напомене о ограничењима употпуњују заузета схватања слободе завештања, њене садржине и обима, и уједно доприносе бољем разумевању датих дефиниција. Осим тога, те напомене се могу протумачити и као сигнал да у дефиницију слободе завештања треба унети и њена ограничења, разуме се са високим степеном уопштавања, што неки аутори с правом и чине.

б) ДЕФИНИЦИЈЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА КОЈЕ ОБУХВАТАЈУ И СЛОБОДУ ОПОЗИВА ЗАВЕШТАЊА КАО КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТ

Наследноправне дефиниције слободе завештања разликују се, између осталог, и по питању да ли обухватају и опозив завештања. Аутори напред наведених и анализираних дефиниција нису сматрали да могућност опозива треба унети у дефиницију завештајне слободе, али има и оних теоретичара који то с разлогом чине. Професор Антић даје следећу дефиницију: „Под слободом завештања /тестирања/ подразумевамо право које одређеним /тестаментарно способним/ лицима пружа јавни поредак и закон одређене државе у погледу садржине њиховог једностраног и непосредног располагања сопственом заоставштином за случај смрти, као и у погледу других њихових изјава и наредби у вези са сопственом смрћу, које ова лица могу једнострано изменити или укинути све до тренутка смрти или губитка тестаментарне способности“.³⁷ Експлицитан став унет у дефиницију да изјаве последње воље и друге наредбе оставиоци „*могу једнострано изменити или укинути* све до тренутка смрти или губитка тестаментарне способности“, у ствари значи да се слобода (могућност) опозива тестаamenta сматра конститутивним елементом дефиниције слободе завештања. У том погледу, нешто другачији методолошки поступак примењује професор Ђурђевић, који најпре даје једну општу дефиницију ове слободе изnoseћи гледиште да „принцип слободе тестирања значи да је завешталац *овлашћен да по својој вољи располаже својом имовином за случај смрти*“, да би је потом разрадио наводећи да се слобода тестирања испољава у три облика – као *слобода састављања тестаamenta*, *слобода наследноправног обликовања* и као *слобода опозивања тестаamenta*.³⁸ Очито је

³⁶ (Ђурђевић, 2011), стр. 30.

³⁷ (Antić, 1983), стр. 9.

³⁸ (Ђурђевић, 2011), стр. 29.

да се слобода опозива завештања у овој дефиницији потенцира као конститутивни елемент појма завештајне слободе, те додатна објашњења нису потребна.

Уношењем слободе опозива завештања у дефиницију, она постаје комплетнија и добија пун смисао као вид испољавања аутономије воље. Признати појединцу способност да сам уређује своје животне односе по сопственој одлуци, а не дати му могућност да своју одлуку једнострано измени или укине, значило би да ће слобода завештања увек постати сама себи ограничење. Тиме би се обесмислила приватноправна мисија слободе завештања за случај смрти – без признавања опозива, једном изјављена последња воља завештаоца, још за његовог живота ограничила би га да даље уређује своје имовинске односе за случај смрти. Из ових разлога, сматрамо да дефиниција слободе завештања треба да садржи и слободу опозива завештања.

с) ДЕФИНИЦИЈЕ НАСТАЛЕ ПОРЕЂЕЊЕМ СЛОБОДЕ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА И СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Поред закона и тестаментa, као трећи могући основ позивања на наслеђе јављају се наследноправни уговори. Међу овим уговорима, у правним системима где је допуштен, најјачи основ позивања на наслеђе има уговор о наслеђивању, који искључује и законско и тестаментарно наслеђивање (у погледу дела или целе заоставштине која је предмет уговора), зато што је једнострано неопозив и везује оставиоца до његове смрти. У погледу односа уговора о наслеђивању и тестаментa, као видова располагања имовином за случај смрти (нем. Verfügung von Todes wegen), класично је схватање, које заступа не мали број теоретичара,³⁹ да овај уговор ограничава слободу завештања, тј. да представља вид вољног ограничења слободе завештања оставиоца.⁴⁰ На тим основама и настаје гледиште о слободи завештања, према коме она може да постоји само када лице има овлашћење да једностраном изјавом воље, до краја живота, слободно располаже својом имовином *mortis causa*.⁴¹ Оваквим схватањем чува се есенцијална ширина слободе завештања и слобода тестатора да измени или опозове своје завештање.⁴²

³⁹ Види: (Antić, 2009), стр. 333; (Ђурђевић, 2011), стр. 244, 245; (Ђорђевић – Сворцан, 1992), стр. 347.

⁴⁰ Види: Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали*, 2 (2009), стр. 190; (Врох, 2003), стр. 91; .

⁴¹ D. Hutchinson , „More light on the pactum successorium“, *The South African Law Journal*, 106 (1989), стр. 2 и 4;

⁴² Ово су уједно кључни разлози због којих је у француском праву и праву земаља којима је оно било узор, попут шпанског, италијанског и права јужноафричких земаља, забрањен уговор о

Насупрот реченом, присталице уговорног наслеђивања критикују изнето гледиште као оно које апсолутизује слободу завештања и залажу се за рестриктивнији приступ. Они указују на потребу придавања већег значаја слободи уговорног наслеђивања као једном од видова испољавања аутономије воље у области наслеђивања и на важност разликовања спољашњих од унутрашњих ограничења, да би заузели став да слобода супсумира у себи и могућност да лице коме она припада, себе ограничи у неком праву.⁴³ У складу са таквим погледима, изграђују дефиницију слободе завештања сужавајући је на тестаментарно располагање само „оним предметима који су преостали“ у имовини оставиоца у тренутку његове смрти.⁴⁴ Потенцирање да „завештајна располагања производе дејство само у односу на она права која је завешталац поседово у тренутку смрти“, служи да се покаже нелогичност која се састоји у томе да уговори закључени за живота такође ограничавају будућег оставиоца у погледу располагања имовином, али су допуштени; као што и уговори о наслеђивању ограничавају завештајну слободу, али су забрањени или спорни. Циљ је заговорника овог гледишта да докажу како слобода завештања и слобода уговорног наслеђивања нису нужно супротстављени принципи, већ да могу паралелно егзистирати. Зато и закључују да се допуштањем уговорног наслеђивања слобода не сужава, „већ се шири домен аутономије воље“ – „управо његова забрана представља ограничење“ овог принципа грађанског права.⁴⁵

Из ове кратке анализе различитих приступа уговорном наслеђивању, могу се извести два закључка. Прво, схватање односа између слободе завештања и слободе уговорног наслеђивања утиче на одређивање граница завештајне слободе, о чему треба водити рачуна приликом изградње дефиниције овог начела. Друго, за законско уређење видова аутономије воље у домену наследног права одлучујући су правнополитички циљеви који се тиме желе постићи, а не правни аргументи, што је од значаја за разматрање утицаја уговорног наслеђивања на границе слободе завештања.

наслеђивању, М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника (докторска дисертација)* (Београд, 2015), стр. 433.

⁴³ Опширније: (Станковић, 2015), стр. 435-439.

⁴⁴ D. Hutchinson, "Succession Agreements in South African and Scots Law", in *Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, ed. by Kenneth G C Reid, and others (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007), стр. 232.

⁴⁵ (Станковић, 2015), стр. 437.

d) ОДРЕЂИВАЊЕ КОНСТИТУТИВНИХ ЕЛЕМЕНАТА И ДЕФИНИСАЊЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

У анализираним дефиницијама могу се запазити одлике и елементи слободе завештања које су аутори имали у виду, различите по својој природи и значају који им се придаје, али има и оних које су им заједничке. На основу конститутивних елемената анализираних дефиниција слободе завештања и критичке анализе њихове потпуности и прецизности, може се дати следећа дефиниција:

Начело слободе завештања чине овлашћења једног лица установљена јавним поретком и законом једне државе да самостално одлучи хоће ли сачинити завештање и определи се за законом предвиђену форму тестаментa, да слободно одреди његову садржину и по својој вољи опозове завештање до своје смрти.

Опште одлике слободе завештања су:

1. Слобода завештања је *основно начело наследног права*. На теоријском плану, већина аутора истоветно одређује правну природу слобода завештања, сматрајући је правним начелом, па се тако назива и систематизује у уџбеницима и другим обимнијим системским делима. У даљем објашњењу суштине овог начела они наводе да је реч о „праву“⁴⁶, „овлашћењу“⁴⁷ или о „могућности“⁴⁸ оставиоца да располаже имовином за случај смрти, што асоцира на неко субјективно право. Међутим, кад се узме у обзир дефиниција субјективног права које даје општа теорија права, закључак је да се слобода завештања не може категоријално подвести под тај појам,⁴⁹ јер произлази из више правних норми и садржи више овлашћења (да оставилац одлучи хоће ли саставити тестамент, да изврши расподелу имовине, да изабере форму завештања и др.).⁵⁰ Управо зато што представља апстрактно правило које је изведено из више правних норми наследног, грађанског и уставног права, „које важи за читав низ случајева обухваћених нижим нормама,⁵¹ слобода завештања је опште правно правило, тј. начело, као изведени појам високог нивоа апстрактности, па је исправно приликом дефинисања да се тако и назове.

⁴⁶ Види: Bartholomeyzik-Schlüter, *Erbrecht* (München: 1980), (Kroppenberg, 2008), стр. 91; (Ђорђевић – Сворцан, 1992), стр. 41; (Antić, 2009), стр. 42.

⁴⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 29, 30.

⁴⁸ (Аврамовић 1981), стр. 4.

⁴⁹ „Субјективно право је објективним правом (тј. једном правном нормом) одређено овлашћење субјекта права у правном односу да нешто сам чини, или да захтева од другог да други нешто учини или трпи“ (Р. Лукић, *Теорија државе и права II. Теорија права* (Београд, 1995), стр. 173 и 174.

⁵⁰ О појму субјективног наследног права Види: код (Ђурђевић, 2011), стр. 20.

⁵¹ Према професору Лукићу, „Општа правна начела су такође изведени појмови. То су апстрактне норме, које су изведене из низа мање апстрактних норми, и које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама.“⁵¹ (Р. Лукић, 1995), стр. 281

2. *Правне границе* омеђују поље у коме слобода завештања производи правно дејство. Зато што слобода завештања није апсолутна, у дефиницију треба унети њене *правне границе*. Изван тих граница слобода завештања не производи правно дејство. Уколико се то не би учинило, дефиниција би у себи носила негацију себе саме јер би обухватала и завештања која су апсолутно ништава. Ограничења слободе завештања су многобројна и разноврсна по својој природи, садржини и обиму, па их је практично немогуће набрајањем све унети у дефиницију. Из тог разлога, у дефиницију су правна ограничења унета путем општег израза – завештајна слобода постоји само ако је у складу са „јавним поретком”⁵² и законом једне државе“.

Конститутивни елементи који одређују садржину слободе завештања су:

1. *Слобода сачињавања тестамент* је прва суштинска одлика завештајне слободе и претпоставка је без које нема других конститутивних елемената. У мноштву различитих одредница суштине слободе завештања, аутономија воље оставиоца је заједнички именитељ који као бит слободе завештања садрже све анализирани дефиниције. Тестаментарна слобода „као специфичан појавни облик приватноправне аутономије“ у материји наследног права⁵³ из које појединац црпи овлашћење да своје приватне односе обликује по сопственој вољи. На основу те слободе, правни субјект може да обликује своје имовинскоправне односе са дејством после његове смрти. Зато је као конститутивни елемент дефиниције слободе завештања унета слобода оставиоца да одлучи хоће ли да сачини тестамент, којим ће по сопственој вољи располагати заоставштином, или ће се определити за примену правила законског наслеђивања.

2. *Слобода избора форме завештања*. Кад се одлучи да путем тестаментa располаже својом имовином, оставилац има могућност да изабере неку од законом предвиђених форми у којој ће сачинити тестамент. С тим у вези, треба запазити да се у анализираним дефиницијама избор форме тестаментa изричито не помиње као елемент завештајне слободе, али то не значи да га неки творци дефиниција не узимају у обзир. Избор форме може бити садржан и у неком другом конститутивном елементу, зависно од тога како је формулисан. Тако се, на пример, из израза „слобода наследноправног обликовања“⁵⁴, који је у дефиницији употребљен за означавање једног елемента

⁵² Под овим изразом подразумевамо јавни поредак у ширем смислу, који обухвата принудне прописе, јавни поредак у ужем смислу и добре обичаје, чл. 155 Закона о наслеђивању Републике Србије, („СЛ. Гласник СРС“ 46/1995, 101/2003-одлука УСРС и 6/2015).

⁵³ D. Leibold, Erbrecht – Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, стр. 19.

⁵⁴ (Ђурђевић, 2011), стр. 29.

слободе тестирања, може закључити да се та слобода односи и на садржину и на форму тестаментa.

Међутим, ми сматрамо да слободу избора форме тестаментa треба издвојити као самостални конститутивни елемент слободe завештања, из више разлога. Прво, избор форме тестаментa по слободној вољи оставиоца не може се подвести под појам слободe одређивања садржине тестаментa, које смо одредили као самостални елемент дефиниције. Друго, у законодавствима се не прописује само једна, већ више форми тестаментa,⁵⁵ па би наметање било које од њих било противно слободи воље оставиоца. Треће, свака форма тестаментарног располагања је, сама по себи, неки вид ограничења слободe завештаоца да изјави своју последњу вољу, што се одражава на границе завештајне слободe у целини посматрано. Истицањем у дефиницији самосталности слободног избора форме, потенцира се његов значај за одређивање граница слободe завештања. Наиме, завешталац има могућност да се по сопственом нахођењу определи за неку од законом прописаних форми тестаментa која више или мање ограничава његову слободу, и тако изрази своју аутономну вољу.

3. *Слобода одређивања садржине тестаментa.* Слобода одређивања садржине завештања подразумева слободу конкретног обликовања наследноправних последица смрти путем завештања. Слобода завештаоца се односи само на допуштену садржину завештања. У границама допуштеног, завешталац по својој вољи одређује: предмет завештајног располагања; лица у чију корист располаже; модалитете при њиховом одређивању (ограничавање условом или роком, оптерећење налогом); а може и разбаштинити наследника. Допуштену садржину завештања чине и опроштај недостојности, ослобођење од урачунавања испорука и поклона у наследни део, располагање у друштвено-корисне сврхе. Поред ових располагања која производе наследноправно дејство (директно или индиректно), садржину тестаментa могу чинити и располагања која нису наследноправног карактера (опроштај или признање дуга, признање очинства и сл.), као и одредбе које имају формални карактер и односе се на реализацију последње воље (нпр. постављање извршиоца завештања).

Слободу одређивања садржине тестаментa треба разликовати од садржине завештајне слободe, која се симплификовано може означити као слобода воље и може бити испољена у различитим правцима, а не само у правцу одређивања садржине

⁵⁵ У српском наследном праву предвиђено је девет равноправних форми у којима завешталац може изразити своју вољу: олографски, алографски, судски, конзуларни, међународни, бродски, војни, усмени и јавнобележнички тестамент.

тестаментa. Слобода завештања је, дакле, шири појам, који поред слободе одређивања садржине тестаменте обухвата и остале слободе – слободу сачињавања тестаментa, слободу избора форме тестаментa и слободу опозива тестаментa.

4. Слобода опозива завештања је конститутивни елемент слободе завештања и у суштини представља један вид располагања за случај смрти. Као што неко лице има овлашћење да својевољно сачини тестамент, исто тако може по сопственом нахођењу и да опозове изјављену последњу вољу. Слобода опозива, дакле, има исти значај као и слобода лица да сачини тестамент, јер тестамент „опстаје онолико дуго колико га држи на снази завештачеова воља“.⁵⁶ Без права на опозив тестаментa, правна суштина начела слободе завештања била би доведена у питање. У том смислу, слободу сачињавања тестаментa и слободу његовог опозива треба посматрати као лице и наличје истог правног принципа – аутономије воље.

3. УСТАВНА ЈЕМСТВА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Слобода завештања произлази из уставних јемстава права на имовину и права на наслеђивање. Уставом⁵⁷ се јемчи „право наслеђивања, у складу са законом“ (чл. 59 ст. 1) и „мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона“ (чл. 58 ст. 1). Полазећи од цитираних уставних одредаба, став да уставне гаранције слободе завештања извиру из уставних јемстава својине, заснован је на доктринарном поимању својине и утемељен је на тумачењу да мирно уживање својине и других законом стечених имовинских права обухвата и слободу завештања.⁵⁸ Општеприхваћено је у грађанскоправној доктрини да садржину својине конституишу овлашћења власника – да по својој вољи ствар држи, користи (*ius utendi, ius fruendi*) и њоме располаже (*ius abutendi*) *inter vivos* и *mortis causa*. Из ове дефиниције је видљиво да слобода завештања представља једно од својинских овлашћења – овлашћење сопственика да по својој вољи располаже сопственом имовином *mortis causa*.⁵⁹ Самим тим што представља есенцију права својине, гаранцијом „мирног уживања својине“ управо је овом овлашћењу пружена уставна заштита.

Овакво тумачење уставне заштите слободе завештања је у хармонији са европским стандардима, којим је експлиците решен однос својине и слободе завештања. У Повељи о основним правима Европске уније, у члану 17 ст. 1, изричито

⁵⁶ (Ђурђевић, 2011), стр. 195.

⁵⁷ “Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

⁵⁸ D. Ђурђевић, *Sloboda testiranja i formalizam ologrfskog testamenta*, br.11 (2009), стр. 849.

⁵⁹ Види: (Leipold, 2002), стр. 22.

се наводи да „Свако има право да своју законито стечену имовину поседује, користи, њоме располаже и *завешта*“.⁶⁰ Једнака заштита, дакле, пружа се праву располагања и завештања.

4. СВРХА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Човековом смрћу његова права и обавезе које је до тада имао, остају без титулара, па је обавеза државе да осигура континуитет његовог правног положаја тиме што ће уредити поредак правне сукцесије. Она то чини нормама наследног права, на различите начине, у складу са правнополитичким циљевима, пре свега у циљу заштите приватне имовине и заштите породице. Наследноправни поредак сукцесије зависи од разних фактора – од својине, породице, социјалних, историјских, културних и других фактора. Зато се на теоријском плану и сматра, како смо напред истакли, да је данашње наследно право „неухватљив компромис између супротних система и принципа“, између осталог, „што се у њему готово неразмрсиво преплићу индивидуалистичко, социјално и породично одређивање сврхе“.⁶¹

И поред ове изузетне комплексности, један од основних задатака наследног права је да „*успостави правичан поредак расподеле имовине која је остала иза оставиоца*“.⁶² Пошто је слобода завештања, индивидуалистички принцип наследног права, значи да она служи остварењу овог основног задатка наследног права. Закључак би био да је, у крајњем, сврха слободе завештања *осигурање правичног поретка наследноправне сукцесије*. Док законско наслеђивање одређује наслеђивање које је према гледишту законодавца коректно и праведно за неодређени број типичних случајева, слобода тестирања пружа могућност завештиоцу да буде праведан према околностима конкретног случаја путем индивидуалног располагања. Зато се и сматра да је поверење у „праведног оца породице“ то на шта се слобода тестирања ослања.⁶³

Слобода завештања је у време свог настанка у римском праву, служила да се спречи расцепкавање поседа на више власника, да би се надаље постепено развијала ка самосталном правном начелу.⁶⁴ Данас се завештајна слобода у грађанскоправној теорији поима као вид испољавања једног ширег начела грађанског права –

⁶⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2010/C 83/02); dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:EN:PDF> .

⁶¹ (Радбрух, 2006), стр. 160 и 161.

⁶² (Ђурђевић, 2011), стр. 22.

⁶³ J. Niedree, “Testierfreiheit und deren Grenzen – Eine Untersuchung der Rechtslage” in *Deutschland unter Berücksichtigung der Family Provision Gesetzgebung in England, Disertation* (Salzburg, 2001), стр. 12.

⁶⁴ *Ibidem*, стр. 13.

приватноправне аутономије, па зато има истоветну сврху као то начело. Као и код приватноправне аутономије, разлог постојања слободе завештања је, с једне стране, „у признавању способности и праву појединца, да своје правне односе обликује према властитој одговорности, а са друге стране, у приватном властинштву.“⁶⁵ У разлозима њеног настанка виде се, у ствари, циљеви којима треба да служи. Отуда, сматрамо да је сврха слободе завештања осигурање *слободе личности* и *очување приватне својине и имовине*. Ова правна замисао која извире из схватања приватноправне аутономије, припада континенталноевропској правној традицији више од два века и данас је преузимају грађански законици „као саставни део модерног приватног права који се подразумева“⁶⁶.

Тиме што правни систем признаје појединца као личност и даје му правни субјективитет поверавајући му да своје приватне животне односе уреди по сопственој вољи, он суштински *гарантује слободу личности*. Гарантујући да је слободна личност и дајући му правни субјективит, слобода завештања омогућава појединцу да располаже својом имовином за случај своје смрти, да се стара о својим потомцима и блиским лицима, да неке од њих награђује а неке да кажњава својом одлуком о расподели заоставштине. На овој идеји о циљу слободе завештања, темељи се гледиште да „наследно право служи развијању личности и остваривању слободе оставиоца“⁶⁷.

Свако приватно право се, како објашњава Шмит (*Schmitt*),⁶⁸ ослања на владавину индивидуе и стога, ако наследно право треба да сачува приватноправни карактер, мора да прати овај ток. Зато се и каже у философији права да слобода својине „траје и после смрти“⁶⁹. У савременим правним системима уставним нормама је искључено опште наследно право државе, а само очување приватне својине наследноправним нормама остварује се на више начина. Најпре, и тестамент као инструмент имовинског располагања служи да добра у својини неког лица након његове смрти поново припадну појединцу (а не држави). Само установљавање могућности да оставилац располаже својом имовином за случај смрти представља срж слободе завештањ. Ако се наследним правом употпуњује приватна својина, онда се слобода завештања установљава с циљем очувања приватноправног карактера својине и имовине. Управо зато што омогућава да приватна својина траје и након смрти њеног титулара, циљ је

⁶⁵ (Deeg, 2003), стр. 2.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ (Leipold, 2002), стр. 19.

⁶⁸ (Deeg, 2003), стр. 10.

⁶⁹ (Радбрух, 2006), стр. 161.

слободе завештања да обезбеди континуитет приватне својине и самим тим, приватноправни карактер наслеђивања. На тај начин приватна својина остварује своју социјалну функцију.

II. ИСТОРИЈСКИ ПРЕГЛЕД СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

1. ЗАЧЕЦИ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА У СТАРОМ ВЕКУ (У РАНИМ РОБОВЛАСНИЧКИМ ДРЖАВАМА)

Зачеци слободе завештања се у теорији наследног права везују за право држава старог века, али се различито тумаче природа и значај правних установа кроз које се она испољавала. Зато ћемо укратко навести главне одлике наслеђивања и форми располагања *mortis causa* у Египту, Вавилонском царству и Старој Грчкој.

У Египту је важило законско наслеђивање, за које је карактеристично да женски потомци равноправно наслеђују са мушкарцима. „Египатско право не познаје прави тестамент“, али су постојали извесни зачеци једностране изјаве воље којом су одређена лица искључивана из наслеђа или је мењан законски ред наслеђивања, „који је обухватао децу, побочне сроднике и преживелог супружника“. ⁷⁰ Постојале су три форме располагања помоћу којих је оставилац у извесном смислу могао да утиче на распоред своје имовине после смрти. Прво, оставилац је могао искључити поједина лица из наслеђа (ексхередација). Друго, преко адопције се неко лице могло увести на заобилазан начин у ред наследника. ⁷¹ И треће, установа *imit-per*, ⁷² која је у суштини једна врста пописа имовине, представља облик испољавања воље за случај смрти, тако што је лице набрајајући шта све има, понекад наводило да неки предмет добије одређено лице. Кроз све три форме се, у мањој или већој мери, испољавала аутономија воље оставиоца у погледу располагања имовином за случај смрти, па се могу сматрати зачецима слободе тестирања.

Из периода Вавилонског царства указаћемо на неке наследноправне одредбе Хамурабијевог законика, које су биле малобројне и садржински веома шкрте, што упућује на претпоставку да је највећи део материје наследног права за време

⁷⁰ D. Nikolić, *Fragmenti pravne istorije* (Niš, 1997), стр. 56.

⁷¹ Професор Аврамовић наводи да је чувен „папирус из кога се Види да је муж усвојио своју жену (адопција), тако да је заоставштина припала њој, а не побочним сродницима“ (С. Аврамовић, *Правна историја старог века – Општа историја државе и права, I део* (Београд, 1993), стр. 100.

⁷² Познати белгијски египтолог професор Теодоридес сматра да је имит-пер, ипак, представљао неку врсту тестаментa пошто се помоћу њега могао мењати законски ред наслеђивања (Аврамовић 1993, стр. 100).

Хамурабија остао у домену неписаног обичајног права,⁷³ с којим је у комплементарном односу.⁷⁴ Ни Хамурабијев законик не познаје⁷⁵ тестаментарно већ законско⁷⁶ наслеђивање. Међутим, постојале су две ситуације у којима је оставилац могао да утиче на распоред своје имовине после смрти. Прво, као какав зачетак тестаментарног наслеђивања може се препознати у чл. 182 Хамурабијевог законика, према коме свештеница у храну Мардука „може своју заоставштину оставити коме хоће“.⁷⁷ Друго, уместо слободним завештањем, на законски ред наслеђивања могло се утицати посредно, преко установе потпуног усвојења. Мада је ова установа првенствено била усмерена да производи правно дејство *inter vivos*, почела се користити с циљем да се тим путем обезбеди наследник, па се тако преко адопције могло изменити законско наслеђивање.⁷⁸

За наследно право Атине и других грчких полиса, карактеристично је законско наслеђивање, као уобичајена и редовна форма наслеђивања. Принцип је био да оца наслеђују његови законити синови,⁷⁹ који очеву имовину деле на једнаке делове, и преузимају је без икаквог учешћа државних органа. Ни атинско право, дакле, не познаје прави тестамент, али су постојале две установе којима се ширила слобода располагања после смрти. Најпре, поред адопције *inter vivos*, Солон је увео и адопцију *mortis causa* – *тестаментарну адопцију*, код које усвојилац и усвојеник не заснивају заједницу живота, већ оставилац једноставно проглашава неко лице за сина, који након оставиочеве смрти учествује у законском наслеђивању.⁸⁰ Друга установа којом се утире пут за настанак слободе тестирања је *легатски тестамент*, који се у грчком праву па и

⁷³ (Nikolić, 1997), стр. 72.

⁷⁴ (Аврамовић, 1993), стр. 84.

⁷⁵ О могућим друкчијим читањима нових превода текста Хамурабијевог закона, којима би се могао релативизовати изнети став, Види: код: М. Станковић, 'Да ли је завештање било нормирано у Хамурабијевом закону?', *Анали Правног факултета у Београду*, 3 (2017), стр. 124-147. Има аутора који у појединим одредбама Хамурабијевог законика, пре свега чл. 182, виде „зачетке тестаментарног наслеђивања“ (А. Vajs - Lj. Kandić, *Opšta istorija države i prava* (Београд, 1986), стр. 41). Међутим, сматра се да је то сувише „далеко од институције класичног тестаamenta, какав познаје римско право“ (С. Аврамовић – В. Станимировић, *Упоредна правна традиција* (Београд, 2015), стр. 76). Из тог разлога, оновремени историчари заузимају категоричан став да овај законик не познаје тестаментарно наслеђивање (види, нпр. Д. Николић, *Историја права – Стари и Средњи век* (Ниш, 2014), стр. 58; С. Шаркић, *Општа историја државе и права* (Београд, 1995), стр. 57).

⁷⁶ Као наследници се појављују само синови, а ако их умрли нема, наслеђују га браћа, затим стрицеви, из чега се може закључити да наследник може бити само мушкарац.

⁷⁷ (Аврамовић 1993), стр. 86.

⁷⁸ (Nikolić 1997), стр. 72; (Аврамовић 1993), стр. 86.

⁷⁹ Проблем који је настајао кад умрли нема синова, решаван је путем установе ћерке-наследнице *epiklere*, која морала да се уда за најближег мушког сродника по оцу, за стрица, односно брата од стрица.

⁸⁰ Писани документ који се сачињавао називао се *diatheke*, што ће касније бити грчки израз за означавање правог тестаamenta, али у античкој Атини то је била тестаментарна адопција, а не класичан тестамент. (Аврамовић 1993, стр. 136).

у Атине користио још од хомерског доба, а развио се из поклона за случај смрти (*donatio mortis causa*). Легатским тестаментом се једностраном изјавом воље поједине ствари, па и непокретности, слободно остављају одређеним лицима. И поред ширења аутономије воље оставиоца, треба имати у виду да се путем ове форме располаже само појединим деловима имовине, те је у питању сингуларна сукцесија, а не постављање наследника као универзалног сукцесора.

У погледу постојања тестаamenta у античкој Атине, па самим тим и слободе завештања како се данас схвата, настала су два опречна схватања. Старији писци⁸¹ сматрали су да је Солон својим реформама увео у правни живот Атине тестамент, који виде у установи адопције *mortis causa*.⁸² Међутим, савремени аутори сматрају да ту није реч о тестаменту, већ о проширењу постојећих правних усанова, тј. да је Солон само трансформисао већ постојећи заобилазни начин којим се утиче на распоред своје имовине за случај смрти. У прилог овог савременог става може се навести више разлога. Најпре, будући оставилац није могао користити установу тестаментарне адопције ако има законите, рођене синове, што ограничава његову вољу. Затим, уколико усвојеник умре без потомства, заоставштина која му је припала мора се вратити у породицу усвојитеља-оставиоца, тако да по законском наслеђивању припада његовим побочним сродницима. На крају, чињеница да је за пуноважност адопције *mortis causa* неопходна дозвола архонта, негира постојање тестаamenta и слободе тестирања како се данас схвата.⁸³

Из претходног излагања може се као општи закључак извести да државе старог века не познају класичан тестамент, па консеквентно ни слободу завештања као принцип наслеђивања. Ипак, у праву држава старог века појавиле су се установе којима се у извесној мери омогућава аутономије воље у правним пословима *mortis causa*. Као најважније могу се сматрати установе адопције *mortis causa* и поклона за случај смрти, у којима се могу открити зачеци тестаментарног располагања и које представљају „камен темељац за слободу тестирања“.⁸⁴

⁸¹ Који су аутори заступали ово гледиште Види:код (Antić, 1983), стр. 31.

⁸² Од наших теоретичара наследног права, ово схватање су заступали професор Марковић (види: Marković, 1981), стр. 14 и професор Б. Благојевић, са извесном оградом (види: Благојевић, 1983), стр. 234.

⁸³ Детаљнију аргументацију која се наводи у прилог овог гледишта Види:код: (Avramović 1981), стр. 203 и (Antić, 1983), стр. 32.

⁸⁴ (Antić, 1983), стр. 24 и 32.

2. СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ

а) ПЕРИОД ЦИВИЛНОГ ПРАВА И РАНЕ РЕПУБЛИКЕ

Тестамент је у Риму врло стара установа, па се већ у Закону XII таблица (451. године п. н. е) слобода тестирања помиње на начин да се може закључити да је већ одавно, довољно позната,⁸⁵ и зато се сматра да није било потребе да се тестамент детаљно регулише.⁸⁶ Узроци настанка тестаamenta леже у раскораку између законског наслеђивања и облика породице.⁸⁷ Тестамент је имао за циљ да спречи примену застарелог законског реда наслеђивања – декујус је тестаментом одређивао свог сина за наследника да не би на наслеђе дошао брат.

Прва, најстарија форма у којој се манифестовала слобода завештања у Риму био је тестамент *calatis comitiis*, који су могли сачинити одрасли мушкарци два пута у години када су се састајале *calata comitia*, којима је председавао врховни свештеник – *pontifex maximus*. Одлука комиција којом се одобравало да лице предложено од оставиоца добије целокупну имовину оставиоца после његове смрти, уз обавезу одржавања породичног култа, имала је значај тестаamenta.⁸⁸

Старо римско право познавало је и један ванредни тестамент – *testamentum in procinctu*, који је имао далеко једноставнију форму. Право да га сачине имали су војници, за време војних похода и непосредно уочи боја. За пуноважност тестаamenta захтевала се само јавна, неформална изјава оставилаца пред саборцима ко ће им бити наследник.⁸⁹

Временом се јавио још један вид тестаamenta – *testamentum per aes et libram*, који је потиснуо претходне. Овај тестамент настао је из *mancipatio familiae*, који формално није тестамент, већ спада у фидуцијарне послове. У почетку развоја овог тестаamenta, *familiae emptor* је на основу акта манципације постајао универзални сукцесор, да би по смрти оставиоца наслеђену имовину био дужан да пренесе на лица која је оставилац у нункупацији одредио. То је, дакле, био јавни и усмени тестамент *fiduciae causa*. У даљој етапи развоја *familiae emptor* добија положај извршиоца тестаamenta, уместо положаја

⁸⁵ (Antić, 1983), стр. 34.

⁸⁶ D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo* (Beograd, 1983), стр. 168.

⁸⁷ Већ у време Закона XII таблица који предвиђа законски ред наслеђивања примерен конзорцијуму, постоји и агнатска фамилија. Тиме се и објашњава строга примена правила *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Или се примењује закон који одговара конзорцијуму или се примењује тестамент, па имовину и функцију породичног старешине добија *suus heres* (O. Stanojević, *Rimsko pravo* (Srpsko Sarajevo, 2000), стр. 240.

⁸⁸ I. Puhan, *Rimsko pravo* (Beograd, 1974), стр. 378.

⁸⁹ Види: (Puhan, 1974), стр. 378; (Stanojević, 2000), стр. 240.

универзалног сукцесора,⁹⁰ а манципација се врши само да би тестатор приликом изговарања нункупације саопштио садржину тестаментa, а не да би се пренела својина на *familiae emptor-a*. Овај тестамент је у почетку имао усмену форму и зато је назван нункупациони тестамент. Тестатор је у присуству пет сведока, *libripens-a* и *familiae emptor-a* давао свечану изјаву – нункупацио, која садржи именоване наследника и све елементе тестаментa. Зато што некад за декујуса није било добро да се сазна ко ће га наследити, временом се уобичајило да тестатор присутним сведоцима не саопштава усмено садржину тестаментa, већ доноси написани тестамент на тзв. диптиху⁹¹ и изјављује⁹² да је у њему садржано располагање за случај смрти.⁹³ Акт сачињава завештања морао је да се обави одједном, у континуитету, у супротном би био неважећи, што је произлазило из принципа *unitus actus* – јединствености акта сачињавања завештања, као значајног обележја римског права.⁹⁴ Тако је настала писмена форма тестаментa *per aes et libram*.

б) ПЕРИОД КЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА

У класичном праву Рима наставило се са ублажавањем форме тестаментa. Претори су као правилне почели признавати и оне тестаменте код којих нису биле испуњене формалности *per aes et libram*.⁹⁵ Тако је настао тестамент чија се форма свела на потпис седам сведока, који је назван преторски тестамент (70 год. п. н. е.). Тестаментом је сматрано свако писмено које садржи именоване наследника и снабдевено је печатима седам сведока и тестатора.⁹⁶ Пошто са становишта *ius civile* такво писмено није могло имати снагу тестаментa јер не садржи *nuncupatio*, који је обавезни елемент форме, по преторском тестаменту наследници нису постајали *heredes*, већ су добијали имовину у *bonorum possessio*, а тек касније, у II веку н. е. ови наследници добијају потпуну правну заштиту.

⁹⁰ (Puhan 1974), стр. 378.

⁹¹ То су две дашчице премазане воском, међусобно везане и преклопљене као два листа књиге. Текст тестаментa био је на унутрашњим странама, а на спољашњим потписи и печати сведока и завештаоца.

⁹² Изјава је гласила: „Онако како је на овим таблицама и воску написано, тако дајем, тако легирам, тако изражавам последњу вољу и ви ми, Квирити, тако посведочите“ (наведено према (Stanojević, 2000), стр. 241.

⁹³ (Stojčević, 1983), стр. 171.

⁹⁴ Rūfner, T. (2011) 'Testamentary Formalities in Roman Law', in Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.) *Comparative Succession Law - Testamentary Formalities, Volume I*, University Press, стр. 4-6.

⁹⁵ (Puhan, 1974), стр. 379.

⁹⁶ (Stojčević, 1983), стр. 171.

У класичном праву поново је регулисан војнички тестамент, тако да са тестаментом *per aes et libram* чини форме у којима се испољава последња воља тестатора током овог и већим делом посткласичног периода. Манципација више није била обавезан елемент форме, осим уколико је завешталац желео да изјави усмено своју вољу или ако завештање није било запечаћено од стране потребног броја сведока.⁹⁷ Међутим, значајно формално ограничење слободе тестирања огледао се у томе што завешталац није био слободан да сам бира речи које ће употребити приликом именовања наследника. Он је морао да употреби тачно одређене речи и фразе: *Verba imperativa et directa*. Првобитно је било обавезно да се именовање наследника учини приликом завештајног располагања, пре свих осталих тестаментарних располагања, али касније ово правило бива укинуто од стране претора. Именовање наследника није могло бити поверено трећем лицу.⁹⁸ Завештање је могло бити опозвано новим завештањем, с тим што је претходно завештање могло бити опозвано само у целини, а не и делимично. Уколико су поједине одредбе у завештању биле противречне, важило је оно што је последње унето. Интересантно је да завештање није могло бити опозвано ни на један други начин. Уколико би било поцепано, сматрало се да није губило своју правну снагу, јер је писмена форма само потврда усмено изјављене последње воље. Касније, у преторском праву сматрало се да у случају опозива, важе правила законског наслеђивања.⁹⁹

с) ПЕРИОД ПОСТКЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА

У посткласичном праву пуноважни тестамент се могао сачинити на више различитих начина. И даље се примењују оба вида писмени (трипартитини) тестамент и тестамент *per aes et libram* – усмени (нункупациони) тестамент, с тим да се смањује број потребних сведока за његову пуноважност.¹⁰⁰ Као нова форма тестамент *олографски* тестамент, написан и потписан руком самог тестатора, за који нису били потребни сведоци (још од средине петог века признаје се снага тестамент сваком писмену које тестатор напише својом руком).¹⁰¹ Поред ове три приватне, у посткласичном периоду постојале су и две јавне форме тестамент – тестамент издиктиран у записник пред службеником (*testamentum apud acta conditum*) и тестамент

⁹⁷ (Rüfner, 2011), стр. 6.

⁹⁸ *Ibidem*, стр. 10.

⁹⁹ *Ibidem*, стр. 15-16.

¹⁰⁰ *Ibidem*, стр. 20.

¹⁰¹ (Stojčević, 1983), стр. 172.

депонован на чување императору (*testamentum principi oblatum*). Сматра се да су ове форме тестаментата у својој укупности „добар избор начина за изражавање последње воље, коме савремена права нису много додала“.¹⁰² Посткласично право је увело и више ванредних тестаментата: тестамент војника, тестаменти слепих и глувонемих, као и тестаменте за случајеве кад није било могуће испоштовати најнеопходније формалне елементе предвиђене за редовне форме тестаментата.¹⁰³

d) ДОМАШАЈ СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА У РИМСКОМ ПРАВУ

Кратак приказ настанка и историјског развоја тестаментарног располагања у Риму упућује на закључак да је слобода тестирања настала у римском праву и да је завршно са временом Јустинијана, установљен велики број тестаментарних облика, који својом бројношћу шире њене границе у материјалноправном смислу (иако свака форма, сама по себи, представља формално ограничење те слободе).

Први тестамент наговештва „тријумф слободе воље и приватне својине“.¹⁰⁴ Међутим, од самог настанка слобода тестирања није била неограничена (мада је у старијој литератури било и супротних мишљења), већ лимитирана строгом формом и ванправним механизмима – снажним утицајима религије и друштвеног морала, добрих обичаја и јавног мњења. Строга форма првог римског тестаментата (*testamentum calatis comitiis*), према којој куријатска комисија којом председава врховни свештеник, одлучује о томе да ли ће прихватити жељу декујуса, ограничавала је тестаментарну слободу у погледу места и времена (*calata comitia* заседала је два пута годишње), и у погледу круга лица која имају право да сачине тестамент (плебејци и жене били су искључени јер немају приступ куријатској скупштини). С друге стране, будући да је тестамент настао у време када се породична имовина сматрала светињом па је сврха тестаментата била да се за случај смрти декујуса одреди старешина породице (*heres*) и обезбеди наслеђе за *sui*, наведени ванправни утицаји су били толико снажни да су слободу одређивања наследника ограничавали на потомке.¹⁰⁵ У првим вековима слобода избора кога ће тестватор именовати за наследника била је ограничена на његове мушке потомке – *sui*.

¹⁰² (Stanojević, 2000), стр. 241.

¹⁰³ (Puhan 1974), стр. 380.

¹⁰⁴ (Stanojević, 2000), стр. 240.

¹⁰⁵ Професор Станојевић наводи: „тешко је замислити да би се неки породични старешина усудио да, примера ради, остави сву имовину играчици у циркусу, а својим потомцима просјачки штап“ (Stanojević, 2000), стр. 242. У том смислу је и констатација професора Стојчевића да „тестватору није могла ни на памет пасти идеја да искључи неког члана породице из наслеђа“ (Stojčević, 1983), стр. 173.

Са опадањем власти породичних старешина и значаја куријатских комиција, што је довело до проглашавања тестаментна најпре пред тридесет ликтора (уместо пред куријатским комицијама којима председава врховни свештеник), а касније и са признавањем нункупационог тестаментна пред седам сведока, шири се слобода тестирања. Увођењем тестаментарних сведока, уместо одлука *calata comitia*, тестамент постаје доступан већем броју лица – са увођењем преторског тестаментна плебејци имају могућност да тестирају, а жене од II века н. е. добијају право да тестаментарно располажу имовином, у почетку уз одобрење татора, што у каснијем периоду изостаје.

Од настанка па кроз читаву историју римског права, именовање наследника био је основни циљ тестаментна (*institutio heredis caput et fundamentum testamenti*). У време настанка тестаментна, слобода именовања наследника била је ограничена на постављање једног од мушких потомака наследника – *sui*. Слобода татора била је ограничена и бројним формлним захтевима приликом сачињавања тестаментна (све што је написано пре именовања наследника сматрало се непостојећим; именовање се врши посебним свечаним речима, на латинском језику, уз обавезну употребу појмова *heres* и *esse*). У даљем историјском развоју слобода тестирања се све више ширила, најпре, кроз укидање непотребних формалности. Од када је претор тестамент ослободио свечаних изјава и гестова, сасвим је упрошћено састављање тестаментна, што у први план истиче слободу тестирања. Са слабљењем зависности чланова породице од породичне имовине, татори су почели именовати најпре више наследника, а напослетку и лица која нису чланови породице (*extranei heredes*). Укинута је и правило да завештање мора почињати одредбом о именовању наследника.

Поред одређивања универзалног сукцесора, већ од периода републике слобода тестирања се проширује и на именовање сингуларних сукцесора. Наиме, од тог времена, тестамент је врло често обухватао и имовинска располагања у корист лица која нису наследници или у корист неког од наследника поред онога што је тестаментом добио, а такво располагање названо је легат (*legatum*). Татор је имао и могућност да у тестаменту изрази неке своје жеље, тј. да замоли извршење какве радње (нпр. о начину сахрањивања и сл.). То је најпре била само морална обавеза лице коме је молба остављена у „аманет“, да би током принципата добила и правну заштиту.

У римском праву слобода тестирања обухвата и слободу опозива тестаментна. Татор је увек могао опозвати тестамент, само што се форма опозива мењала. За време важења тестаментна *calatis comitiis* и тестаментна *per aes et libram* морао је

сачинити нови тестамент који испуњава све услове за пуноважност, а могућност делимичног опозива тестаментa није била могућа. У периоду заступљености преторског тестаментa који карактерише ублажавање формалности, тестатор је могао уништењем потписа и печата или целих таблица опозвати тестамент, што до тада није био случај, што је био значајан помак ка широј аутономији воље завештаоца.¹⁰⁶ У петом веку, тестамент је губио важност после десет година, а за време Јустинијана било је потребно да тестамент буде стар десет година и да тестатор пред органом власти у присуству три сведока изјави да опозива тестамент.

Под утицајем економских и друштвених промена, временом слабе или нестају поједини ванправни утицаји на слободу тестирања, тако да као ограничења остају само правна средства, међу којима се нужни део издваја као најважније ограничење. Формално нужно наследно право, које се састојало у обавези декујуса да један круг лица помене у тестаменту, без обзира да ли су добила наследни део или су искључена из наслеђа, смењено је *материјалним нужним наследним правом*, које се састоји из права одређеног круга лица да добију део заоставштине, а не да буду само поменута у тестаменту. Тек материјално нужно наследно право представља суштинско ограничење слободе тестирања.¹⁰⁷

3. СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА У СРЕДЊЕМ ВЕКУ

а) ОПШТИ РАЗВОЈ

У феудалним државама, све док су почивале на родовско-племенском уређењу, нису постојали услови за настанак тестаментa. За ране феудалне државе може се рећи да се значајно разликује правни развитак германских држава насталих на територији западног дела римске империје, од оних које се јављају као сукцесори источног Римског царства (Византија), што важи и за наследно право.

Од германских држава, за наследно право интересантна је Франачка држава, настала у Галији, у којој је наслеђивање прилично рано регулисано законом. Салијски закон (који се везује за крај V и почетак VI века) садржи многобројне одредбе којима се исцрпно регулише наслеђивање. Он не предвиђа наслеђивање путем правог тестаментa, али уводи једну правну установу којом се посредно мењао законски ред наслеђивања, названом *affatonia*. Путем установе *афатомије* власник је за живота строго формалним уговором преносио имовину на одабраног посредника с којим није у родству, а овај је

¹⁰⁶ (Rüfner, 2011), стр. 20, 21.

¹⁰⁷ Опширније о томе види на стр. 254-256 дисертације.

преузимао обавезу да након што проведе годину дана у породици оставиоца, ту имовину преда лицу коме је оставилац наменио. Имајући у виду садржину и елементе од којих зависи природа ове установе, посматрано кроз призму савремених форми наслеђивања, може се закључити да је реч о установи за коју се везује настанак уговорног¹⁰⁸ наслеђивања, које се сматра претечом завештајног наслеђивања. И сама примена афатомије значајно је била ограничена: ову установу користили су само или претежно припадници родовско-племенске аристократије; на овај начин могло се располагати имовином само за случај да оставилац нема деце; и на крају, афатомија је била строго формална, са бројним формалностима. Два века касније, у Рипуарском закону афатомија поприма облик адопције ради наслеђивања, са којом је слична Лангобардска установа *thinx*.¹⁰⁹ Наслеђивање путем завештања настаје тек у каснијим етапама развоја наследног права Франачке, али и тада је реч углавном о остављању имовине цркви или о легату за одређене побожне циљеве.¹¹⁰

За разлику од раних феудалних држава германско-франачких племена, у Византији, као државно-правном сукцесору римског Царства, право се развија под снажним утицајем Јустинијанових кодификација и римско право мање-више наставља егзистенцију и даљи развој кроз византијски правни систем и њену правну науку. Кад је реч о наследном праву, у Византији су постојала два вида наслеђивања – тестаментарно и законско, и оба су детаљно регулисана законом. Посебно су значајне збирке закона Еклога и Василика.

Тестаментарна слобода у византијском праву имала је своје лимите. Најпре је била ограничена формом тестаamenta: састављан је у писменој форми, у присуству двојице сведока, који су својим потписом и печатом потврђивали да је оставилац при чистој свести изразио своју вољу. Предвиђени услови за пуноважност тестаamenta у погледу тестаментарне способности такође су ограничавали слободу завештања. Да би тестамент био пуноважан, било је потребно да оставилац има 14 година, да није слабоуман, глувонем, расипник под старатељством или пијаница, да није извршио неко кривично дело и да није отпадник од православља. Слобода располагања била је ограничена и нужним делом. Оставилац је имао обавезу да део своје имовине завешта

¹⁰⁸ Поред овог гледишта да афатомија има уговорну правну природу (било да се сматра уговором о поклону за случај смрти, уговором о наслеђивању и сл.), постоје и мишљења да афатомија подсећа на римско завештање *mancipatio familiae*, као и гледиште да се ради о једној врсти адопције.

¹⁰⁹ Д. Живојиновић, „Слобода завештања у средњовековној Србији“, у: *Српско право - некад и сад*, (Крагујевац: Правни факултет, 2007), стр. 25 и 26.

¹¹⁰ (Nikolić, 1997), стр. 180.

својој законитој деци и родитељима и без оправданог разлога није их могао лишити наследства. Искључење из наследства било је предвиђено само у тачно одређеним случајевима.¹¹¹ Слободу завештања Еклога још више ограничава јер предвиђа шири круг нужних наследника од оних из Јустинијанове новеле.¹¹²

У средњовековним европским државама насталим на територији Франачке после њеног распада, развој феудалних односа није погодовао настанку завештања и развоју завештајне слободе. За наследно право средњовековне Немачке карактеристично је да се базира на идеји заједнице породичне имовине, па се завештање схвата као напад на заједничку породичну имовину. То је објашњење зашто је тестамент био рестриктивно допуштен све до рецепције римског права. Допуштени вид тестаментраног располагања био је *pro salute animae*, као део средњовековног светог спиритуалног ритуала. Завештање је морало да садржи легат индивидуално одређених ствари у корист цркве, или у добротворне сврхе.¹¹³

У нешто каснијем периоду афирмише се аутономија воље и настају *уговори о наслеђивању* (имовина је тек након смрти прелазила на саговорача, а до тада је завешталац задржавао право располагања имовином). Била су и допуштена завештајна располагања у виду *легата* (за извршење легата било је задужено треће лице, означено у наредби о легату, а не наследници, по чему су се разликовао од римског легата). За средњовековну Француску било је карактеристично доношење ордонанси, које су били прави законици. Познате су ордонансе Луја XIV којима се, поред осталог, регулише и приватноправна материја, углавном наследно право. Ни феудална Француска није познавала тестамент, али је оставилац могао да законским наследницима остави *налог* да учине неке поклоне или исплате кад преузму наслеђе. То је по својој природи била форма у којој се у одређеној мери испољавала слобода воље. Насупрот томе, оставиоци нису имали слободу да по својој вољи искључе законске наследнике.

Кад се у целини посматра наследно право средњовековних држава, може се закључити да је само у Византији, под снажним утицајем Јустинијанових кодификација и римског права уопште, постојала и развијала се слобода завештања, док су државе Запада познавале само поједине форме располагања имовином за случај смрти у којима

¹¹¹ Искључење законских наследника из наследства било је могуће „ако су се увредљиво понашали према оставиоцу, ако су извршили одређена кривична дела, неморално се понашали или су напустили православну веру итд.“ (Nikolić 1997), стр. 214.

¹¹² Види: (Живојиновић, 2007), стр. 24.

¹¹³ N. Jansen, „Testamentary Formalities in Early Modern Europe“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 31.

се испољавала, у мањој или већој мери, аутономија воље, и то углавном кад оставилац није имао потомака, као што су адопција, разне врсте поклона за случај смрти и поједини елементи уговора о наслеђивању.

Други закључак би био да је, насупротив негативном утицају других друштвених фактора, хришћанска црква поспешивала развој и ширење слободе завештања, пре свега, зато што је завештањима остваривала значајне приходе. Још од римских хришћанских царева била су допуштена завештања цркви, а такав приступ се наставља у средњем веку па и каснијем периоду, уз настојање цркве да на разне начине прошири слободу завештања, најчешће преко свештеника који су, због малог броја писмених, сачињавали завештања, а понекад је прибегавала и репресалијама (одбијала је да причести оне који јој нису оставили какав легат). Под снажним утицајем цркве завештање се тако пробијало у примитивна права средњовековних држава, да би се коначно учврстило „када је црква добила јурисдикцију у брачним, породичним и наследним стварима“.¹¹⁴

б) ИСТОРИЈАТ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА У СРЕДЊОВЕКОВНОЈ СРБИЈИ

Право Србије у средњем веку ствара се и развија под јаким утицајем византијског права, које уз помоћ цркве, преко канонског права, продира у световно, народно право, утемељено на обичајима. Правну баштину средњовековне Србије обогатила су два најзначајнија правна извора, два фундаментална правна споменика – Законоправило или Номоканон¹¹⁵ светога Саве и Душанов законик. Првопоменути зборник закона неоправдано је запостављен у правној литератури, о њему се недовољно говори и пише, чак се и у уџбеницима ретко помиње,¹¹⁶ иако је сачињен стотридесет година пре Душановог законика и у правном погледу представља камен темељац српске средњовековне цркве, државе и културе у целини.¹¹⁷

¹¹⁴ (Живојиновић, 2007), стр. 28.

¹¹⁵ У литератури се користило више назива: Светосавски номоканон, Светосавска крмчија, Крмчија Светог Саве, Српска крмчија итд. У погледу назива, професор М. Петровић, најбољи савремени зналац Савиног дела, децидиран је да називе Номоканон и Крмчија не треба поистовећивати, јер су ти називи настали независно један од другог у распону од неколико векова, а различита им је етимологија и семантика (М. Петровић, *О Законоправило или Номоканону Светог Саве* (Београд: Култура, 1990), стр. 8-9). Из тих разлога се и други писци залажу да се избаци из употребе име Крмчија, који није изворни назив, и да се користи право име – Законоправило, изведено од грчког назива Номоканон (Д. Перић, *Црквено право* (Београд, 1997), стр. 73; П. Зорић, „Законоправило Светога Саве и правни транспланти“, стр. 28; доступно на интернет адреси: www.scribd.com/doc/150858061/).

¹¹⁶ Н. Стојановић, „О наслеђивању у Законоправило Светог Саве“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1 (2014), стр. 25 и 26.

¹¹⁷ (Зорић), стр. 45;

Законоправило светог Саве је зборник црквеног и грађанског права, настао трансплантовањем¹¹⁸ византијског црквеног и грађанског права, на почетку XIII века. Као време његовог настанка наводи се 1219. година, али се сматра да тако обимно дело није могло настати у једној години већ је плод вишегодишњег напорног рада светог Саве. Нормативну структуру Законоправила светог Саве чини укупно 70 глава, од којих се 44 односе на црквено, а 20 на световно право. Световни део Законоправила утемељен је на римско-византијском законодавству.¹¹⁹ Трансплантовање византијског права извршено је преузимањем из грчких правних извора.¹²⁰ Одредбе грађанског права садржане су у глави 55, која је у ствари превод византијског зборника Прохирона Василија I, који је у интегралном тексту инплантиран. У овим одредбама садржана су и правила која се односе на установу наслеђивања.

Поред законског наслеђивања (чије одредбе су преузете из Јустинијанове новеле 118), Законоправило познаје и завештање, уређено одредбама гране 21-25 главе 55. Задржаћемо се само на регулативи од значаја за садржину и лимите завештајне слободе. У грани 21 завештање се дефинише као „*правна воља једног лица о томе шта жели да се после његове смрти догоди*“.¹²¹ У наредним гранама садржана су правила о способности лица за састављање завештања, о форми завештања и „обарању завештања“.

Доследно поштујући традицију римског приватног права, у погледу завештајне способности, Законоправило светог Саве разликује завештање пунолетних слободних лица (грана 21), завештање оних који су под влашћу својих родитеља (грана 22), те завештање ослобођених (грана 23), док посебна правила важе за завештање епископа и монаха (грана 24). Способност да саставе завештање имају пунолетна лица – за пунолетство мушкараца захтева се узраст од најмање 14 година, а за жене узраст од 12 година. Законоправилом је предвиђена и способност расуђивања, као субјективни услов способности завештања, интересантним формулацијама и језички језгровито: за састављање завештања потребно је „*ум здрав имати, а не тело*“,“¹²² а „*ко у немоћи*

¹¹⁸ Теорију о правним трансплантима Види:код: А. Вотсон, *Правни транспланти* (Београд: 2000).

¹¹⁹ Основу Законоправила чине одговарајући делови Јустинијановог кодекса (из VI века), Прохирон (Градски закон у 40 грана, из периода 870. до 879. године), Новеле Алексија Комнина (из XI и XII века), Зборник Јована Схоластика (око 550. године), али и Мојсијевог законодавства (око 1200. године п. н. е.); (Стојановић, 2014), стр. 25.

¹²⁰ (Зорић), стр. 44.

¹²¹ Н. Дучић, *Књижевни радови, књига 4* (Београд: 1895), стр. 323 (цитирано код (Стојановић, 2014), стр. 29, фуснота 25).

¹²² М. Павловић, *Српско право од VII до XX века* (Крагујевац: 2013), стр. 53.

телесној ум изгуби не може завештавати у безумљу, већ када му се ум избистри“ (грана 21 правило 7).¹²³

Завештање може бити сачињено у усменој и писменој форми, уз обавезно присуство седам или пет сведока. Приликом састављања писменог завештања, завешталац може сведоцима показати написано на хартији или усмено саопштити садржину своје последње воље. Форма је нешто ублажена ако је завешталац рањен у рату, тада може сачинити завештање у присуству три сведока, а за случај да је изван смртни исход, онда је довољно присуство и два сведока. Слобода завештања лимитирана је прописаном формом јер непоштовање форме има за последицу ништавост завештања. Завештање је ништаво ако у састављању завештања није учествовао потребан број сведока, ако завештање нису потписали сви сведоци, или га нису својим печатом запечатали, или завешталац није, својом руком, написао име наследника, нити га је изговорио пред сведоцима (грана 25, правила 1 – 4).¹²⁴

Слобода завештања омеђена је и обавезном садржином завештања, у коју је уврштено и одређивање наследника. Пре свих се у Законоправилу светог Саве, као могући завештајни наследници помињу деца оставиоца, а завештајна располагања могу бити учињена и у корист жене и трећих лица. Међутим, завештајно располагање оставиоца омеђено је заповешћу да имање распореди тако „да ниједне пак свађе деци не остави“ (грана 21, правило 12).¹²⁵

Светосавски Номоканон познаје и опозив завештања као израз завештајне слободе. Два су начина опозива - састављање другог завештања које је садржински супротно ранијем завештању, или тако што ће завешталац отпечатити своје завештање (грана 25, правило 5 и 4).¹²⁶

За изучавање ограничења слободе завештања, значајно је навести одредбе Савиног Законоправила којима се обезбеђује део заоставштине који мора припасти деци као привилегованој категорији наследника. Управо се из ових одредаба види да је слобода завештања ограничена само такозваном *legitima portione*¹²⁷ и да је Законоправилу у српско право уведена установа нужног дела. Уколико умрли иза себе остави до четворо деце, њима припада „*трећи део чистог имања*“, ако их је петоро и

¹²³ (Дучић, 1895), стр. 324 (цитирано код: (Стојановић, 2014), стр. 29).

¹²⁴ (Дучић, 1895), стр. 334 (цитирано код: (Стојановић, 2014), стр. 32).

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ (Дучић 1895), стр. 332-334 (цитирано код: (Стојановић, 2014), стр. 33).

¹²⁷ А. Соловјев, Историја словенских права – Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка (Београд, 1998), стр. 445.

више, деца оставиоца стичу половину чисте вредности заоставштине, а остатак заоставштине завешталац може да распореди по својој слободној вољи (грана 32, правило 1 и 2).¹²⁸ Право на нужни део, дакле, имају само деца, а величина нужног дела зависи од броја деце.

Мада у историјскоправним изворима нема докумената који сведоче о примени одредаба Законоправила о наслеђивању у средњовековној Србији, на овом месту изложена су његова правна правила о наслеђивању путем завештања, да би се учинио видљивим и потцртао цивилизацијски ниво овог правног споменика у датом времену и да би се показао продор идеје о слободи завештања у српско право. Управо је преко Законоправила светог Саве, рецепцијом римско-византијских правних извора,¹²⁹ слобода завештања продрла у српско право.¹³⁰ Због племенско-породичног карактера својине и неразвијених друштвеноекономских односа, у XIII и XIV веку, па и кроз читав средњи век слобода завештања се тешко пробијала у српско право. У то доба су одредбе Законоправила о завештању највероватније остале без примене пошто се живело у породичним задругама а наслеђивало се по обичајном праву (имовина се преносила са поколења на поколење, а не с једног на друго лице), па су стога могућности да чланови задруге располажу имовином биле веома ограничене.¹³¹

Јак утицај византијског права на правне системе словенских народа видљив је и из правних извора насталих у наредним вековима после Законоправила светог Саве. За српско право најзначајније је законодавство цара Душана. Пошто је проглашен за цара а српска држава за царство (1346. г.), Душан приступа изради свог законодавства, како и доликује царској титули према средњовековном схватању,¹³² настојећи да византијско право прилагоди српском обичајном праву. Уобичајено се у правној литератури помиње само Душанов законик, мада је реч о једном трипартитном кодексу (*Codex*

¹²⁸ (Дучић 1895), стр. 332-334 (цитирано код: (Стојановић, 2014), стр. 36).

¹²⁹ Правила о наслеђивању преузета су из Прохирона, тог византијског правног приручника намењеног судовима, који је издат између 870. и 879. године за време владавине Василија I и био у примени све до 1453. године. Прохирон је уживао велики углед код Јужних Словена, а међу словенским преводима овог текста посебно је значајан превод на српски језик. У средњовековној Србији био је познат као Закон градски и као такав улазио је у састав Законоправила светог Саве, а поједини његови делови заједно са Еклогом и Земљорадничким законом сачињавали су српску правну компилацију познату као Јустинијанов закон (Šarkiћ - Porović, 1996), стр. 96. и 97.

¹³⁰ Исто тако: (Живојиновић, 2007), стр. 31.

¹³¹ (Павловић, 2013), стр. 52 и 53.

¹³² Према средњовековном схватању, само су владари са титулом цара имали право да доносе општеобавезна правила (законе) са важношћу за целу државу, а законодавство је једна од основних дужности цара.

Tripartitus), који чине зборник српског права *Душанов законик*,¹³³ и два превода византијских правних компилација – *Јустинијанов закон* и *Синтагма Матије Властара*.¹³⁴ Јустинијанов закон регулише аграрне односе, док друга два кодекса садрже и одредбе о наслеђивању.

Номоканонска збирка „Синтагма Матије Властара“ позната је у Србији у две верзије – пуна и скраћена. У Синтагми се налазе многобројне одредбе о наслеђивању, које претежним делом понављају византијску кодификацију Прохирон.¹³⁵ Од установа наследног права које одређују постојање и саме границе слободе завештања, Пуна Синтагма обухвата завештајну способност, форме тестаментa, садржину завештања, нужно наслеђивање и др., о чему је било речи у излагању о Законоправилу, пошто и његову садржину чини превод Прохирона. У сачуваним рукописима са Душановим закоником среће се само скраћена Синтагма која садржи 94 поглавља, од укупно 303 колико је имала пуна Синтагма (изостављене су црквене одредбе, а од световних, задржане су из оних правних области које нису регулисане Душановим закоником).¹³⁶ Из поглавља грађанског права изостављене су одредбе којима се уређује завештање, кодицил и нужно наслеђивање. Сматра се да је разлог томе што су форма завештања, способност за састављање тестаментa и ограничења слободе завештања били у делокругу цркве, која је примењивала изворну верзију Синтагме.¹³⁷

То што се у Душановом законик у нигде не помиње завештање, не значи да су тестаменти у српском царству били непознати, нити да су питања наслеђивања решавана по обичајном праву, зато што се од времена покрштавања Словена сматра да питања о наследству спадају у делокруг цркве.¹³⁸ Осим тога, тачно је да у Душановом законик у нема ниједне одредабе којом се непосредно регулише наслеђивање путем завештања, али се посредно из садржине чланова 40, 46 и 174, у којима се помиње могућност располагања баштином и робовима, може закључити да је завештање постојало у средњовековној Србији и да су тиме индиректно постављени темељи

¹³³ Душанов законик је донет на сабору у Скопљу 21 маја 1349. године, у присуству самог цара, када је усвојено 135 чланова, а пет година касније, на сабору у Серезу, 1354. године, допуњен је новим одредбама чланова 136-201.

¹³⁴ (Šarkić – Popović 1996), стр. 100.

¹³⁵ (Соловјев 1998), стр. 442.

¹³⁶ Vidi: (Šarkić – Popović 1996), стр. 99 и 100.

¹³⁷ Н. Стојановић, „Установа наслеђивања у Душановом законодавству“, *Правни живот*, 10 (2013), стр. 611.

¹³⁸ Соловјев (1998), стр. 441.

слободе завештања.¹³⁹ У прилог реченој констатацији иде и чињеница да превод скраћене Синтагме познаје српске изразе за тестамент: „завештање“ и „завет“.¹⁴⁰

На бази наведеног законодавства и других правних извора, друге доступне историјске грађе, те објављених радова правних историчара и теоретичара наследног права, могу се уочити извесне опште карактеристике наслеђивања у средњовековној Србији, пре свега, посматрано са аспекта слободе завештања.

- Слобода завештања споро и тешко је крчила пут у средњовековној Србији, због неразвијених друштвеноекономских односа и породичног карактера својине. Општи закључак би био да у средњовековној Србији доминира интестатско наслеђивање по правилима законског реда наслеђивања, која су била под снажним утицајем обичајног права, а да је слобода завештајног располагања изузетак и недоступна огромној већини. Истовремено, запажа се и неспоран утицај римско-византијских схватања о слободи располагања путем тестаментна на Србе разних сталежа у XIV и XV веку, мада је вероватно велики део заоставштина остајао у неподељеном задружном власништву.¹⁴¹

- Осим што није била нарочито распрострањена, слобода завештања била је врло скућена, ограничена многим друштвеним и правним чиниоцима. Најпре, слобода завештајног располагања зависила је од сталешке припадности оставиоца. Завештање као манифестација слободе располагања имовином за случај смрти, било је доступно вишем сталежу - грађанима и трговцима, властели, духовним лицима и самом владару. Међутим, треба узети у обзир да је средњовековна Србија била сталешка држава у којој су се наслеђивале титуле, а са њима се наслеђивао и правни положај који се тиче имовинских права на поседима, па стога, по свему судећи, није било могуће изаћи из сталешких овира при састављању тестаментна и именовању наследника.¹⁴² За разлику од вишег сталежа који се приклања начелима индивидуализма византијског права, наслеђивање сеоског становништва одвијало се по обичајном праву. Зато што је својина имала колективни карактер и што су живели у задругама, сматра се да сељаци нису знали за завештање. Сталешких разлика није било само кад је у питању завештање цркви (*donatio mortis causa*), које је било доступно и владару и властели и сељацима. И

¹³⁹ Види: (Станковић, 2013), стр. 618; (Живојиновић, 2007), стр. 30 .

¹⁴⁰ (Соловјев, 1998), стр. 446.

¹⁴¹ Cf. (Соловјев, 1998), стр. 447.

¹⁴² B. Petranović, „O pravu nasljedstva kod Srba“, *Rad JAZU*, 23 (1873), стр. 38

поједини сељаци записују своје земље манастиру „за гроб свои и за душу“ кад немају „породи“ и чак кад имају мушку децу.¹⁴³

Слобода завештајног располагања била је ограничена пореклом имовине. Наслеђена имања (баштина, тј. дедовина) „остајаху у породици као наследна својина свију колена, по обичају и народном појму о неотуђивости општег родбинског стожера“.¹⁴⁴ Са добрима која су прибављена привређивањем појединца (тзв. купљенице), могло се слободније располагати. Према доступним изворима, чини се да је предмет завештајног располагања могла бити само стечена, не и наслеђена баштина.

И врста добара утицала је на границе слободе завештајног располагања. Значајна разлика постојала је у могућности завештања непокретних и покретних ствари. Иако је слобода располагања баштином прокламована Душановим законодавством, завештајна располагања покретним стварима су била далеко чешћа, него располагања непокретностима (најчешће чињена у корист цркве).

У погледу права на нужно наслеђивање као суштинског ограничења слободе завештајног располагања, може се рећи да друштвеноекономски и породични односи у средњовековној Србији нису били погодно тле за настанак и развој установе нужног дела. Иако је Синтагма Матије Властара садржала одредбе којима се пружала правна заштита од прекомерних располагања оставиоца *mortis causa*, али само његовој деци, нема података да су се ова правила поштовала у немањихкој Србији.¹⁴⁵

Уопштено посматрано, у средњовековној Србији слобода завештања била је ограничена „обликом својине (приватна својина, задружна својина), класном и сталешком припадношћу појединца и врстом добара којима се на овај начин располагало“.¹⁴⁶

4. ПРАВО РАНЕ МОДЕРНЕ ЕВРОПЕ (IUSUS MODERNUS)

У развоју тестаментарног права, завештајне форме и услови сачињавања завештања представљали су динамичку категорију која је пратила тенденцију друштвеног развоја. Завештајне форме су настајале као обележје једне историјске етапе, а потом су, са друштвеним променама, у новој историјској етапи поједине од

¹⁴³ Још из времена пре Душановог царства „сачувани тестаменти Срба сељака из из Дубровачке околине ... показују индивидуално располагање својином ...“ (Соловјев 1998, стр. 447).

¹⁴⁴ А. Јовановић, *Наследно право у старих Срба* (Београд, 1888), стр. 3 (цитирано према: (Antić, 1983), стр. 48).

¹⁴⁵ Н. Крстић, *Повреда и заштита права на нужни део – докторска дисертација* (Ниш, 2015), стр. 65.

¹⁴⁶ (Живојиновић, 2007), стр. 36.

њих губиле на значају и бивале потиснуте новим облицима тестаментарног располагања који су настајали као израз потреба конкретног доба.

Iusus modernus представља надоргадњу основних правних принципа на којима се темељило римско право, повезујући их са локалним правом и обичајима.¹⁴⁷ Римско право су у почетку карактерисали формални ритуали као конститутивни елемент пуноважног сачињавања завештања и имали су примат над правом намером завештаоца да сачини завештање. Овакво поимање формалности завештања није се могло уклопити у владајући концепт приватног права које је дејство приватноправних аката (па и завештања) темељило на намери странака. Постепено почиње преовлађивати схватање да су основне формалности завештајног наслеђивања прописане са циљем да последња воља завештаоца буде верно унета у завештање и јасно формулисана као израз стварне намере завештаоца да завештање сачини. Циљ је био да се спречи противправни утицај на вољу завештаоца и олакша доказивање садржине завештања, тј. праве завештаоачеве воље након смрти завештаоца.¹⁴⁸

Полазећи од основне функције тестаamenta као инструмента располагања са сврхом обезбеђивања имовинскоправног континуитета у оквиру породице, у римском праву су поједини захтеви форме служили заштити интереса чланова породице тестатора да у одговарајућој мери учествују у расподели заоставштине (нпр. правило да завешталац мора најближе сроднике означити у завештању, било као наследнике било као лица која лишава наследства, и навести разлоге за то). У том смислу, правило „*Sui heredes instituendi sunt aut exeredandi*“ се у римском праву доследно примењивало.¹⁴⁹ Функционални еквивалент овим правилима у модерном праву била би установа нужног дела, као и посебна правила о искључењу наследника.¹⁵⁰ Зато се у правној историји истиче да су формалноправне претпоставке настанка пуноважног завештања и солемнитатна форма у периоду ране модерне Европе (*usus modernus*), представљали, такође, „доктринарну фасаду која потврђује доследност правног система изворима римског права“.¹⁵¹

¹⁴⁷ T. Wallinga, 'The Common History of European Legal Scholarship', *Erasmus Law Review*, Vol., 4, No. 1 (2011).

¹⁴⁸ (Jansen, 2011), стр. 36.

¹⁴⁹ (Rüfner, 2011), стр. 25.

¹⁵⁰ Завешталац је морао да лиши наследства своје „*sui*“, назначавањем имена сваког наследника којег лишава понаособ, у супротном, завештање би било неважеће (*formeless Noterbrecht*). Касније је ово правило допуњено и модификовано, и често комбиновано са *querela inofficiosi testament*, која су омогућавала наследнику (*sui*) да се позива на кршење јавног морала од стране тестатора (*officium pietatis*) не остављајући му адекватан удео у имовини (*materielles Noterbrecht*). Vidi: (Jansen, 2011), стр. 29.

¹⁵¹ Vidi: (Jansen, 2011), стр. 37.

Формална правила завештајног наслеђивања у праву ране модерне Европе била су ублажена у односу на римско право. Ипак, поједини захтеви форме ишли су на уштрб слободе тестирања, а у прилог правне сигурности. Тако се код усмене завештајне форме захтевало да се сама процедура његовог сачињавања одвија континуирано (*unitus actu*). Када је реч о олографском завештању и другим писменим облицима завештања, потписивање завештања од стране завештаоца пред завештајним сведоцима који су такође стављали на завештање свој потпис и печат, био је обавезан елемент форме.¹⁵²

Интересантно је напоменути да олографско завештање није произишло из римског правног концепта, већ као креација *ius communaе* поборника. Најпре је настало као ванредна завештајна форма и представљало привилегију форме *parentum inter libros* тестаментa. Због недовољно јасно дефинисаног концепта ове завештајне форме, тешко је било разграничити је од осталих писмених облика тестамената. Крајем седамнаестог и почетком осамнаестог века олографско завештање је било веома заступљено као вид тестаментарног располагања заоставштином. У француском праву овај вид завештајног располагања је и нормативно уобличен у *Code Civil (čl. 969)*. У праву Италије, као и Аустрије, олографско завештање најпре је заживело у форми обичаја, а затим, као идеја природног права, нормирано у Аустријском грађанском законнику (§578 ABGB). Интересантно је напоменути да олографско завештање није, у почетку, заживело у правним системима у којима је римско право извршило јак утицај, као што је случај са немачким правом.

III. ВРСТЕ ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Како слобода завештајног располагања представља једно од најважнијих индивидуалних права у сфери располагања имовином за случај смрти, питање домашаја слободе завештања у средишту је дебата савремене грађанскоправне доктрине. Однос тестаментарне слободе и њених ограничења дефинисан је политичко-економским приликама једног друштва, структуром породице и породичноправним односима, основним друштвеним и етичким принципима.¹⁵³ Управо због тих разнородних разлога настанка и правнополитичких циљева који се желе постићи ограничењем завештајне слободе, могуће су различите класификације тих ограничења, зависно од критеријума

¹⁵² Vidi: (Jansen, 2011), стр. 47.

¹⁵³ C. Castelein, „Introduction and Objective“, in: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – Five Perspectives*, C.Castelein, R. Foqué, A. Verbeke, Antwerp-Oxford-Portland, стр. 35.

од кога се пође. Као критеријуми за класификацију ограничења завештајне слободе могу се узети: порекло ограничења, општост законског основа ограничења, интерес који се ограничењем штити, правне последице непоштовања ограничења.

1. ВОЉНА И ЗАКОНСКА ОГРАНИЧЕЊА

Као основни критеријум класификације ограничења слободе тестирања може узети порекло ограничења, па се разликују две категорије ограничења: она која је поставио сам завешталац, тј. вољна ограничења, и спољна ограничења (*external restrictions*), тј. она која поставља право.¹⁵⁴

У ограничења постављена од стране самог завештаоца спадају она која је он сам себи вољно наметне закључењем нпр. уговора о наслеђивању или сачињавањем заједничког завештања. Иако је уговорно именоване наследника израз аутономије воље самог завештаоца, због везујућег дејства и неопозивога карактера, оно истовремено представља и ограничење могућности даљег завештајног располагања. У том смислу, раније или доцније сачињено завештање неће произвести дејство уколико је његова садржина у супротности са уговором о наслеђивању. Када је реч о заједничком завештању, ограничење слободе тестирања се огледа у немогућности једностраног опозива.¹⁵⁵

У нашем праву, завештајно располагање се узима као синоним за располагање за случај смрти, јер је завештање једина за сад прихваћена форма *mortis causa* располагања, док се у другим правима у којима постоје и други инструменти уређења наследноправних последица смрти, пре свега уговорног карактера, завештајна слобода сматра делом слободе располагања имовином за случај смрти. Дебате око увођења нових форми имовинског располагања, са посредним или непосредним наследноправним дејством (уговор о наслеђивању, уговор о одрицању од будућег наследства и др.) нужно претпостављају и промену догматскоправног поимања приватноправне аутономије за случај смрти, јер већи број инструмената манифестовања последње воље доприноси њеном екстензивирању.

Ограничења која се такође могу подвести под групу „вољних“ су и она која проистичу из уговора закључених између завештаоца и трећих лица (нпр. уговор о садржини завештања) којима се обавезује завешталац да сачини или не сачини завештање, да унесе или не унесе поједине одредбе у завештање и сл. Пошто се

¹⁵⁴ (Braun, 2012a), стр. 59-62.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

уговором о садржини завештања готово у потпуности онемогућава остваривање слободе тестирања, овај уговор је забрањен у свим континенталним правима, па се о његовом ограничавајућем дејству на слободу тестирања у овим правним системима не може ни говорити. Насупрот томе, у праву Енглеске допуштени су поједини правни инструменти који се могу подвести под уговоре о садржини завештатања (*contract to make a will or leave property by wil*), па се ова врста уговорног располагања може сврстати у вољна ограничења слободе тестирања.¹⁵⁶

Спољна ограничења су сва друга ограничења, установљена законом, која подлежу различитим класификацијама, о чему ће у даљем тексту бити речи у оквиру излагања о тим класификацијама.

Позитивна страна ове класификације је што посматрајући слободу завештања као еманацију аутономије воље завештаоца ставља у жижу интересовања и друге правне послове *са непосредним или посредним наследноправним дејством* у којима се овај владајући принцип грађанског права испољава. На тај начин се омогућава проширење систематике ограничења завештајне слободе, која је предмет научног истраживања, и на уговорно наслеђивање, што омогућава шире сагледавање правнополитичких циљева којима она треба да служи у модерним правним системима.

Недостатак ове класификације је у томе што не врши систематизацију спољњих ограничења, у која спадају многобројна законска ограничења завештајне слободе. С обзиром да су та законска ограничења разнородне природе и сврхе, и да имају различито правно дејство, потребно је извршити поткласификацију којом би била обухваћена сва спољашња, тј. законска ограничења завештајне слободе. Задатак се практично своди на изналажење критеријума који би се морао утврдити и да нема класификације о којој је овде реч.

а) ОПШТА И ПОЈЕДИНАЧНА ЗАКОНСКА ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

У литератури наследног права најчешће се врши класификација ограничења слободе завештања на општа и посебна ограничења. У општа ограничења сврставају се јавни поредак, принудни прописи и добри обичаји.¹⁵⁷ У посебна ограничења убраја се нужни део,¹⁵⁸ али и нека друга законом предвиђена ограничења, као што су забрана

¹⁵⁶ С. Sawyer, *Succession, Wills & Probate* (London: 1995), стр. 15, 16.

¹⁵⁷ Чл. 10 Закона о облигационим односима РС "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службени лист СРЈ", бр. 31/93, и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003-Уставна повеља).

¹⁵⁸ (Blagojević, 1983), стр. 204; (Ђурђевић, 2011), стр. 33.

располагања у корист лица овлашћених за сачињавање јавних форми завештања, у корист тестаментарних сведока и лица која су им блиска¹⁵⁹ и др.

Због значаја који се придаје општим правним границама завештајне слободе, на овом месту изложићемо општи теоријски поглед на ова ограничења, док ће о појединачним ограничењима која она обухватају бити речи у одговарајућим деловима дисертације.

1) Опште правне границе слободе завештања

У историјату и упоредноправном прегледу најважнијих европских кодификација грађанског права, могу се запазити разлике појмова и израза којима се слобода располагања ограничава на један општи начин.¹⁶⁰ Нека законодавства познају израз „јавни поредак и добри обичаји (морал)“, нпр. француско законодавство,¹⁶¹ док друга користе само појам „добри обичаји“ (нпр. немачко¹⁶²). Садржина ових класичних правних установа „зависи од културног диверзитета одређене правно организоване заједнице“.¹⁶³ На ове различитости узроковане датим друштвеним порецима и променљивошћу у историјском развоју, надовезују се разлике у теоријским објашњењима ових појмова, настале као последица различитог поимања права својине и разлика у позитивним правима појединих држава, на којима правна наука гради научни систем. Сви ти разлози утичу да принудни прописи, јавни поредак и морал, односно добри обичаји, као општа ограничења слободе располагања, буду перманентно у жижи интересовања грађанскоправне доктрине.

И српско грађанско право баштини правну традицију великих европских кодификација грађанског права у погледу ограничења аутономије воље. Још је *Грађански законик Кнежевине Србије* из 1844. године предвиђао „јавни поредак“ и „благодарљивост“ као установе којим се ограничава индивидуална воља. У § 13 било је прописано да „воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но, у ономе *што се тиче јавног поретка и благодарљивости, не може се ништа изманити вољом или уговором*“.

¹⁵⁹ (Antić, 1983), стр. 113.

¹⁶⁰ Cf: С. Перовић, *Облигационо право, Књига прва* (Београд, 1980), стр. 162.

¹⁶¹ Види: Art. 6 Code civil-a.

¹⁶² Види: §138 тачка 1, "Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist", (у даљем тексту: BGB), <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> ;

¹⁶³ С. Перовић, „Аутономија воље и принудни прописи“, *Правни живот*, 5-6 (2007), стр. 7.

И данас, у нашем важећем праву предвиђена су општа ограничења слободе располагања имовином. Најпре су општа ограничења слободе уговарања¹⁶⁴ предвиђена у Закону о облигационим односима¹⁶⁵: „Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи“ (чл. 10). Следствено облигационоправној регулативи, уређена су општа ограничења слободе завештања у наследном праву, увођењем истих правних установа и истих појмова којима се оне именују. У Закону о наслеђивању¹⁶⁶ предвиђено је, под претњом ништавости, да завештање не сме бити противно „принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима“ (чл. 155).

(a) *Јавни поредак*

(1) Појмовно одређење јавног поретка

О појму јавног поретка још увек нема јединственог гледишта, иако се већ дуго времена о томе води доктринарна расправа, што указује на њену перманентну актуелност. Начелно узев, такво стање је последица два одлучујућа фактора. С једне стране, у грађанским кодификацијама коришћени су различити појмови (изрази) за означавање истог општег ограничења слободе располагања имовином. Управо због те разноликости, настало је теоријско гледиште, према коме се сва општа ограничења могу подвести под један појам, према којем, различити изрази којим имовински законици обележавају исту садржину, оправдавају да се сва та поливалентна гледишта означе као „теорија о јавном поретку“, коју треба схватити као „општу теорију о границама слободе уговарања“.¹⁶⁷ С друге стране, у теоријским експликацијама исти појам има различиту садржину, што проблем дефинисања појма јавног поретка чини још комплекснијим.

Према, професору Перовићу, сва та разнолика и прилично бројна гледишта о појму јавног поретка могу се ипак међусобно повезати и класификовати у четири групе, ако се као критеријум узме степен апстраховања овог појма.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Оправдано је мишљење да строго треба правити разлику између појмова „аутономија воље странака“ (*Parteiautonomie*) од „слободе уговарања (*Privatautonomie*). Види: код: А. Јакшић, „Устав, Европска конвенција о људским правима и аутономија воље странака“, *Правни живот*, 12 (2003), стр. 729.

¹⁶⁵ Чл. 10 Закона о облигационим односима.

¹⁶⁶ "Службени гласник РС", 46/95, 101/2003 и 6/2015.

¹⁶⁷ С. Перовић, „Установа јавног поретка у савременом уговорном праву“, *Правни живот*, 1 (1976), стр. 14.

¹⁶⁸ S. Perović, „Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56 (2006), стр. 405.

У једној групи су гледишта која, у начелу, негирају могућност па чак и потребу дефинисања јавног поретка. Његове присталице сматрају да треба препустити суду да одреди садржину и границе јавног поретка. Негативна страна оваквог гледишта је што прети опасност да судове одведе у „преторску праксу“, која је у савременим правним порецима неприхватљива са становишта законитости и правне сигурности.¹⁶⁹

Друга група гледишта унеколико се наслања на претходну, будући да се њене присталице у бити слажу са основном поставком претходног гледишта да због комплексности појма није могуће дати неку прецизнију дефиницију јавног поретка. Међутим, према овом гледишту, то не сме бити разлог да се избегне изналагање и утврђивање одлика овог појма, јер би у противном, суд добио прешироку слободу која би се могла удаљити од воље уговарача, што би водило у правну несигурност. Укратко, ово гледиште карактерише настојање да се открију елементи појма јавног поретка, али без давања неке конкретније дефиниције. То се чини путем конкретних упутстава којима се ближе одређују одлике правног поретка и показује сигуран пут да се у практичној примени може открити и утврдити његов појам.¹⁷⁰

Трећа група схватања није усмерена ка дефинисању појма јавног поретка већ ка истраживању који га закони чине.¹⁷¹ Његове присталице сматрају да проблем треба поједноставити тако што ће се сачинити листа закона који улазе у појам јавног поретка. Ова гледишта настала су у деветнаестом веку под снажним утицајем школе егзегезе. Уместо генерализације помоћу које би се дошло до опште формуле на којој би се изградила теоријска дефиниција јавног поретка, ови теоретичари користе метод анализе законских текстова и метод енумерације закона. Неки од њих врше конкретна набрајања закона, али има и оних који класификују законске прописе на оне везане за јавни поредак и оне који су ван овог појма.¹⁷² За већину присталица овог гледишта, названог „теорија закона јавног поретка“, сматра се да врше изједначавање јавног поретка са јавним правом, с тим што га схватају у ширем смислу, „као право којим се штите општи интереси, без обзира на карактер појединих закона“.¹⁷³

Четврто гледиште се од претходних разликује по методу – уместо метода енумерације одлика јавног поретка (карактеристичног за друго гледиште) или

¹⁶⁹ Опширније: (Перовић, 1976), стр. 15 и 16.

¹⁷⁰ Опширније: (Перовић, 1976), стр. 17 и 18.

¹⁷¹ Baudry-Lacantinerie – Houques-Fourcade, *Tratité théorique et pratique de droit civil, t. I* (Paris:, 1907), стр. 239-247. (цитирано према (Перовић, 1976), стр. 18, фуснота 21).

¹⁷² Види:о томе: (Perović, 2006), стр. 409.

¹⁷³ *Ibidem.*

енумерације закона који чине јавни поредак (којим се користе присталице трећег гледишта), користи се методом синтезе и садржи општу дефиницију појма јавног поретка. Иако настоје да истраже јединствен критеријум за конструкцију дефиниције јавног поретка, што им је свима заједничко, и за ову групу аутора може се рећи да заступају разнородна гледишта.¹⁷⁴ Разлике у општим формулама настале су као последица различитих критеријума које они узимају за одређивање јавног поретка. Једни полазе од заједничког интереса и дефинишу правни појам јавног поретка као одређени друштвени интерес; други пак полазе од воље законодавца па сваки закон може бити проглашен законом јавног поретка; трећи пак изједначавају јавни поредак са државним поретком кога чине уређене институције и правила неопходна за функционисање државе; неки сматрају да је јавни поредак скуп императивних правила којима се регулишу вановински односи; или да је то друштвени интерес схваћен у смислу друштвене солидарности.¹⁷⁵

У српској грађанскоправној теорије општеприхваћено је гледиште које припада четвртој групи теорија о јавном поретку, које је доктринарно уобличио професор Перовић, који даје следећу дефиницију: јавни поредак је „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми (правних и моралних) које странке у својим односима морају поштовати“.¹⁷⁶ Из ове дефиниције може се закључити да је реч о установи која представља симбиозу елемената правног и друштвеног поретка уопште, и уочити ове битне одлике: јавни поредак је сачињен од *мноштва фундаменталних принципа* прихваћених у једној друштвеној заједници, економске, филозофске, етичке, политичке и правне природе; ови принципи улазе у регуле правног поретка путем *принудних правних норми* и *моралних императива*; и на крају, то је установа променљива у времену и простору, па је зато *релативност* њена одлика.¹⁷⁷

Од свог настанка па до данас, функција је установе јавног поретка, схваћене у ширем смислу, да путем лимитирајућих правила повезаних у систем, које тај поредак изграђују, разграничи допуштено од недопуштеног у уговорном праву. Међутим, поље примене јавног поретка далеко је шире и распростире се на читаву грађанскоправну област. Кад се има у виду тема о којој се у раду расправља, може се рећи да је функција

¹⁷⁴ Valeries – Sommières, Les lois d' ordre public et la dérogation aux lois, Revue de Lille, 1899; Duguit, Études de droit public, t. I, 1901, стр. 55 (цитирани код: (Перовић, 1976), стр. 20).

¹⁷⁵ (Перовић, 1976), стр. 20-22.

¹⁷⁶ (Перовић, 2007), стр. 58.

¹⁷⁷ (Перовић, 1976), стр. 22.

јавног поретка да одреди границу између допуштеног и недопуштеног располагања имовином, било *inter vivos* или *mortis causa*.

(2) Појмовно одређење јавног поретка у ужем смислу

Да би се видела применљивост ове дефиниције јавног поретка на позитивно право, треба сагледати да ли она обухвата сва прописана општа ограничења слободе уговарања, односно слободе завештања, која су садржински и појмовно иста. Из цитиране дефиниције и њених одлика, недвосмислено произлази да јавни поредак обухвата императивне прописе и моралне норме, односно добре обичаје. То би значило да су у хармонији законска и усвојена доктринарна дефиниција, али позитивно право предвиђа и треће опште ограничење управо под називом „јавни поредак“, па је потребно објаснити значење и рацио његовог увођења.

Има мишљења да јавни поредак обухвата и добре обичаје, и да та два израза често иду заједно, зато што се тиме уноси више јасноће¹⁷⁸ и скреће пажњу суду да је јавни поредак и установа моралног поретка,¹⁷⁹ те да се тиме хоће да „истакне правило према коме уговор не може произвести дејства ако је у супротности са одређеним нормама моралног поретка“¹⁸⁰. Иако се такав циљ чини прихватљивим, мислимо да се томе противи законодавна лексика – у закону се поред основног појма наводе и други појмови који чине његову садржину, али не као равноправни појмови, већ методом *exempli causa*, да би се омогућила примена аналогије *intra legem*. Осим тога, у изнетом гледишту не даје се објашњење зашто се поред појма „јавни поредак“ једновремено наводи и појам „принудни прописи“, кад је и тај појам обухваћен појмом јавног поретка. Логички се намеће питање зашто законодавац употребљава три појма од којих један садржи друга два појма?

Рекло би се да је законодавац хтео да направи разлику између тих појмова, тј. између принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Ако би се пошло од те премисе, то би значило да се сва три појма из законског текста могу подвести под један виши појам који би био заједнички именитељ за сва општа ограничења слободе

¹⁷⁸ У бити је реч о аргументима (да се законском тексту да *сва потребна јасноћа*) који су у корист коегзистенције ових појмова навођени у расправи након увођења појма *boni mores* у француско право. Vidi: Carey Miller, D. L. i Zimmermann, R., *The Civil Law in European codes, The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin, 1997 (citirano prema: M. Rodin, 'Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora', *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2 (2013), стр. 1117) .

¹⁷⁹ (Перовић, 2007), стр. 41.

¹⁸⁰ (Перовић, 2007), стр. 59.

завештања. Имајући у виду теорије о општим ограничењима слободе завештања, то би могао бити појам „јавни поредак“ јер он инволвира императивне прописе и моралне норме, али је тај појам у закону већ употребљен, поред поменутих. Зато сматрамо да се појам „јавни поредак“ може схватити у ширем и ужем смислу,¹⁸¹ што није реткост у правној теорији.

На сличан начин се настоји решити унутрашња противречност законских норми и у упоредном праву. У оквиру теорије о јавном поретку неки француски аутори у границама појма *ordre public* разликују јавни поредак који се манифестује у „изричито или потенцијално принудним правним прописима“ (означавају га називом јавни поредак у ужем смислу – *ordre public stricto sensu*) и јавни поредак који се испољава кроз добре обичаје (*bonnes moeurs*).¹⁸²

Из реченог следи да појмови принудни прописи, јавни поредак у ужем смислу и добри обичаји, нису „укрштени појмови“, тј. да се међусобно не преклапају, а да се сва три појма могу подвести под појам јавни поредак у ширем смислу, као његови садржински елементи. Јавни поредак у ширем смислу, дакле, представља „скуп свих ограничавајућих правила која чине границу између допуштеног и недопуштеног“¹⁸³ у домену слободе завештања, који инволвира императивне прописе, добре обичаје, односно моралне норме, као и јавни поредак у ужем смислу.¹⁸⁴ Јавни поредак у ужем смислу чине сви они обавезни прописи који нису обухваћени конкретним императивним прописима или добрим обичајима, у форми начела садржаних у уставним и законским прописима. Управо у том смислу нека законодавства и означавају општа ограничења слободног уређења облигационих односа: учесници у промету не могу их уређивати противно *уставу, принудним прописима и моралу друштва*.¹⁸⁵ И та начела су принудног карактера али нису конкретна па се не могу непосредно примењивати. Реч је о правним стандардима, односно генералним клаузулама којима се судији дају смернице приликом примене грађанскоправних норми. Ради се о духу правног система, што се као правно питање решава у сваком

¹⁸¹ Ово учење заступа професор Антић (Види: О. Антић, 'Морал (етика) у грађанском праву', in *Хармонизација грађанског права у региону* (Источно Сарајево: Правни факултет у Источно Сарајево, 2013), стр. 7-10.

¹⁸² J. Ghestin, G. Loiseau, Y. M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013, стр. 382 (Наведено према: М Ђурђевић и Д. Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда*, 7-9 (2016), стр 54 и 55 фуснота 48.

¹⁸³ (Антић, 2013), стр. 7.

¹⁸⁴ Cf. *Ibidem*.

¹⁸⁵ *Vidi* čl. 2. Zakona o obveznim odnosima Hrvatske („*Narodne novine*“, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011 i 78/2015);

конкретном случају путем систематског и циљног тумачења. Та конкретизација се у уговорном праву увек јавља или у материји предмета или у материји каузе уговора.¹⁸⁶ Сматрамо да се исти метод примењује и у наследном праву кад је у питању ограничење завештајне слободе.

(3) Границе слободе завештања и јавни поредак у ужем смислу

Овде ћемо још указати на утицај јавног поретка схваћеног у ужем смислу на ограничење слободе завештања, пошто ће о осталим елементима који чине јавни поредак у ширем смислу, бити речи у наставку излагања. Најпре да констатујемо да се у наследноправној литератури о конкретним утицајима јавног поретка у ужем смислу на границе завештајне слободе, најчешће излаже заједно са добрим обичајима, вероватно зато што су оба ова ограничења одређена применом опште клаузуле, док се код императивних прописа користи систем енумерације.¹⁸⁷

Приликом разматрања да ли је у супротности с јавним поретком, треба поћи од чињенице да је и сама слобода завештања везана за правни поредак, пошто је гарантована Уставом (чл. 59) и прописана ЗОН (чл. 2). Зато завешталац сачињавањем завештања не сме вређати не само појединачне законске забране већ и принципе на којима је изграђен правни поредак, на које упућује општа клаузула о ништавости. Суд је дужан да поништи тестамент за кога утврди да је у супротности са принципима јавног поретка – уставним, или принципима наследног и грађанског права. Повреда тих принципа одражава се на недозвољеност предмета, каузе и садржаја тестамена, а такође се испољава кроз недозвољеност мотива који код завештања улазе у каузу правног посла. Завештаочева побуда код тестаментраног располагања биће недозвољена у различитим случајевима: када завешталац настоји да путем тестамена утиче на наследника или легатара на понашање које је у супротности са принципа јавног поретка (нпр. да изврши неко кривично дело); када завешталц условава стичање користи неког лица по основу завештања незаконитим утицајем на личну слободу наследника задирањем у његову приватну животну сферу (у погледу закључења брака, избора религије и сл.). Нпр. недозвољеном побудом завештаоца самтра се и располагање којим се оцу девојке оставља извесна корист да би се његова ћерка удала за сина оставиоца;

¹⁸⁶ (Антић, 2013), стр. 9 и 10.

¹⁸⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 200, 201.

одредба којом се приватном предузетнику оставља извесна сума новца да би отпустио сина оставиоца с намером да се син врати породичном бизнису; итд.¹⁸⁸

Са становишта заштите људских и права слобода, сасвим је оправдано да јавни поредак у овим случајевима забрањује да тестамент буде средство којим се наследник или легатар присиљава да своје животне односе уреди по жељи завештаоца, и тако ограниче њихова основна људска права и слободе, нпр. право на правну личност, слобода вероисповести, слобода изражавања националне припадности, право на закључење брака и др. Противно јавном поретку је настојање завештаоца да путем тестаментраног располагања награди или казни наследника или легатара за понашање које није у складу са јавним поретком (нпр. завешта нешто у корист терористе као награду за терористичку акцију).¹⁸⁹

(b) Принудни прописи

Принудни прописи су једно од општих ограничења слободе воље, односно слободе располагања имовином, које инволвира јавни поредак. Њих чине правила понашања која се морају поштовати у конкретним правним односима која та правила регулишу. Принудни прописи садрже правне норме које правни субјекти не могу мењати својом вољом приликом уређења својих грађанскоправних односа. У грађанскоправној доктрини се за означавање принудних прописа користи више израза са истим значењем: принудне, конгентне или императивне правне норме. Тим изразима се означавају норме које су супротне диспозитивним, а то су оне норме које се примењују ако стране другачије не уреде свој правни однос. Супротно диспозитивним нормама, стране не могу искључити принудне норме и свој однос уредити другачије. У прописима императивног карактера изражени су општи друштвени интереси и зато су они један „виши“ закон које субјекти права, под претњом санкције морају поштовати.¹⁹⁰

Принудни прописи могу бити облигациони или грађанскоправни којима се штити општи интерес у оквиру јавног грађанског права,¹⁹¹ али и прописи изван грађанске материје, као што су кривичноправни или управноправни. То могу бити закони али и подзаконски акти. Императивним прописима се уређује садржина правних

¹⁸⁸ (Живојиновић, 2002), стр. 199 и 200.

¹⁸⁹ Д. Ђурђевић, „Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаamenta“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3/4 2004, стр. 452, 453.

¹⁹⁰ (Реговић, 2006), стр. 417.

¹⁹¹ О јавном грађанском праву види: В. Водинелић, *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права* (Београд, 2012), стр. 46.

послова, њима се одређује да ли је допуштена или недопуштена садржина и кауза правног посла.¹⁹² Овакво дејство принудни прописи имају аналогно и на слободу завештајног располагања.

Императивни карактер норме може бити видљив из самог законског текста или произлазити из смисла правне норме. Императивни карактер норме је очигледан кад се у самом тексту наводи да њено непоштовање има за последицу ништавост правног посла или неке његове клаузуле, или кад се у пропису користе изрази „мора“, „није допуштено“ и сл. Потенцијални принудни карактер правне норме открива се из њеног смисла помоћу теолошког тумачења, а кад се утврди да је циљ правне норме заштита друштвених интереса, значи да је утврђена њена конгентност.

Са аспекта слободе завештања, правне границе ове слободе посебно су дефинисане императивним нормама чије непоштовање има за последицу ништавост завештања, у целости или у неком делу, па се тако јављају као опште ограничење слободе тестирања. Ништавост завештања може бити изричито предвиђена у самој императивној норми, као што је случај са наследноправним императивним нормама, или употребом израза који упућују на императивност норме, ко што су „мора“ или „није допуштено“ и сл. У случајевима кад ништавост није изричито предвиђена, норму треба тумачити применом граматичког метода, а ако се ни тада не открије право значење норме, треба применити телеолошко тумачење.¹⁹³ Може се сматрати да је норма императивног карактера, само кад се утврди да је у њој садржана заповест установљена у циљу заштите друштвеног интереса. Границе слободе тестирања постављене су императивним нормама које се односе на:

- *Недостатак завештајне способности.* Императивном нормом је предвиђено да је ништаво завештање лица које није навршило петнаест година живота и лица које је због неспособности за расуђивање потпуно лишено пословне способности (чл. 156 ЗОН). Оправдано је што закон поштује границе у којима завештајна слобода реално постоји. Слободу да завештајно располаже има само лице које је способно да слободно изјави своју последњу вољу и схвати значај и последице учињене изјаве, те да се понаша у складу с тим. Дакле, путем овог императивне норме прецизиране су границе у којима слобода тестирања уопште може да постоји (детаљније у глави II „Утицај завештајне способности на остварење слободе тестирања“).

¹⁹² (Антић, 2013), стр. 7.

¹⁹³ Д. Живојиновић, „Границе слободе завештања“, *Правни живот*, 2 (2002), стр.195.

- *Фалсификовано завештање*. Законодавац изричито предвиђа да је фалсиковано завештање ништаво (чл. 157 ЗОН). Тестамент који настаје противзаконитом радњом не може стећи правну снагу. У овом случају реч је о апсолутном одсуству воље лица које је означено као завешталац тако да се о слободи тестирања не може говорити. Фалсификовани тестамент, сачињен после пуноважног тестаментата оставиоца којим се изричито или прећутно опозива пуноважни тестамент, дерогира његову завештајну слободу.

- *Фидеикомисарна супституција у ужем смислу и располагања са сличним правним дејством*. Апсолутно је ништава одредба у тестаменту која предвиђа фидеикомисарну супституцију у ужем смислу, тј. одредба „којом завешталац одређује наследника свом наследнику или испорукопримцу“, која се има тумачити као фидеикомисарна супституција услед смрти првопостављеног наследника као супституционог случаја (чл. 159 ст. 1 ЗОН). Рацио овакве забране произлази из заштите друштвених интереса, па је неприхватљиво свако завештајно располагање које има за циљ изузимање из правног промета целе заоставштине или једног њеног дела и стварање добара „мртве руке“. Са истом сврхом прописана је ништавост сваке одредбе којом се наследнику или легатару забрањује да отуђи добра која су му завештањем остављена (чл. 159 ст. 2 ЗОН), као и одредба којом се забрањује или ограничава деоба наследства (чл. 159 ст. 3 ЗОН). Истовремено, треба нагласити да је свака слобода ограничена и слободом других, па се путем императивних норми слобода завештаоца ограничава слободом и правима наследника и може се реализовати само у тим границама. Не сме се допустити да се тестаментарним располагањем укине право наследника да располажу наслеђеним добрима, јер се крше основни постулати стварног права. Интерес завештаоца да спречи расцепкавање имовине мора се остваривати у складу са правним поретком, а не ограничавањем права наследника.

- Под ограничење слободе завештања императивним нормама могу се подвести и случајеви у којима је законом изричито предвиђено да су ништаве одредбе тестаментата којима се нешто оставља: (а) овлашћеном лицу која је сачинило јавни тестамент, његовом супружнику као и одређеном кругу сродника овлашћеног лица (б) тестаментарном сведоку које је присуствовало сачињавању завештању, одређеном кругу његових сродника, као и супружнику завештајног сведока (чл. 160 ЗОН). Циљ је ових забрана да се спречи злоупотреба тестаментата и очува заштитна функција форме тестаментата, па су зато ова ограничења оправдана.

У вези са и императивним нормама као општем ограничењу слободе завештања, може се запазити да постоје разлике међу теоретичарима у погледу схватања које случајеве треба подвести под ово опште ограничење слободе завештања. Има теоретичара који наводе већи број императивних норми чије непоштовање има за последицу апсолутну ништавост тестаментна,¹⁹⁴ док их други редуцирају на норме о ништавости тестаментна због активне тестаментарне неспособности и фалсификованом завештању.¹⁹⁵ Сигурно је да има велики број норми у којима се предвиђа ништавост, па их је тешко све навести на једном месту. Проблем се у ствари своди на то да ли такву норму треба подвести под принудне норме као вид општег ограничења или их разврстати у посебна ограничења слободе завештања. Тешкоћа је у томе што су и норме којима су предвиђена посебна ограничења такође саставни део правног поретка.

(с) *Добри обичаји*

Под обичајима се подразумевају неписана правила понашања, настала спонтано дуготрајним понављањем фактичког понашања, и која постају прихваћена у одређеној друштвеној групи. „Обичај, дакле, представља норму која се ствара дугим понављањем и која своју обавезну снагу вуче баш из дугог понављања.“¹⁹⁶ Свест о обавезности понашања мора бити заснована на убеђењу да такво понашање правно обавезује (*opinio iuris*), и управо таква свест о обавезности трансформише фактичко понашање у обичај. Две су врсте обичаја: а) фактички обичаји, који за непоштовање обичајне норме имају друштвену, најчешће моралну санкцију (бојкот, презир и сл.) и б) правни обичаји, код којих закон упућује на примену обичаја и обезбеђује правну санкцију. Код правних обичаја, упућивање може бити генерално и специјално.¹⁹⁷

Добри обичаји се могу проучавати и дефинисати са филозофског или правнотеоријског становишта. Има мишљења да бит *boni mores* од античких времена представља „осећај дужности и природне наклоности према боговима, родитељима или ближој родбини, поштовање које ужива особа у друштву и урођени осећај срамоте“.¹⁹⁸ За разлику од филозофског поимања, у правној теорији нема оваквих синтетичких дефиниција.

¹⁹⁴ (Ђурђевић, 2011), стр. 201-207.

¹⁹⁵ (Antić, 2009), стр. 326-327.

¹⁹⁶ (Лукић, 1995), стр. 30.

¹⁹⁷ (Антић, 2013), стр. 10 и 11.

¹⁹⁸ R. Zimmermann, „Testamentary Formalities in Germany“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 65.

О томе шта су добри обичаји, у правној теорији, нема јединственог гледишта, а сам појам добрих обичаја није тако исцрпно и свеобухватно доктринарно обрађиван као појам правног поретка. Уопштено узев, два су теоријска приступа дефинисању појма добрих обичаја.¹⁹⁹ Теоретичари који су припадали школи егзегезе тражили су дефиницију добрих обичаја у законским текстовима, али је њихов домашај због скучености самог законског израза, сведен на навођење неколико неморалних уговора и на констатацију да се њима не могу вређати добри обичаји.²⁰⁰ Присталице социолошке школе полазе од става да у свакој епохи неког друштва постоји један „јавни морал“ који је усвојен у општој свести. Уговори супротни том моралу самим тим су супротни добрим обичајима и као такви погођени су санкцијом ништавости.²⁰¹

Шта се има сматрати добрим обичајем, то је правно питање које цени суд у сваком конкретном случају на основу моралних норми датог друштва у време тумачења. Управо садржај ове оцене отвара питање односа добрих обичаја и морала друштва.

Теоретичари који подводе појам добрих обичаја под јавни поредак и не раздвајају те појмове, изједначавају појам добрих обичаја и морала друштва.²⁰² Подвођењем морала под јавни поредак, мења се природа њихове санкције – уместо да повреда моралне норме буде праћена само јавном осудом и грижом савести, бива санкционисана правном санкцијом, ништавошћу уговора.

Позивајући се на чињеницу да важећи Закон о облигационим односима наводи само добре обичаје, не и морал, за разлику од Скице проф. Константинавића, у којој се наводи само морал, не и добри обичаји, има мишљења да би најбоље било навести оба термина, јер се „добри обичаји“ више везују за трговинско (привредно) право, а „морал“ за класични цивил, одн. за уговоре између физичких лица, мада констатују да морал подразумева и поштовање добрих обичаја, као и *vice versa*.²⁰³

У правосудној пракси се добри обичаји поимају као „норма о моралности“, па судским одлукама оглашавају неморалним и поништавају уговоре којима је циљ био постизање неморалне користи (нпр. уговор о врацбинама, зајам дат у сврху коцкања и

¹⁹⁹ *Опширније*: (Перовић, 2007), стр. 61.

²⁰⁰ Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (Paris: 1885), стр. 330; (цитирано према: (Перовић, 2007), стр. 61, фуснота 100).

²⁰¹ Laurent: *Principes de droit civil français*, t. I, 3 éd., Paris, 1841, стр. 82-88; (цитирано према: (Перовић, 2007), стр. 61, фуснота 101).

²⁰² Видети: (Перовић, 2007), стр. 60 и 61; (Живојиновић, 2002), 192-195;

²⁰³ (Антић, 2013), стр. 11.

сл.) као и уговоре који су противни моралу у брачним односима.²⁰⁴ Често судови добрим обичајима сматрају и проглашавају понашања која означавају изразом „придржавање начела савесности и поштења“, а „несавесним“ означавају супротно понашање.²⁰⁵ У том духу је и доктринарно гледиште, према коме, треба имати на уму да су добри обичаји само једна од манифестација темељног начела савесности и поштења које доминира читавом материјом грађанског права. С тим у вези, може се приметити да све повреде савесности и поштења нису истовремено повреде добрих обичаја, као што ни сваки случај неморалности, тј. противности друштвеном моралу, не мора бити од значаја за јавни интерес.

Без обзира да ли се добри обичаји схватају као елемент јавног поретка у ширем смислу, или просто као опште ограничење које инволвира јавни поредак, општеприхваћено је да се њихово непоштовање правно санкционише, па се зато поништавају правни послови за које суд утврди да су закључени противно добрим обичајима. Непоштовање добрих обичаја распростире се на читаву материју грађанског права, а у наследном праву утичу на недопуштеност предмета и каузе завештања. Зато се као противно добрим обичајима, с правом сматра „оно завештање или завештајна одредба чија је садржина неморална или завештање чији је предмет допуштен али је такво располагање за случај смрти било подстакнуто неморалним циљевима“.²⁰⁶

Који су то добри обичаји који утичу на пуноважност завештања, јесте правно питање, које суд цени у сваком конкретном случају, имајући на уму свеукупност моралних норми које су владајуће у тренутку оцене.²⁰⁷ Први је задатак судије да установи да ли се добри обичај, односно морална норма која би могла у конкретном случају имати утицај на предмет или каузу завештања, може подвести под јавни поредак. Само кад утврди да је завештајно располагања противно неком принципу јавног поретка који извире из морала и добрих обичаја, то омогућава да се неморални предмет или неморална сврха завештања, у конкретном случају санкционише ништавошћу завештања. Зато што се противност добрим обичајима цени у сваком конкретном случају, није могуће њихово набрајање. Треба сматрати да је противан моралу и добрим обичајима тестамент којим се вређа владајући морал у нашем друштву у домену породичних односа. Као илустрација се може навести тестамент

²⁰⁴ Опширније види: (Ђурђевић – Павић, 2016), стр. 52 и 53.

²⁰⁵ *Ibidem.*

²⁰⁶ (Живојиновић, 2002), стр. 195.

²⁰⁷ (Антић, 2013), стр. 11.

сачињен с намером завештаоца да стављањем у изглед неке користи из заоставштине утиче на наследника или легатара с ким ће закључити брак или да се разведе.²⁰⁸ На пример, ништава је одредба којом завешталац одређује сина за наследника под условом да се не ожени распуштеницом или да се разведе од садашње жене; одредба којом сину оставља кућу или неку другу непокретност, под условом да син своје ванбрачно дете никада не доведе у кућу.²⁰⁹

б) АНАЛИЗА КЛАСИФИКАЦИЈЕ НА ОПШТА И ПОСЕБНА ОГРАНИЧЕЊА СА СТАНОВИШТА СИСТЕМАТИКЕ

Објашњење зашто нисмо систематику овог рада засновали на подели ограничења на општа и посебна заслужује посебну пажњу и детаљније образложење, јер се она као опште место наводи у научним и стручним разматрањима завештајне слободе. Усвајање ове класификације као критеријума за изградњу систематике рада, изазвало би знатне тешкоће:

- Прво, класификовање конкретних ограничења по овом критеријуму знатно је компликовано зато што постоји несклад законске дефиниције општих ограничења са теоријским схватањем појма „јавног поретка“. У теорији се уобичајено сматра, што смо напред објаснили, да јавни поредак као опште ограничење тестаментарне слободе обухвата императивне прописе и добре обичаје, а српски законодавац поред императивних прописа и добрих обичаја наводи и „јавни поредак“ као самостално опште ограничење. Такво стање најпре захтева да се теоријски дефинишу и разлуче доктринарни и законски појам јавног поретка, о чему постоје различита мишљења,²¹⁰ а онда, да се поједина ограничења разврстају у једно од три општа ограничења, сагласно усвојеном гледишту, при чему ће различита гледишта довести до разврставања једног истог ограничења тестаментарне слободе под различита општа ограничења. Уз речено, треба приметити да би била отежана и употреба појма „јавни поредак“ јер може имати различита значења, што може довести до нејасноћа у излагању.

- Друго, с обзиром да се два вида општих ограничења (јавни поредак у ужем смислу и добри обичаји), темеље на правним стандардима, тзв. генералним клаузулама, класификовање ограничења слободе завештања по том критеријуму знатно је отежано због њихове општости. Захтевало би истраживање конкретних случајева, њихову

²⁰⁸ Опширније: Д. Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања – докторска дисертација* (Београд: Правни факултет у Београду, 2004), стр. 90 и даље.

²⁰⁹ (Живојиновић, 2002), стр. 199 и 200.

²¹⁰ Види: (Перовић, 1976), стр. 22; (Антић, 2013), стр. 7.

анализу, па тек класификацију. Уместо тога, далеко је једноставније објаснити поједина ограничења завештајне слободе која би спадала у ову категорију у оквиру систематике засноване на неком прецизнијем критеријуму.

- Тешкоћа је и у томе што излагање не би имало континуирани ток кад би систематика била заснована на подели ограничења слободе завештања на општа и посебна. У оквиру сваког општег ограничења има више ограничења која су разнородна, из различитих домена тестаментарног располагања, што се може рећи и за посебна ограничења у целини, тако да на једном месту није могуће изложити сва ограничења која се тичу једног домена тестаментарног располагања. Наиме, следећи појединачна ограничења која припадају једном општем ограничењу, излагање би тематски ишло из једног у други домен завештања, да би се код наредног општег ограничења излагање морало поново вратити у домен који је већ објашњаван али везано за неку другу забрану. Примера ради, у оквиру ограничења одређених императивним прописима, излагање мора бити везано за састављање тестаamenta (кад је у питању тестаментарна неспособност), потом за садржину тестаamenta (нпр. кад се говори о забрани фидеикомисарне супституције), затим за форму тестаamenta (нпр. забрана располагања у корист тестаментарних свеодка), итд., да би се преласком на следеће опште ограничење поново говорило о састављању тестаamenta (нпр. код побуда и мотива противних добрим обичајима и владајућем моралу). Укратко, повратак на већ обрађиване области био би неминован.

На крају, имајући у виду закључак да о општим и посебним ограничењима није могуће говорити у оквиру неке одређене групе ограничења слободе завештања која би била изведена по неком другом критеријуму, као и чињеницу да класификација има висок ниво општости, чини се логичним да је њено место у општем, уводном излагању о врстама ограничења слободе завештања.

2. ВРСТЕ ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА ПРЕМА ИНТЕРЕСУ КОЈИ СЕ ЗАКОНСКИМ ЗАБРАНАМА ШТИТИ

Ограничења слободе тестирања установљавају се у јавном или приватном интересу, што такође може бити критеријум за њихову класификацију. Поједина ограничења имају у основи заштиту интереса наследника, па се зато забрањују условаљања и обавезивања наследика (нпр. да се наслеђивање условаљава променом вероисповести, извршењем кривичног дела и сл.). Дакле, реч је о располагањима која нису оправдана са становишта јавног поретка и морала, па је забрана оваквих

располагања од друштвеног значаја. Друга, пак, ограничења предвиђена су и да би се заштитила својинска позиција наследика (нпр. забрана или ограничење деобе наследства, забрана ограничавања располагања наслеђеном имовином и сл.), али се истовремено штити и општи друштвени интерес кроз спречавање стварања добара „мртве руке“ и њиховог изопштавања из правног промета. Дакле, одређене законске норме којима се штити општи друштвени интерес, често инкорпоришу и приватни интерес, тако да је овај критеријум класификације законских ограничења слободе тестирања немогуће до краја доследно применити.

Са аспекта интереса који се штити постављањем ограничења, може се посматрати ограничавајуће дејство установе нужног наслеђивања на слободу тестирања. Један од примарних интереса чијој заштити доприноси установа нужног дела је свакако интерес најужих чланова породице, који своје утемељење има у породичној солидарности.

Ова класификација ограничења слободе завештања погодна је и кад је у питању тумачење допуштености мотива код тестаментa. Међутим, нека ограничења имају, као што смо већ истакли, поливалентан интерес, па у односу на њих ова класификација није погодна да се на њој утемељи систематика излагања о ограничењима завештајне слободе. Поред тога, код појединих ограничења завештајне слободе тешко је установити у чијем интересу су установљена. Немогућност да се сва ограничења разврстају по основу интереса у ком су установљена, говоре против тога да се класификација ограничења по овом критеријуму узме као темељ систематике излагања. Зато је логичније да се интерес у којем је неко ограничење установљено објашњава у оквиру неке прецизније класификације ограничења на месту на коме се о том ограничењу излаже. То значи да се интерес у којем је ограничење законом установљено не сме сасвим занемарити, већ га треба истаћи и објаснити код сваког ограничења завештајне слободе.

3. ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ПУНОВАЖНОГ ЗАВЕШТАЊА КАО ОСНОВ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ОГРАНИЧЕЊА ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ

Приликом разматрања граница завештајне слободе могло би се поћи од правних претпоставки пуноважног завештања. Да би тестамент био пуноважан, потребна је активна тестаментарна способност завештаоца, његова слободно изражена воља и *animus testandi*, прописана форма тестаментa и могућа и дозвољена садржина тестаментa. С обзиром на овако одређене услове пуноважности завештања, систематика излагања граница завештајне слободе може се заснивати на класификовању ограничења

И уговорно наслеђивање тешко је уврстити у било коју категорију ограничења по критеријуму претпоставки пуноважности тестамена. То се пре свега односи на уговор о наслеђивању, који у правним системима где је допуштен може имати утицаја на слободу завештања, било да је ограничава или искључује.

То су и били разлози због којих ова класификација није прихваћена као основа на којој ће се темељити систематика дисертације.

4. ОДРЕЂИВАЊЕ КРИТЕРИЈУМА ЗА КЛАСИФИКАЦИЈУ ОГРАНИЧЕЊА ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ НА КОМЕ ЋЕ СЕ ЗАСНИВАТИ СИСТЕМАТИКА РАДА

На основу анализе могућих класификација ограничења завештајне слободе, закључили смо да свака од њих има одређених недостатака и да због тога није прихватљива да буде основ за систематику излагања. Уочени су следећи недостаци: непотпуност класификације, кад изабрани критеријум не омогућава да се обухвате сва ограничења; непрецизност класификације, кад усвојени критеријум не омогућава да се неки основ са сигурношћу уврсти у одговарајућу групу ограничења истих заједничких одлика; и да поједине класификације не обезбеђују континуитет излагања, кад се о једном домену слободе завештања мора говорити на више места јер се његова ограничења налазе у више класификационих група. Да би се ти недостаци отклонили, закључили смо да најпре треба имати у виду целу садржину слободе завештања, с циљем да се изнађе критеријум који би био свеобухватан. Зато смо пошли од дефиниције слободе завештања и као критеријум за класификовање њених ограничења одредили *конститутивне елементе дефиниције* коју смо конструисали и објаснили на почетку рада. У усвојеној дефиницији, садржину слободе завештања чине четири слободе, па су, по том критеријуму, сва њена ограничења класификована у четири групе: (1) ограничења *слободе сачињавања тестамена*, (2) ограничења *слободе избора форме завештања*, (3) ограничења *слободе одређивања садржине тестамена* и (4) ограничења *слободе опозива*. Тиме је дефинисана структура систематике: свака од ових класификационих група представља засебну главу дисертације, у оквиру које се излажу сва ограничења везана за дати конститутивни елемент слободе завештања.²¹¹

(1) Ограничења *слободе сачињавања завештања* се односе на материјално-правне претпоставке пуноважног завештајног располагања, које подразумева постојање тестаментарне способности лица које завештајно располаже, чија последња воља мора

²¹¹ Крећ – Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju, Komentar pravnih propisa* (Zagreb, 1964). стр. 186.

бити слободна, озбиљна и неусловљена, да би била правно релевантна,²¹² при чему озбиљно изјављена воља подразумева постојање намере завештаоца сачини тестамент (*animus testandi*). Тестаментарна способност и воља оставиоца су зато узети као критеријуми за класификацију ограничења слободе сачињавања завештања.

(2) Ограничења *слободе избора форме завештања* анализирана су са аспекта облика завештања која законодавац ставља на располагање завештаоцу, као и конститутивних елемената форме конкретног облика завештања који опредељују формалноправне границе слободе тестирања.

(3) Ограничења *слободе одређивања садржине завештања* посматрају се са аспекта допуштене садржине завештајних располагања која се конкретизују. Према својој природи, завештајна располагања могу бити *имовинска* и *неимовинска*; са *наследноправним или другим правним дејством*.²¹³ Сва завештајна располагања се, даље, с обзиром на природу могу разврстати на она која чине материјалну садржину завештања (односе се на расподелу заоставштине, посредно или непосредно), она која чине формалну садржину завештања (одредбе о извршењу завештања), и она која спадају у „остале одредбе.“²¹⁴

С обзиром на чињеницу да су завештајна располагања која чине садржину завештања претежно наследноправне природе и имовинског карактера, ова завештајна располагања смо оквалификовали као *типична*, не умањујући значај осталих видова располагања неимовинског или ненаследног карактера као могућих елемената садржине завештања. Зато смо класификацију ограничења слободе одређивања садржине завештања везали за ову категорију допуштене садржине тестамена. Сва та ограничења разврстали смо на: (а) ограничења с обзиром на *предмет* располагања; б) ограничења у *погледу именовања наследника* (универзалних сукцесора) и *одређивања легатара и других сингуларних сукцесора*; (в) ограничења *везана за модалитете њиховог постављања* (постављање услова или рока у погледу стицања или престанка својства наследника или легатара, одређивање супститута и оптерећење налогом; (д) ограничења која се односе на могућност *разбаштињења наследника*; (ђ) ограничења у *погледу обима располагања* имовином за случај смрти.

²¹² Види: Д. Живојиновић, *Неважност завештања (докторска дисертација)* (Крагујевац, 2003), стр. 24-27.

²¹³ (Антић, 2009), стр.237; (Marković, 1981), стр. 240, 241.

²¹⁴ Види: (Antić, 2009), стр. 237, 238.

(4) Ограничења *слободе опозива тестамент* везана су за последњи конститутивни елемент дефиниције слободе завештања. Неспорно је да одредба којом се опозива раније сачињен тестамент може чинити садржину завештања, у случају формалног опозива завештања. Међутим, како законодавац не прописује формалне претпоставке као услов пуноважног опозива, опозив се може извршити и неформалним путем (уништењем ранијег тестамент или располагањем легираним предметом). Пошто опозив тестамент представља посебан вид располагања за случај смрти, којим он ставља ван снаге свој раније сачињен пуноважни тестамент,²¹⁵ право опозива је суштински елемент завештачеове слободе тестирања,²¹⁶ како смо напред објаснили. Из ових разлога о праву на опозив тестамент, као и о његовом значају за остварење завештајне слободе, треба говорити у оквиру самосталне целине дисертације или одмах уз ограничења слободе сачињавања тестамент, с којом је по значају изједначен.

Ограничења *слободе опозива завештања* произилазе из уређења права на опозив: законских услова за пуноважност опозива, допуштених начина опозива и њиховог дејства, те које дејство има опозив опозива. То и нису ограничења у правом смислу речи, већ се у бити ради о утицају опозива на границе завештајне слободе, па се у том смислу слобода опозива и разматра. Једино непосредно ограничење права на опозив завештања је немогућност одрицања од овог права.

Од усвојене систематике учињена су извесна одступања, везана за нужни део и уговорно наслеђивање. Излагање о нужном делу издвојено је у засебну, пету главу дисертације, иако по природи припада ограничењима слободе одређивања садржине тестамент (која се обрађују у трећој глави), јер се нужним делом ограничава слобода завештаоца у погледу обима располагања заоставштином. То је учињено због значаја које нужно наслеђивање има у одређивању граница слободе тестирања као њено најнепосредније ограничење које је установљено у циљу очувања (заштите) породичног карактера наслеђивања.

Излагање о наследноправним уговорима издвојено је у засебну, шесту главу дисертације, мада по својој природи поједини уговори из ове категорије, као што је уговор о наслеђивању, могу представљати значајно ограничење слободе тестирања због свог везујућег карактера и начелне неопозивости. Друге врсте наследноправних уговора имају пак афирмативно дејство на ову слободу. Ово одступање од усвојене

²¹⁵ (Ђурђевић, 2011), стр. 195.

²¹⁶ (Leipold, 2002a), стр. 113.

систематике учињено је из два разлога. Први је разлог претежно техничког карактера – излагање о тестаментарном располагању имовином било би већ у почетним поглављима прекинуто неопходно потребним објашњењем одлика уговора о наслеђивању и његовог дејства на слободу завештања. Друго, остали наследноправни уговори морали би бити предмет засебне анализе, с обзиром да не представљају ограничење у реализацији слободе завештајног располагања, већ доприносе њеном екстензивирању. Такође, у извршеним законодавним реформама и схватањима грађанскоправних теоретичара све више се придаје значај уговорном наслеђивању као виду испољавања аутономије воље приликом располагања имовином *mortis causa*, због чега ови инструменти обликовања наследноправних последица смрти неког лица завређују засебну анализу.

Глава друга ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА

I. УТИЦАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ НА СЛОБОДУ САЧИЊАВАЊА ЗАВЕШТАЊА

1. ЗАВЕШТАЈНА СПОСОБНОСТ КАО ПРАВНИ ИНСТИТУТ – ПОЈАМ И НАСТАНАК

Способност тестирања (*factio testamenti activa*) представља материјалоправну претпоставку за настанак пуноважног завештања и детерминише круг лица активно легитимисаних за сачињавање завештања, одређујући у значајној мери и границе слободе тестирања. Правна генеза завештајне способности везује се настанак слободе тестирања као еманиције приватноправне аутономије, у чијој основи је својинскоправно овлашћење располагања имовином. Са признањем приватне својине, својинскоправно овлашћење располагања било је, првенствено, признато у сврху прометања добара за живота, а потом и за случај смрти. У тим смислу, способност тестирања везује се за правни субјективитет неког лица, те је у различитим етапама друштвеног развоја и домаћај завештајне способности зависио од друштвеног уређења и правнополитичких циљева којима се тежило.

Правило да је „способност правило, а неспособност изузетак“, није одувек важило у тестаментарном праву.²¹⁷ Како је правна способност првобитно била привилегија само одређених категорија лица, и, право тестирања било је ограничено на оне који су испуњавали статусне услове (*status liberalis, status civitatis, status familiae*), те су по том основу многа лица била онемогућена да завештајно располажу својом имовином. Осликавајући значај формализма у римском праву који се огледао у свечаној форми тестаментарног теста, и тестаментарна способност је превасходно била поимана формалистички. Под завештајном способношћу подразумевала се способност за самостално (лично) сачињавање тестаментарног теста као формалног акта, што је претпостављало поседовање одговарајућих телесних квалитета (поред психичких).²¹⁸ Због оваквог начина поимања тестаментарне способности, лица са одређеним физичким недостацима (глува, слепа, нема) била су лишена могућности сачињавања

²¹⁷ Ж. М. Перић, *Специјални део Грађанског права, Наследно право* (Београд: 1923), стр. 29.

²¹⁸ S. Marković, „Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 13 (1974), стр. 160 i 161.

тестаментна.²¹⁹ Са развојем субјективистичког догматског приступа завештајном наслеђивању, који је условио и признавање јавних тестаментарних форми, строго формалистичка коцепција завештајне способности бива потиснута материјалноправним схватањем способности тестирања. Према овом схватању, завештајна способност се поимала као способност психички зрелог и ментално способног лица да изјави правно релевантну вољу за сачињавање тестаментна, не подразумевајући, нужно, и формалну способност која се тиче могућности самосталног сачињавања завештања.²²⁰

У римском праву, завештајна способност признавала се малолетним лицима од четрнаест година (*minores*), уколико су поседовали правно релевантну вољу. У периоду средњег века, питање граница завештајне способности било је различито регулисано с обзиром на пол завештаоца, као и предмет располагања. Отуда, у француском праву, малолетна лица, начелно, нису могла завештајно располагати (при чему су мушкарци стицали пунолетство са петнаест, а жене са дванаест година), осим у појединим деловима Француске (у Паризу), где су могли тестаментарно располагати само покретним стварима. У средњовековној Србији, малолетницима се признавало право тестирања (мушкарцима са навршених четрнаест година, а женама са навршених дванаест).²²¹

Према Српском грађанском законуку, тестаментарна способност се стицала са петнаест година, па су завештајно неспособна била малолетна лица испод ове старосне границе.²²² Круг лица неспособних за сачињавање тестаментна био је широко постављен. Завештајно неспособним сматрана су лица која су била неспособна за расуђивање („који разума и воље нема“), дакле, душевно оболели са којима су уподобљена лица која су због расипничког понашања стављана под старатељство (тзв. „распикуће“).²²³ Душевно оболели сматрани су способним да тестирају у тзв „светлим тренуцима“, али је на хонорисаном било да докаже да је тестамент сачињен у таквим моментима.²²⁴ Завештајно неспособним су сматрани и они који због телесних недостатака нису била способни да изјаве своју вољу (слепа и глувонема лица), уколико нису били способни да се знацима споразумевају. Из оваквог законског решења произлази да је за време Краљевине Србије поимање завештајне способности било формалистичко. Посебна

²¹⁹ (Marković, 1974), стр. 161.

²²⁰ (Marković, 1981), стр. 237.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Чл. 427. Грађанског законука за Краљевине Србију, у „Грађански законик (објашњен одлукама Касационог суда у Београд)“, И. Д. Петковић, Београд, 1939.

²²³ (Перић, 1923), стр. 30-32.

²²⁴ *Ibidem*.

ограничења у погледу начина и обима завештајног распогања имовином важила су за архијереје, док је монасима била одузета способност тестирања.²²⁵ Сва остала лица „било мушка или женска“ могла су сачињавати тестамент“.²²⁶

2. ДОМАШАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ – ГРАНИЦЕ ЗАВЕШТАЈНЕ СЛОБОДЕ

Полазећи од правног субјективитета као претпоставке за признавање завештајне и пословне способности неком лицу, компаративна анализа ових института нужна је приликом одређивања правне природе и садржине способности тестирања у циљу одређивања њеног правног домашаја. У том смислу, утврђивање граница способности тестирања истовремено је у корелацији са дефинисањем опсега имовинскоправних овлашћења тестатора, која су условљена особеностима завештања као личног, добročиног правног посла *mortis causa*. Отуда се у дефинисању граница завештајне способности, које самим тим детерминише оквире слободе тестирања, мора поћи од појмововног одређења овог института и циља ради којег се она признаје појединцу.

а) ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ

Иако савремена законодавства не дефинишу изричито установу завештајне способности,²²⁷ у правној теорији се овај институт појмовно одређује, и то двојако, у зависности до тога да ли се способност за тестирање посматра у формалном или материјалном смислу. Под формалним појмом завештајне способности подразумева се „способност за сачињавање, мењање, допуњавање и укидање тј. опозивање тестамент“²²⁸, или само „способност да се тестамент сачини“.²²⁸ Разлика између ова два модалитета формалног дефинисања завештајне способности није суштинска, већ само квантитативна, јер се у другом случају под „способношћу да се тестамент сачини“ подразумева и свака тестаментарна радња којом се тестамент мења или опозива.²²⁹ Под

²²⁵ (Ђурђевић, 1903), стр. 13, 14.

²²⁶ Чл. 428. Грађанског законика за Краљевине Србију.

²²⁷ R. Hausmann – G. Hohloch, *Handbuch des Erbrecht* (Berlin: Erich Smidt Verlag, 2010), стр. 363.

²²⁸ Од домаћих аутора овакво становиште заступају (Blagojević, 1983), стр. 256 (Живојиновић, 2003), стр. 7; Н. Стојановић – З. Тирић, „Правни и психијатријски апсект завештајне способности“, у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права* (Ниш, 2010), стр. 47; слично: (Ђурђевић, 2011), стр. 125; Становиште о изједначавању завештајне способности са правом да се пуноважан тестамент сачини (измени или опозове) заступљено је и у упоредноправној теорији, Види: W. Hagena, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9th edition, München: § 2229, § 1922-2835, стр. 1441, 1442; (Leipold, 2002), стр. 92; (Врох, 2004), стр. 59; “Способност за тестирање је способност да се путем последње воље пуноважно располаже, било да се на тај начин тестамент конституише или опозива.“ S. Ferrari – G. M. Likar-Peer, *Erbrecht- ein Handbuch für die Praxis* (Wien, 2007), стр. 141);

²²⁹ (Marković, 1974), стр. 160.

материјалним појмом завештајне способности сматра се „способност неког лица за изјављивање последње воље“.²³⁰

Сматрамо да је постојање материјалне способности тестирања основна претоставка реализације пуноважног тестаментарног располагања, односно, реализације слободе тестирања.²³¹ Отуда произлази да свако лице које је формално завештајно способно мора бити и материјално завештајно способно (да су испуњени субјективни и објективни услови за стицање завештајне способности). Са друге стране, свако лице које је материјално завештајно способно, не мора имати и формалну способност за сачињавање завештање (нпр. непсимено лице не може сачинити приватни писмени тестамент, али може се одредити за неку од јавних форми завештања). Из тог разлога бисмо као ширу дефиницију прихватили гледиште да завештајна способност представља „способност неког лица да сачини завештање као акт у материјалном смислу, под којим се подразумева сама изјава последње воље,²³² или краће „способност неког лица да читавањем своје воље може ваљано опоручити“.²³³

За разграничење формалне и материјалне завештајне способности са аспекта реализације слободе тестирања значајно је да формално завештајно способна лица имају ширу могућност избора завештајне форме путем које ће манифестовати своју последњу вољу, те се могу одредити за неку од приватних или јавних форми завештања. Њихова слобода тестирања ширег је домаћаја у односу на она лица која немају формалну, већ само материјалну способност тестирања, и која се могу одредити само за јавне завештајне форме код којих је потребно испуњење само општих услова за стицање завештајне способности. Иначе, разлог увођења јавних завештајних форми још у римском праву, управо је био да тај да се и лицима која нису способна да самостално (лично) сачине завештање, омогући да реализују слободу тестирања, што је условило настанак завештајне способности у материјалном смислу. Дакле, множином форми тестаamenta фаворизује се слобода тестирања и омогућава тестирање што ширем кругу лица, а путем јавне завештајне форме практично свим лицима која су материјално завештајно способна омогућава се да реализују ову слободу.

²³⁰ (Marković, 1981), стр. 237; (Gavella – Belaj, 2008), стр. 130;

²³¹ (Marković, 1974), стр. 160 i 161.

²³² *Ibidem.*

²³³ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 130;

Као претпоставка настанка пуноважног завештања, завештајна способност подразумева испуњење *општих услова* који се захтевају код сваке завештајне форме, а то су: године старости завештаоца (општа, објективна компонента) и способност за расуђивање (индивидуална или субјективна компонента). За поједине облике завештања захтева се испуњење законом прописаних посебних, *допунских услова* (да је лице писмено, способно да говори и др.).²³⁴

1) Субјективна компонента завештајне способности

(a) Способност за расуђивање

Способност расуђивања као *субјективна компонента тестаментарне способности* само је у неколицини права дефинисана у законском тексту, и то кроз њено негативно одређење. Законом је заправо одређено шта се подразумева под неспособношћу за расуђивање, што даље имплицира тестаментарну неспособност.²³⁵ Према Закону о наслеђивању Хрватске, завешталац је неспособан за расуђивање уколико у том тренутку није био у стању да схвати значење изјављене последње воље и њене последице или није био у стању да влада својом вољом тако да поступа у складу са тим знањем.²³⁶ Сличну дефиницију завештајне способности дао је и немачки законодавац: „уколико особа није у стању да схвати значај изјављене воље, као ни значај поступака у реализацији те воље због менталног поремећаја, менталног недостатка или поремећаја свести, у том случају она не може сачинити завештање, јер је неспособна за расуђивање“.²³⁷ У аустријском праву, завештајно способним лицем сматра се свако лице које може да разуме значење и последице тестаментарног располагања, и да се понаша у складу с тим. У закону се прецизира категорија лица која не могу завештајно располагати, уколико се докаже одсуство њихове разборитости: душевно болесна лица, лица са менталним недостатком и лица у стању опијености.²³⁸ Довођење у узрочну везу неспособности за расуђивање са одређеним менталним дефицитима или душевним поремећајима оправдано се заснива на претпоставци да се

²³⁴ (Стојановић – Ћирић, 2010), стр. 47.

²³⁵ (Hagena, 2010), стр. 1441, komentar § 2249 BGB-a.

²³⁶ Čl. 26 st. 2 Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske (Zakon o nasljeđivanju Hrvatske („Narodne novine“, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015).

²³⁷ „Wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten.“; § 2229 (4) BGB-a.

²³⁸ „Wird bewiesen, daß die Erklärung in einem die hierfür erforderliche Besonnenheit ausschließenden Zustand, wie dem einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung oder der Trunkenheit, geschehen sei, so ist sie ungültig“; § 566 ABGB, Österreich, <http://www.ris.bka.gv.at>, jul, 2018.

сумња у неспособност расуђивања најчешће везује за ова стања завештаоца. Из овакве формулације произлази да се ментални недостаци или душевно обољење не сматрају „апусулутним узроцима одсуства завештајне способности“, већ се само наводе *exempli causa*. Као разлог завештајне неспособности могу се узети у обзир и друге психичке сметње које утичу на стање разборитости конкретног субјекта, као и психичке сметње привременог карактера (нпр. афекти), услед утицаја дроге или шока.²³⁹

Иако је способност за расуђивање један широк појам „чије је елементе лакше интуитивно осетити него рационално формулисати“, ²⁴⁰ његово прецизирање у законским текстовима сматрамо веома значајним са аспекта остваривања слободе тестирања. Иако процена постојања способности за расуђивање захтева индивидуалистички приступ и превасходно је у домену психијатријског вештачења, уношење у закон неких конкретних разлога завештајне неспособности има позитивну страну зато што омогућава примену тзв. законске аналогије и тиме олакшава суду тумачење разлога тестаментарне неспособности у конкретним случајевима. Приликом избора које психичке сметње треба прописати као основе неспособности за расуђивање и како их формулисати, законодавац треба да се ослони на схватања и достигнућа психијатријске науке. Без навођења конкретних разлога, општа формула којом се дефинишу елементи свести и воље оставиоца, омогућавала би далеко шире тумачење субјективне компоненте тестаментарне неспособности, што може довести до већег ограничења слободе завештања. На тај начин се ближе одређивање разлога неспособности за расуђивање јавља у функцији очувања слободе завештања.

У правној теорији се способност расуђивања као субјективна компонента завештајне способности јединствено поима. Она подразумева свест лица да схвати природу и правни значај својих поступака, односно свест неког лица о имовинскоправним последицама учињених изјава воље (интелектуална компонента) и способност да њима управља (вољна компонента).²⁴¹ Неспособност расуђивања може бити трајна и привремена, а узроци неспособности за расуђивање могу бити различити: психички поремећај личности услед душевне болести или умне неразвијености, поремећај свести услед дејства алкохола и разних токсиканата итд. Међутим, душевна

²³⁹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 141.

²⁴⁰ М. Митић, „Testamentarna sposobnost maloletnika“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 5-6 (1969), стр. 44.

²⁴¹ Види: Т. Аџански, „Načini sticanja poslovne sposobnosti pojedinca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (1981), стр.149; (Gavella, 2008), стр.131; (Živojinović, 2003), стр. 7-12; (Крећ – Павић, 1964), стр.186; (Антић – Ђурђевић, 2009), стр. 232.

болест неког лица или различите психофизичке сметње не подразумевају нужно и његову неспособност расуђивања.²⁴² Психичке функције ових лица могу бити очуване у довољној мери да су она у стању јасно расуђивати и изразити правно релевантну вољу (нпр. лица са лакшим степеном умне неразвијености или душевно оболела лица у периоду светлих тренутака).²⁴³ У том смислу, утврђивање постојања способности расуђивања као психолошке категорије представља *questio facti*, што значи да се у сваком конкретном случају мора утврђивити стање свести субјекта и могућност разумне оцене последица предузиманих радњи, уважавајући све релевантне околности.

Иако је субјективна компонента завештајне способности примарна и самим тим се захтева индивидуалистички приступ сваком конкретном случају, савремени правни системи су се определили за општи концепт завештајне способности, која се одређује према фиксно дефинисаној старосној доби, као главном критеријуму. Ову концепцију следи и домаћи законодавац, објективизирајући субјективну компоненту завештајне способности на начин да одређује доњу старосну границу за коју се везује претпоставка постојања потребног нивоа способности за расуђивање. Дакле, за лице које је навршило 15. година живота важи оборива претпоставка да је завештајно способно, под условом да није потпуно лишено пословне способности правноснажном судском одлуком због неспособности за расуђивање.²⁴⁴ У случају да таква судска одлука постоји, важи оборива претпоставка да је завешталац био неспособан за расуђивање у време сачињавања завештања па зато и завештајно неспособан.²⁴⁵ Овакав законодавни приступ говори у прилог поимања завештајне способности као подврсте пословне способности, где је главна тачка њиховог разграничења у дефинисаној доњој старосној граници.

(b) *Lucida intervalla*

Тестамент који сачини лице које је потпуно лишено пословне способности у стању привремене способности за расуђивање тј. светлим тренуцима (*lucida intervalla*), неће бити пуноважан. Овакво становиште претежно је у нашој правној теорији, према коме и када завештање сачини душевни болесник у светлим тренуцима, без обзира да

²⁴² Приликом утврђивања постојања способности за расуђивање лица са поремећајем менталних активности, или услед менталне слабости, као и поремећаја свести, увек се полази од тога да ли је искључена могућност слободног одлучивања завештаоца у конкретној ситуацији (Hagena, 2010), стр. 1447.

²⁴³ *Ibidem*, (Крећ – Павић, 1964), стр.187.

²⁴⁴ Види пресуду Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1161/2004(1) од 30.08.2004. године http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

²⁴⁵ (Крећ – Павић, 1964), стр. 187.

ли је био лишен пословне способности или не, завештање је ништаво.²⁴⁶ Оправдање се проналази у сигурности правног промета,²⁴⁷ мада има и супротних гледишта, према којима треба сматрати да душевни болесник у време светлих тренутака има завештајну способност уколико се вештачењем установи да је у тим тренуцима био способан за расуђивање.²⁴⁸ Приклонили бисмо се схватању да завештаочеву способност за расуђивање треба ценити у сваком конкретном случају, према тренутку сачињавања завештања, те омогућити душевно оболелим лицима да реализују своју последњу вољу, уколико се у утврди да је она правно релевантна, односно да је лице у стању да схвати стварни и правни значај акта тестирања. Свакоме је Уставом гарантована слобода завештања у складу са законом, па треба омогућити и лицима са душевним сметњама да тестаментарно располажу, у границама своје слободне воље. Свако супротно гледиште, по нашем мишљењу, имало би дискриминациони карактер, јер се душевно болесна лица као и лица са другим менталним дефектима маргинализују и не посматрају као равноправни чланови друштва и учесници правног промета.

Како је релевантан моменат утврђивања постојања способности расуђивања завештаоца тренутак сачињавања завештања (односно измене или опозива), накнадни губитак способности за расуђивање не утиче на пуноважност већ сачињеног завештања, као што ни накнадно стицање способности за расуђивање не доводи до његове конвалидације.²⁴⁹

2) Објективна компонента завештајне способности

Одређивање старосне доби завештаоца као објективне компоненте завештајне способности кључно је у дефинисању њеног домаћаја и утицаја на границе слободе тестирања, и као такво опредељено је владајућим законодавним приступом у сваком правном систему. Пред законодавцем је веома комплексан задатак зато што код тестаментарног располагања није допуштено законско заступање, па одређивање високе старосне границе за стицање тестаментарне способности може неоправдано ограничити гарантовану слободу завештања.

²⁴⁶ Види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 311; (Mitić, 1969), стр. 45; (Zankl, 2008), стр.38; Поједини аутори истичу да у случају потпуног лишења пословне способности, такво лице нема правно релевантну вољу, и да се не може доказивати супротно уколико је завештање сачињено у периоду светлих тренутака, Н. (Стојановић – Ђирић 2010), стр. 57;

²⁴⁷ A. Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1988, стр. 100.

²⁴⁸ (Kreč – Pavić, 1964), стр. 187.

²⁴⁹ (Antić, 1983), стр. 308; (Gavella, 2008), стр. 131, fusnota. 22. Изузетак је предвиђен у чл. 80. ст. 2. Закона о наслеђивању РС.

Како се утврђивањем доње границе завештајне способности објективизира субјективна компонента завештајне способности, проблем настаје у процени старосне доби која претпоставља постајање одговарајућег степена способности за расуђивање, како би се испунили критеријуми материјалне пуноважности завештања. Овај проблем се посебно конкретизује кроз разматрање оправданости признавања завештајне способности малолетним лицима одређеног узраста.

У упоредном праву се разликују три концепције нормирања завештајне способности: концепција ограничене тестаментарне способности малолетника, концепција признавања потпуне тестаментарне способности малолетницима, концепција која не признаје завештајну способност малолетним лицима, већ изједначава завештајну и пословну способност.²⁵⁰

(a) Концепција ограничене завештајне способности малолетника

Модалитет нормирања ограничене завештајне способности малолетних лица који самим тим подразумева и могућност њеног степеновања, преовладава у упоредном законодавству (у немачком, аустријском, француском, мађарском праву). У сваком од ових правних система потпуна завештајна способност се стиче пунолетством, док је доња граница завештајне способности различито одређена и ограничена на различите начине (формом завештања, предметом или обимом располагања).²⁵¹

У аустријском и немачком праву завештајна способност малолетника ограничена је *врстама завештања* путем којих они могу пуноважно располагати за случај смрти, при чему је доња старосна граница завештајно способног лица у аустријском праву четрнаест,²⁵² а у немачком шеснаест година.²⁵³

Како је објективна компонента завештајне способности детерминанта која опредељује круг лица која могу тестаментарно располагати, прописивањем ниже границе за стицање завештајне способности проширује се слобода да се сачини завештање као основна претпоставка у реализацији слободе тестирања. Ниже постављена доња старосна граница завештајне способности у односу на ону која је прописана за стицање пословне способности, има утемељење у доктринарном схватању да је сачињавање завештања мање захтеван посао од правних послова *inter vivos*, тако

²⁵⁰ Види: Т. Ђурђић, „Неки аспекти завештајне способности“, *Правни живот*, 10 (2013), стр. 570. Д. Живојиновић, „Тестаментарна (завештајна) и пословна способност“, *Правни живот*, 10 (2001), стр. 125 -128.

²⁵¹ (Ђурђић, 2013), стр. 570. (Marković, 1974), стр. 38-41.

²⁵² G. Ubert – J. Hochmuth, *Erbrecht* (München: 2003), s. 84 -85.

²⁵³ § 2229 BGB.

да се и способност за расуђивање цени према блажим мерилима у односу на пословну способност.²⁵⁴ То је уједно и рацио прописивања ниже старосне границе завештајне способности у односу на пословну, за коју се као објективну компоненту везује претпоставка постојања довољног степена разборитости да се пуноважно тестира.

Међутим, иако је овим путем проширен домашај слободе тестирања у погледу круга лица која могу тестирати укључивањем малолетника одређене старосне доби, истовремено су постављена и различита ограничења у њеној реализацији. У праву Аустрије и Немачке малолетна лица могу сачињавати само одређене јавне форме завештања: усмено судско или нотарско завештање у аустријском праву,²⁵⁵ а у немачком праву нотарско завештање, у усменој или писменој форми. У случају одређења малолетног завештаоца за писмену форму нотарског завештања, сама исправа мора бити предата нотару у отвореном омоту.²⁵⁶ Овакво решење предвиђено је зарад остваривања додатне заштитне функције форме, уважавајући чињеницу да се у улози завештаоца појављује малолетник, те да тајност овог акта није препоручљива.

Слично решење предвиђено је и у праву Шпаније и Мађарске. У мађарском праву малолетна лица са навршених четрнаест година живота, као и ограничено пословно способна лица могу сачињавати само нотарско завештање.²⁵⁷ У праву Шпаније је прописано формално ограничење завештајне способности малолетних лица у погледу немогућности сачињавања својеручног завештања. Ова завештајна форма резервисана је само за пунолетна лица, с обзиром на веома благе захтеве форме који намећу потребу зрелијег приступања.²⁵⁸ У праву Шпаније завештајна способност се стиче са четрнаест година, под условом да је завешталац способан за расуђивање.²⁵⁹

Дакле, ограничавање тестаментране способности малолетника у погледа избора форме завештања, постављено је у циљу заштите интереса малолетних завештаоца од непромишљеног поступања и противправних утицаја на њихову вољу, осигуравајући правну релевантност манифестоване последње воље, која је претпоставка слободе

²⁵⁴ (Стојановић – Ћирић, 2010), стр. 53.

²⁵⁵ § 569 Аустријског грађанског законика (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Fassung von 2018 – у даљем тексту: ABGB), <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>. Види: (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 141, 142.

²⁵⁶ Усмено нотарско завештање се сачињава давањем изјаве воље пред јавним бележником (нотаром), а писмено подразумева предају завештања нотару у писменој форми, и то у отвореном омоту, § 2233 (1) и (2) BGB-а.

²⁵⁷ Одељак 7:14 (4) Мађарског грађанског законика из 2013. год, <http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy - doc.cgi?docid=A1300005.TV>;

²⁵⁸ Чл. 688 Грађанског законика Шпаније, (Codigo Civil <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-de-espana.pdf>).

²⁵⁹ Чл. 663 Грађанског законика Шпаније.

тестирања. Зато је погрешно посматрати их са аспекта отклањања општих недостатака појединих завештајних форми (нпр. ологографског тестаментa),²⁶⁰ или као вид надомештања завештаоачеве неспособности да тестира.

Овакво решење као компромис између стриктног концепта завештајне способности која се изједначава са пословном, и либералног концепта који завештајну способност дефинише шире од пословне, сматрамо оправданим, пре свега у контексту успостављања равнотеже слободе тестирања и правне сигурности. Наиме, степеновање завештајне способности према критеријуму доступности тестаментарних форми сматрамо прихватљивим видом ограничавања слободе тестирања из више разлога. Најпре, пружа се додатна правна заштита малолетним завештаоцима коју сматрамо друштвено оправданом и правно сврсисходном; овакав вид заштите видимо као противтежу шире постављеној слободи тестирања, посебно у случају снижења доње старосне границе завештајне способности, за коју се залажемо и која би требало да износи 14 година.

У појединим правима која су прихватила систем ограничене завештајне способности малолетника, ограничење је прописано у погледу *обима располагања* имовином за случај смрти, што је случај са француском правом. У овом правном систему способност доброчиног располагања за случај смрти и завештајног располагања јединствено је регулисана.²⁶¹ Француски законодавац признаје ограничену завештајну способност малолетним лицима која су навршила шеснаест година живота.²⁶² Ограничење завештајне способности малолетника огледа се у томе што она могу завештајно располагати половином добара којима може располагати пунолетно лице за случај смрти.²⁶³ Међутим, лице које је навршило шеснаест година живота и еманциповано је у складу са чл. 467. *Code civil*, може завештајно располагати целокупном својом имовином, баш као и пунолетно лице. Уколико малолетник у својству завештаоца нема рођаке закључно са шестим степеном сродства, тада такође има пуну завештајну способност.²⁶⁴ У француском праву предвиђена је могућност тестаментарног располагања од стране лица под старатељством који може сачинити

²⁶⁰ Упореди: (Mitić, 1969), стр.42, 43.

²⁶¹ Поглавље друго, чл. 901-912 Француског грађанског законика *Code Civil - Version consolidée au 20 mars 2017* http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=450290;

²⁶² Љ. С. Трпеновска, Д. Мицковић, А. Ристов, *Наследовањето во Европа* (Скопје: 2011), стр. 280.

²⁶³ § 904 (1), Француског грађанског законика.

²⁶⁴ § 904 Француског грађанског законика.

завештање уколико је способно за расуђивање.²⁶⁵ Малолетно лице не може располагати завештајно у корист свог стараоца, осим уколико се у тој улози налази неко од његових предака.²⁶⁶

У правној теорији се ограничење завештајне способности малолетних лица у погледу обима располагања имовином за случај смрти оспорава. Сматра се да ако се неком лицу признаје завештајна способност, али само у односу на одређен део имовине, да то значи да се ипак сумња у његову способност тестирања.²⁶⁷ Овакво становиште се делимично може прихватити. Наиме, овде није реч о томе да ли се сумња у завештаочеву способност тестирања, већ у то да ли ће он располагати на начин који се чини правичним са аспекта заштите интереса породице тестатора. Треба узети у обзир да овај вид ограничења завештајне способности није установљен у циљу заштите интереса лица којем се ово ограничење намеће, тј завештаоца и које је као такво, по нашем мишљењу, једино оправдано са становишта његове правне сврсисходности; већ је предвиђено зарад заштите интереса трећих лица, тј. потенцијалних законских наследника у остваривању њихове правне наде у погледу стицања наследства. Из тих разлога сматрамо да се било какво непосредно ограничење у погледу обима завештајног располагања може окарактерисати као неоправдано ограничење тестаментарне слободе и задирање у суштину овог уставом зајемченог права.

Као аргумент против степеновања завештајне способности наводи се да неко не може бити за исти правни посао “пола способан, а пола неспособан”.²⁶⁸ Како се истиче, неко лице или има одговарајуће вољне и интелектуалне квалитете, те је тестаментарно способно, или нема, па му тестаментарну способност треба ускратити у потпуности.²⁶⁹ Чини нам се да оваква аргументација која се генерално истиче против степеновања завештајне способности нема чврсто теоријско упориште, нарочито ако се има у виду могућност степеновања пословне способности где се као одлучујуће околности (критеријуми) степеновања узимају у обзир способност за расуђивање одређеног лица као и правно-економско дејство правног посла за учеснике.²⁷⁰ Имајући у виду да је завештање једностран, добротин правни посао за случај смрти и као такав носи мањи или никакав ризик за остале учеснике правног промета, његов правни значај треба

²⁶⁵ § 513 Француског грађанског законика.

²⁶⁶ § 907 Француског грађанског законика.

²⁶⁷ (Mitić, 1969), стр. 42.

²⁶⁸ *Ibidem.*

²⁶⁹ *Ibidem.*

²⁷⁰ (Ačanski, 1981), стр. 163.

посматрати са аспекта интереса лица које је уложи завештаоца и спрам њега одредити потребан ниво душевне зрелости. У том смислу, степеновање завештајне способности према критеријуму доступних завештајних форми сматрамо оправданим, јер се спрам интереса лица у својству завештаоца процењује потреба за пружањем додатне правне заштите. При том не сматрамо да прописаним ограничењем долази до недопуштеног задирања у слободу тестирања, јер се њим аутентичност изјављене воље фаворизује, и самим тим доприноси остварењу правне суштине слободе тестирања.

(b) Концепција непризнавања завештајне способности малолетника

Иако припада групи германских права, швајцарско законодавство није прихватило концепт ограничене тестаментарне способности већ је завештајна способност изједначена са пословном и стиче се са пунолетством. Од те животне доби сматра се да је лице способно да тестаментарно располаже својом имовином, у границама и у форми која је прописана законом.²⁷¹ Осим швајцарског права, правни системи у којима су изједначене завештајна и потпуна пословна способност јесу италијанско,²⁷² руско,²⁷³ и енглеско²⁷⁴ право.

Полазећи од поистовећивања правних послова за случај смрти са правним пословима за живота, изводи се закључак о изједначавању завештајне и пословне способности. Према овој концепцији непризнавање завештајне способности малолетним лицима последица је одсуства њихове способности да располажу имовином за живота. За малолетнике се сматра да немају довољно развијену свест и вољу како би самостално диспонирали својом имовином, „а ту зрелост не могу стећи *ad hoc* само за случај сачињавања тестаamenta“.²⁷⁵ Како је завештање лични правни посао код којег је заступништво искључено, сматра се да је једини логични закључак ускраћивање завештајне способности малолетним лицима.

По нашем мишљењу, овакав концепт нормирања завештајне способности негативно се одржава на слободу тестирања у мери да се може говорити о њеном прекомерном ограничењу, јер се знатно и неоправдано сужава круг лица која могу

²⁷¹ Чл. 467 Грађанског законика Швајцарске (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) approved by Royal Decree of July 24, 1889, and amended up to Law No. 4/2017 of June 28, 2017; <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16289> (у даљем тексту: ZGB) јул, 2018.

²⁷² Чл. 591. Грађанског законика Италије (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262, e come modificato dalla Decreto 7 dicembre 2016, n. 291); <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16608>; јул, 2018.

²⁷³ §1118 (2). Грађанског кодекса Руске Федерације (Гражданский кодекс.: (<http://base.garant.ru/10164072/>), јул, 2018.

²⁷⁴ *Family Law Reform Act* (1969); <http://www.legislation.gov.uk>, јул, 2018;

²⁷⁵ (Mitić, 1969), стр. 37.

пуноважно тестирати. Присталице ове концепције оправдање за њено увођење налазе у карактеру правног посла завештања, истичући да он никако не представља акт мање важности у односу на друге правне акте, посебно имајући у виду да се завештајним располагањем мења законски ред наслеђивања и да се из тих разлога мора захтевати пунолетство, као и код располагања за живота.²⁷⁶

Овде бисмо указали на чињеницу да завештање, иако не представља редовни инструмент правног промета, свакако није акт мање важности у односу на друге правне послове, нарочите из перспективе самог завештаоца, имајући у виду да је у питању акт последње воље који потврђује значај и изузетност самог чина креирања тестаментa. Дакле, његова важност у односу на друге правне послове *inter vivos* се не оспорава, већ је суштина у томе да је у питању мање ризичан правни посао у односу на остале правне правне послове у редовном правном промету (што је последица његове правне природе и дејства *mortis causa*, о чему је већ било речи). У том смислу, уважавајући специфичну правну природу завештања, аргумент који се истиче у прилог непризнавања завештајне способности малолетним лицима - а то је да је реч о личном правном послу где је заступништво искључено, искористили бисмо као аргумент у прилог томе да малолетним лицима треба признати завештајну способност.

(с) *Концепција потпуне завештајне способности малолетника*

Трећа концепција завештајне способности малолетника постављена је аналогно завештајној способности пунолетних лица. Према овој концепцији, малолетници имају потпуну тестаментарну способност, а стичу је одређеног узраста, пре оног предвиђеног за потпуну пословну способност. У законодавствима која су усвојила ову концепцију, различито је одређен узраст потребан за стицање тестаментарне способности. На пример, у праву Републике Српске потребно је да малолетник има петнаест година да би стекао завештајну способност,²⁷⁷ у праву БиХ шеснаест година живота,²⁷⁸ док је у Великој Британији та граница знатно виша - подигнута је на навршених осамнаест година живота.²⁷⁹ Сва законодавства из ове групе за оба пола одређују исти узраст потребан за стицање завештајне способности. У погледу тестаментарне способности, малолетна лица се у потпуности изједначавају са пунолетним лицима.

²⁷⁶ (Blagojević, 1983), стр. 166.

²⁷⁷ Види: чл. 64 Закона о наслеђивању Републике Српске („Службени гласник Р. Српске“, бр. 1/2009);

²⁷⁸ Види: чл. 62 Закона о наслеђивању Федерације БиХ („Службене новине Федерације БиХ“, бр.80/2014);

²⁷⁹ (Bartholomey – Schluter, 1980), стр. 95.

За разлику од претходне концепције којом се малолетници изопштавају као учесници из правног промета *mortis causa*, јер им се у потпуности ускраћује могућност тестаментарног располагања, ова концепција има исто полазиште као и претходна, само што аргументација иде у супротном смеру, у прилог признавања завештајне способности малолетним лицима. Наиме, полази се од специфичне правне природе завештања као правног посла за случај смрти, истиче да је у питању акт мање важности, и на тој полазној претпоставци се темељи став о оправданости признавања потпуне завештајне способности малолетним лицима, одређеног узраста.

Оваквом гледишту у правној теорији упућује се критика уз аргументацију да се њиме меша узрок са последицом, па се зато садржај тестаментарне способности не може одређивати спрам карактера правног посла, јер сама способност није елемент правног посла, већ субјективна претпоставка његовог настанка.²⁸⁰ Иако се ова констатација не може оспорити, природа правног посла свакако је од значаја за дефинисање домаћаја способности за његово сачињавање. Она је, пре свега опредељена каузом правног посла која се код завештања огледа у бесплатном располагању за случај смрти. Са друге стране, правни послови *inter vivos* усмерени су ка остварењу различитих економских циљева. Они се самтрају ризичнијим правним пословима па се за њихово склапање захтева већи степен зрелости и животног искуства у односу на завештајно располагање, па самим тим се и граница стицања пословне способности подиже на већи број година у односу на оне предвиђене за завештајну способност. Како завештање због своје природе представља правни посао са којим је скопчан миминалан или никакав ризик за завештаоца, уважавајући његов опозив карактер који је од значаја са аспекта уважавања његове воље коју може мењати до своје смрти, признавање потпуне завештајне способности малолетним лицима свакако говори у прилог шире слободе тестирања. У том смислу овај коцепт има значајну предност у односу на концепт непризнавања завештајне способности малолетним лицима, али не и у односу на концепт ограничене тестаментарне способности малолетника путем форми. Наиме, њихова превентивна и заштитна функција иде у прилог осигурања правно релевантне последње воље малолетних лица и у значајној мери гарантује слободу тестирања која због недовољног животног искуства и мањег степена зрелости ових лица може бити лакше угрожена.

(d) Завештајна способност малолетника у српском праву

У српском праву прихваћен је концепт потпуне тестаментарне способности малолетника, што значи да малолетно лице одређеног узраста може остварити право тестирања као и пунолетно, у пуном обиму, без ограничења могућности тестирања с обзиром на форму тестаamenta или обим имовине којом располаже. У послератним

²⁸⁰ (Mitić, 1969), стр. 43.

законским текстовима доња старосна граница завештајне способности била је шеснаест година,²⁸¹ да би доношењем актуелног Закона о наслеђивању ова граница била снижена на петнаест година живота. Као основна смерница која је определила законодавца на овакаве измене наводи се изједначавање са радном способношћу, која се у нашем праву стиче са петнаест година, и која подразумева да малолетник, овог узраста може предузимати правне послове располагања својом зарадом и имовином коју је стекло сопственим радом.²⁸² Из тих разлога поједини аутори радну способност детета уподобљавају са делимичном пословном способношћу.²⁸³ Аналогно овом решењу, а полазећи од специфичне правне природе завештања, малолетнику са навршених петнаест година живота признаје се право тестаментарног располагања својом имовином за случај смрти.

Можемо констатовати да у прилог ниже старосне границе за стицање завештајне способности говори и признавање малолетним лицима и неких других права која нису имовинскоправне природе, али представљају еманацiju дететовог права одлучивања и права на развој, уважавајући степен његове зрелости с обзиром на узраст (право да одлучи са којим од родитеља ће живети,²⁸⁴ коју средњу школу ће похађати²⁸⁵ и право да да свој пристанак за предузимање медицинског захвата²⁸⁶).

Спорно је, међутим, што се малолетном лицу признаје право завештајног располагања имовином коју он није самостално стекао својим радом, а која може бити веће економске вредности, имајући у виду да према правилима породичног права малолетник може располагати том имовином једино уз сагласност или одобрење родитеља, а у случају веће имовинске вредности, уз сагласност органа старатељства.²⁸⁷ Дакле, код правних послова *inter vivos* додатна правна заштита која се остварује заступањем малолетника извире из потребе заштите њихових правних интереса с обзиром на природу располагања. Могућност једностраног раскида ових уговора

²⁸¹ Чл. 64 Закона о наслеђивању из 1955 (*Službeni list FNRJ, br. 20/55*); 59 ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије из 1974 (*Službeni glasnik SRS, br. 52/74, 1/80*)

²⁸² Чл. 64 ст. 3 Породичног закона Србије („Сл. Гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011-др, закон и 6/2015) ; Види: Д. Живојиновић, „Завештајна (не) способност de lege lata и de lege ferenda“, у: *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије* (Ниш, 2016).

²⁸³ Р. Klarić – М. Vedriš, *Gradansko pravo, Zagreb, (2006)*, стр. 37.

²⁸⁴ Чл. 60 ст. 4 Породичног закона Србије.

²⁸⁵ Чл. 63 ст. 2 Породичног закона Србије.

²⁸⁶ Чл. 62 ст. 2 Породичног закона Србије.

²⁸⁷ Дете које је навршило 14. годину живота (старији малолетник) може предузимати, поред правних послова из става 1 овог члана, и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове из члана 193 став 3 овог закона, чл. 64 ст.2.

предвиђена је рестриктивно, у законом или вољом странака предвиђеним случајевима, што произлази из природе уговора као двостраног прваног посла који настаје сагласношћу воља уговорних страна.²⁸⁸ Отуда и већи правни ризик код располагања имовином за живота, захтева већи степен правне заштите његових учесника. Полазећи од природе завештања као личног, једностраног, добротичног правног посла за случај смрти који носи мањи ризик у односу на располагања за живота, захтева се и мањи степен опрезности, знања и животног искуства у односу на правне послове за живота. Интереси завештаоца заштићени су могућношћу ослобађања од учињених завештајних располагања простим опозивом завештања, у било које доба, што говори у прилог признавања потпуне завештајне способности малолетним лицима.

С обзиром на строго лични карактер завештања, недостатак завештајне способности није могуће надоместити заступањем, као што је могуће учинити код уговорног располагања.²⁸⁹ Из тих разлога, високо постављена старосна граница за стицање завештајне способности представља прекомерно ограничавање слободе тестирања. У прилог проширења ове слободе потребно је прописати нижу старосну границу стицања завештајне способности и омогућити свим старијим малолетницима (14-18) год. да реализују своју последњу вољу путем завештања. Такође, у циљу остваривања њихове истинске воље и елиминисања недопуштених утицаја на њено формирање, за шта постоји реална опасност с обзиром на њихово недовољну зрелост и неискуство, било би корисно прописати ограничење у погледу допуштених форми завештања путем којих могу изразити последњу вољу. Ово решење сматрамо оптималним са аспекта проширења домашаја слободе тестирања као општег принципа, и са аспекта интереса млађих малолетника код којих заштитна функција форме доприноси реализацији њихове праве воље.

(е) Критика концепција завештајне способности

Владајуће концепције регулисања завештајне способности према објективном критеријуму, тј. годинама старости које се фиксно одређују, стварају необориву претпоставку да малолетна лица испод дефинисане старосне границе немају правно релевантну вољу да сачине завештање, тј. завештајно су неспособна, и обориву претпоставку да је лице које је достигло законом прописану старосну доб способно за

²⁸⁸ (Perović, 1980), стр. 492.

²⁸⁹ Чл. 193 ст. 2 и ст. 3 Породичног закона Србије.

расуђивање, па самим тим и завештајно способно.²⁹⁰ Проблем оваквог догматског приступа огледа се у неуважавању релативности малолетникове неспособности за расуђивање, с обзиром да различити ниво зрелости, животног искуства итд., условљава и различити ниво способности малолетника да се стара о сопственим интересима и схвати значај појединих правних радњи.²⁹¹ Дакле, објективизирањем института завештајне способности, неоправдано се ускраћује право тестаментарног располагања малолетним лицима која поседују потребан ментални капацитет за изјављивање правно релевантне последње воље у конкретном случају, јер не испуњавају услов у погледу доње старосне границе. Истовремено, пружа се могућност лицима која испуњавају објективни услов завештајне способности, а нису способна за расуђивање, да њихово завештајно располагање постане правно ваљано, уколико нико не оспори правну релевантност њихове наредбе последње воље. На овај начин се релативизира значај субјективне компоненте као суштинске код завештајне способности и доводи у питање остваривање институционе функције установе завештајне способности као услова настанка пуноважног завештања.

Приликом дефинисања правних оквира завештајне способности треба, дакле, имати у виду посебно изражену психолошку компоненту, јер и само сачињавање тестаamenta има посебан субјективни значај за завештаоца, као акт последње воље и суочавања са чињеницом смрти у потенцијалу, што указује на његов посебан друштвени значај и условљава другачији приступ правном уређењу тестаamenta у односу на друге правне послове.²⁹² Отуда, аргументи у прилог признања шире тестаментарне способности у односу на пословну произилазе из природе правног посла завештања која је дефинисана циљем ради којег правни поредак признаје право тестирања појединцу. Полазећи од правног циља завештајног располагања који се огледа у настојању неког лица да по својој вољи распореди имовину за случај смрти, ризик од несавесног поступања и угрожавања правног промета сведен је на минимум с обзиром да је реч о доброделином правном послу који је увек опозив. У том смислу, теорија мањег или никаквог ризика код *mortis causa* располагања говори у прилог шире тестаментарне способности, с тим да се овде ризик посматра кроз призму интереса трећих лица као учесника правног промета. Међутим, са аспекта заштите интереса

²⁹⁰ (Ђурђић, 2013), стр. 571.

²⁹¹ „Изјава последње воље завештаоца подразумева постојање одређеног степена зрелости, предострожности и осећај праведности“ (Hagena, 2010), стр. 1443.

²⁹² (Mitić, 1969), стр. 33.

малолетних лица у својству завештаоца, ризик се огледа кроз већу могућност недозвољених утицаја на њихову последњу вољу, па се у том правцу намеће потреба осигурања правне релеватности њихове последње воље и самим тим реализације слободе тестирања (о чему је претходно било речи).²⁹³

б) ПРАВНА ПРИРОДА ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ

У правној теорији постоје три становишта о правној природи завештајне способности: 1) завештајна способност као специјална правна способност; 2) завештајна способност као део (подврста) пословне способности и 3) завештајна способност као способност *sui generis*.

1) Завештајна способност као специјална правна способност

Правна способност физичког лица основна је претпоставка постојања и пословне и завештајне способности, јер само субјект у праву може располагати имовином било *inter vivos* или *mortis causa*. Као установа јавног поретка која спада у *ius cogens*,²⁹⁴ правна способност се манифестује изјавом воље субјекта у праву, било у форми завештања или другог правног посла, при чему и завештајна и пословна способност задржавају своју самосталност као установе у односу на правну способност.

У делу правне теорије постоји схватање да завештајна способност представља посебан вид правне способности, и дефинише се као лично својство физичког лица да завештајно располаже и које се у случају да не постоји, никако не може надоместити. За разлику од опште правне способности која се стиче рођењем, завештајна способност се према наводима заговорника овог становишта стиче по испуњењу законом предвиђених услова (узраст и способност за расуђивање), због чега се сматра да представља специјалну праву способност.²⁹⁵ Ова квалификација темељи се на поистовећивању способности тестирања са правом тестирања, као субјективним правом које овлашћује тестатора на располагања имовином за случај смрти.²⁹⁶ Међутим, способност тестирања не може се поистовећивати са правом тестирања, већ је у питању материјалноправни услов као претпоставка пуноважног тестирања.

²⁹³ (Marković, 1974), стр. 169.

²⁹⁴ (Стојановић, 2004), стр.133.

²⁹⁵ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 130; A. Finžgar, *Dedno pravo Jugoslavije* (Ljubljana, 1962), стр.88.

²⁹⁶ (Marković, 1974), стр. 163.

2) Завештајна способност као део пословне способности

Веза завештајне са пословном способношћу такође је веома изражена имајући у виду да се у прво време у римском праву ове способности нису разликовале. Први римски тестамент састављала су лица која су имала пословну способност, да би се касније направила разлика између ових института у смислу подизања доње старосне границе за стицање пословне способности у односу на завештајну.²⁹⁷

У савременој правној доктрини схватање завештајне способности као посебног вида пословне способности има највише присталица.²⁹⁸ Наиме, завештајна способност се посматра као природни продужетак пословне способности, јер се полази од становишта да ко има способност располагања правним пословима *inter vivos*, у тим границама му мора бити призната и слобода располагања *mortis causa*.²⁹⁹

Повезаност ових способности испољава се кроз сличну друштвену функцију ради које се оне признају. Наиме, и пословна и завештајна способност су предуслови остваривања овлашћења имовинскоправног располагања (у једном случају за живота, у другом, за случај смрти) које је у функцији остваривања правног промета. Истоветна имовинскоправна природа подразумева и јединствени стварноправни оквир њиховог деловања у погледу предмета располагања. Разлика пак произлази из природе правних послова, која условљава и њихов различит правни домашај, па самим тим и потребу заштите различитих имовинских интереса диспонијентата који, у својој свеукупности, утичу на другачији правни значај ових института.³⁰⁰

Наиме, у правној теорији се истиче да степен зрелости, животног искуства и свести о значају и последици предузетих радњи мора бити адекватан значају правног посла који предузима, у овом случају завештања.³⁰¹ Другим речима, што је правно-

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Vidi*: (Brox, 2004), стр. 59 (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр.140; R. Hausmann - G. Hohloch, *Handbuch des Erbrecht* (Berlin: Erich Smidt Verlag, 2010), стр. 5.

²⁹⁹ (Hagena, 2010), стр. 1441; (Marković, 1981), стр. 238.

³⁰⁰ (Mitić, 1969), стр. 42.

³⁰¹ Питање признања завештајне способности малолетницима одређене старосне доби мора се посматрати са аспекта функција које се на тај начин желе остварити. Тако, једна од основних функција сваког правног посла, посматрано са становишта правног поретка, јесте институциона функција, што значи да ће склапање посла неком лицу бити дозвољено уколико се остварује суштина тог правног посла као института, а то је вољно изазивање правних последица. Дакле, сваки правни посао, па и завештање је изјава воље неког лица да наступе одређена правна дејства, и уколико се она остварује, могућност

економски значај неког правног посла већи, то се захтева и већи степен способности за расуђивање његових учесника, што се одражава на различит домаћај завештајне и пословне способности.

Као ванредни инструмент правног промета због добродиног карактера и *mortis causa* дејства, завештање се сматра правним послом мањег или никаквог ризика, те се захтева нижи степен зрелости и животног искуства него код располагања за живота. За разлику од правних послова за живота који су израз принципа консенсуализима, те је за раскид уговора, као и за његов настанак, потребна сагласност воља уговорних страна, (осим у законом предвиђеним случајевима када могућ и једнострано раскид), код завештања које настаје једностраном изјавом воље завештаоца, опозив је могућ до тренутка делације завештаоца, без икаквих правних последица. Опозивост, као једна од карактеристика завештања управо говори у прилог признавања шире тестаментарне способности, јер завештање не везује тестатора, те га он може изменити и прилагодити промењеним животним околностима, или га пак опозвати, уколико више не одговара његовој стварној вољи.³⁰² Овакав правнотеоријски приступ не умањује правни и друштвени значај завештања као правног инструмента у функцији остваривања имовинскоправног континуитета, због чега се и сматра једним од најформалнијих правних послова.³⁰³

Још једна од тачака разграничења завештајне и пословне способности произлази из личног карактера завештања код којег не постоји могућност да се недостатак завештајне способности завештаоца надомести ангажовањем законског заступника, као што је случај код пословне неспособности. Уколико неко лице није навршило законом прописане године за стицање завештајне способности, или није способно за расуђивање, могућност сачињавања завештања ће изостати. Ово је још један од разлога

склапања неког правног посла, у овом случају сачињавања завештања, не треба бити ускраћена. На институциону функцију се надовезује и волативна функција завештајне способности; наиме, завештајно располагање мора бити акт воље малолетника да наступе одређена правна дејства. Волативна функција је значајна са аспекта малолетника; Види: V. Vodinelic, „Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika“, *Pravoteorija i praksa*, 3 (1999), стр. 32 и 33.

³⁰²Види: одлуку Врховног суда Словеније П. 1239/67, од 14. 11. 1969, Правник, бр. 4-6/1970, стр. 61-62. Наведено према: (Стојановић – Тирић, 2010), стр. 53.

³⁰³ (Marković, 1974), 43.

који иду у прилог екстензивнијег регулисања завештајне способности од пословне и њеног признавања и малолетним лицима.

3) Завештајна способност – способност *sui generis*

Завештајну способност поједини правни теоретичари не сврставају ни у једну од постојећих способности које чине правни капацитет физичких лица, већ је квалификују као способност *sui generis*.³⁰⁴ У том смислу се у правној литератури могу сусрести ставови да је завештајна способност призната у циљу сачињавања само једне врсте правног посла – тестаментa, па да би морала бити засебно категорисана по аналогiji са другим врстама посебних способности као што су деликтна, радна и сл.³⁰⁵

Не оспоравајући значајну подударност између пословне и тестаментарне способности које проистичу, пренствено, из овлашћења располагања имовином као правнополитичког циља ради чијег остварења су ова два института установљена, слажемо се са изнетим гледиштем да тестаментрану способност треба оквалификовали као посебну врсту способности. Основни аргументи које истичемо у прилог оваквог опредељења произилазе из правне природе завештања као једностраног, личног, опозивог правног посла, као и његове каузе која се огледа у бестеретном располагању имовином за случај смрти. Сматрамо да све поменуте специфичности завештања као правног посла, као тачке разграничења у односу на остале правне послове, у довољној мери опредељују постојање завештајне способности као посебне способности.

с) СПОРНА ПИТАЊА О УТИЦАЈУ ЗАВЕШТАЈНЕ НЕСПОСОБНОСТИ НА ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

1) Правне санкције за завештајну неспособност као границе слободе завештања

Границе слободе тестирања зависе и од правних санкција које погађају завештање при чијем сачињавању није постојала завештајна способност, јер строжија санкција сужава а блажа утиче на ширење ових граница. Пошто је за постојање завештајне способности потребно да се испуне два кумулативна услова – субјективни, тј. способност за расуђивање и објективни, прописана старосна доб завештаоца, недостатак једног или оба, повлачи законом предвиђену санкцију.

³⁰⁴ А. Silajdžić, *Nasledno pravo* (Sarajevo: 1964), стр. 160; И. Бабић, „Правна природа права на нужни део - Глоса поводом решења Закона о наслеђивању“, у *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године* (Крагујевац, 1998), стр.154.

³⁰⁵ (Живојиновић, 2016), стр. 152-156;

Тако, ако завешталац у тренутку сачињавања завештања није имао навршених петнаест година живота, Законом о наслеђивању Србије прописана је санкција његове ништавости.³⁰⁶ За разлику од једнообразног санкционисања неиспуњења објективног услова, за недостатак субјективног услова, овим законом су прописане две различите врсте санкција. С тим у вези је и прво спорно питање – има ли основа да један исти узрок тестаментарне неспособности води различитим правним санкцијама, које следствено одређују различите границе слободе завештања? Наиме, у случају кад постоји судска одлука о потпуном лишењу пословне способности завештаоца због неспособности за расуђивање, онда постоји неоторива претпоставка да је то лице завештајно неспособно, и тада је завештање ништаво.³⁰⁷ Међутим, у случају да нема судске одлуке о потпуном лишењу пословне способности, а завешталац у тренутку сачињавања завештања буде неспособан за расуђивање, завешталац такође нема завештајну способност, али је такво завештање рушљиво.³⁰⁸ У оба случаја, дакле, неспособност за расуђивање условљава непостајање завештајне способности, с тим што у првом случају постоји неоторива претпоставка да је лице потпуно лишено пословне способности завештајно неспособно, док у другом случају постоји претпоставка да је лице способно за расуђивање и онај ко тврди супротно дужан је то и да докаже. У првом случају ограничење завештајне слободе је веће него у другом, а законски основ је исти.

Сматрамо да овакво опредељење домаћег законодавца, с којим се не бисмо могли сагласити, почива на аналогној примени правила облигационог права где је, у зависности од степена недостатка пословне способности, превиђена санкција ништавости или рушљивости уговора. Када је у питању завештајна неспособност, ово решење се може критиковати из више разлога. Прво, у нашем наследном праву завештајна способност није степенована, па зато нема места аналогiji са степеновањем пословне способности у уговорном праву. Неспособност за расуђивање, не може имати

³⁰⁶ Чл. 156 Закона о наслеђивању Србије.

³⁰⁷ *Ibidem*; Види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 435.

³⁰⁸ Чл. 166 Закона о наслеђивању Србије: “Рушљиво је завештање лица које је у тренутку његовог сачињавања било неспособно за расуђивање.“ Завештање је строго формални акт, који има за циљ обезбеђење воље лица да располаже својом имовином и не производи правно дејство ако је стање свести завештаоца у време сачињавања било такво да због неспособности за расуђивање он није могао да изрази своју вољу. Без значаја је, при томе, постојање или непостојање судске одлуке о лишавању пословне способности, као и да ли је завешталац био неспособан за расуђивање из трајних или привремених разлога. У сваком случају, због неспособности за расуђивање завештаоца у време сачињавања тестаментарног завештања не производи правно дејство.” (Из Решења Врховног суда Србије, Рев. 1179/08 од 27. 05. 2009. године, http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf).

различит правни значај по пуноважност завештања и бити узрок примене различитих санкција, у истим стварним околностима. Тек уколико би се увела категорија ограничене завештајне способности, била би оправдана аналогна примена правила облигационог права по којима је уговор рушљив уколико га је закључило ограничено пословно способно лице.³⁰⁹ У том случају би, из истог разлога, и завештање требало да буде рушљиво. Напоследку, мислимо да могућност конвалидације рушљивог завештања због неспособности расуђивања доводи у питање правну сврху завештајне способности као гаранције правно релевантне воље која је у бити завештајне слободе.³¹⁰

Ни проблем доказивања непостојања способности за расуђивање није довољан разлог за двоструки режим правних санкција у случајевима кад треба утврдити да ли је неко завештање пуноважно или није. Кад постоји правноснажна судска одлука о потпуном лишењу пословне способности неког лица због неспособности за расуђивање, олакшан је поступак доказивања – из истог разлога због којег је пословно неспособан, завешталац није ни завештајно способан у тренутку сачињавања завештања.³¹¹ Међутим, то што је у случају постојања овакве судске одлуке олакшан доказни поступак, није разлог који правда дистинкцију утиција способности за расуђивање на пуноважност завештања, и пре се може рећи да је он последица, а не њен узрок.³¹²

Конвалидацијом рушљивог завештања, стварна неслобода завештаоца у тренутку сачињавања тестаментa, прерушава се у слободу завештања, иако је настала изван допуштених граница. Свака слобода може постојати само унутар граница одређених правним поретком, стога ни слободу завештања не треба проширивати изван тих граница. Зато сматрамо да способност расуђивања завештаоца треба утврђивати у сваком конкретном случају када је она спорна, а за непостојање завештајне способности услед неспособности за расуђивање предвидети ништавост тестаментa као једину санкцију.³¹³ Отуда, у актуелној реформи наследног права треба преиспитати начин санкционисања завештајне неспособности, како би се остварила функција овог правног

³⁰⁹ Чл. 111. Закона о облигационим односима РС.

³¹⁰ (Ђурђић, 2013), стр. 569.

³¹¹ Види: (Антић - Балиновац, 1996), стр. 433.

³¹² (Ђурђић, 2013), стр. 269.

³¹³ У домаћој правној теорији поједини аутори заступају став о јединственом санкционисању недостатака завештајне способности због неспособности за расуђивање, санкцијом ништавости; види: (Живојиновић, 2016), стр. 160-162.

института, пре свега, институционална, односно волативна, уважавајући и уједначена решења која по овом питању постоје у упоредним законодавствима.³¹⁴

2) Утицај делимичног лишења пословне способности на слободу завештања

Друго спорно питање које се јавља у контексту дефинисања домашаја завештајне способности јесте у којој мери на ову способност треба да утиче делимично лишење пословне способности завештаоца?

У упоредном праву заступљена су различита решења у погледу тестаментарне способности лица делимично лишеног пословне способности. У праву Аустрије, завештајна неспособност која је узрокована непостојањем способности за расуђивање услед психичке болести, менталног поремећаја или другог узрока умањене разборитости, повлачи ништавост тестаamenta.³¹⁵ Под способношћу расуђивања, у смислу чл. 565. Аустријског грађанског законика, подразумева се одређена мера когнитивних способности и воље, те свако ограничавање у том смислу не утиче на губитак способности за расуђивање. Када је реч о тестаментарним располагањима душевно оболелих лица учињених у периоду *lucida intervalla*, они могу бити пуноважни у складу са чл. 567 Аустријског грађанског законика, уколико заинтересовано лице успе да докаже да је душевно болесно лице у моменту сачињавања завештања било способно за расуђивање.

Међутим, одређивање строгих граница између способности и неспособности за расуђивање а у контексту постојања завештајне способности, тежак је, ако не и немогућ подухват, па је јасно што међу аустријским правницима не постоји јединствен став о овом питању. Према објективистичком становишту, које је иначе распрострањено у упоредноправној теорији, завешталац мора поседовати способност расуђивања и вољног одлучивања барем малолетника узраста од четрнаест година, при чему мора постојати свест о томе да изјављује последњу вољу.³¹⁶ Раније је владао више субјективистички приступ, те се сматрало да за искључење завештајне способности не мора да постоји каузални однос између душевног поремећаја и последње воље. У том смислу, може се говорити о *парцијалној неспособности завештања*, која подразумева да постоје психички поремећаји који се примарно испољавају у само одређеним

³¹⁴ У праву Немачке, Швајцарске и Аустрије недостатак завештајне способности санкционише се ништавошћу завештања (§566 и 569 ABGB-а; § 2229. BGB-а; čl. 521 st. 2 ZGB-а).

³¹⁵ § 567. ABGB-а.

³¹⁶ (Ferrari - Likar-Peer, 2007), стр. 144, 145.

областима живота, док у другима готово да су без значаја.³¹⁷ Могуће је да душевно болесно лице буде способно да обавља одређене једноставније правне послове, а да за оне сложеније не поседује одговарајући степен разборитости, али је у правној теорији спорно степеновање завештајне способности по тој аналогiji (тзв. *релативна завештајна неспособност*), јер постоји бојазан да се тиме правна сигурност доводи у питање.³¹⁸

Наш законодавац, како смо напред видели, изричито регулише утицај потпуног лишења пословне способности на завештајну, док се по питању односа ограничене пословне способности и завештајне не изјашњава. О овом последњем су у правној теорији заступљени различити ставови. Према појединим ауторима, делимично лишење пословне способности завештаоца условљава његову тестаментарну неспособност, баш као и потпуно лишење, јер је основ санкционисања исти – „недостатак који се односи на њен субјективни елемент, на способност за расуђивање“.³¹⁹ Према другим ауторима, делимично лишење пословне способности завештаоца, само по себи, без утицаја је на његову способност тестирања.³²⁰ Наиме, установа делимичног лишења пословне способности предвиђена је зарад остваривања заштитне функције код оних правних послова чије предузимање може бити ризично за само лице које га предузима, као и за трећа лица, због недовољног степена зрелости у расуђивању.³²¹

Полазећи од правне природе тестаментарног, једностраног, добродиног правног посла, који производи дејство за случај смрти, може се поставити питање сврсисходности овакве правне заштите код завештајног располагања. Не треба губити из вида да се завештањем не угрожавају интереси завештаоца, а ни чланова породице, тј. законских наследника, чији су интереси заштићени правилима императивног наслеђивања. У складу са специфичностима завештања, треба одређивати и „капацитетне одлике“ лица за њихово пуноважно сачињавање, које се имају ценити у сваком конкретном случају независно од ограничења завештаоачеве пословне

³¹⁷ (Hagena, 2010), стр. 1445;

³¹⁸ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 144, 145; Према владајућем мишљењу, завештајна способност постоји само ако је оставилац у могућности да има представу о последицама изјављене последње воље, тако да нису довољне само опште представе у вези сачињавања завештања. У том смислу, степеновање завештајне способности, према сложености процедуре сачињавања завештања, сматра се неоправданом. (Hagena, 2010), стр. 1445;

³¹⁹ (Антић – Ђурђевић, 2009), стр. 234; (Антић, 2009), стр. 234;

³²⁰ (Живојиновић, 2003), стр. 24, 25; Д. Ђурђевић, „Утицај делимичног лишења пословне способности на завештајну способност“, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ :прилози Пројекту 2007* (Београд, 2007), стр. 142-144.

³²¹ (Ђурђевић, 2007), стр. 144

способности.³²² И још да додамо, за разлику од потпуног лишења пословне способности, за делимично лишење неспособност за расуђивање није прописана као основ, већ су то поступци којима лице које се делимично лишавало непосредно угрожава сопствена или туђа права и интересе. Само су узроци исти – „болести или сметње у психо-физичком развоју“, али је њихово дејство различито: код потпуног лишења пословне способности они доводе до неспособности за расуђивање, а код делимичног изазивају понашања којима се угрожавају нечија права и интереси.

Очито је и да законодавац полази од става да све психо-физичке болести и сметње немају за последицу неспособност за расуђивање; у противном, санкција по завештање би у разматраном случају била идентична оној која је прописана код потпуног лишења пословне способности завештаоца – његова ништавост. Зато, пуноважност завештајних располагања завештаоца делимично лишеног пословне способности, не сме бити спорна уколико он испуњава законске претпоставке у погледу потребног нивоа способности за расуђивање и година старости као претпоставки стицања завештајне способности.³²³ У будућности ово питање не би требало да изазива посебне недоумице, јер према Закону о ванпарничном поступку³²⁴ обавеза је суда да у поступку лишења, а на основу психијатријског вештачења, својом одлуком одреди правне послове које лице делимично лишено пословне способности може, односно не може самостално пуноважно предузимати. Дакле, треба узети да лице које је судском одлуком делимично лишено пословне способности, начелно има завештајну способност, осим ако њом није одређено другачије. Овакво гледиште је у складу и са актуелним тенденцијама грађанског права, које карактерише потпуно нови приступ установи лишења пословне способности, за коју се сматра да је директно супротстављена основним међународним стандардима у заштити људских права.³²⁵

II. ANIMUS TESTANDI И ОГРАНИЧАВАЈУЋЕ ДЕЈСТВО ТУМАЧЕЊА ЗАВЕШТАЊА НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА

1. КВАЛИТЕТИ ВОЉЕ

Претпоставка настанка пуноважног завештања је постојање одређене и безусловне намере завештаоца да изјављена воља произведе одређена наследноправна

³²² (Mitić, 1969), стр. 19.

³²³ (Живојиновић, 2003), стр. 24, 25;

³²⁴ Чл. 40. ст. 3 Закона о ванпарничном поступку РС („Службени гласник РС“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „Службени гласник РС“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015);

³²⁵ Види: *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, усвојена на заседању Генералне скупштине UN 13. децембра 2006. Србија је ратификовала ову Конвенцију 2009. године, заједно са Факултативним протоколом уз ову Конвенцију. (“Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/2009).

дејства, као и друге грађанскоправне учинке, у границама објективног права.^{326 327} Да би изјављена последња воља била правно релевантна, она мора поседовати одређене квалитете који су начелно предвиђени за пуноважност било ког правног посла – да буде слободна, озбиљна, стварна и реално остварива.³²⁸ Због тога, било какав противправни утицај трећих лица на слободно изражавање последње воље завештаоца, условљаваће неважност завештања.³²⁹ Озбиљност изјављене воље, која се одражава кроз намеру да она произведе одређена правна дејства, произлазе из каузе правног посла.³³⁰ С обзиром на природу завештања као добродоног правног посла, мотив улази у каузу, тако да заблуда о мотиву, као и све врсте битних заблуда узрокују рушљивост завештања.³³¹

Да би последња воља завештаоца произвела правно дејство, услов је да буде манифестована у некој од законом прописаних форми³³² и да буде потпуно оформљена као резултат завршеног мисаоног процеса који је претходио састављању завештања.³³³ Управо чињеница да је завештање строго формалан правни посао, олакшава утврђивање *animus testandi*, чије се постојање цени према околностима сваког конкретног случаја, полазећи од уобичајних друштвених стандарда понашања.³³⁴

Уколико постоји несклад између изјављене и стварне завештаоачеве воље, поставља се питање постојања *animus testandi*, те пуноважности завештања.³³⁵ У тестаментарном праву решавање конфликта између стварне и изјављене воље завештаоца почива на постулатима теорији воље (*Willenstheorie*).³³⁶ Према овом

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ Чл. 82. Закона о наслеђивању РС, Види: пресуду Апелационог суда у Новом Саду, РС, Гж.609/13, од 21. 05. 2013. године; <https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/461-gz-609-13->, фебруар, 2018.

³²⁸ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 318; Да би изјављена воља била релевантна и могла да произведе последицу састављања тестаментарног посла, нужно је да је она учињена слободно, што значи да садржи свест о свим елементима и значају предузетих радњи и слободну и стварну намеру за закључење правног посла. (Врховни суд Србије, Рев.бр. 142/97 од 06. 05. 1997. године); Види и пресуду Окружног суда у Ужицу број Гж 598/2003 од 10. 04. 2003. год.

³²⁹ (Живојиновић, 2003), стр. 25, 26. Као последица једностарног и личног карактера завештања, условљавање пуноважности завештења сагласношћу другог лица је у домаћем праву правно недопуштено. У правним системима који признају заједничко завештање, оваква забрана не стоји, имајући у виду да узајамно зависне (условљене) клаузуле (*Bindungswirkungsklauseln*) управо подразумевају однос зависности између изјављених воља котестатора. (више у Глави трећој „Утицај форме на границе слободе завештања“)

³³⁰ Види пресуду Окружног суда у Ужицу број Гж 2117/08 од 23. фебруара 2009. год.

³³¹ Чл. 167. ст. 1 Закона о наслеђивању РС;

³³² (Marković, 1981) стр. 242.

³³³ Види пресуду Окружног суда у Ужицу број Гж. 598/2003 од 10. 04. 2003. год., у: (Антић – Бурђевић, 2009), стр. 145, 146.

³³⁴ (Бурђевић, 2011), стр. 126.

³³⁵ Види Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1654/99 од 03.05.2000. године, http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

³³⁶ V. Spajić, *Osnovi građanskog prava-opšti deo* (Sarajevo: 1961). стр. 256.

теоријском ставу, у релативном односу стварне и изјављене воље, примат се даје стварној вољи завештаоца, чије је утврђивање основна претпоставка за настанак пуноважног завештања.

До несклада између стварне и изјављене воље може доћи у различитим ситуацијама: услед противправних утицаја на формирање или манифестовање последње воље завештаоца, код симулованих и фиктивних завештања, оних која су сачињена под утицајем менталне резерве, затим у шали и др.³³⁷

У случају да је завешталац сачинио тестамент под менталном резервом (*Mangelreservation*), тј. без стварне намере да изјављена последња воља произведе правно дејство, завештање ће бити ништаво.³³⁸ Заправо, овде је реч о свесном нескладу између изјављене завештаочеве воље и његове унутрашње (стварне) воље.³³⁹ Суштина менталне резерве је у томе да завешталац изјављује вољу коју у ствари не жели, рачунајући с тим да овако изјављена воља неће произвести правно дејство услед неких околности на које рачуна, прикривајући истовремено од других ту своју рачуницу.³⁴⁰ Управо због те чињенице, ментална резерва се у правној теорији означава као „прећутна резервација“ (*geheimer Vorbehalt*).³⁴¹

За разлику од страних кодификација, као што је случај са немачким Грађанским закоником, који изричито регулишу утицај менталне резерве на пуноважност завештања, предвиђајући санкцију ништавости,³⁴² домаћи законодавац не регулише ово питање. Зато одговор треба тражити полазећи од квалитета које последња воља мора поседовати да би била правно релеватна (да буде слободна, озбиљна, стварна). Одсуство слободне завештаочеве воље услед постојања мана воље повлачи рушљивост завештања, док одсуство стварне и озбиљне воље завештаоца значи одсуство намере да се завештајно располаже, па се стога завештање сматра ништавим, јер није испуњена једна од основних претпоставки његове пуноважности.³⁴³

³³⁷ Опширније види: D. Živojinović, 'Uticaj mentalne rezerve na punovažnost zaveštanja', *Pravni život*, 10 (2003), стр. 216

³³⁸ H. Brox, *Grundprinzipie, Erbrecht* (Köln-Berlin-München: Carl Heymanns Verlag, 2004), стр. 154; H. Lange – K. Kuchinke, *Erbrecht* (München: C.H.Beck, 2001), стр. 815, 816; (Живојиновић, 2003), стр. 156-163;

³³⁹ (Спајић, 1961), стр. 257, 261.

³⁴⁰ (Спајић, 1961), стр. 257; (Ђурђевић, 2004), стр. 319.

³⁴¹ (Ђурђевић, 2011), 2011, стр.126.

³⁴² Види §116 BGB-a;

³⁴³ Утврђивање постојања менталне резерве приликом изјављивања последње воље од стране завештаоца своди се на утврђивање (не) постојања *animus testandi*. Ово питање поставља се тек након смрти завештаоца, а оцењује се према околностима које су постојале у тренутку сачињавања завештања. Постојање менталне резерве тешко је утврдити тумачењем садржине завештања, осим уколико ова резерва није изричито у завештању саопштена. Проблем се додатно усложњава имајући у виду да се

2. ТУМАЧЕЊЕ ЗАВЕШТАЊА

Под тумачењем или интерпретацијом тестаментa подразумева се проналажење правог смисла и домањаја тестаментарних одредаба, како би се утврдила права намера (воља) завештаоца.³⁴⁴ Да би се приступило тумачењу завештања, неопходно је претходно утврдити да ли је завештање пуноважно у формалноправном, као и у материјалноправном смислу, јер је само пуноважан тестамент подобан за тумачење.³⁴⁵ Пуноважност тестаментa није питање значења тестаментарне одредбе, да би се примењивала правила о тумачењу, већ чињенично питање које се утврђује извођењем доказа.

Тумачење завештања, дакле, служи разумевању изјављене последње воље завештаоца. Уколико постоји несклад између стварне и изјављене завештаоачеве воље, предност се даје правој вољи завештаоца, у складу са теоријом воље (*Willensdogma*),³⁴⁶ која је доминатна у тестаментарном праву, а која се манифестује и код утврђивања појединих диспозитивних правила наследног права (правила о урачунавању поклона,³⁴⁷ правила о одговорности за оставиоачеве дугове³⁴⁸ и др.). Догма воље код тестаментa представља еманацију тестаментa као правног акта.³⁴⁹ Полазећи од природе завештања као доброчиног, строго личног, једностраног правног посла за случај смрти, правила тумачења тестаментa прилагођена су интересима завештаоца као изјавиоца последње воље, и у складу са тим се у завештајном праву примењује субјективни метод тумачења.³⁵⁰ Њиме се настоји утврдити правно релевантан смисао изјављене последње воље завештаоца,³⁵¹ интерпретирајући све завештајне клаузуле у контексту целокупне садржине завештања, како би се схватио његов прави смисао (разјашњавајуће

приликом тумачења завештања примењује субјективна метода тумачења, и даје примат правој намери завештаоца, која се у случају менталне резерве огледа у њеном одсуству. Суд ће поћи од претпоставке да је завештање сачињено са циљем да се заоставштина по том основу и расправи, а не од претпоставке постојања менталне резерве. Зато поједини теоретичари изражавају бојазан да би правна сигурност била нарушена уколико би се постојање менталне резерве завештаоца санкционисало ништавошћу онда када она није видљива из завештања, јер би постојала опасност да реализација последње воље зависи од судске арбитрности, (Živojinović, 2003), стр. 222, 223.

³⁴⁴ (Marković, 1976), стр. 191; (Gavella – Belaj, 2008), стр. 173.

³⁴⁵ Види: (Marković, 1976), стр. 192; О. Antić, „Тумачење завештања“, *Pravni život*, 1997, стр. 76.

³⁴⁶ (Brox, 2004), стр. 125.

³⁴⁷ Поклон се наследнику не урачунава у наследни део ако је оставилац у време поклона или доцније, или у завештању, изјавио да се поклон неће урачунати, или се из околности може закључити да је то била намера оставиоачева. Овим правилом се, међутим, не дира у правила о нужном делу, те је у том домену слобода завештања ограничена (чл. 67 Закона о наслеђивању РС).

³⁴⁸ Дугови се међу санаследницима деле сразмерно њиховим наследним деловима, ако из завештања не следи што друго (чл. 224 ст. 2 Закона о наслеђивању РС).

³⁴⁹ (Marković, 1976), стр.193.

³⁵⁰ Види:опширније: Д. Đurđević, 'Blagonaklono i dopunjujuće tumačenje testamenta', in *Pravni kapacitet Srbije za Evropske integracije*, IV edn (Beograd: 2009), стр. 111.

³⁵¹ (Brox, 2004), стр. 124.

тумачење – *Erläuternder Auslegung*).³⁵² Субјективни метод, за разлику од субјективно-објективног метода који се примењује код тумачења уговора, не може се сматрати никаквим ограничењем слободе завештања, зато што је тумачење усмерено ка утврђивању стварне намере завештаоца. Другим речима, законска правила о тумачењу тестаментa постављена су у правцу признања и остварења пуне слободе завештања у границама које допушта правни поредак.

Из принципа аутономије воље произлази и основни принцип римског права *favor testamenti*, који подразумева да завештање треба тумачити у прилог његовог одржања на снази, уколико је садржина последње воље могућа и допуштена.³⁵³ Може се сматрати да благонаклоно тумачење представља специфичан израз теорије воље. Правило *favor testamenti* у функцији је остваривања слободе тестирања, али се у нашем праву релативизира кроз примену супсидијарних правила тумачења. Тако је предвиђено да се у случају немогућности утврђивања праве воље завештаоца, завештање има тумачити онако како је најповољеније за законске наследнике или лица којима је завештањем наложена нека обавеза.³⁵⁴ Иако се ово правило рестриктивно примењује, поставља се питање да ли је оно оправдано са становишта остваривања слободе тестирања, јер сама чињеница да је завешталац сачинио завештање указује на његову намеру да заоставштина буде расподељена по његовој вољи, а не према диспозитивним законским правилима.³⁵⁵

Овакво законско решење не сматрамо добрим, и рекли бисмо да је последица погрешног тумачења принципа *favor testamenti*. Законодавац полази од схватања да је принцип *favor testamenti* супротан правилу да се тестамент тумачи у корист законских наследника, због чега је и одредба о фаворизовању законских наследника у великој мери „рестриктивна“ према завештању.³⁵⁶ Овакво решење није типично за упоредно право, где се у случаје сумње у погледу могућег значења завештања прибегава

³⁵² Разјашњење значења појединих одредби у циљу поимања смисла целине, познато је у науци као теорија разјашњења (*Andeutungstheorie*), где се приликом тумачења, осим семантичког значења употребљених речи, узимају у обзир и друге релевантне околности које могу бити од значаја за утврђивање смисла које је завешталац имао виду приликом употребе одређених израза (Marković, *Tumačenje testamenta*, 1976.), стр.191.

³⁵³ Чл. 135 ст. 1 Закона о наслеђивању Србије; § 2084 BGB („Тумачење у корист делотворности завештања: „Уколико се садржај завештања може различито тумачити, у случају сумње треба узети оно тумачење којим се завештајно располагање одржава на снази“).

³⁵⁴ (Крећ – Рајић), стр. 269; Види: Решење Основног суда у Краљеву О. 1078/08 од 31.5.2010. године и решење Вишег суда у Краљеву ЗГж. 1049/10 од 6. 10. 2010. године) – Билтен Вишег суда у Краљеву, број 4/2010, Интермех, Београд.

³⁵⁵ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 404; (Стојановић, 2011), стр. 283.

³⁵⁶ (Ђурђевић, 2009), стр. 117.

благонаклоном тумачењу (*benigna interpretation*) кад год је то могуће, како би се завештање одржало на снази,³⁵⁷ и фаворизовало у односу на законско наслеђивање.³⁵⁸

Када је реч о Нацрту грађанског законика РС, чини нам се да је Комисија која радила на његовој изради имала у виду да принцип *favor testamenti* и принцип тумачења тестаментa у корист законских наследника не морају нужно да се искључују, већ да је реч о различитим допунским правилима која имају различито поље примене. Тако је предвиђено да „одредбе завештања треба тумачити према правој намери завештаоачевој и у смислу са којим могу имати правно дејство.“³⁵⁹ Други став овог члана остао је исти.³⁶⁰

Дакле, може се закључити да благонаклоно тумачење не противречи допунским правилима тумачења тестаментa у корист законских наследника према важећим прописима, што је још очигледније код решења предложеног у Нацрту ГЗ. То значи да у случају сумње треба примењивати правила о благонаклоном тумачењу и поћи од тога да завешталац жели да уреди наследноправне последице своје смрти, а не да његово тестаментрано располагање буде недејствујуће. У том смислу, уместо да поништи тестамент под образложењем да је то повољније за законске наследнике, суд треба да у складу са принципом *favor testamenti* омогући одржање тестаментa на снази.³⁶¹ Зато је, по нашем мишљењу, тумачење у корист законских наследника могуће само уколико тестамент има више значења која су као таква пуноважна, па суд треба да узме оно значење које је повољније за законске наследнике, али не може поништавати тестамент под тим изговором.

У складу са оваквим приступом, у појединим правима, као што случај са немачким, правило *favor testamenti* се екстензивира тако што се предвиђа могућност допуњајућег тумачења завештања које се као такво изричито не прописују, већ произилазе из судске праксе.³⁶² Овај вид тумачења подразумева допуњавање празнина на основу хипотетичке воље оставиоца, при чему се под празнинама подразумева промена чињеничног стања које има за последицу неделотворност завештања, а са

³⁵⁷ (Leipold, 2002), стр. 132;

³⁵⁸ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 404.

³⁵⁹ Чл. 2730. ст. 1. Нацрта грађанског законика Републике Србије (Радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима), Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, мај, 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, јул, 2018.

³⁶⁰ „Кад се права намера завештаоачева не може утврдити, завештање се тумачи у смислу који је повољнији за законске наследнике или оне којима је завештањем наложена каква обавеза.“ (чл. 2730 ст. 2 Нацрта грађанског законика Републике Србије,

³⁶¹ (Đurđević, 2009), стр. 126.

³⁶² § 2084 BGB-a; Види: (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 134. Ово становиште прихваћено је и у јудикатури и теорији у швајцарском, мађарском и неким другим правима, (Marković, 1976), стр. 190.

којима завешталац није могао да рачуна.³⁶³ Наиме, у случају промењених околности полази од претпостављене воље завештаоца и тестамент се допуњава и даје му се значење за које се претпоставља да би му дао и сам завешталац приликом сачињавања, да је имао у виду промену околности.³⁶⁴ Овакав приступ сматрамо оправданим, јер се према *теорији воље* тестамент тумачи на начин да афирмише последњу завештаочеву вољу, дајући јој примат над законским наслеђивањем, под одређеним условима.³⁶⁵ Њиме се фаворизује слобода тестирања, која је поред теорије воље и основна премиса правила допуњујег тумачења.³⁶⁶

У нашем праву се сматра да нема места оваквом допуњујућем тумачењу, полазећи од релативизованог начела *favor testamenti*, те чињенице да тумачење завештања у најширем смислу подразумева не само утврђивање правога смисла последње воље завештаоца, већ и постојање саме воље.³⁶⁷ Међутим, основни принципи хипотетичког тумачења истовремено су идентични онима којима се руководио домаћи законодавац предвиђајући могућност одступања од правила да накнадни губитак способности за расуђивање не може утицати на пуноважност већ сачињеног завештања.³⁶⁸ Уважавајући значај битних промена околности које су биле одлучујућа побуда завештаоца да сачини завештање, као и чињеницу да због неспособности за расуђивање он не може реализовати право опозива завештања, мислимо да законодавац управо полази од хипотетичке воље завештаоца.

Овај случај хипотетичког тумачења у нашем праву знатно је ужег домашаја у односу на допуњујуће тумачење у упоредном праву, али је свакако успостављено са истим циљем, да афирмише слободу тестирања која се у овом случају манифестује кроз право опозива изјављене последње воље. Правила о допуњујућем тумачењу развила су се у иностраној теорији и судској пракси,³⁶⁹ и нису везана за губитак завештајне неспособности, већ се уопштено односе на промену околности (чињеничних и правних) од сачињавања тестаментa до отварања наслеђа и на случајеве кад у тестаменту постоје непланиране празнине.

³⁶³ Види: (Leipold, 2002), стр. 134, 135; Опширније види: (Đurđević, 2009), стр. 122 и даље.

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ (Ђурђевић, 2011), стр. 190, 200.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ (Marković, 1976), стр. 191, 192.

³⁶⁸ Чл. 80 ст. 2 Закона о наслеђивању Србије.

³⁶⁹ D. Leipold, *BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil* (Tübingen: 2002a), стр. 134 (цитиран код: (Đurđević, 2009), стр. 120).

Предности допуњујућег тумачења завештања су, дакле, вишеструке за реализацију слободе тестирања. У случају постојања непланираних празнина (чињеница са којима завешталац није могао да рачуна) неправично би било да он постане неделотворан, и да се примене правила законског наслеђивања, већ треба настојати да се завештање одржи на снази допуњујућим тумачењем. Треба поћи од претпоставке да завешталац чим је сачинио завештање тиме је исказао своју намеру да жели да искључи примену правила законског наслеђивања, па би њихова примена у том случају била противна израженој намери завештаоца.

Полазећи од ових констатација, сматрамо да последњу вољу треба тумачити у прилог завештајног, а не законског наслеђивања, кад год је то могуће, што у крајњем значи у прилог остваривања шире слободе тестирања. У том смислу и правило тумачења *favor testamenti* требало би да заузима централно место у домаћем тестаментарном праву, и у складу са таквим приступом треба прилагодити постојећу регулативу. Недостатак је важећих законских одредаба што постоји колизија правила о тумачању (тумачење према правој намери завештаоца наспрам супсидијарног правила тумачења у корист законских наследника), те се у значајној мери ограничава завештаочева слобода тестирања и доводи у питање остваривање сврхе завештајног располагања. У овом случају требало би применити правила допуњујућег тумачења у прилог фаворизовања последње завештаоачеве воље као манифестације слободе завештања.

Успостављање одговарајућих граница у тумачењу завештања веома је комплексно, с обзиром на чињеницу да је у питању правни посао за случај смрти, па је самим тим и доказивање праве намере завештаоца отежано. Код утврђивања праве намере завештаоца релевантна је садржина завештања, а тестамент је основни извор тумачења завештаоачеве воље. Само у случају сумње око смисла и домашаја изјављене последње воље, права намера завештаоца се утврђује субјективни методом тумачења. Субјективни концепт тумачења завештања носи одређени ризик да се завештаоачевој последњој вољи припише значење које завешталац није имао у виду. Отуда је у појединим правним системима заузет став да тумачење не сме ићи изван садржине завештања и да само намера завештаоца која има упориште у тексту завештања може имати правно дејство (теорија упоришта).³⁷⁰ Ипак, полазећи од специфичности завештајних располагања и чињенице да се принцип аутономије воље мора доследније

³⁷⁰ (Ђурђевић, 2004), стр. 192.

примењивати у тестаментарном праву,³⁷¹ сматрамо да би код тумачења завештања требало дати предност утврђивању стварне намере завештаоца, а у случају сумње утврђивати је и индицијалним путем, дакле, и из чињеница које непосредно не произилазе из садржине завештања.³⁷²

³⁷¹ (Брох, 2004), стр. 125; Види: *Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. бр. 496/05 од 14. 04. 2005.*
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

³⁷² (Крећ – Павић, 1964), стр. 268.

Глава трећа УТИЦАЈ ФОРМЕ НА ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ОПШТИ ОСВРТ

1. ПОЈАМ, ФУНКЦИЈЕ И ЗНАЧАЈ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ

Једно од основних обележја завештања као једностраног, личног и *mortis causa* правног посла јесте његов строго формални карактер (форма *ad solemnitatem*). Форма тестаментна је законом предвиђен облик у коме завешталац изјављује своју последњу вољу да би тестамент био пуноважан.³⁷³ Импертивни захтеви форме, као и код уговора тако и код завештања, имају вишеструку друштвену сврху, а отуда прозилази и њихова правна функција. Форма завештања као и сваког другог формалног правног посла у функционалном смислу је упозоравајућа, заштитна и доказна.

Најпре, форма упозорава завештаоца на озбиљност чина сачињавања завештања, спречава непромишљене и неозбиљне поступке. Прописане формалности треба да завештаоцу омогуће да схвати значај правног посла који предузима и да промишљено донесе одлуку о располагању за случај смрти, у чему се и огледа упозоравајућа функција завештајне форме.

Форма такође доприноси јаснијем и прецизнијем формулисању последње воље, чиме се олакшава касније тумачење завештања уколико до њега дође. У том смислу се штите појединачни интереси завештаоца. Завештајном формом се обезбеђује да тестамент неће бити кривотворен и да је последња изјава воље дата у намери тестаментарног располагања. Заштитна функција форме даље се остварује на општем нивоу кроз заштиту јавних интереса путем евидентирања и контроле правног прометања добара у форми завештања, што за крајњи циљ има осигурање правне сигурности као највишег друштвеног интереса. Форма има доказну функцију, што је њена општа карактеристика, како са становишта општих, тако и поједначаних интереса.

Доказна функција се огледа у томе што предвиђена форма омогућава да се након смрти завештаоца са сигурношћу утврди да тестамент постоји и каква је његова садржина. Овде је реч о форми *ad solemnitatem* која има конститутивно дејство и представља поуздан доказ о постојању завештања и његовој садржини, тј. његовој

³⁷³ Cf. (Ђурђевић, 2011), стр. 130 и 131.

аутентичности.³⁷⁴ Не ради се о пробационој форми јер се постојање и садржина завештања могу утврђивати и другим доказним средствима.

Да би последња воља завештаоца могла произвести правно дејство, неопходно је да буде изражена у некој од законом прописаних форми, када говоримо о завештању у формалноправном смислу.³⁷⁵ У материјалноправном смислу, последња воља је једна и јединствена, и она може бити садржана у већем броју завештања у формалном смислу.³⁷⁶

Са развојем тестаментa настајале су и мењале његове форме, носиле печат времена и датог друштва у коме су настале, тако да се и данас заступљеност појединих форми разликује од система до система. У појединим правима форма завештања је задржала своју доминантну улогу, док се у другим говори о „кризи завештајног наслеђивања“.³⁷⁷ Плуралитете прописаних форми у значајном мери одређује и заступљеност тестаментарног располагања имовином, при чему се избор одговарајуће форме мора кретати у законом прописаним оквирима (принцип *numerus clausus*). Такође, у складу са измењеним друштвеним околностима и практичним потребама савременог човека као учесника правног промета, постепено су настајали и други инструменти располагања имовином *inter vivos* и *mortis causa* (поклон за случај смрти, уговор о наслеђивању и други наследноправни уговори, *patto die fagmilie*) који су као супститути

³⁷⁴ S. Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu* (Beograd, 1964), стр. 42-44; (Hausmann - Hohloch, 2010), стр. 420; Vidi: (Hagena, 2010), § 2232 BGB-a;

³⁷⁵ (Антић-Балиновац, 1996), стр. 303.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Када је реч о заступљености завештајног наслеђивања у српској правној пракси, једно истраживање спроведено у Општинском суду у Крагујевцу, за период од 1997-2001. године, показало је заступљеност завештања као основа наслеђивања у износу од 4.45% (Види: D. Živojinović, 'Zaveštanje u sudskoj praksi', *Pravni život*, 10 (2004), стр. 294); у Француској и Белгији, завештајно наслеђивање је заступљено са 10-15% (Pintens, 2011), стр. 72, у Немачкој са 25-35% (Zimmermann, 2011), стр. 204); у праву Аустрије у Централном регистру тестамената је регистровано 1,8 милиона завештања (мада се претпоставља да има исто толико нерегистрованих приватних завештања), али да је законско наслеђивање ипак заступљеније L. Wékás, „Testamentary Formalities in Hungary“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 223); у праву Италије завештајно наслеђивање све више губи на значају и бива замењено различитим супститима *inter vivos i mortis causa* располагања (A. Braun, „Testamentary Formalities in Italy“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal – Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011); у Шпанији је више од половине случајева расподеле имовине за случај смрти учињено путем завештања. Разлог овако велике заступљености завештања у правној пракси Шпаније је последица традиционалног схватања завештајног располагања као моралне и регилијске дужности (S. Cámara Lapuente, „Testamentary Formalities in Spain“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal – Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 72-73).

завештања све више почели попримати примарну социјалну улогу у наслеђивању и потискивати завештање у други план.³⁷⁸

Негативна страна форме је што успорава правни промет добара, условљава честу неважност правних послова, и на крају, она ограничава вољу страна у погледу избора начина манифестовања последње воље. Зато се у правној теорији истиче да она „није у складу са слободном иницијативом коју субјекти у грађанском правом имају“.³⁷⁹ Законом предвиђене формалности за пуноважност завештајног располагања директно су супротстављене тој слободи, као акту аутономије воље, одређујући, у значајној мери, њене маргине. Са друге стране, број и разноликост завештајних форми које будућем завештаоцу стоје на располагању значајна су манифестација слободе завештања са којом је директно пропорционална. Отуда поризлази да је утицај форме на слободу завештајног располагања амбивалентан, те се однос ових института мора посматрати кроз призму двоструког дејства форме.

2. ВРСТЕ ЗАВЕШТАЈНИХ ФОРМИ

Различите форме располагања за случај смрти (кодицил, класични тестамент, заједнички тестамент, поклон за случај смрти, уговор о наслеђивању), али и различите тестаментарне форме, резултат су комплексног историјског развоја друштва, који је условио и одређену динамику развоја правне мисли и правних норми. Наиме, сваки историјски период карактеришу одређене социјалне, економске, политичке околности које условавају и динамичан развој наследноправних односа, те су се и формална правна правила завештајног наслеђивања мењала.

Савремене правне системе карактерише разноликост завештајних форми које су настале као резултат правне традиције, реалних потреба друштва које су израз степена друштвеног развоја, као и степена економског развоја и стварноправних кретања. Отуда и бројне различитости, али и подударности у врстама завештања које признају поједина права. Оно што је заједничко свим правним системима јесте да се у погледу могућих и допуштених завештајних форми примењује принцип *numerus clausus*. На основу типизираних критеријума врши се истоветна класификација завештајних форми.

Основне поделе завештања на писмена и усмена, а затим на приватна и јавна, потичу из римског права. У складу са реалним потребама завештаоца који се нађе у изузетним, ванредним околностима (нпр. у ратном стању, на броду, у руралним

³⁷⁸ (Braun, 2012), стр. 122, 123;

³⁷⁹ *Ibidem*.

средионама, за време епидемија и сл.), настале су привилеговане завештајне форме које су могле да се сачине под посебним условима, и подразумевале блаже формалне претпоставке. На другој страни, поједине постојеће завештајне форме су модификоване и прилагођаване посебним својствима завештаоца (нпр. хендикепираним лицима, малолетницима, неписменима и сл.). Отуда је произашла још једна класификација завештања на редовна (*testamentum solemne*) и ванредна, тј. привилегована завештања (*testamentum minus solemne*).³⁸⁰ Још једна од класификација форми завештања која је извршена према критеријуму учешћа носилаца јавне власти у поступку њиховог сачињавања је подела на јавна и приватна завештања. Поменута класификација тестаментарних облика преузета је и у модерном наследном праву.³⁸¹

Начелно, олографско завештање као приватна завештајна форма заступљено је у свим савременим правима (са изузетком Холандије) и представља најзаступљенију приватну завештајну форму. Писмено завештање пред сведоцима познају Аустрија и Мађарска, као и земље бивше СФРЈ. Од јавних завештајних форми, најзаступљеније је нотарско завештање, које се сачињавања пред нотаром, док је судско завештање нормирано у свега неколико правних система. Међународно завештање заступљено је у оним државама које су ратификовале Међународну конвенцију о једнообразном закону о облику међународног тестаментарног облика.

Када је реч о редовним завештајним формама поједини правни системи признају завештајне форме које нису општеприхваћене, као што је тајно завештање у праву Француске и Италије, или пак заједничко завештање у праву Немачке и појединим покрајинама Шпаније. Интересантно је напоменути да је кодицил, као форма располагања за случај смрти, заступљен у појединим правима, као што су аустријско, француско, холандско, где се он јасно разграничава од класичног завештања. Аустријско право карактерише оснивање фондација *mortis causa*,³⁸² док је за холандско право специфично депоновано завештање, као комбинација олографског и тајног завештања.

Што се тиче ванредних и изузетних завештајних форми, савремени правни системи познају макар једну привилеговану врсту. У већини права заступљена су војна завештања, као и друга специјална завештања која су сачињена на броду, у авиону, у

³⁸⁰ Види: (Marković, 1981), стр. 268, 269.

³⁸¹ Интересантно је напоменути да се у праву Шпаније одступа од правила класификације завештања према римском *summa division*, на писмена и усмена завештања, већ је основна подела завештајних форми на општа и специјална (Види:чл. 676 Грађанског законика Шпаније).

³⁸² § 646 ABGB.

хитним случајевима (за време временских непогода, несрећа, епидемија итд.). Немачко право познаје завештање пред градоначелником општине и два сведока, односно ванредно завештање пред три сведока.³⁸³

У готово свим правним системима недостатак завештајне форме повлачи неважност завештања (апсолутна или релативна ништавост, у зависности од врсте формалних недостатака).³⁸⁴ Правило *utile per utile non viciatur* важи у савременом наследном праву када је реч о формалној пуноважности завештања. Наиме, уколико је завештање само делимично неважеће (нпр. нека одредба у завештању), оно може опстати уколико та одредба не представља одлучујућу побуду за сачињавање завештања, или ако са другим одредбама не представља нераздвојну целину. У случају неиспуњења формалних услова за пуноважност конкретне завештајне форме, може доћи до конверзије завештања и да то завештање опстане у другом облику, уколико су испуњени формални услови за пуноважност те друге завештајне форме.³⁸⁵

II. ФОРМЕ ЗАВЕШТАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

1. ПРИВАТНЕ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ

а) Кодицил

Кодицил као форма *mortis causa* располагања која је била заступљена у римском праву готово је ишчезла из савременог наследног права, и задржана у малом броју правних система (у праву Холандије, Шпаније и Аустрије) где има одређени формалноправни значај у реализацији слободе тестирања. Међутим, кључна разлика између кодицила и завештања није формалноправног, већ материјалноправног карактера и огледа се у њиховој допуштеној садржини која код кодицила искључује могућност стављања одредбе о именовану наследника.³⁸⁶

У праву Холандије, формалне претпоставке за настанак кодицила у приличној мери се подударaju са олографским завештањем: мора бити написан својеручно, са датумом и својеручним потписом.³⁸⁷ Поједине аутономне покрајне Шпаније

³⁸³ (Zimmermann, 2007), стр. 646.

³⁸⁴ Види: нпр. § 125 BGB-а;

³⁸⁵ § 140 BGB-а.

³⁸⁶ (Ђорђевић, 1903), стр. 10.

³⁸⁷ Холандски законодавац се определио за најрестриктивнији приступ, те се кодицил може односити само на тачно одређена располагања која се тичу одеће, личног накита, књига, ствари које чине домаћинство итд. Кодицил, као такав, ретко је заступљен у пракси Холандије; поред уско постављеног предмета располагања, овај инструмент не улива правну сигурност (по правилу се не може поставити извршилац завештања, нити се може уписати у Регистар тестамената), те се често предаје нотару на

(Каталонија, Мајорка, Менорка) такође су задржале кодицил као форму једностраног *mortis causa* располагања,³⁸⁸ при чему је за његову пуноважност потребно испуњење неких формалности, као и код завештања. Кодицил је задржан и у праву Аустрије, где је разлика у односу на завештање такође садржинска, а не формална.³⁸⁹

Оцењујући формалноправни значај кодицила за реализацију слободе тестирање, уопште узев, прозилизи приближно исто дејство на ограничавање слободе располагања за случај смрти као и код завештања. Оправданост овог инструмента располагања за случај смрти се пре може посматрати кроз његов правни и фактички значај у корелацији са тестаментом који због свог практичног значаја и сврсисходности оправдано представља основни инструмент располагања имовином за случај смрти.

б) ОЛОГРАФСКО ЗАВЕШТАЊЕ

Олографско завештање (*testamentum holographum*) представља форму тестаментарног располагања која је заступљена у готово свим савременим правима (изузетак је Холандија која не познаје приватну завештајну форму). У већини правних система ово је и најзаступљенија завештајна форма, чак заступљенија и од нотарског завештања.³⁹⁰ Основна карактеристика овог завештања је да буде својеручно написано и потписано, како би се обезбедила његова аутентичност, што значи да га могу сачинити само писмена лица. Изузетак од овог правила постоји у италијанском праву, где под одређеним условима ово завештање могу сачинити и слепа лица.³⁹¹

чувању. Међутим, ни у овом случају кодицил не постаје депоновано завештање. Види: (Kolkman, 2012) стр. 157.

³⁸⁸ Садржина кодицила далеко рестриктивније прописана, него код класичног завештања (не постоји могућност именована наследника, нити супститута, као ни разбаштињења), (Laruelle, 2011), стр. 90, 91.

³⁸⁹ Према аустријском праву, разлика између кодицила и завештања се огледа у томе што завештање мора садржати барем једно именоване наследника; ако садржи неко друго располагање, као што је легат, реч је о кодицилу (C. C. Wendehorst, 'Testamentary Formalities in Austria', in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011). стр. 223;

³⁹⁰ У Италији је заступљено са око 75 % у односу на остале завештајне форме (Braun, 2011), стр. 125, 140), а у праву Мађарске са 45% (Wékás, 2011, стр. 261). Олографско завештање је популарно и у праву Шпаније, где завештајно наслеђивање још увек има примат као основ наслеђивања (Laruelle, 2011), стр. 93). У праву Француске олографско завештање је заступљено исто као и нотарско завештање, са око 50% (W. Pintens, „Testamentary Formalities in France and Belgium“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal and Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011, стр. 57).

³⁹¹ Олографско завештање може бити сачињено од стране слепог лица уколико је оно у стању да завештање лично напише и потпише, при чему није неопходно и да га прочита (Види: (Braun, 2011) стр. 129).

Захтев за својеручним писањем и потписивањем завештања (*Eigenhändigkeit*) темељи на индивидуалним карактеристикама рукописа завештаоца, те се ово формално ограничење предвиђа у циљу потврђивања аутентичност сачињеног тестаментa (*Schriftvergleich*).³⁹² Из тих разлога завештаочев избор техничких инструмената у сачињавању завештања ограничен је на оне које омогућавају да се утврде карактеристике потписа, те је забрањено коришћене помоћних механичких средстава (компјутера, или факсимила).³⁹³

1) О појединачним елементима форме олографског завештања

Потпис завештаоца. Стављањем потписа завешталац изражава своју намеру да у њему изражена последња воља произведе правно дејство и да је чин сачињавања завештања окончан.³⁹⁴ До момента сачињавања завештања, потпис има упозоравајућу функцију, јер упозорава завештаоца на озбиљност самог тог чина и потребу промишљеног поступања.³⁹⁵ Од момента завештаочеве смрти, својеручни потпис као конститутивни елемент форме поприма доказну функцију и представља најмеродавнији доказ утврђивања идентитета самог завештаоца и аутентичности завештаочеве последње воље.³⁹⁶

Потпис се по правилу састоји од пуног имена и презимена, али се дозвољава и скраћени потпис који се уобичајено користи у правном пословању.³⁹⁷ Стављање иницијала као потписа у већини права није дозвољено, али и има и изузетака, као што је право Аустрије, Немачке.³⁹⁸ Либерализација формализма у погледу садржине потписа има основ у правнополитичком циљу ради које је овај елемент форме и прописан. Наиме, став правне теорије је да формална садржина потписа није

³⁹² (Врох, 2004), стр. 106.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ Види: (Врох, 2004), стр.77.

³⁹⁵ K. G. C Reid, M. J De Waal, R. Zimmermann“ “Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities* (Oxford: University Press, 2011).стр. 455.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ У појединим правима као ште је право Шпаније, било је предлога да се призна и електронски потпис, па чак и аудио снимак изјављене последње воље, али ови предлози нису били прихваћени. (Zubiri de Salinas (n 55) 178; Romero Coloma (n 102) 156 (наведено према: (Lapuente, 2011a), *фуснота 104*. стр. 84).

³⁹⁸ Vidi: (Wendehorst, 2011), стр. 238; у немачком праву иницијали као потпис су допуштени уколико се на основу њих може утврдити идентитет завештаоца и уколико је извесно да је у питању завештање као коначни документ, а не његов нацрт (Види: Zimmermann, 2011, стр. 201).

релевантна за пуноважност завештања, ако је потпис такав да се на основу њега неспорно може утврдити идентитет завештаоца.³⁹⁹

У већини права, потпис мора бити стављен на крају текста, на последњој страни (како би се спречиле евентуалне злоупотребе). У случају измена или допуна тестаментарних располагања, за њихову пуноважност потребно је, по правилу, ставити нов потпис.⁴⁰⁰ У појединим правима (нпр. у праву Белгије)⁴⁰¹ потпис може бити стављен и на писмо у које је стављено завештање, док у италијанском праву таква могућност није предвиђена.⁴⁰² Иако у правној теорији није заузет јединствен став о овом питању, прихватљиво је аналогно тумачење пуноважности потписа у случају да је текст завештања исписан на више листова. Овакво завештање сматраће се пуноважним, уколико је потпис стављен на последњем листу, при чему мисаона повезаност садржине текста мора бити очигледна.⁴⁰³ У том смислу би и потпис на коверти могао бити признат као пуноважан у погледу испуњености захтева форме олографског завештања, уколико постоји унутрашња, садржинска повезаност са исправом коју садржи.⁴⁰⁴ Оваквав правнодогматски приступ темељи се на начелу *favor testamenti*, те сматрамо да је као такав оправдан са становишта остваривања последње воље завештаоца којој треба дати примат када год је намера завештаоца у погледу садржине завештања неспорна.

У италијанском праву се сматра да једном стављен потпис на завештање важи и за накнадно учињене измене и допуне, што у пракси условљава често проблем разликовања нацрта од коначне верзије завештања. То је уједно последица објективистичког приступа који је заступљен у италијанском праву где се акценат ставља на формалну пуноважност завештања, те је довољно утврдити постојање датума и потписа на завештању, док се утврђивање праве намере ставља у други план.⁴⁰⁵ У одсуству принципа *unitu actu*, могуће је накнадно изменити или допунити завештање, тако да је стављање потписа могуће учинити и касније, што значи да се захтеви јединствености односе само на сачињавање текста који мора бити на повезаним

³⁹⁹ (Brox, 2004), стр. 77.

⁴⁰⁰ (Wendehorst, 2011), стр. 238; (Wékás, 2011), стр. 260.

⁴⁰¹ (Pintens, 2011), стр. 61.

⁴⁰² (Braun, 2011), стр. 129.

⁴⁰³ (Brox, 2004), стр. 77.

⁴⁰⁴ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 380; (Zankl, 2008), стр. 44.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

листovima, без празног простора, док се временско јединство не захтева.⁴⁰⁶ Оваквим решењем се даје предност форми над суштином, што је потпуно неприхватљиво са становишта савременог поимања форме у тестаментарном праву, чија једна од основних сврха да се осигура аутентичност последње воље завештаоца, кроз одговарајуће мере формалне заштите.

Разлози за прописивањем својеручног потписивања као елемента форме, у основи су формалног захтева да тестамент мора бити својеручно написан. У складу са личним карактером завештања као правног посла, правило је да завешталац мора завештање лично и самостално сачињавати. У прилог шире слободе тестирања, за лица која због физичке изнемоглости или других разлога нису у могућности да самостално користе своју руку, предвиђена је могућност асистирани помоћи трећег лица, при чему она не сме са његове стране бити вођена, већ само придржавана, како се не би изгубиле основне карактеристике завештаоачевог рукописа.⁴⁰⁷ Уколико је потребна већа асистенција приликом сачињавања завештања, у том случају формалноправна сврха рукописа не би била остварена, и у том случају тестатор би морао сачинити другу завештајну форму.⁴⁰⁸

Из самог назива својеручно завештање произлази да завешталац завештање сачињава својом руком. У прилог омогућавања ширем кругу лица да своје право тестирања оствари путем ове завештајне форме, допуштено је да особе које нису у могућности другачије, да текст завештања напишу устима, ногама, вештачком протезом.⁴⁰⁹ Овакво решење је оправдано уколико се у конкретном случају могу очувати особености рукописа тестатора. У супротном, доказна и заштитна функција рукописа могу се довести у питање, па самим тим и аутентичност садржине завештање.

У прилог остваривања шире слободе тестирања говоре и чињеница да се код олографског завештања не предвиђају посебни захтеви у погледу подлоге на којој се оно сачињава (папир, картон, тканина), језика који ће завешталац користити, као ни у погледу инструмената који су коришћени за писање (оловка, креда, кармин).⁴¹⁰ Овако либералан приступ захтевима форме код олографског тестаamenta говори у прилог шире

⁴⁰⁶ (Wendehorst, 2011), стр. 239.

⁴⁰⁷ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр.103; (Leipold, 2002), стр. 106, 107;

⁴⁰⁸ (Leipold, 2002), стр. 106, 107.

⁴⁰⁹ (Brox, 2004), стр. 76.

⁴¹⁰ (Zankl, 2008), стр. 76.

слободе тестирања, али је свакако оправдан само у оним оквирима у којима је могуће утврдити аутентичност рукописа.⁴¹¹

Рукопис завештаоца. Рукопис има доказну функцију и треба бити такав да на основу њега може да се идентификује завешталац. Због тога је писање својеручног завештања штампаним словима у правној теорији спорно.⁴¹² Недопуштеност коришћења штампаних слова у сачињавању завештања неспорно би било неоправдано формалноправно ограничење слободе тестирања, с обзиром да рукопис као елемент форме остварује у овом случају своју правну сврху и заштитну улогу, јер карактеристике написаних штампаних слова указују на индивидуална обележја рукописа завештаоца.

Писање у форми писма је прихваћено у већини правних система. Упућивање на неко од раније сачињених завештања приликом сачињавања новог, допунског завештања, по правилу, је могуће и тада се допунско завештање сматра саставним делом првобитно сачињеног завештања.

Датум сачињавања завештања. Датум сачињавања завештања у појединим правним системима представља обавезан елемент форме (земље романске правне традиције), док је у другим правним системима његово уношење у завештање препоручљиво.⁴¹³ Тако је у француском праву назначаване датума обавезно, као и у праву Шпаније.⁴¹⁴ У италијанском праву које је у великој мери инкорпорисало правила француског права, датум је такође услов форме олографског завештања, те мора бити својеручно назначен и садржати дан, месец и годину, с тим што његово неиспуњење условањава рушљивост, а не ништавост завештања.⁴¹⁵ Наиме, као аргументи у прилог оваквог нормативног решења наводе се да је назначаванем датума тачно дефинисано време сачињавања завештатања, када мора постојати и завештајна способност тестатора, као услов пуноважног настанка завештања. Такође, датум је значајан за утврђивање редоследа у сачињавању више завештања.⁴¹⁶ На крају, назначаване датум је потврда да

⁴¹¹ (Вгох, 2004), стр. 76; (Leipold, 2002), стр.106.

⁴¹² Писање текста својеручног завештања штампаним словима је допуштено у (Zimmermann, 2011), стр. 200) и Аустрији (Wendehorst, 2011), стр. 237), док је забрањено у праву Пољске. Правно становиште о овом питању у Италији није искристалисано. Види: (Braun, 2011), стр. 127.

⁴¹³ У аустријском праву датум је превасходно био обавезан елемент форме, да би према важећим прописима његово уношење било препоручљиво, али не и обавезно (Види: § 578 ABGB-а).

⁴¹⁴ Чл. 970. Грађанског законика Француске; чл. 688 Грађанског законика Шпаније.

⁴¹⁵ (Braun, 2011), стр.129.

⁴¹⁶ (Wékás, 2011), стр. 259.

је поступак сачињавања завештања финализиран, с тим да је контра аргумент да и сам потпис има исту функцију.⁴¹⁷

Иако је у белгијском праву изостављање датума санкционисано ништавошћу, у судској пракси (француској и белгијској) је заузет став да ненавођење датума у тестаменту не повлачи нужно ништавост завештања, уколико се са сигурношћу датум може утврдити на други начин, при чему је неопходно да завештање буде сачињено од стране завештајно способног лица, као и да су испуњени и друге претпоставке за настанак пуноважног завештања.⁴¹⁸ Овакав став последица је еволутивног развоја, од навођење датума у тестаменту, као апсолутно формалне претпоставке за настанак завештања, до датума као додатне гаранције пуноважности завештања.^{419 420}

Место сачињавања завештања. Када је реч о месту сачињавања, његово назначаване у већини правних система диспозитивне је природе. Поједина права још увек придају важност овом елементу форме, па у мађарском праву овај податак мора произлазити из самог завештања, с тим да се, *de lege ferenda*, препоручује измена ових правила, јер обавезно назначаване места у завештању више одмаже него што доприноси реализацији завештаочеве последње воље.⁴²¹ Интересантно решење предвиђено је у праву Каталоније где је место сачињавања завештања прописано као обавезан елемент форме ологографског завештања, иако је у правним круговима предлагано укидање овог услова пуноважности.

2) Предности и недостаци ологографског завештања

Ологографско завештање представља најзаступљенију форму у пракси због бројних предности.⁴²² То су једноставна процедура сачињавања, па самим тим и његова доступност; економичност, као и тајност, јер завешталац може држати у тајни чињеницу да је сачинио завештање.⁴²³

⁴¹⁷ W Pintens, Ch Declerck, J Du Mongh – KVanwinckelen, *Familial Vermögenrecht* (2nd edn, 2010) стр. 925 (наведено према: (Pintens, 2011), стр. 60).

⁴¹⁸ Tribunal Dinant 3 March 2010, *Journal des Tribunaux* 2010, 409, *Revue du notariat belge* 2010, 316 (наведено (Pintens, 2011), стр. 60).

⁴¹⁹ Court of Appeal Antwerp 7 October 1986, *Rechtskundig Weekblad* 1986–87, 1618 (W. Pintens -N Torfs., наведено према (Pintens, 2011), стр. 60, фуснота 69).

⁴²⁰ У праву Мађарске, за све приватне завештајне форме датум и место сачињавања завештања су услов пуноважности. Тачан дан сачињавања завештања не мора бити експлицитно назначен, али мора произлазити из садржине завештање

⁴²¹ (Zimmermann, 2011), стр. 59.

⁴²² Види: за аустријско право (Wendehorst, 2011), стр. 225, фуснота 13.

⁴²³ (Wendehorst, 2011), стр. 239, 261;

Као недостатак ове завештајне форме наводи се ризик од противправног утицаја на вољу завештаоца и могућих злоупотреба. Због одсуства додатних механизма правне заштите (нпр. присуство сведока, учешће органа јавне власти) оставља се простор за сумњу у погледу његове аутентичности, постојања завештајне способности у тренутку сачињавања, као и проблема око тумачења.⁴²⁴ Такође, недостатак консултативне улоге правних стручњака, често доводи до неважности завештања због његових формалних недостатака.⁴²⁵

Када је реч и врсти писма и начина писања завештања, поред спора око тога да ли треба допустити сачињавање завештања само писаним словима, због доказивања његове аутентичности, савремена правна доктрина доводи у питање сврсисходност ове завештајне форме, имајући у виду савремени технолошки развој, степен заступљености електронских средстава комуникације и доманатност куцања на рачунару као технике писања.⁴²⁶ У појединим правним системима мешовите правне традиције, као што је Шкотска, само потпис мора бити својеручан за пуноважност ологографског завештања.⁴²⁷ Отуда се и предлаже у савременој правној доктрини да се ологографско завештање као такво прилагоди потребама савременог правног промета како би опстало, или да се као такво укине,⁴²⁸ и замени неком новом завештајном формом која би представљала његов еквивалент (нпр. електронско завештање).⁴²⁹

Када је реч о датуму као услову форме ологографског тестаментa, његово означавање има бројних предности, јер је време сачињавања завештања од вишеструког значаја за утврђивање постојања завештајне способности завештаоца у тренутку сачињавања завештања, као и утврђивања редоследа у сачињавању, уколико постоји већи број завештања.⁴³⁰ Са друге стране, у системима у којима датум представља конститутивни елемент својеручног завештања, његово изостављање повлачи рушљивост тако сачињеног завештања. То значи да слобода тестирања неће моћи да се

⁴²⁴ (Lapuente, 2011), стр. 84; (Pintens, 2011), стр. 61; У праву Шпаније је ологографско завештање резервисано за лица која су навршила 18 година живота, док се остале завештајне форме могу сачинити они који су навршили 14 година, па навише. На тај начин, кроз прописивање више старосне границе настојало се да се оствари већа заштитна функција форме.

⁴²⁵ (Braun, 2011), стр. 127; (Zimmermann, 2011), стр. 219, 220.

⁴²⁶ (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр. 443, 444;

⁴²⁷ Scotland (Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 s 2).

⁴²⁸ Liserre (n 154) 181–6; Pietro Perlingieri, „Il diritto ereditario all’affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive“, in Stefano Delle Monache (ed), *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia* (2007), стр. 317, 321 (наведено према : (Braun, 2011), стр. 141).

⁴²⁹ (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр.443, 444; Пример оваквог нормативног приступа је Невада (Nevada Revised Statutes 133.085 (2008)).

⁴³⁰ (Ferrari - Likar- Peer, 2007), стр. 151.

оствари и у оним ситуацијама када се датум сачињавања завештања може утврдити неким другим доказним средствима. Сматрамо да овај елеменат форме претерано ограничава слободу тестирања, и да се сврха која се жели постићи његовим прописивањем може оставрити и на други начин. Могуће је, као у немачком праву, предвидети једно интерпретативно правило којим се прописује да ће изостављање датума код ологографског завештања бити санкционисано само у случају да је датум сачињавања тестаментa релевантан у конкретном случају, а суд не може да утврди овај датум на други начин.⁴³¹ Свако друго решење чини нам се неоправданим са становишта слободе тестирања.

с) ПИСМЕНО ЗАВЕШТАЊЕ ПРЕД СВЕДОЦИМА

Писмено завештање пред сведоцима (алогографски тестамент) води порекло од *testamentum per per aes et libram* односно од *testamentum septem signih signorum solemne* из римског права.⁴³² Ова завештајна форма није нарочито заступљена у упоредном праву, осим у праву Аустрије, Мађарске, Чешке, Словачке, као и у земљама бивше СФРЈ (осим Македонија) где се сачињава по сличној процедури као у српском праву.⁴³³ Завештање може сачинити неко треће лице по казивању завештаоца, при чему је завешталац дужан да изјави пред сведоцима да завештање представља његову последњу вољу и да га потпише. Чин потврђивања завештања (*nuncupatio*) представља важан елеменат форме алогографског завештања у праву Аустрије, јер као потврда постојања *animus testandi* завештаоца, има значајну доказну функцију.⁴³⁴ Истовремено, *изостављање овог елемента форме* је често, како због непознавања процедуре сачињавања, тако и с обзиром на чињеницу да је потписивање завештања пред сведоцима од стране завештаоца које им он потом предаје на потписивање довољно да се констатује да је потврдио завештање и признао као своје. Отуда, у праву Мађарске потврђивање завештање не представља битан елеменат форме, док се аустријском праву предлаже укидање нункупације као обавезног елемента алогографског завештања.⁴³⁵

⁴³¹ Види: § 2247 (5) BGB-а; (Ђурђевић, 2009а), стр. 861.

⁴³² (Стојановић, 2011), стр. 213.

⁴³³ Види: Ј. Видић Трнинић, „Ологографски и алогографски тестамент у српском и упоредном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4 / 2016, стр 1262, 1263.

⁴³⁴ У праву Аустрије није јасно дефинисано да ли је потврђивање пуноважно уколико је завешталац само присуствовао чину потписивања од стране сведока, или је пак неопходно да искаже своју потврду, макар и климањем главе (Wendehorst, 2011), стр. 242.

⁴³⁵ (Wendehorst, 2011), стр. 245, 252.

Интересантно је напоменути да је алогографско завештање нормирано у праву Пољске, и то као јавна завештајна форма која се сачињава пред представником јавне власти (по правилу, градоначелником) и два сведока.⁴³⁶ Завешталац изјављује пред овим лицима своју последњу вољу која се бележи, и писмена редакција његове последње воље се чита пред свима, да би потом сва поменута лица ставила свој потпис на завештање, уз назначивање датума, као битног елемента форме.⁴³⁷

Присуство завештајних сведока (два у мађарском, односно три у аустријском праву), је предвиђено у циљу остваривања заштитне функције алогографског завештања.⁴³⁸ Завештајни сведоци морају бити пословно способна, писмена лица, која треба да потврде идентитет самог завештаоца.⁴³⁹ ⁴⁴⁰ Међутим, њихова заштитна функција доводи се у питање уколико се узме у обзир чињеница да је у овим правима предвиђена могућност да завешталац донесе већ потписано завештање, тако да завештајни сведоци нису дужни посведочити потписивање.⁴⁴¹ Овакво решење отвара простора за неограничене могућности фалсификовања завештаоачевог потписа или кривотворења целог завештања. Иако је одступање од начела *uniti actu* карактеристика савременог тестаментарног права, одступање од овог правила код алогографског завештања може се оценити као значајно слабљење форме, доводећи у питање сврсисходност улоге завештајних сведока и остваривање заштитне улоге форме.

У циљу спречавања злоупотреба, законодавци предвиђају ограничења у погледу круга лица која се не могу јавити у својству сведока (то су сродници тестатора до одређеног степена сродства, као ни друго лице које је бенефицијар по основу завештања).⁴⁴² Међутим, чињеница је да ће завешталац за завештајне сведоке најчешће изабрати управо ова лица као особе од поверења, и превидети прописану забрану, условиће и неважност завештања. Клаузула којом се означава да су се конкретна лица потписала у својству сведока обавезан је елемент форме и у аустријском и у

⁴³⁶ Чл. 951. Грађанског законика Пољске (<https://www.global-regulation.com/translation/poland/10092092/act-of-23-april-1964-civil-code.html>), јул, 2018.

⁴³⁷ F. Zoll, „Testamentary Formalities in Poland“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal – Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 278.

⁴³⁸ Само два сведока морају бити истовремено присутна када завешталац потврђује завештање, док се трећи може појавити накнадно (§ 579-581 ABGB).

⁴³⁹ (Wékás, 2011), p. 263.

⁴⁴⁰ У својству сведока се не могу наћи сродници тестатора до одређеног степена сродства, као ни друго лице које је бенефицијар по основу завештања (§ 595 ABGB).

⁴⁴¹ (Wendehorst, 2011), стр. 241; (Wékás, 2011), стр. 262.

⁴⁴² § 595 ABGB.

мађарском праву.⁴⁴³ Овакво формално ограничење пуноважности алогографског завештања у значајној мери ограничава слободу тестирања, и као такав често у пракси изоставља, што узрокује неважност завештања.

Флексибилнији приступ аустријског законодавца огледа се и у могућности потписивња завештања стављањем квалификованог електронског потписа завештаоца.⁴⁴⁴ Аустријски законодавац је предвидео могућност сачињавања алогографског завештања не само од стране неписмених лица, већ и оних која нису у стању да га прочитају (нпр. слепих).⁴⁴⁵ У том случају, завештање на глас чита неко од сведока, и мора бити различито лице од оног које је написало завештање.⁴⁴⁶ Иако овакво решење говори у прилог шире слободе завештања, због изузетно флексибилног правног уобличавања алогографског завештања, отворена је широка могућност злоупотребама ове завештајне форме, због чега је доведена у питање и њена правна сврха.⁴⁴⁷

С друге стране, алогографско завештање је у правној пракси Мађарске заступљено одмах после ологографског завештања, дакле, у већој мери у односу на нотарску завештајну форму.⁴⁴⁸ Сматра се да се може користити као супститут нотарског завештања, јер је процедура сачињава једноставнија, сам поступак сачињавања економичнији, а завештање остаје приватно, јер се садржина завештања не открива сведоцима.⁴⁴⁹ Имајући у виду развој савремених технологија и заступљеност рачунара у свакодневном животу, ово завештање завешталац најчешће сачињава куцањем на компјутеру, због чега је и његова заступљеност све већа. Такође, ова завештајна форма је једина код које у процесу сачињавања може учествовати и адвокат, што је један од разлога његове заступљености.

Из изложеног произлази да алогографско завештање представља завештајну форму која подразумева комплексну процедуру сачињавања, и истовремено, као и свака приватна форма завештања носи бројне ризике од злоупотреба. Прописивањем присуства завештајних сведока као елемента форме, настоји се остварити њена

⁴⁴³ (Wendehorst, 2011), стр. 243; (Wékás, 2011), стр. 263.

⁴⁴⁴ (Wendehorst, 2011), стр. 225.

⁴⁴⁵ Аустријски законодавац предвиђа да алогографско завештање могу сачинити и неписмена лица, при чему стављају три крста уместо потписа на само завештање, у присуству сведока, који поред назначавачу његово име и презиме, (Wendehorst, 2011), стр.243;

⁴⁴⁶ § 581. ABGB-a.

⁴⁴⁷ Познати случај у аустријском праву је „*Dorbirn scandal*“ где су радници суда фалсификовали бројна писмена завештања пред сведоцима, (Wendehorst, 2011), 244–245.

⁴⁴⁸ (Wékás, 2011), стр. 264.

⁴⁴⁹ (Wendehorst, 2011), стр. 225; (Wékás, 2011), 264.

заштитна функција, те је овај, конститутивни елеменат форме оправдан са аспекта формалног ограничавања слободе тестирања. Међутим, полазећи од чињенице да се завештајни сведоци сматрају најслабијим инструментом заштите у тестаментарном праву, и имајући у виду могућност презентовања већ потписаног завештања од стране завештаоца, као и изостављања акта нункупације, поставља се питање да ли се овде уопште може говорити о формализму завештајног располагања. У том смислу, претерано слабљење формалности код појединих завештајних форми може пре указивати на потребу за њиховим укидањем, те би свакако у постављању одговарајућег концепта писменог завештања пред сведоцима, правно прихватљивог а практично применљивог, требало поћи од сврсисходности појединих елемената форме за само завештање.

d) ЗАЈЕДНИЧКО ЗАВЕШТАЊЕ

Заједничко завештање као вид имовинскоправног располагања за случај смрти, представља специфичан правни посао *mortis causa* који има основна обележја класичног тестаментарног, али се у једном делу овај правни посао преклапа и са уговором о наслеђивању. Имајући у виду сложену правну природу заједничког завештања, правни системи који га нормирају не дају његову тачну дефиницију. Кључно обележје овог правног посла је „заједништво“ (повезаност) последњих воља тестатора која се огледа у располагању заоставштином на договорен начин.⁴⁵⁰ Отуда се у правној теорији усаглашене последње воље котестатора означавају као „заједничка последња воља“.⁴⁵¹ Иако су, по правилу, наредбе последње воље котестатора садржане у истом завештању као јединственом документу, формалноправно јединство изјављених последњих воља није услов пуноважности заједничког завештања, тако да ова лица могу сачинити и одвојена завештања.⁴⁵² Правно важна је њихова садржинска повезаност и изражавање јасне намере оба тестатора да заједнички, усаглашено, располажу својом заоставштином, а не постојање јединственог документа.

Заједничко завештање је нормирано у праву Немачке,⁴⁵³ Аустрије,⁴⁵⁴ Мађарске,⁴⁵⁵ док у швајцарском праву овај институт није изричито регулисан, али није

⁴⁵⁰ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 426.

⁴⁵¹ (Brox, 2004), стр. 110.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ §2265 BGB.

⁴⁵⁴ У праву Аустрије је допуштено једино узајамно заједничко завештање, сачињено од стране супружника који располажу брачном тековином (§1248 ABGB).

⁴⁵⁵ § 7:23 Грађанског законика Мађарске (2013):

ни забрањен.^{456 457} У овим правима оно се појављује у различитим варијантама, уз шире или уже дефинисан круг лица која могу заједнички тестирати, као и прописивање права на опозив завештања.

Према садржини разликују се: симултани заједнички тестамен (*testamentum mere simultaneum*), реципрочни (*testamentum reciprocum*) и кореспективни заједнички тестамент (*testamentum corespectivum*).⁴⁵⁸ Када је реч о форми, ово питање је у немачком праву прилично флексибилно регулисано, те се заједничко завештање може сачини у свим облицима који су предвиђени за класично завештање,⁴⁵⁹ а најчешће се користе привилегије форме својеручног завештања за чију пуноважност нису предвиђени строги формалноправни услови.⁴⁶⁰

Ограничење круга лица која могу сачинити заједничко завештање прописано је са циљем спречавања наследника да путем заједничког завештања преко трећих лица утичу на вољу завештаоца.⁴⁶¹ По правилу, заједничко завештање је резервисано за брачне партнере,⁴⁶² па се он често назива тестаментом брачних партнера (*Ehegattentestament*).⁴⁶³

Уколико се посматра као инструмент располагања имовином за случај смрти, правни циљ који се жели постићи сачињавањем заједничког завештања је исти као и код осталих завештајних облика, а то је располагање имовином за случај смрти. Претпоставке настанка класичног завештања морају бити испуњене и код заједничког завештања, а то су завештајна способност, слободна воља завештаоца манифестована у законом прописаној форми и изјављена са намером сачињавања завештања (*animus testandi*). Завештаочева последња воља мора бити лично исказана, а лични карактер завештајног располагања испољава се и кроз опозив завештања.

⁴⁵⁶ (Pintens, 2011a), стр. 21

⁴⁵⁷ Заједничко завештање признаје и покрајина Арагон у Шпанији, rt 411 Legislative Decree 1 of 2011 (Lariente, 2011a), стр. 84).

⁴⁵⁸ (Brox, 2004), стр. 115.

⁴⁵⁹ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр.165; (Lange – Kuchinke, 2001), 427-431.

⁴⁶⁰ Заједничко пуноважно завештање се сачињава у складу са § 2247 BGB-а који регулише формалноправне претпоставке за настанак својеручног завештања, с тим што ће завештање бити пуноважно уколико га сачини један од супружника у складу са овим захтевима форме, а да га потом други супружник потпише својеручно, уз назначивање датума и места постписивања завештања (§ 2267 BGB-а).

⁴⁶¹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр.177. Овакво решење било је предвиђено у Грађанском закону Краљевине Србије из 1844, где је постојала могућност сачињавања заједничког завештања између супружника, који су се узјамно именовали за наследнике, или пак именовали неко треће лице за наследника. Последње воље супружника морале су бити формално садржане у једном акту (тестаменту), који је задржао карактер опозивности (види: (Перић, 1923), стр. 61.

⁴⁶² § 2265 BGB.

⁴⁶³ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), 163,164.

За разлику од класичног завештања које је опозив правни посао и самим тим не везује завештаоца, заједничко завештање је начелно опозиво, с тим да ја право опозива у појединим случајевима ограничено, јер зависи од карактера располагања.⁴⁶⁴ Као и класично завештање, и заједничко се може опозвати до тренута делације првопреминулог тестатора. Од момента делације једног од котестатора (по правилу супружника) завештање постаје неопозиво, чиме се ограничава аутономија воље надживелог тестатора у погледу имовинскоправног располагања, и истовремено осигурава остварење последње воље преминулог супружника, чија располагања за случај смрти остају непромењена.⁴⁶⁵

Због своје комплексне правне природе и одступања од неких основних принципа тестаментарног права, као што је једностраност и опозивост завештања, овај вид завештајног располагања је забрањен у већини савремених правних система.⁴⁶⁶ У правним системима у којима је заједничко завештање допуштено,⁴⁶⁷ као аргумент у прилог његовог нормирања наводи се потреба супружника да заједнички управљају стеченом имовином за случај смрти, а не само *inter vivos*, за време трајања брака, осигуравајући за случај своје смрти имовинскоправну позицију надживелог брачног партнера, као и своје деце (*Berliner Testament*).⁴⁶⁸

У новије време у немачкој правној доктрини све заступљенија је критика везујућег дејства приватног заједничког завештања. Као највећи недостатак наводи се то што су у већини случајева последице тестирања неуједначене и оставилац није свестан дејстава које завештање може произвести. Приликом његовог сачињавања изостаје упозоравућа улога нотара на дејства која овај правни посао може произвести, као што је случај код уговора о наслеђивању, те се отвара пут злоупотребама. Због тога се у теорији истиче потреба прописивањем строжих формалних услова заједничког тестирања, те би оно требало бити пуноважно једино уколико је сачињено у форми

⁴⁶⁴ Наиме, када је реч о једностраним и узајамним одредбама, оне су и заједнички и једнострано опозиве. И кореспективне (заједничке одредбе) су заједнички опозиве, али једнострано једино у законом прописаним случајевима, поштујући прописане формалности – у форми нотарске исправе која мора бити достављена котестатору (види: (Brox, 2004), стр. 120).

⁴⁶⁵ (Brox, 2004), стр. 121.

⁴⁶⁶ Заједничко завештање је забрањено у праву Белије (чл. 4:93 Грађанског законика Белије - <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11668>) и Италије (чл. 761 Грађанског законика Италије); чл. 968 Грађанског законика Француске.

⁴⁶⁷ У немачком праву влада најфлексибилнији приступ номирања заједничког завештања; у праву Аустрије је нешто рестриктивније регулисана ова завештајна форма, а у праву швајцарске заједничко завештање није изричито нормирано, али није ни забрањено, Види: (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 161.

⁴⁶⁸ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 419; (Brox, 2004), стр. 115, 116;

јавне нотарске исправе.⁴⁶⁹ Међутим, уколико би била допуштена само јавна форма заједничког тестаментa, споран би био његов практични значај за један наследнопрани систем. Наиме, уговор о наслеђивању се закључује једино у форми јавне нотарски обрађене исправе, и њиме је могуће постићи исти циљ као и заједничким завештањем, а то је узајамно постављање наследника (тзв. реципрочни уговор о наслеђивању).

У српској грађанскоправној теорији постављено је питање да ли су формалноправне олакшице које су својствене немачком тестаментарном праву довољан разлог да се оправда нормирање ове завештајне форме. Има се у виду да је и у правним системима који допуштају уговор о наслеђивању опстанак заједничког тестаментa под знаком питања. Може се сматрати да у домаћем праву заједнички тестамент није прихваћен, јер одступа од основних обележја тестаментa као једностраног и опозивог правног посла.⁴⁷⁰ До оваквог закључка се долази аналогним тумачењем одредаба које регулишу правна својства завештања као правног посла за случај смрти, иако Закон о наслеђивању РС не прописује изричиту забрану заједничког тестирања. Из тих разлога, зарад нормативне прецизности, у Преднацрт грађанског законика РС требало је унети одредбу којом се ова забрана експлицитно прописује.

2. ВАНРЕДНЕ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ

Ванредна завештајна форма води порекло од *testamentum tempore pestis conditum* и *testamentum ruri conditum*, као форми завештања које су сачињаване за време куге и од стране сељака у руралним срединама, те су стога захтеви форме били ублажени.⁴⁷¹ Иако често предмет правне полемике, ванредне завештајне форме су постале саставни део *ius commune* у 19. веку, и одржале су се и данас у већини правних система. Међутим, пракса показује да ови видови завештајног располагања све више губе на значају због неусклађености са потребама савременог друштва и правног промета, па се отуда у појединим правима предлаже њихово модификовање, па чак и укидање.

Ванредна (привилегована) завештајна форма је она која се сачињава у посебним, ванредним околностима (за време рата, на броду, у авиону⁴⁷²) и везује се за одређену

⁴⁶⁹ Ипак, у грађанскоправној доктрини која се односи на наведено, сматра се да приватну форму заједничког завештања не би требало у потпуности укинути, већ је допустити онда када заједничко завештање не производи обавезујуће дејство. Као аргумент у прилог оваквог става истичу се формалноправне олакшице које подразумева § 2267 BGB-а код својеручног завештања.

⁴⁷⁰ Види: пресуду Врховног суда Србије број Рев 5340/2002 од 6. 02. 2003. год и решење Окружног суда у Београду, Гж. 2005/97; http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/-3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁴⁷¹ (Zimmermann, 2011), стр. 212.

⁴⁷² Чл. 616 Грађанског законика Италије; чл. 953 Грађанског законика Пољске.

категорију лица (нпр. војно завештање могу сачинити лица на војној дужности за време рата, као и за време мобилизације и заробљеништва).^{473 474}

Већина правних система познаје следеће ванредне форме завештања: завештање сачињено за време пловидбе, у авиону, на војној дужност, као и у случају природних катастрофа, несрећа и епидемија.⁴⁷⁵ Код ове категорије завештања неопходно је да се у датим околностима не може сачинити ниједна редовна форма завештања,⁴⁷⁶ и не захтева се, по правилу, као услов пуноважности извесност наступања смрти завештаоца. Формалноправни услови за пуноважност ванредних завештајних форми су либерализовани у смислу да се уместо нотара или судије одређује неко друго лице које сачињава писмену редакцију усмено изјављене последње воље завештаоца (командир чете, заповедник брода и сл.). Обавезни елеменат форме је потпис како завештаоца, тако и овлашћеног лица и завештајних сведока пред којима завешталац изјављује усмено своју последњу вољу.⁴⁷⁷

Немачко право садржи специфично решење у погледу класификације ванредних завештајних форми, те се разликују следеће ванредне форме завештања: завештање у нужди које се сачињава пред представником општине (градоначелником)⁴⁷⁸ и два сведока; или само пред три истовремено присутна сведока; ванредно завештање које се

⁴⁷³ (Zoll, 2011), стр. 280.

⁴⁷⁴ У време Јустинијана допуштено је сачињавање војног завештања само за време војне акције. У сваком случају, у појединим правним системима овај облик завештања је опстао у различитим модалитетима (нпр. чл. 981 Грађанског законика Француске).

⁴⁷⁵ Види: чл. 4:103 Грађанског законика Холандије; (<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>), јул 2018; Холандско право нормира три ванредне завештајне форме: војно завештање; завештање сачињено у авиону или услед пловидбе (тзв. Титаник завештање), као и завештање сачињено за време катастрофа (Kolkman, 2011), стр. 159); У француском праву су као привилеговане завештајне форме нормиране следеће завештајне форме: војно завештање, поморско завештање, завештање сачињено на изолованом месту услед епидемија, као и на острву (чл. 981-988. Грађанског законика Француске); исто решење преузето је у праву Белгије (чл. 981-1001. Грађанског законика Белгије). Значајан утицај француско право је извршило и на завештајно наслеђивање у италијанском праву, које разликује следеће специјалне завештајне форме: завештање сачињено у случају заразних болести, општих катастрофа (нпр. земљотрес) и несрећа; завештање сачињено на броду или у авиону; ратно завештање (Braun, 2011), стр. 135, 136; Слично решење као у италијанском праву садржано је у грађанском праву Пољске, који поред бродског завештања и оног сачињеног авиону, као и војног завештања, познаје и усмено завештање које се сачињава у хитним случајевима (Види: (Zoll, 2011), стр. 279, 280).

⁴⁷⁶ (Braun, 2011), стр. 136.

⁴⁷⁷ (Kolkman, 2011), стр. 159.

⁴⁷⁸ Ова завештајна форма је у правној теорији спорна и предлаже се њено укидање, јер су услови пуноважности нејасно дефинисани, а није реално да је лакше обезбедити присуство градоначелника приликом сачињавања завештања, него нотара (Zimmermann, 2011), стр. 217.

сачињава за време морске пловидбе, за које се не захтева постојање хитне ситуације, као у претходна два случаја.⁴⁷⁹

Завештање у нужди пред три сведока може се сачинити уколико није могуће сачинити завештање пред нотаром или представником локалне власти, када је извесно да ће смрт наступити. У том случају неопходно је да изјављена воља буде записана, и да тестатор и сведоци познају језик на којем запис сачињен, уколико није у питању немачки језик.⁴⁸⁰ Када је реч о завештању сачињеном услед морске пловидбе, у немачкој правној теорији поставља се питање оправданости постојања ове завештајне форме, с обзиром да се у датим околностима може сачинити нека од редовних завештајних форми (нпр. ологографско завештање), а у случају изузетности конкретних прилика, усмено завештање пред сведоцима.⁴⁸¹

У складу са актуелним флексибилизирањем формалности завештајног наслеђивања, у немачком праву се предлаже укидање ванредних завештајних форми и задржавање завештања пред три сведока, као једине изузетне завештајне форме, уз прецизније формулисање услова његове пуноважности (пре свега, да се у датим околностима не може сачинити редовна завештајна форма и прилагођавања формалности ванредним условима, уважавајући чињеницу да завештајни сведоци нису по правилу правнички едуковани). Такође се предлаже смањење броја потребних сведока са три на два (што је у складу са либералнијом нормативом карактеристичном за право Швајцарске, које предвиђа усмену завештајну форму као јединствену за све ванредне ситуације).⁴⁸²

У аустријском праву привилеговане форме завештања (бродско, војно и др.) замењене су *завештањем у нужди*, као изузетном формом завештања (*Notttestament*), уз истовремено укидање усменог завештања.⁴⁸³ Циљ је био да се захтеви форме завештања прилагоде конкретним приликама у којима се може наћи завешталац, како

⁴⁷⁹ § 2249–51 BGB; када је реч о завештању сачињеном на морској пловидби, поставља се питање сврсисходности ове завештајне форме, с обзиром да се не захтева хитност ситуације, и да се у таквим околностима може сачинити нека од редовних завештајних форми (олографско или нотарско завештање), или пак ванредно завештање пред три сведока (Zimmermann, 2011); стр.218. Види: (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 398.

⁴⁸⁰ § 2250 BGB-a.

⁴⁸¹ (Zimmermann, 2011), стр. 218.

⁴⁸² У швајцарском праву предвиђено је да се усмена завештајна форма може сачинити у ванредним околностима као што је непосредни ризик од смрти, прекид комуникације, епидемија или ратно стање. (čl. 506 st. 2 ZGB).

⁴⁸³ Завештање у нужди лице може сачинити уколико постоји оправдана опасност да ће умрети или изгубити способност тестирања (§ 584 ABGB); Последњу вољу завешталац изјављује пред два истовремено присутна пословно способна сведока (Hausman - Hohloch, 2010.), стр. 969.

би се се што ширем кругу лица омогућило да у свакој околности у којој се нају могу завештајно располагати до последњег момента живота.⁴⁸⁴ И у осталим правним системима који познају ову завештајну форму, *усмено завештање* представља вид завештање у нужди.⁴⁸⁵ Оно се сачињава у ситуацијама када је смрт завештаоца извесна, као и у изузетним околностима (нпр. елементарна непогода, саобраћајна несрећа и сл.), када се не могу сачинити редовне завештајне форме, или је њихово сачињавање отежано.⁴⁸⁶ За пуноважност усменог завештања захтева се присуство два или три истовремено присутна сведока (зависи од правног система) која су потпуно пословно способна и свесна у какавој улози се налазе.⁴⁸⁷ По правилу, не морају бити писмена, али морају разумети језик на којем завешталац саопштава своју последњу вољу и бити у стању да потврде идентитет завештаоца.⁴⁸⁸ Такође, не смеју да спадају у категорију лица за која је законом прописано да не могу бити завештајни сведоци у конкретном случају.⁴⁸⁹

У свим правним системима да би усмено завештање произвело правно дејство, његова садржина мора бити формално константована. У већини правних система,

⁴⁸⁴ Привилеговане завештајне форме су се у аустријском праву везивале за посебне, ванредне околности као што је ратно стање, куга и друге околности у којима није било извесно да ће завештајни сведоци преживети. Како је присуство завештајних сведока условањавало њихову пуноважност, без обзира што је чињеница смрти била извесна приликом сачињавања, неопходно је било да формалноправне претпоставке пуноважности ових завештајних форми прилагоде реалним потребама. Тако се уводи изузетна завештајна форма за чију пуноважност се захтева извесност смрти завештаоца и немогућност сачињавања редовне форме завештања. Ову изузетну завештајну форму је могуће сачинити било у форми усменог, било у форми алогографског завештања, пред два сведока (уместо три, како је предвиђено код редовног алогографског завештања (Wendehorst, 2011), стр. 246.

⁴⁸⁵ Интересантно је напоменути да је у праву Аустрије усмена завештајна форма била нормирана као редовна, да би потом реформом аустријског грађанског права била укинута 2004, те нормирана као изузетна завештајна форма у хитним случајевима (Wendehorst, 2011), стр. 226, 236, 237. Слично решење предвиђено је у праву Мађарске где се усмено завештање такође везује за хитне случајеве – саобраћајна несрећа, земљотрес, изненадно теже обољење (§ 634 Мађарског грађанског законика). У овом правном систему усмена завештајна форма је заменила тзв. привилеговане завештајне форме које су се односиле на посебне категорије лица и посебне околности (Види: (Wékás, 2011) стр. 266); У италијанској правној теорији и пракси могу се сусрести мишљења да се усмена завештајна форма може дозволити по основу тумачења чл. 509 Италијанског грађанског законика (Види: (Braun, 2011), стр. 125, 126).

⁴⁸⁶ (Zoll, 2011), стр. 279.; Решење мађарског права у погледу усмене завештајне форме у великој мери се подудара са решењем српског права. Тако се за оцену постојања извесности у наступању смрти завештаоца узима у обзир његов субјективни осећај, који се мора темељити на објективним чињеницама; завештање важи три месеца од престанка ванредних околности; једина разлика у односу на српско право је што се за пуноважност ове завештајне форме захтева присуство два сведока – § 634. Грађанског законика Мађарске (Wékás, 2011), стр. 266, 267.

⁴⁸⁷ У праву Аустрије се захтева присуство два сведока код завештања у нужди, било у усменој форми, било у форми алогографског завештања (Wendehorst, 2011), стр. 247), као и у праву мађарске када је реч о усменом завештању које је нормирано као изузетна завештајна форма (Wékás, 2011), стр. 266).

⁴⁸⁸ (Wékás, 2011), стр. 267.

⁴⁸⁹ Аустријско право познаје категорију релативно неспособних завештајних сведока. То су они сведоци који су у одређеном степену сродства са бенефицијаром, као и сам бенефицијар. Завештајна располагања у корист ових лица биће неважећа, али остају на снази остала располагања у корист других лица (Wendehorst, 2011), стр. 249.

сведоци усменог завештања сачињавају писмену редакцију последње завештаочеве воље и то писмено предају суду, или пак дају изјаву о садржини завештања усмено пред судијом.⁴⁹⁰ Рок важења ове завештајне форме различит је од државе до државе.⁴⁹¹

Форма усменог завештања је предвиђена у прилог шире тестаментарне слободе, како би се омогућило сваком лицу које се нађе у околностима извесне смрти, да може манифестовати своју последњу вољу. Усмена завештајна форма има различит домашај примене у упоредним законодавствима, у зависности од строгости елемената форме. Потврђивање идентитета завештаоца од стране завештајних сведока као елемента форме може се оценити као неоправдано формално ограничавање пуноважности усменог завештања, с обзиром се завешталац може наћи у таквим ванредним околностима у којима је тешко обезбедити сведоке који могу потврдити његов идентитет по основу познанства. Истовремено, прописивање пунолетства завештајних сведока као доње старосне границе за њихову подобност сведочења, сматрамо као строго постављено формално ограничење, узимајући у обзир изузетност околности у којима се завешталац приликом сачињавања може наћи. У том смислу, у циљу омогућавања ширег опсега примене усменог завештања које би било оправдано са становишта његове друштвене сврсисходности, доња старосна граница подобних завештајних сведока морала би бити ниже постављена, и могла би се поклапати са старосном границом стицања завештајне способности.⁴⁹²

Временско ограничавање важења ове изузетне завештајне форме има посебан значај као ограничавајући фактор њеног правног домашаја, који функционално доприноси и остваривању правне сврсисходности ове завештајне форме. Претерано дуг рок важења који поједина права предвиђају за усмену завештајну форму, по нашем мишљењу, не би био у складу са изузетним карактером ове форме, те би требало предвидети оптималан рок његовог важења. У том смислу, одговарајућим сматрамо

⁴⁹⁰ Интересантно је напоменути пољско решење по коме писмену редакцију усмено изјављене последње воље у року од годину дана од њеног изјављивања потписују тестватор и два сведока, а уколико то није могуће, потписују се три завештајна сведока. Овакво решење је критиковано, јер је прва опција која подразумева и потписивање завештаоца могућа само пре његове смрти, под условом да је у могућности да се потпише; друга опција је такође тешко остварљива, с обзиром да је потребно усаглашавање изјава сва три сведока у погледу садржине завештања, а ризик од злоупотреба је знатно израженији. Као најсигурнија опција истиче се презентовања садржине усменог завештања од стране завештајних сведока судији – чл. 952 (2) - (3) Пољског грађанског законика (Zoll, 2011), стр. 279, 280.

⁴⁹¹ У праву Аустрије завештање у нужди престаје да важи три месеца од момента престанка опасности (§ 84 (2) ABGB)), док у праву Швајцарске оно престаје да важи 14 дана од престанка ванредне ситуације (čl. 508. ZGB-a).

⁴⁹² (Wendehorst, 2011), стр. 248.

решење домаћег законодавца према којем усмено завештање престаје да важи у року од тридесет дана од престанка изузетних прилика.⁴⁹³

Неспорно је да усмена форма завештања ствара бројне проблеме у пракси, како у погледу испуњености формалних услова за његов пуноважни настанак, тако и у погледу утврђивања аутентичности садржине завештања, у ситуацијама када су изјаве сведока контрадикторне. Ова форма пружа завештаоцу слабу гаранцију да ће његова последња воља бити испоштована. Управо, због већег ризика да се ова завештајна форма злоупотреби, формалноправне услове њене пуноважности судови стриктно тумаче.⁴⁹⁴ Имајућу у виду да се извесност наступања чињенице завештаоачеве смрти као услова форма цени субјективно, из перспективе самог завештаоца, неопходно је постојање и објективне чињенице које овакву завештаоачеву процену чине прихватљивом.⁴⁹⁵ У том смислу, фактор изненадности који правда коришћење усменог завештања мора бити неспоран.

3. ЈАВНЕ ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ

Јавне завештајне форме се најпре јављају у пост-класичном римском праву, да би у различитим модалитетима биле нормиране у средњовековном периоду, као и периоду ране модерне Европе.⁴⁹⁶ Јавна завештања су првобитно сачињавана пред судом или локалним управником (градоначелником) – *testamentum apud acta conditum*, а касније и пред императором (*testamentum principii oblatum*). Обе завештајне форме биле су признате у *ius commune*, да би у средњем веку почела да се развија још једна јавна завештајна форма, а то је нотарско завештање. Оно је обликовано према правилима канонског права, а захтевало се присуство два сведока и нотара. Нотарско завештање уведено је у претежни део Европе путем обичаја или закона.⁴⁹⁷

Интересантно је напоменути да је нотарско завештање једино преживело у цивилном праву, док га земље *common law*-а, као и државе мешовите правне традиције (Шкотска, Јужна Африка), не признају.⁴⁹⁸ Ова завештајна форма је нарочито заступљена у праву Холандије, што је последица све значајније улоге нотара у правном

⁴⁹³ Чл. 110. ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

⁴⁹⁴ (Wékás, 2011), стр. 267.

⁴⁹⁵ Може се десити да је код завештаоца постојао страх од наступања смрти, али да до смрти није дошло у дужем периоду, након сачињавања усменог завештања; (Wendehorst, 2011), стр. 248;

⁴⁹⁶ (Zimmermann, 2011), стр. 205.

⁴⁹⁷ (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр. 448.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

промету последњих деценија.⁴⁹⁹ Што се тиче судског завештања оно је познато једино у Аустрији,⁵⁰⁰ и Мађарској.⁵⁰¹

а) НОТАРСКО ЗАВЕШТАЊЕ

Као и завештање пред сведоцима, и нотарско завештање се јавља у два модалитета: усмена изјава последње воље завештаоца пред нотаром (форма нотарског записа) и предаја (отвореног или затвореног) писмена нотару са изјавом да оно садржи последњу завештаочеву вољу.⁵⁰²

Код нотарског завештања нотар руководи целом процедуром сачињавања. Као и код других јавних завештајних форми, први и најважнији корак у процедури сачињавања јесте утврђивање идентитета завештаоца као важног елемента форме који је у функцији утврђивања аутентичности завештања и спречавања његовог фалсификовања.⁵⁰³ Нотар, такође, проверава завештаочеву завештајну способност,⁵⁰⁴ саветује га у складу са правилима наследног и пореског права, утиче на прецизнију формулацију последње воље, коју скраћено записује, осигурава прописно потписивање завештања и испуњење свих осталих формалности.

Усмено нотарско завештање сачињава се у форми нотарског записа, те се примењују формална правила пуноважности која генерално важе за све нотарске записе (*Beurkundungsgesetz*). Пред нотаром и два сведока, завешталац даје усмену изјаву своје последње воље, коју нотар записује и чита наглас, да би потом завешталац потврдио да прочитано представља његову последњу вољу.⁵⁰⁵ У последњој фази сачињавања, нотарско завештање потписује завешталац, нотар и завештајни сведоци.⁵⁰⁶ Нотар ставља напомену о самом извршењу (која садржи датум и место сачињавања, као и податке о сведоцима, тј. њихова имена), а завештање остаје код нотара, док се у неким земљама региструје у Централни регистар тестамената.⁵⁰⁷

⁴⁹⁹ (Kolkman, 2011), стр. 149.

⁵⁰⁰ § 77 ABGB;

⁵⁰¹ § 7:14 Грађанског законика Мађарске (2013).

⁵⁰² (Hagena, 2010), стр. 1474, (§ 2232); (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр. 449.

⁵⁰³ Идентитет завештаоца се по правилу утврђује на основу завештаочеве јавне исправе са фотографијом, а може се утврдити на основу личног познавања завештаоца од стране нотара, као и потврдом идентитета завештаоца од стране два завештајна сведока која завештаоца познају (Larquente, 2011a), стр. 87.

⁵⁰⁴ Чл. 685 и 696 Грађанског законика Шпаније.

⁵⁰⁵ О минималним захтевима који морају бити испуњени у погледу усмене изјаве воље пред нотаром Види: (Hagena, 2010), стр.1474;

⁵⁰⁶ У холандском праву, од 2003. године, присуство сведока приликом сачињавања нотарског завештања није нужно, али га нотар може захтевати, ако сматра потребним (Kolkman, 2011), стр. 147, 151

⁵⁰⁷ (Wendehorst, 2011), стр. 227, 228.

Правила у погледу усменог саопштавања воље прилично су флексибилно постављена. Звашталац не мора да саопшти комплетну последњу вољу онако како је формулисана у записнику, већ је довољно да у кореспонденцији са нотаром да одговор на постављена питања. Сматра се довољним и да изјаву коју је претходно формулисало треће лице, а коју он није могао да артикулише, усменом сагласношћу припише као властиту.⁵⁰⁸ Овакво решење сматрамо оправданим са становишта ширег домаћаја слободe тестирања чију формалноправну реализацију треба омогућити сваком лицу које поседује правно релеватну вољу. У супротном, може се десити да нека лица због свог физичког недостатака буду дискриминисана по питању могућности реализације слободe завештања, што сматрамо неоправданим са становишта признања основних људских права.

Поред форме нотарског завештања које настаје изјавом последње воље завештаоца пред нотаром,⁵⁰⁹ поједина права предвиђају и друге модалитете ове завештајне форме: завештање које завешталац у писменој форми предаје нотару, изјављујући да је у њему садржана његова последња воља, при чему завештање може бити запечаћено или незапечаћено, а такође не мора бити лично сачињено од стране завештаоца; посебна врста нотарског завештања је оно сачињено од стране малолетних лица (старијих од 16. година) или особа које не умеју да читају, када се сачињава усменом изјавом датом нотару или предајом написаног завештања које мора бити отворено тј. незапечаћено.⁵¹⁰

Стављајући завештаоцу на располагање широки избор модалитета нотарског завештања, неспорно се овом завештајном формом доприноси реализација слободe тестирања у најширем обиму, јер се омогућава завештаоцу да у складу са својим личним потребама и могућностима изабере најадекватнији начин манифестовања последње воље, уз истовремено гарантовање високог степена правне заштите. У прилог слободe тестирања говори чињеница да је у појединим законодавствима допуштено да завешталац може користити различита техничка средства приликом изјављивања воље пред нотаром (аудио и видео записе), где ће улога нотара бити значајна у интерпретирању намере завештаоца манифестоване на овај начин у погледу

⁵⁰⁸ *Ibidem.*

⁵⁰⁹ § 2232 BGB-a.

⁵¹⁰ § 2233 BGB-a; у аустријском праву се разликује чак шест модалитета нотарског завештања; види: (Wendehorst, 2011), стр. 226, 227.

располагања имовином, при чему завешталац мора потврдити да је оно што је интерпретирано и била његова стварна намера.⁵¹¹

Док се у једном домену формална правила флексибилније постављају, у другом домену се поштравају прописивањем завештајних сведока као обавезног елемента форме. У праву Аустрије се чак предвиђа као алтернативно решење присуство два јавна бележника.⁵¹² Слично решење је предвиђено у праву Француске.⁵¹³ Завештајни сведоци морају бити пунолетни, способни да се потпишу и не смеју бити у одређеном степену сродства са завештаоцем.⁵¹⁴ Имајући у виду да је примарна улога нотари да обезбеди слободу и аутентичност завештаоачеве воље и испуњеност формалних услова ради њене реализације, уз превентивно деловање кроз консултантску улогу у односу на завештаоца, поставља се питање колико је неопходно уводити додатне механизме заштите у виду завештајних сведока, у контексту ограничавајућег дејства на слободу тестирања. Њихово присуство оправдано је само у случајевима када посебна лична својства завештаоца (нпр. глувоћа, немост, слепило и слично) намећу потребу за допунском правном заштитом у циљу осигурања правне релеветности и аутентичности последње воље. У осталим случајевима прописивање овог елемента форме сматрамо непотребним, додатним поштравањем формалности и ограничавањем слободе тестирања.

Поједини правни системи имају либералнији формални приступ облику нотарског завештања, те је захтев за обавезним присуством сведока напуштен (Француска, Холандија).⁵¹⁵ Интересантно је напоменути да је ублажавање формалности у Шпанији извршено од стране судова код нотарског завештања, док је у покрајанама ублажавање формалности вршено законодавним путем, у складу са трендом либерализације. Тако је реформом спроведеном 1991. године, укинута обавезно присуство сведока, осим уколико је завешталац глув или не уме да чита, као и кад нотар процени да је њихово присуство пожељно.⁵¹⁶ Значај сведока је код нотарског завештања умањен, имајући у виду да су нотари преузели њихову функцију, а све под

⁵¹¹ (Hagena, 2010), стр.1474;

⁵¹² Завешталац може сачинити нотарско завештање тако што ће дати усмену изјаву пред два нотари или пред једним нотаром и два сведока (форма нотарског записа), или пак може сачинити завештање у писменој форми и предати нотару ради солемизације. Чл. 70-75. *Notariatsordnung*;

⁵¹³ Чл. 871 Грађанског законика Француске.

⁵¹⁴ Чл. 957 Грађанског законика Француске. Познавање француског језика од стране завештајних сведока је такође предвиђено у француском праву (чл. 980 Грађанског законика Француске)

⁵¹⁵ У праву Холандије присуство завештајних сведока било је обавезно у процедури сачињавања нотарског завештања, да би реформама наследног права спроведеним 2003. године, њихово присуство постало факултативно; *Cf.* Art 39(2) *Notaries Act 1999* (наведено према: (Kolkman, 2011), стр. 151.

⁵¹⁶ Чл. 697. Грађанског законика Шпаније.

оправдањем задржавања већег степена дискреције завештања као личног акта.⁵¹⁷ Отуда, ограничавање слободе тестирања поштравањем захтева форме кроз обавезно присуство завештајних сведока оправдано је изузетно, уколико разлози правне сигурности то изускују. У том контексту, поштрени формализам оправдан је и код завештајног располагања од стране малолетних лица, путем посебне врсте нотарског завештања за чију пуноважност су прописани допунски услови у циљу остваривања већег степена правне заштите.⁵¹⁸

Уважавајући све специфичности појединих категорија лица, као што су лица са инвалидитетом, у немачкој је било покренуто и питање оправданости ускраћивања права тестаментарног располагања овим лицима, као уставом гарантованог права. У циљу остваривања ове уставне гаранције, уважавајући прокламовано начело равноправности и недискриминације особа са инвалидитетом,⁵¹⁹ Савезни уставни суд Немачке заузео је став да се овој посебно осетljivoј категорији лица не сме ускратити уставом гарантовано право у погледу завештајног располагања имовином. У том смислу неопходно је омогућити изјављивање последње воље пред нотаром било којим средствима невербалне комуникације (звучи, гестови, знаци, чак и покрети очног капка).⁵²⁰ Оваквим правним приступом омогућено је остваривање слободе тестирања у најширем обиму у погледу круга лица која могу тестаментарно располагати.

Нормирање *затвореног нотарског завештања*, говори у прилог шире слободе тестирања, јер се омогућава сачињавање нотарског завештања у писменом облику, у форми приватног документа, који се презентује нотару ради потврђивања аутентичности. Уколико завештање није својеручно написано од стране самог завештаоца, већ поверено неком другом, оно мора бити потписано од стране завештаоца (свака страница, нарочито потпис мора бити стављен на крају текста) и

⁵¹⁷ (Lapiente, 2011a), стр. 87.

⁵¹⁸ Интересантно је напоменути да малолетна лица изнад 14 година старости могу сачинити јавно завештање, усменом изјавом пред судом или нотаром § 568, 569 ABGB-a; У праву Мађарске које познаје и нотарско и судско завештање као јавне форме завештања које последњих деценија све популарније (око 20% завештања су јавна). Томе доприноси и чињеница да малолетна лица могу да сачине завештање, и то једино јавну завештајну форму. Ова могућност је превиђена и за лица која су неспособна да читају или да се потпишу, (Wékás, 2011), стр. 265.

⁵¹⁹ Art. 5 (1), (2), of The Convention on the Rights of Persons with Disabilities – its Optional Protocol (A/RES/61/106) ; <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>, januar, 2018.

⁵²⁰ Опште искључивање лица које нису у могућности да пишу или да говоре о могућности да тестирају у складу са чл. 2232, 2233 BGB-a, представља кршење уставом гарантованог права наслеђивања, принципа једнакости и забране дискриминације за особе са инвалидитетом. „Der generelle Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den § 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.“, BVerfG, 19.01.1999 - 1 BvR 2161/94.

стране морају бити нумерисане.⁵²¹ Такође, завештање се по правилу запечаћује пре предаје нотару или уз присуство нотара. Након изјаве тестатора да документ садржи последњу вољу, нотар бележи његову изјаву, као и друге предузете радње, као што је нпр. поступак печења. По правилу се захтева присуство два сведока, мада постоје системи који то не захтевају.⁵²² Завештање потписују тестатор, нотар и сведоци, а један примерак (по правилу оригинал) се оставља на чување нотару, док се други предаје завештаоцу.

Затворено нотарско завештање као „приватно-јавни хибрид“ комбинује недостатке обе завештајне форме, и приватне и јавне, због чега није подржан у пракси.⁵²³ Онај ко жели приватност приликом сачињавања, неће се обратити нотару, а онај ко жели пуну нотарску услуге отвореног завештања, неће се одредити за затворену завештајну форму. Овај облик завештања је заступљен у оним правима која не познају приватно завештање, као што је случај у праву Холандије, где су наследноправне ствари у надлежности нотара, тако да не постоји оставински поступак.⁵²⁴

Имајући у виду све већи значај нотаријата у упоредном наследном праву, нотарско завештање заузима примат у правној пракси над осталим завештајним формама, што произлази из чињенице да нотари уживају *fides publica* као носиоци јавне власти који су независни и непристрасни у својој делатности. Нотарски запис као извршна јавна исправа има пуну доказну снагу и осигурава веродостојност изјаве учињене пред нотаром.⁵²⁵ Противправни утицај на завештаочеву вољу сведен је на минимум и самим тим се слобода тестирања несметано остварује, обезбеђујући високи степен правне сигурности. Поред аутентификационе и доказне функције, код нотарске завештајне форме посебно је важно и превентивно деловање нотара кроз правно поучавање странке, чиме се спречава настанак непуноважног завештања и предупређују евентуални спорови поводом дате изјаве завештаоца.⁵²⁶ Зато се аутентичност тако изражене последње воље завештаоца ретко доводи у питање, а и ништавост завештајне форме због формалних недостатака је ретка, као и спорови око

⁵²¹ Чл. 4:95(2) Грађанског законика Холандије; чл. 604 Грађанског законика Италије.

⁵²² (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр. 450.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ У холандском праву је затворених депонованих завештања било 23 у 2009. години, док је отворених било око 320 000 (Kolkman, 2011), стр. 147-150.

⁵²⁵ Види: (Braun, 2012a), стр. 64.

⁵²⁶ (Hagena, 2010) – коментар § 2232, стр. 1474

тумачења завештања⁵²⁷ На тај начин се, у крајњем, овом формом у највећој мери осигурава слобода завештајног располагања, мада је неспорно да је и ова форма, сама по себи, вид њеног ограничења. Истовремено је осигурано и извршење завештања, с обзиром да се јавна завештања по правилу региструју у Централном регистру.⁵²⁸

б) СУДСКО ЗАВЕШТАЊЕ

Судско завештање као јавна завештајна форма готово и да није заступљено у упоредном праву. Ова завештајна форма првобитно је била нормирана у немачком праву као једна од јавних форми завештања, да би у периоду либерализације судско завештање било укинато 1969. године. Правила која се односе на јавне завештајне форме изузета су из Немачког грађанског законика и инкорпорисана у *Beurkundungsgesetz* – акт који је регулисао нотарски запис.⁵²⁹ Као аргумент у прилог оваквог опредељења законодавца истицано је да судови треба да се баве решавањем спорова, док потврђивање правних аката треба бити у искључивој надлежности нотара.⁵³⁰

Судско завештање је као јавна завештајна форма нормирано у Аустрији, иако је врло ретко заступљено у пракси.⁵³¹ Могуће су три варијанте ове завештајне форме: судско завештање које се сачињава усменом изјавом пред судијом и још једним судским службеником, или уместо њега пред још два сведока; могуће је да завешталац већ написано завештање преда суду, као што је случај и са нотарским тестаментом;⁵³² Судско завештање је у аустријској правној пракси слабо заступљено, а предност се даје нотарској завештајној форми.⁵³³

Имајући у виду све већи значај нотара у наследноправним стварима (делегирано овлашћење за вођење оставинског поступка, постављање извршиоца завештања итд.), поједина законодавства су у потпуности нотарима поверила решавањем свих питања везаних за наследноправне односе. Под утицајем ове тенденције упоредног права у праву Хрватске се укида судско завештање, али и друге ванредне завештајне форме (конзуларно, бродско и војно завештање), и уводи јавно завештање које по својим

⁵²⁷ (Hagena, 2010) – коментар § 2231; Lange – Kuchinke, стр. 334.

⁵²⁸ (Pintens, 2011), стр. 64.

⁵²⁹ (Zimmermann, 2011), стр. 208, 209.

⁵³⁰ Овај став био је претходно заступљен у француском праву које је од јавних завештајних форми нормирало једино нотарско завештање (Zimmermann, 2011), стр. 208.

⁵³¹ § 557 ABGB; Теоријски је ово могуће и у праву Мађарске, где се завештање може сачинити у форми јавне исправе и пред судом (Wékás, 2011), стр. 265.

⁵³² § 587-590 ABGB.

⁵³³ (Wendehorst, 2011), стр. 227.

својствима представља симбиозу елемената међународног и судског завештања.⁵³⁴ У том смислу, укидање судског завештања као формалне манифестације последње воље завештаоца, може се сматрати оправданим са правнополитичког становишта, јер се његовим укидањем слобода тестирања само формално сужава, али фактички остаје непромењена, с обзиром да се у функционалном смислу нотарским завештањем оставарује иста правна сврха.

с) МЕЂУНАРОДНО ЗАВЕШТАЊЕ

Међународно завештање је нормирано Вашингтонском конвенцијом о облику међународног тестаментa која је усвојена 1973. године, а ступила на снагу 1978. године.⁵³⁵ Ова Конвенција представља инструмент унификације материјалног права у сфери тестаментарног наслеђивања и дефинише основне претпоставке за пуноважан настанак међународног завештања, које су исте у свим правима која су ратификовала ову Конвенцију. Ово решење представља компромис између тајног завештања континенталног права и завештања пред сведоцима *common law* правног система. Оно се састоји од приватног завештања сачињеног од стране тестатора, и сертификата којим се потврђује завештање, а које издаје овлашћено лице, по правилу нотар.⁵³⁶

Завештање као приватни документ може сачинити сам тестатор, или по његовом казивању овлашћено лице. Оно може бити написано од стране завештаоца својеручно, или на било који други начин од стране неког другог лица, што се истиче као његова предност, те га могу сачинити и слепи, неми, неписмени и др.⁵³⁷ Сачињено завештање завешталац предаје овлашћеном лицу и изјављује пред њим и два сведока да предато писмено садржи његову последњу вољу, при чему није дужан да их упознаје са садржином завештања.⁵³⁸ У појединим правима овај акт нункупације мора бити у усменој форми, а ако лице није способно да говори, ову изјаву уноси у писменој форми на само завештање пред присутним лицима. Уколико завешталац није у стању да

⁵³⁴ N. Stojanović, 'Uloga javnih beležnika u naslednopravnim stvarima', *Pravni život*, 12 (2011.), стр. 33.

⁵³⁵ Вашингтонску конвенцију о форми међународног завештања су ратификовали: Аустралија, Белгија, Канада, Кипар, Еквадор, Француска, Италија, Либија, Иран, Лаос, Нигерија, Португал, Руска Федерација, Сиера Леоне, САД, Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Србија; <http://www.unidroit.org/instruments/international-will>; у праву Белгије међународно завештање је заменило тајно завештање (Braun, 2011), стр. 136).

⁵³⁶ (Pintens, 2011), стр. 56.

⁵³⁷ Чл. 3 Анекса Вашингтонске конвенције.

⁵³⁸ У праву Белгије изјаву о потврђивању завештања завешталац може дати писмено пред нотаром и сведоцима, на самом крају завештања. Уколико завешталац није у стању да говори нити да пише, у том случају не може сачинити ову завештајну форму (Pintens, 2011), стр. 66.

говори, нити да пише, могућност сачињавања пуноважног међународног завештања изостаје.

Завештајни сведоци представљају битан елемент форме, који има пре свега доказну функцију, као посведочење чина потписивања завештања од стране завештаоца, или потврђивања већ стављеног потписа на завештање.⁵³⁹ Битан елемент форме је датум сачињавања завештања, а то је датум његовог потписивања од стране овлашћеног лица на крају завештања.⁵⁴⁰

Овлашћено лице сачињава потврду и спаја га са завештањем. У Конвенцији је прописана форма потврде, уз могућност другачијег нормирања у националним законодавствима, при чему се формална правила за пуноважност сертификата морају поклапати у знатној мери.⁵⁴¹ Завештање ће бити неважеће ако нису испуњени основни услови за његов пуноважни настанак прописани Конвенцијом, као што је изјава завештаоца којом потврђује садржину завештања као своју последњу вољу, потпис завештаоца, овлашћеног лица и сведока, назначење датума.⁵⁴²

Међународна завештајна форма је ретко заступљено у упоредноправној пракси (нпр. у Француском праву је заступљено са мање од 1%).⁵⁴³ Његова предност се огледа у томе што га може сачинити свако завештајно способно лице (слепо, немо или неписмено, са одређеним физичким недостацима), нарочито када се имовина којом се располаже налази у другој земљи која је ратификовала Вашингтонску конвенцију. Састављање међународног завештања може у техничком смислу бити поверено и овлашћеном лицу које учествује у процедури сачињавања, као и завештајним сведоцима, а препреку томе не представља чињеница да се они појављују истовремено и као бенефицијари по основу тог завештања.⁵⁴⁴ Недостатак ове завештајне форме јесу сложене формалне претпоставке његовог пуноважног настанка, а у варијанти када се

⁵³⁹ Потпис се признаје и ако је стављен у виду иницијала. Уколико завешталац није у стању да се потпише, то може учинити у његово име неко друго лице које је он овластио, при чему нотар на завештању назначава разлоге непотписивања од стране завештаоца. Овакав могућност није предвиђена у праву Француске и Белгије (Pintens, 2011), стр. 66.

⁵⁴⁰ Чл. 7. Анекса Вашингтонске конвенције о облику међународног завештања.

⁵⁴¹ Чл. 10 Анекса Вашингтонске конвенције. Сертификат се по правилу издаје у форми нотарске исправе, где један примерак копије задржава нотар, а други се предаје завештаоцу. Интересантно је напоменути решење Белгијског законодавца који предвиђа да се међународно завештање ставља у коверту, која се запечаћује и потом спаја са сертификатом о потврди; уколико сертификат није издат, то не повлачи неважност самог међународног завештања, уколико се докаже да су испуњени услови његове формалне пуноважности (види: (Pintens, 2011), стр. 66 и 68).

⁵⁴² Чл. 4-7 Анекса Вашингтонске конвенције.

⁵⁴³ (Pintens, 2011), стр. 57.

⁵⁴⁴ Ова завештајна форма је ретко заступљена у праву Италије, јер се иста сврха може остварити и путем других завештајних форми као што је тајно завештање, које је у већој мери заступљено (Braun, 2011), стр. 136.

поступак сачињавања не одвија пред овлашћеним лицем и завештајним сведоцима, оставља се простора за бројне злоупотребе.⁵⁴⁵

d) ДЕПОНОВАНА ЗАВЕШТАЊА И РЕГИСТРАЦИЈА

Депонована завештања. Када је реч о правној генези депоновања завештања, у правној теорији се истиче да је депоновано завештање комбинација тајног и олографског завештања у својој првобитној форми.⁵⁴⁶ Основна карактеристика депонованог завештања јесте да се састоји од две исправе: приватне исправе која садржи једно или више тестаментарних располагања и нотарске исправе о депоновању. У праву Холандије, законодавац је прописао да олографско и алографско завештање морају бити депоновани код нотара, било отворено или затворено, јер овај систем не познаје приватну завештајну форму.⁵⁴⁷ ⁵⁴⁸ У праву Аустрије, свако јавно завештање мора бити депоновано код нотара или суда, када је регистарација ових завештања у Централни регистар завештања обавезна. И приватне завештајне форме могу бити депоноване код јавног нотара или адвоката, али у том случају регистрација није обавезна.⁵⁴⁹ У праву Мађарске, код нотара (не и код суда) могу се депоновати само приватне завештајне форме (олографско и алографско завештање), уз испуњење минимума формалности који се захтева код приватних завештајних форми.⁵⁵⁰ Завештање остаје приватно и тајно, јер се садржина завештања не октрива нотару, а истовремено се осигурава већи степен правне сигурности.⁵⁵¹

Предност депоновановања завештања код нотара или суда огледа се у чињеници да је спречавање извршења завештања и противправне измене његове садржине

⁵⁴⁵ (Pintens, 2011), стр. 69.

⁵⁴⁶ Наиме, олографско завештање је настало као израз потребе да се чин сачињавања завештања, као и његова садржина држе у тајности, док се код тајног у тајности држала само садржина завештања (Kolkman, 2011), стр. 153.

⁵⁴⁷ Када је реч о затвореном депонованом завештању, након смрти завештаоца, нотар је дужан да завештање преда надлежном судији који отвара завештање (Kolkman, 2011), стр. 155).

⁵⁴⁸ Потпис завештаоца на депонованом завештању је обавезни елемент форме у праву Холандије, уз извесне формалноправне разлике у зависности од тога да ли је у питању олографско или алографско завештање. Када је реч о олографском завештању, које завешталац сачињава својеручно, као аргуменат *a contrario* обавезног стављања својеручног потписа наводи се да завешталац свакако потписује саму потврду о депоновању завештања, тако да изостанак потписа не треба санкционисати ништавошћу. Када је реч о алографском завештању које је сачињено од стране трећег лица, ако се завештање састоји из више листова, свака страна текста мора бити нумерисана и потписана. У супротном, завештање ће бити апсолутно или релативно ништаво (види: (Kolkman, 2011), стр. 154).

⁵⁴⁹ (Wendehorst, 2011), стр. 227.

⁵⁵⁰ Код алографског завештања које је депоновано се чак и не захтева присуство сведока (Види: (Wékás, 2011), стр. 264).

⁵⁵¹ Без обзира на поменуте предности депонованог приватног завештања, ова завештајна форма је заступљена у малом проценту у појединим правним системима који га нормирају, нпр. у праву Мађарске, са 3-4%, од укупног завештајног располагања (Wékás, 2011), стр. 264.

сведено на минимум.⁵⁵² С обзиром да депоновањем приватног завештања оно не поприма јавни карактер, његова заштитна функција је само фактичка. Истовремено се у правној теорији јавило као спорно питање сврсисходности депонованог приватног завештања, нарочито модалитет отвореног депонованог завештања, јер се иста функција може остварити и нотарским завештањем.⁵⁵³ Зато су поједини правни системи романске правне традиције (Француска, Италија, Шпанија) нормирали једино форму *тајног завештање*, које је пандан затвореном депонованом завештању.⁵⁵⁴

Што се тиче процедуре сачињавања тајног завештања, тестатор сачињава завештање сам или уз нечију помоћ и потписује га. Само завештање или коверат у који је стављен документ који представља завештање, печатирано и запечаћено, завешталац презентује нотару, пред сведоцима и потврђује да је то његова последња воља и да је лично написана и потписана, или пак од стране другог лица.⁵⁵⁵ Нотар, након што је утврдио идентитет завештаоца и завештајну способност, ставља на коверту у коју је стављено завештање датум и место предузимања ових радњи, као и печат и потис (потпис стављају и сведоци и тестатор).⁵⁵⁶

Као предност тајног завештања истиче се чињеница да оно комбинује добре стране обе завештајне форме, олографског и јавног завештања. Његова предност је широки домаћај у погледу круга лица која га могу сачинити, као и начина сачињавања, па тако постоји могућност сачињавања од стране немог лица, као и од стране другог лица које завешталац може да ангажује. Завешталац, дакле, не мора лично написати завештање, чак ни потписати, ако није у могућности, у ком случају мора навести разлоге непотписивања, уз изјаву да је завештање прочитао.⁵⁵⁷ Једино формално ограничење у погледу остваривања завештаоачеве последње воље јесте да завешталац зна да чита. Истовремено, садржина завештања остаје тајна, с тим да га је признао пред нотаром за своје.

Недостатак тајне завештајне форме јесу нејасне формулације и могући формални недостаци, јер саветодавна улога нотара приликом сачињавања није

⁵⁵² (Wendehorst, 2011), стр. 227.

⁵⁵³ Овакав став потврђује и пракса која показује далеко већу заступљеност нотарског завештања, од депонованог: 23 депонована завештања и 320 000 нотарских завештања у 2009. години (Lariente, 2010), стр. 156.

⁵⁵⁴ Тајно завештање је било заступљено и у праву Белгије, али је касније замењено међународним завештањем (Pintens, 2011), стр. 64).

⁵⁵⁵ Ако је затворено завештање откуцано или написано од стране другог лица, а не тестатора, онда завешталац мора потписати сваку страну (Lariente, 2011a), фуснота 105, стр. 89.

⁵⁵⁶ (Lariente, 2011a) стр. 82; (Pintens, 2011), стр. 64.

⁵⁵⁷ Отуда, по истој процедури ово завештање могу сачинити слепа лица коришћењем брајове азбуке. Види: (Braun, 2011), стр. 137.

обавезна, што условљава и његову слабију заштитну функцију. Недовољна заступљеност тајног завештања у пракси последица је осталих сложених формалности приликом сачињавања, као и трошкова чувања завештања, његовог отварања и обавезне презентације суду, ради потврђивања.⁵⁵⁸ Због тога је у појединим правима, као што је право Белгије, ова форма завештања замењена међународним завештањем.⁵⁵⁹

У готово у свим земљама ЕУ постоји централни регистар тестамената, с тим да регистрација у Централном регистру није предуслов пуноважног настанка тестамена, али је од посебног значаја за наследноправни систем, јер омогућава да се у моменту смрти неког лица зна да ли је оно оставило завештање и код ког нотара.

У нашем праву депоновање завештатања није обавезно, иако су предности депоновања неспорне.⁵⁶⁰ Првенствено, депоновање је значајно за сам опстанак тестамена и реализацију последње завештаочеве воље, јер се спречава његово уништавање, као и могућност да буде фалсификовано, замењено, преправљано.⁵⁶¹ Посебно је изражена заштитна улога предаје завештатања на чување суду уколико је предато у отвореном омоту, имајући у виду чињеницу да орган јавне власти има дужност да прочита завештаоцу завештање и да укаже на недостатке у погледу његове формалне пуноважности.⁵⁶² Истовремено, депоновање је значајно за утврђивање аутентичности самог лица као завештаоца депонованог завештатања, с обзиром да предају завештатања на чување може једино завешталац лично учинити.⁵⁶³ Једна од предности депоновања огледа се и у утврђивању тачног датума састављања тестамена.

Међутим, депоновањем се не могу отклонити формални и материјални недостаци завештатања, нити депоновано приватно завештање поприма јавни карактер, као што је био случај у римском праву.⁵⁶⁴ Оно има само фактички, не и правни значај, тако да је његова заштитна функција сведена на минимум. Ипак, поверавањем тестамена суду, нарочито приватних форми, доприноси се већем степену правне заштите, и у том смислу би и прописивање обавезног депоновања приватних завештајних форми допринело већој правној извесности у погледу опстанка тестамена. У контексту амбивалентног дејства форме, која говори у прилог очувања завештатања као спољне еманације последње воље и истовременог ограничавајућег дејства на

⁵⁵⁸ (Lapiente, 2011a), стр. 82.

⁵⁵⁹ (Pintens, 2011), стр. 64.

⁵⁶⁰ О могућим начинима чувања завештатања види: (Blagojević, 1983), стр. 275-279.

⁵⁶¹ (Blagojević, 1983), стр. 275.

⁵⁶² (Стојановић, 2011), стр. 290 (Blagojević, 1983), стр. 277.

⁵⁶³ (Blagojević, 1983), стр. 275, 276.

⁵⁶⁴ (Marković, 1981), стр. 304.

слободу тестирања оних лица која због објективних околности нису у могућности да лично предају завештање на чување јавном органу (због старости, изнемоглости, услед лошег здравственог стања, непокретљивости и др.), решења која би требала превагнути *de lege ferenda* морала би ићи у корист могуће реализације овог права и посредством трећег лица.

4. ЕЛЕКТРОНСКО ЗАВЕШТАЊЕ

У вези са реформом наследног права актуелна је расправа око тога да ли прихватити електронску форму завештања, као и видео запис последње завештаоачеве воље. Расправа о увођењу електронске тестаментарне форме вођена је у Пољској, Аустрији, Мађарској, али ова идеја није подржана.⁵⁶⁵ У појединим правним круговима водила се полемика о оправданости признавања аудио-видео записа последње воље, који би био у меморисан на компакт диску, потписан електронским потписем, али аргументи у прилог оваквог става нису били убедљиви.⁵⁶⁶ У праву Швајцарске био је споран случај изјављивања последње воље лица у форми смс порука, које је непосредно пред самоубиство послао најближим члановима породице и пријатељима, обавештавајући их како распоређује заоставштину. Општински суд Швајцарске донео је пресуду да се овако изражена последња воља може сматрати важећом јер је намера тестирања завештаоца била неспорна, док је Апелациони суд поништио првостепену пресуду, уз образложење да нису испоштовани прописани услови форме.⁵⁶⁷

У нашем праву је доношењем Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању предвиђено да „квалификовани електронски потпис има исто правно дејство као и својеручни потпис“.⁵⁶⁸ Истовремено законодавац предвиђа да се електронски потпис „не може применити на правне послове за које је посебним законом предвиђено да се не могу предузети у електронској форми“, одакле поризлази да се не може применити ни на форму тестаментарна.⁵⁶⁹ Директива о електронској трговини 2000/31/ ЕЦ, предвиђа да,

⁵⁶⁵ (Zoll, 2011), стр. 281; (Wendehorst, 2011), стр. 225; (Wékás, 2011), стр. 260.

⁵⁶⁶ Agustín Romero Pareja, „Testamentos electro nicos“ (2009)“ 7151 La Ley 1 (наведено према: (Lapuente, 2011a) 2011, фуснота 105, стр. 84).

⁵⁶⁷ (Zalucki, 2014), стр. 26.

⁵⁶⁸ Чл. 50 ст 2. Закона о електронском документу, електронској идентификацији и услугама од поверења у електронском пословању („Сл. гласник РС“, бр. 94/2017); Директива ЕУ 1999/93/ЕЦ о електронским потписима (усвојена 13. децембра 1999, а формално ступила на снагу 19. јануара.2000. године) Законом о електронском потпису који је донет 2004. године („Службени гласник РС“ бр. 135/2004).

⁵⁶⁹ Чл. 50 ст. 4 Закона о електронском документу.

иако су захтеви пуноважности електронског потписа испуњени у конкретном случају, електронски потпис није допуштен у домену завештајног наслеђивања.⁵⁷⁰

Овакав законодавни приступ темељи се на чињеници да се принцип формализма има доследно спровести у тестаментарном праву због потребе за остваривањем већег степена правне заштите, с обзиром на природу завештања као личног, једностраног правног посла за случај смрти. Међутим, имајући у виду развој информатичких и комуникационих технологија, аудио-визуелна средства комуникације постала су императив савременог друштва, па се поставља питање усклађености допуштених и могућих правних инструмента манифестовања последње воље са потребама праксе.

Када је реч о техници писања као елементу завештајне форме, поставља се питање да ли електронски снимак и видео запис испуњавају формалне критеријуме који се захтевају за писање текста завештања. У америчком праву је заступљен став да се електронским сачињавањем завештања могу испунити захтеви форме у погледу начина писања, јер као предуслов пуноважног сачињавања завештања није прописано да мора бити сачињено на посебној подлози (папиру и сл.), већ се узима у обзир сваки медијум са кога се може прочитати оно што се налази на њему.⁵⁷¹

У *common law* праву, заступљено је мишљење да је процес креирања и верификације дигиталног потписа компатибилан својеручном потпису у погледу правне сврхе, остварујући доказну, заштитну и упозоравајућу функцију у погледу изјављене воље завештаоца. Изражена сумња у могућност остваривања ових функција електронског, односно дигиталног потписа и документа темељи на оспоравању њихове аутентичности, те могућих злоупотреба. Међутим, приликом давања критичке оцена оправданости њиховог коришћења у завештајном праву, ваљана правна аргументација претпоставља и одговарајућу технолошку (информатичку) научну подлогу.⁵⁷²

Имајући у виду технолошки аспект електронског потписа који се темељи на асиметричној криптографији јавног кључа који се користи за креирање приватног кључа који је доступан само потписнику документа, док је јавни кључ доступан свима ради

⁵⁷⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament - of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'); <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=en>, фебруар, 2018.

⁵⁷¹ Ronald J. Skalise, „Testamentary Formalities in United States of America“, in *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, ed. by Kenneth G C Reid, Marius J De Waal – Reinhard Zimmermann (Oxford: University Press, 2011), стр. 365.

⁵⁷² Wills, Estates - Succession: A Modern Legal Framework (“2006 Succession Law report”), A Report prepared for the British Columbia Law Institute by the Members of the Succession Law Reform Project, www.bcli.org/sites/default/files/Wills_Estates_and_Succession_Report.pdf, стр.31.

потврде идентитета, могућност злоупотребе је сведена на минимум.⁵⁷³ Отуда произлази да дигитални потпис врши идентификацију потписане поруке далеко сигурније, са много већим степеном поузданости и прецизности него потпис на папиру, и омогућава да се са високим степеном сигурности утврди да дигитални потпис припада потписаном лицу. Отуда се као аргумент у прилог коришћења савремених технологија у тестаментарном праву, нарочито у контексту увођења електронског тестаamenta, може истакнути једноставнији и ефикаснији поступак сачињавања завештања, доступност ове форме лицима са инвалидитетом и људима у изолованим подручјима у којима је отежано сачињавање јавне завештајне форме, једноставнија процедура измене садржине завештања, повећана правна сигурност и спречавање од уништења.

Основни проблем око усаглашавања тестаментарних форми са актуелним технолошким условима, огледа се у традиционалном поимању форме и њених елемената, тако да би електронизација тестаamenta представљала почетак једне нове ере тестаментарног наслеђивања. Имајући у виду да је у земљама *common law-a* ова идеја заживела и добила правну потврду, мишљења смо да ће у перспективи и континентална права одступити од традиционалног приступа форми под утицајем технолошког развоја, као одговор потребама савременог друштва.

5. ПОСЛЕДИЦЕ НЕПОШТОВАЊА ЗАВЕШТАЈНЕ ФОРМЕ

Непоштовање формалноправних услова пуноважности завештања у упоредном праву повлачи неважност завештања (апсолутну или релативну ништавост), чак иако постоји доказ да је у њему изражена права завештаочева воља. Не постоји могућност интервенисања суда у случају незнатних формалних недостатака како би се завештање одржало на снази (доктрина претежне усаглашености), осим у случају када је такву грешку направио судија или нотар.⁵⁷⁴

За разлику од појединих правних система где се код повреде форме завештања примењују општа правила о неважности правних послова услед неиспуњавања прописаних формалности,⁵⁷⁵ већина законодавстава засебно регулише питање правне неважности завештања због формалних недостатака. Непоштовање форме завештајног

⁵⁷³ *Ibidem.*

⁵⁷⁴ У аустријском праву, завештање ће бити неважеће уколико нису испуњени услови форме (Wendehorst, 2011), стр. 250, 251; у праву Шпаније због формалних недостатака предвиђена је апсолутна или релативна ништавост завештања. Види: Francisco Capilla Roncero, 'Nulidad e impugnabilidad del testamento' (1987) 40 ADC 7 ff (navedeno prema (Lapuente, 2011a), стр. 91).

⁵⁷⁵ § 125 BGB; Повреда форме било ког правног посла као конститутивног елемента његове пуноважности санкционисана је ништавошћу (Живојиновић, 2003), стр. 196.

располагања најчешће се санкционише рушљивошћу завештања, са циљем да се завештање одржи на снази и испоштује завештаочева воља, осим ако лице које има правни интерес не захтева поништај таквог завештања.⁵⁷⁶ Слично решење предвиђа и српски законодавац који за непоштовање облика и услова предвиђених законом за сачињавање завештања, прописује санкцију рушљивости.⁵⁷⁷ Поједина права карактерише степеновање санкције према значају елемената форме, с обзиром на конкретну врсту завештања. Тако је у италијанском праву, олографско завештање ништаво ако не садржи потпис завештаоца и датум сачињавања, а нотарски тестамент уколико се нису потписали завешталац или нотар, или ако није сачињена писмена редакција завештаоачеве последње воље. Остали видови формалних недостатака повлаче рушљивост завештања, што је случај и у праву Шпаније.⁵⁷⁸

Уколико услови форме за пуноважни настанак једне завештајне форме коју је завешталац имао у виду нису испуњени, али су испуњене формалне претпоставке пуноважног настанка неког другог облика завештања, у том случају се конверзијом завештање може одржати на снази.⁵⁷⁹ Интересантно је становиште појединих аустријских правника да неважеће завештање заинтересоване стране могу да признају као важеће и одрже га снази, с тим да је правна природа оваквог признања спорна са доктринарног становишта.⁵⁸⁰ Овакво гледиште заступљено је у француској судској пракси, где формално неважећи тестамент може потврдом или извршењем од стране наследника оснажити, што имплицира њихово одрицање од права да оспоравају завештање по основу формалних недостатака.⁵⁸¹

Код санкционисања формалноправних недостатака завештања у упоредном праву је изражена тенденција либералнијег приступа, те је ништавост завештања као строжа санкција оправдана само уколико кршење правних правила угрожава јавни интерес који се тим правилом штити, док је рушљивост као санкција примерена у случајевима када је прекршена норма усмерена ка заштити супротстављених индивидуалних интереса.⁵⁸² Дакле, преовладава став да санкција због непоштовања

⁵⁷⁶ (Wékás, 2011), стр. 268.

⁵⁷⁷ Чл. 164 Закона о наслеђивању Србије.

⁵⁷⁸ (Braun, 2011), 2011. стр. 138; (Lapuente, 2011a), 2011, стр. 91.

⁵⁷⁹ (Wendehorst, 2011), стр. 250, 251.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ Чл. 1340 Грађанског законика Француске.

⁵⁸² (Kolkman, 2011), стр. 170.

формалних захтева код завештања треба бити пропорционална циљу због којег је санкција и прописана.⁵⁸³ У том смислу, у прилог фаворизовања последње воље тестатора и шире тестаментарне слободе говори и став правне доктрине да поништај завештања које је рушљиво због непоштовања формалних захтева треба рестриктивније допуштати, узимајући у обзир у коликој мери је је нарушена правна сигурност с обзиром на околности сваког конкретног случаја.⁵⁸⁴

III. ВРСТЕ ЗАВЕШТАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ

1. ИСТОРИЈСКИ ПРЕГЛЕД

Захтев формалности код завештајног наслеђивања се од најранијих времена поставља и у српском праву и форма завештања има конститутивни значај (*forma legalis, forma essentialis*).⁵⁸⁵ Прописивање формалности код завештајног наслеђивања није израз формализма, већ настојање законодавца да се обезбеди правна сигурност и заштита праве воље завештаоца приликом располагања имовином за случај смрти.⁵⁸⁶

Српски законодавац предвиђа да завештање може бити сачињено у законом прописаном облику и под законом предвиђеним условима.⁵⁸⁷ Дакле, под формом тестаamenta се подразумевају два елемента: форма (облик) утврђен законом – *форма у ужем смислу*; законом дефинисани елементи сваке појединачне форме – *форма у ширем смислу*. Значај форме у ужем смислу је велики, јер се претпоставља пуноважност тестаamenta сачињеног у неком од законом прописаних облика, као и испуњеност формалних услова његовог састављања (док се не докаже супротно).⁵⁸⁸

У погледу могућих и допуштених форми тестирања у српском праву је одувек важио принцип *numerus clausus-a*. Посматрано кроз српску правну историју облици завештања су били разнолики. Неки облици су се задржали до данас, у мање или више измењеном облику (својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима), а неки

⁵⁸³ (Kolkman, 2012), стр. 173.

⁵⁸⁴ У праву Холандије изражена је тенденција флексибилнијег приступа формалноправним захтевима завештајног наслеђивања, што се огледа у чењеници да су 2003. године учињене измене у том смислу, те је за поједине случајеве непоштавања завештајне форме уместо санкције ништавости прописана санкција рушљивости (Kolkman, 2011), стр. 173.

⁵⁸⁵ (Marković, 1981), стр. 244.

⁵⁸⁶ (Kreč – Pavić, 1964), стр. 199.

⁵⁸⁷ Чл. 67. Закона о наслеђивању из 1955. године; чл. 62. Закона о наслеђивању из 1974. („Службени гласник РС“, бр. 52/74, 1/80) и чл. 83. Закона о наслеђивању из 1995.

⁵⁸⁸ (Marković, 1981), стр. 244.

су престали да постоје (писмено судско завештање). Усмено завештање је нормирано Српским грађанским закоником, најпре, као редовна завештајна форма, да би изменама и допунама овог закона 1911. године оно било укинато. У том периоду, забрана усменог тестирања није била потпуно спроведена, јер је постојала могућност усменог сачињавања привилегованих форми завештања (за време рата, поплава, бродолома, епидемија).⁵⁸⁹ Изменама и допунама из 1911. било је укинато и писмено завештање пред сведоцима, да би доношењем Савезног закона о наслеђивању било поново уведено, као и усмено завештање.⁵⁹⁰

Српски Грађански законик је нормирао и кодицил који је представљао додаток завештању којим се допуњавала или ближе појашњавала последња воља завештаоца. За кодицил су важила иста правила у погледу форме као и за завештање.⁵⁹¹ Интересантно је напоменути да је овај закон предвиђао и могућност сачињавања заједничког завештања између супружника, које је заправо представљало сједињавање њихових изјава последње воље у једном документу.⁵⁹² На овај начин могли су располагати својом имовином независно један од другог (*testamentum simultaneum*), или се узајамно именовати за наследнике (*testamentum correspectivum*), или пак условити узајамна располагања за случај смрти (*testamentum reciprocicum*).⁵⁹³

Закон о наслеђивању из 1955. године не номира заједничко завештање (као ни све потоње редакције закона о наслеђивању), али га изричито не забрањује. Иако су у ранијој правној теорији била заступљена различита схватања о могућности заједничког завештајног располагања, општи став теорије је да овај вид тестаментарног располагања није допуштен у нашем праву. Наиме, правоваљано је само оно завештање сачињено у законом прописаној форми. Овакав став произлази и из природе тестаментa, где би свако условљавање (везивање) једне изјаве последње воље за другу представљало негацију завештања као једностраног правног посла.⁵⁹⁴ У том смислу би у актуелној реформи наследног права требало јасније изразити став о ништавости ове завештајне форме.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ (Перић, 1923), стр. 32, 33, 37.

⁵⁹⁰ Чл. 69 и 78 Закона о наслеђивању из 1955.

⁵⁹¹ §431 Српског грађанског законика.

⁵⁹² Н. Стојановић, „Облици завештања у српском праву некада и сада“, у: *Српско право – некад и сад* (Крагујевац, 2007).

⁵⁹³ (Крећ – Рајић, 1964), стр. 200.

⁵⁹⁴ (Стојановић, 2011), стр. 194.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

2. САВРЕМЕНО СРПСКО ПРАВО – ВРСТЕ ЗАВЕШТАЊА

Плурализам завештајних форми као еманиација слободе тестирања наставља свој правни континуитет у савременом српском праву ограничавајући формалноправно ту исту слободу у свом дуалистичком дејству. У српском праву нормирано је девет облика завештања која се могу разврстати према различитим критеријумима на: редовна и ванредна, приватна и јавна, писмена и усмена.⁵⁹⁶ У даљој елаборацији завештајних форми и формалних претпоставки њиховог пуноважног настанка, биће узета као основна класификација завештања на приватна и јавна.

а) ПРИВАТНА ЗАВЕШТАЊА

1) Својеручно (олографско) завештање

Својеручно завештање (*testamentum holografum*) је писана, редовна и приватна завештајна форма за чије пуноважно сачињавање је неопходно да завешталац текст завештања напише и потпише својеручно.⁵⁹⁷ Дакле, олографско завештање је у нашем праву, као и у већини савремених законодавстава, резервисано искључиво за писмена, завештајно способна лица. Посматрано у контексту остваривања слободе тестирања, ограничавањем олографског завештања на категорију писмених лица, неспорно се једној значајној групи завештајно способних лица ускраћује могућност да своју последњу вољу манифестују кроз ову форму (неписменим лицима, лицима са телесним недостацима). Овакво формално ограничење слободе тестирања може се сматрати оправданим и недискриминаторним, имајући у виду да завештаоцу на располагању стоје и друге форме завештања као инструменти манифестовања његове аутономије воље за случај смрти.

Што се тиче потписа као елемента форме, његова оправданост се мора посматрати са становишта остваривања основне правнополитичке функције ради које је као формално ограничење слободе тестирања и прописано код олографског завештања. У том смислу, његова идентификациона функција се може издвојити као примарна. Завештање мора бити потписано својеручно од стране завештаоца и уколико се завешталац потписује пуним именом и презименом, потпис неспорно остварује идентификациону сврху.⁵⁹⁸ За пуноважност завештања ирелевантан је језик и писмо на

⁵⁹⁶ (Стојановић, 2011), стр. 207, 208.

⁵⁹⁷ Чл. 84. ст. 1 Закона о наслеђивању РС.

⁵⁹⁸ У погледу потписа као услова форме олографског завештања, важећи Закон о наслеђивању РС (чл. 84) прописује да завешталац мора својеручно потписати завештање, не предивљајући обавезне елементе његове садржине; Завешталац се на крају тестаментa пуним именом и презименом или

коме се пише, да ли је садржина изражена на хартији или на другој подлози, мастилом или оловком.⁵⁹⁹

Што се тиче садржине потписа, уобичајено се састоји од пуног имена и презимена, али довољно је и назначавање само презимена, имена, или надимка, псеудонима, скраћеног потписа из пословних докумената, као и означавање сродничког или каквог другог односа са бенефицијаром по основу завештања у виду декларације.⁶⁰⁰ Поменути сурогати потписа такође су неспорни са становишта њихове формалне пуноважности, уколико су написани својеручно и уколико се на основу њих својство (идентитет) завештаоца неспорно може утврдити. У том смислу, сваки вид потписивања који испуњава поменуте критеријуме потписа, сматра се пуноважном формалном претпоставком олографског завештања, па тако и стављање иницијала.⁶⁰¹ Потпис се ставља на крају текста који представља садржину завештања, јер тестатор на тај начин потврђује да оно што је изнад потписа представља његову последњу вољу.⁶⁰²

Рукопис као елемент форме олографског завештања споран је као ограничавајући фактор слободе тестирања. Полазећи од законске формулације да олографско завештање завешталац мора написати својом руком, произлази да је завешталац слободан у избору технике и средстава писања. Када је реч о техници писања, она свакако треба бити ирелевантна са становишта форме.⁶⁰³ Да би својеручно

препознатљивим псеудонимом или општепознатим надимком ...”, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2306/08 од 09. 04. 2009. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁵⁹⁹ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2488/96) http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁶⁰⁰ (Blagojević, 1983), стр. 256.

⁶⁰¹ Овакво становиште преовладава и у домаћој правној теорији; Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 131; М. Митић, „Sвојеручни testament“, *Pravni život*, 3-4 (1960), стр. 9; (Marković, 1981), стр. 247; супротно: S. Svorcan, *Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije* (Kragujevac, 2004)., стр. 207.

⁶⁰² Уколико има више листова, пожељно је да сваки лист буде потписан, али ако између листова постоји физичка повезаност, односно садржинска повезаност текста, онда ће завештање бити пуноважно и уколико је потписан само последњи лист. Види: (Крећ – Павић, 1964), стр. 203; (Ђурђевић, 2009а), стр. 857.

⁶⁰³ Заступљена су различита схватања у погледу технике писања. Према једном, схватању завештање може бити написано и штампаним и писаним словима, док је по неким ауторима за писање својеручног завештања неопходно писање писаним словима, како би се утврдила аутентичност рукописа (Сворцан, 2009), стр. 47; Становиште о допуштености писања текста завештања штампаним словима потврђује и пракса: „писања завештаоца, коришћење штампаних или писаних слова, није ближе прописана, услед чега се не може прихватити закључак другостепеног суда да се својеручно завештање мора да сачини писаним словима. Ово ограничење не произлази из цитираних одредаба, којима се прописују посебни законски услови за ову врсту завештања. Провера аутентичности текста завештања може бити извршена и када је завештање писано штампаним словима, па се по оцени Врховног суда не искључује могућност да завешталац своју последњу вољу изрази својеручним завештањем написаним штампаним словима. Стога за пуноважност својеручног завештања није од значаја на ком језику, писму или каквим је словима (писаним или штампаним) садржина завештања написана, већ је битно да се ради

завештање било пуноважно једино је нужно да буде написано лично од стране завештаоца, на начин да се може утврдити аутентичност рукописа.⁶⁰⁴ Истовремено, оваква законска одредба не искључује могућност писања текста завештања и различитим механичким средствима писања (на рачунару), јер завешталац лично сачињава текст, користећи сопствене руке. Непрецизност законодавца у погледу допуштених средстава писања текста ологографског завештања ствара недоумице у правној теорији и пракси, и уноси правну несигурност у погледу остваривања тестаментарне слободе путем ове завештајне форме. У том смислу, могућ и допуштени начин сачињавања ологографског тестаментарног теста мора бити прецизније одређен, при чему завештаоцу треба признати слободу избора метода (и технике) његовог сачињавања. Овакво решење сматрамо оправданим са становишта реализације слободе тестирања и остваривања правне сврсисходности ове завештајне форме у данашњем времену.

Имајући у виду технолошки напредак и заступљеност модерних средстава писања у савременој комуникацији, доводи се у питање оправданост формалноправног ограничавања тестаментарног располагања захтевом за својеручним обликовањем текста завештања. У том смислу, одступање од традиционалног схватања да се заштитна функција ологографског завештања нужно мора остварити кроз карактеристике рукописа као потврде његове аутентичности, сматра се оправданим. Заштитна функција ологографског завештања остваривала би се кроз аутентификацију својеручног потписног завештаоца као обавезног елемента форме. Арахични облик ологографског тестаментарног теста мора се *de lege ferenda* надоградити кроз законом предвиђену могућност коришћења и електронских средстава за његово сачињавање.⁶⁰⁵ Свако другачије решење представљало би, по нашем мишењу, неоправдано ограничавање слободе тестирања, јер би се практична сврха ологографског завештања довела у питање.

Датум сачињавања завештања није обавезан елемент форме, као што је био случај према Српском грађанском закону који је, првобитно предвиђао и обавезно присуство завештајних сведока као услова форме.⁶⁰⁶ Назначавање датума у завештању сматра се пожељним из бројних разлога (за утврђивање међусобног односа завештања,

о аутентичном тексту оставиоца са јасно израженом намером сачињавања завештања, написаног и потписаног његовом руком...“, Врховни суд Србије у решењу број Рев 3551/2007 од 8. 05. 2008. год.

⁶⁰⁴ ВСС-Рев 964/2006, 24.V 2006, (Антић – Ђурђевић, 2009), стр. 167.

⁶⁰⁵ Поједини аутори предлажу да се као посебна врста ологографског завештања уведе завештање откуцано на рачунару, уз обавезан потпис завештаоца. Види: (Стојановић, 2011), стр. 212.

⁶⁰⁶ За пуноважност усмене завештајне форме захтевало се пет завештајних сведока, од којих су три морала бити истовремено присутна, види чл. 436 Српског грађанског законика; упореди са чл. 84. ст. 2. Закона о наслеђивању РС.

за оцену питања релевантних за пуноважност завештања, као што су завештајна способност завештаоца, слободна воља итд.)⁶⁰⁷ На поменутиим аргументима се базира решење Преднацрта грађанског законика којим се предлаже увођење датума као обавезног елемента форме својеручног завештања.⁶⁰⁸

Овај предлог решења не сматрамо добрим. Јасно је да назначавање датума има одређених предности и да је пожељно, али се поставља питање оправданости ограничавања слободе тестирања прописивањем његовог навођења као обавезног елемента форме код својеручног завештања.⁶⁰⁹ Поврх свега, назначавање датума на својеручном завештању није гаранција правне сигурности, с обзиром да означени датум може бити погрешан.⁶¹⁰ Из тих разлога сматрамо да би прописивањем датума као обавезног елемента форме олографског завештања био нарушен принцип пропорционалности између прописаног ограничења слободе тестирања и сврхе која се његовим прописивањем остварује. Отуда се чини прихватљивијим да, по угледу на поједина савремена законодавства, назначавање датума код својеручног завештања нема конститутивни значај, осим у случајевима када је утврђивање датума релевантно за пуноважност завештања (нпр. за утврђивање постојања завештајне способности тестатора у моменту сачињавања завештања), а датум се не може утврдити на други начин.⁶¹¹

2) Писмено завештање пред сведоцим (алографско завештање)

Алографско завештање (*testamentum alografum*) је облик тестаментa који је познавало још римско право, као варијанту (*testamentum per aes et libram*). Ова тестаментарна форма готово да није заступљена у упоредном законодавству, осим у појединим државама (Аустрија, Мађарска, земље бивше СФРЈ).⁶¹² Разлог његове слабе заступљености је велика могућност злоупотреба, као слаба страна свих приватних завештајних форми.⁶¹³

⁶⁰⁷ Такође се назначавањем датума „поставља јасна граница између нацрта завештања и последње воље завештаоца као коначног и вољног акта“. (Антић – Балиновац, 1996), стр. 323.

⁶⁰⁸ „За пуноважност својеручног завештања нужно је да се у њему назначи датум када је сачињено“ (алтернатива) чл. 2678 ст. 2, Нацрта грађанског законика РС.

⁶⁰⁹ Супротно Види: код: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 323.

⁶¹⁰ (Ђурђевић, 2009а), стр. 861.

⁶¹¹ Овакво решење је прихваћено у немачком праву (§ 2247 (5) BGB), а од земаља бивше СФРЈ предвиђа га право Републике Српске („Сл. гласник РС“, бр. 1/2009); опширније Види: (Ђурђевић, 2009а), стр. 859-862; Супротно: N. Stojanović, 'Prednact Gradanskog zakonika Republike Srbije i nasleđivanje, LXII,' *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 62 (2012), стр. 196.

⁶¹² Види опширније поднаслов „Приватне завештајне форме у упоредном праву.“

⁶¹³ (Marković, 1981), стр.248.

Алографско завештање је редовна и приватна завештајна форма која се саставља тако што завешталац пред два истовремено присутна сведока својеручно потписује унапред састављено писмено, изјављује да га је прочитао и признаје га за своју последњу вољу.⁶¹⁴ Иако првобитно номиран у Српском грађанском законнику, изменама и допунама овог закона из 1911. године овај облик завештања бива укинут, да би Законом о наслеђивању из 1955. године био поново уведен, и задржан у свим наредним редакцијама овог закона. Првобитно је сачињавање алографског завештања могло да буде поверено само другом лицу,⁶¹⁵ да би формулација била измењена у Закону о наслеђивању из 1995. године, те се овај услов експлиците не наводи (што имплицира могућност сачињавања алографског завештања од стране било ког лица, па и самог завештаоца).⁶¹⁶ За разлику од својих претходника, поред изјаве којом завешталац потврђује да је завештање његово, према важећем Закону о наслеђивању је, као услов форме, предвиђено да завешталац мора изјавити и да је упознат са садржином завештања.⁶¹⁷

Дакле, основни елементи форме код алографског завештања су: писмена редакција оставиоачеве последње воље, потврђивање исправе, присуство тестаментарних сведока. Завештање може бити сачињено на било који начин, механички (руком) или електронским средствима писања (путем рачунара).⁶¹⁸ Што се тиче потписа као елемента форме, законодавац не прецизира својства потписа како би завештање било пуноважо. У правној теорији заступљен је став да потпис мора имати својства као и код својеручног завештања, јер представља доказ аутентичности и код ове завештајне форме.⁶¹⁹ У прилог шире слободе тестирања говори чињеница да ће потпис као битан елемент форме бити валидан уколико је завешталац услед физичких недостатака користио нпр. вештачку руку.⁶²⁰

Акт потврђивања тестаamenta (*nuncupatio*) подразумева да је већ сачињено писмено које садржи последњу вољу завештаоца и да је завешталац изјавио пред два истовремено присутна сведока да је упознат са његовом садржином и да је то његова

⁶¹⁴ Чл. 85. Закона о наслеђивању РС.

⁶¹⁵ Чл. 64. Закона о наслеђивању из 1955. године и чл. 69. Закона о наслеђивању из 1974. године;

⁶¹⁶ Чл. 85. Закона о наслеђивању РС.

⁶¹⁷ *Ibidem*. Види: пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2413/2004 од 20.10.2004. године.

⁶¹⁸ *Ibidem*.

⁶¹⁹ (Стојановић, 2011), стр. ; (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 133, (Крећ – Рајић, 1964), стр. 205.

⁶²⁰ (Крећ – Рајић, 1964), стр. 205.

последња воља.⁶²¹ Отуда је предуслов пуноважног настанка ове врсте завештања да завешталац зна да чита о пише, и да познаје језик на којем је завештање сачињено.⁶²² У том смислу, ову завештајну форму може сачинити само писмено лица које има очувано чуло вида, како би био у стању да непосредно утврди садржину исправе коју признаје као своју последњу вољу.⁶²³ Завештаочев потпис мора стајати на крају текста, а потом и потписи завештајних сведоци, како се накнадно не би могла мењати садржина завештања од стране трећих несавесних лица.⁶²⁴ Сведоци морају бити писмени, способни да се потпишу и да разумеју језик на којем је завешталац признао конкретну исправу за своје завештање, при чему не морају бити упознати са садржином завештања.⁶²⁵ Њихова функција огледа се у томе што ће посведочити да је завешталац потврдио написану исправу као своје завештање (последњу вољу) и ову исправу својеручно потписао.⁶²⁶

Истовремено присуство сведока сматра се обавезним елементом форме, тако да се доследним спровођењем принципа *unitu actu* настоји обезбедити већи степен правне сигурности.⁶²⁷ Овакво решење сматрамо оправданим са аспекта остваривања завештитне функције форме, чиме се заправо, формално ограничава слобода тестирања, али се осигурава аутентичност завештања која говори у прилог реализације слободе тестирања.

Чињеница да алогографско завештање може бити сачињено од стране било ког лица, дакле завештаочевог сродника или лица које се касније јавља у својству сведока,

⁶²¹ За ову врсту завештања није неопходно да је у њему констатовано да је завешталац исто прочитао, већ је неопходно да је завешталац пред два сведока изјавио да је завештање прочитао, Види: Пресуду Апелационог суда у Београду у пресуди број Гж 12190/2010 од 15. 09. 2010. год.

⁶²² За пуноважана настанак завештања неопходно је да завешталац има очувано чуло вида, односно да је у могућности да прочита завештање (Крећ – Рајић, 1964), стр. 205; (Стојановић, 2011), стр. 214; Види: Пресуду Округног суда у Чачку број Гж 1747/06 од 20. 12. 2006. год.

⁶²³ (Трнинић, 4 / 2016), стр. 1258, 1259.

⁶²⁴ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 326.

⁶²⁵ Види: (Влагојевић, 1983), стр. 258.

⁶²⁶ Iz presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, br. Gž 2282/2014 od 26. 02. 2015. god., Intermex.

⁶²⁷ Писмени тестамент пред сведоцима није пуноважан ако приликом давања изјаве завештаоца да је то његов тестамент и потписивања истог нису била присутна истовремено оба сведока тестаментa и ако се истовремено на тестаменту они нису потписали. Све то представља јединствену правну радњу у просторном и временском смислу пошто сведоци потврђују аутентичност потписа тестатора и његове изјаве да исправа коју потписује представља његову последњу вољу – тестамент, док сама садржина тестаментa не мора бити позната тестаменталним сведоцима. (Врховни суд Србије Рев. бр. 1255/05 од 27. 12. 2005. године); Види: Пресуду Округног суда у Чачку број Гж 1747/06 од 20. 12. 2006. год.

оставља доста простора за злоупотребе.⁶²⁸ Присуство сведока није гаранција да ће завештаочава последња воља бити слободно изражена, а постоји могућност и њиховог лажног сведочења. Такође, потпис завештаоца је могуће фалсификовати, тако да се заштитна функција ове форме може довести у питање, што је генерална слабост приватних завештајних форму у односу на јавне код којих је степен осигурања аутентичности завештања и правно релеватне последње воље завештаоца на знатно вишем нивоу.

Међутим, како се сачињавање овог завештања у техничком смислу најчешће поверава адвокату, ова завештајна форма је често заступљена у пракси. Имајући у виду поменуте недостатке алогографског завештања, у актуелној реформи наследног права неопходно је поједине елементе ове завештајне форме прецизније дефинисати како би се обезбедила веродостојност последње завештаоачеве воље изјављене овим путем. У том смислу требало би допунити законске одредбе које се односе на ову завештајну форму прецизнијим, одређивањем својстава потписа завештаоца. Потпис, као једини доказ аутентичности, мора бити својеручан, уз назначивање пуног имена и презимена, а пожељно је и назначивање основних података из личне исправе.⁶²⁹ Назначивање датума и места сачињавања завештања би требало поменути у виду препоруке. Поменута поштровња формалноправних услова пуноважног настанка алогографског завештања потпуно су оправдана са становишта правне сигурности, при чему домашај слободе тестирања не би био значајније лимитиран.

b) УСМЕНО ЗАВЕШТАЊЕ

Усмено завештање представља изузетну завештајну форму која се може сачинити само у изузетним околностима, када није могуће сачинити редовну форму завештања.⁶³⁰ Усмено завештање има другу правну традицију у српском праву. У Српском грађанском законнику било је регулисно као редовна завештајна форма.⁶³¹ Међутим, због честих злоупотреба, *Законом о изменама и допунама од 24. маја, 1911.*

⁶²⁸ „Како се ради о једној врсти техничког посла, за пуноважност завештања није од значаја ко је сачинио текст завештања, па то може бити и лице које је заинтересовано за садржину завештања, а и лице које ће касније бити сведок сачињавања завештања.“ (из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, број Гж 205/2014 од 17. 09. 2014. год.).

⁶²⁹ (Стојановић, 2007), стр. 209, 210.

⁶³⁰ (Antić, 1983), стр. 354; (Крећ – Павић, 1964), стр. 222.

⁶³¹ Чл. 436. Српског грађанског законика (пре измена од 24. маја, 1911. год.).

године усмено завештање бива нормирано као ванредно и могло се сачинити само у ванредним околностима (за време рата, поплава, епидемија) када завешталац није могао сачинити писмено завештање.⁶³² Закон о наслеђивању из 1955. нормира усмено завештање као изузетну завештајну форму која се може сачинити пред два сведока у изузетним околностима, скраћујући рок важења завештања на тридесет дана.⁶³³ Оваква нормативна конструкција усменог завештања преузета је и у свим каснијим редакцијама закона о наслеђивању у српском праву, с тим што је Законом о наслеђивању из 1995. године предвиђено истовремено присуство три завештајна сведока као услов форме.⁶³⁴

За пуноважан настанак усменог завештања неопходно је кумулативно испуњење посебних услова форме (постојање изузетних околности, истовремено присуство три завештајна сведока).⁶³⁵ За завештајне сведоке важе општа правила која важе и код осталих завештајних форми.⁶³⁶ Имајући у виду специфичност околности у којима се сачињава ова завештајна форма, правило о релативној неподобности појединих категорија лица као завештајних сведока (сродника завештаоца до одређеног степена сродства, брачног друга итд.) код ове форме се не примењује.⁶³⁷ Овакаво решење доприноси широј слободи тестирања, а противтежа у корист правне сигурност постиже се прописивањем правила да завештајни сведоци и њихови сродници и супружници не могу стећи било какву корист по основу тог завештања.⁶³⁸

За пуноважност усменог завештања законодавац прописује као обавезно истовремено присуство три завештајна сведока.⁶³⁹ Овако поштрени захтеви форме код

⁶³² Услов пуноважности овог завештања био је присуство два сведока која су способна да изјављену вољу завештаоца „приме к знању“ и пред судом потврде, под заклетвом. Тестамент је важио три месеца од престанка опасности, чл. 447. Српског грађанског Законика, Г. Никетић, Збирка закона (извод). Београд, 1927.

⁶³³ Чл. 70 ст. 1 Закона о наслеђивању ФНРЈ из 1955. год.

⁶³⁴ Чл. 110 ст. 1 Закона о наслеђивању РС.

⁶³⁵ *Ibidem*. Usmeno zaveštavanje je ništavo ukoliko poslednja volja nije izrečena pred tri istovremeno prisutna svedoka i ako nisu postojale izuzetne prilike koje nalažu i opravdavaju tu vrstu zaveštavanja. Oba uslova su kumulativna i odsustvo jednog od njih je dovoljan razlog za ništavost usmenog zaveštavanja, vidi presudu Vrhovni sud Srbije, Rev. br. 3059/01 od 04. 04. 2002. godine), http://www.-poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁶³⁶ Према позитивним прописима, завештајни сведоци морају бити пунолетни, пословно способни и да разумеју језик на којем је завешталац изјавио своју последњу вољу (не морају бити писмени) и да буду у стању да потврде идентитет завештаоца, чл. 112. Закона о наслеђивању РС.

⁶³⁷ Чл. 113. Закона о наслеђивању РС; види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 368.

⁶³⁸ Види: чл. 160 ст. 3 Закона о наслеђивању РС.

⁶³⁹ Чл. 110 ст. 3 Закона о наслеђивању РС. Према ранијем Закону о наслеђивању ФНРЈ из 1955 – чл. 78 (Закон о наслеђивању ФНРЈ („Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр.

усменог завештања усмерени су на осигурање аутентичности завештаочеве последње воље и остваривање његове заштитне функције.⁶⁴⁰ У прилог тестаментарне слободе говори став правне доктрине да се од правила о истовременој присутности завештајних сведока може одступити у изузетним случајевима, онда када је, с обзиром на специфичност околности, немогуће обезбедити њихово истовремено присуство.⁶⁴¹

Неспорно, доследно поштовање принципа, *unitus actu* код ове форме завештања има оправдање као механизам у функцији остваривања формалноправне ваљаности завештаочеве воље. Међутим, оно што се може поставити као спорно јесте могућност његовог испуњења спрам реалних околности, што доводи у питање реализацију слободе тестирања путем ове форме, па самим тим и сврсисходност саме форме. Отуда смо мишљења да истовремено присуство свих завештајних сведока као услов пуноважности усменог завештања непотребно поштрава ову завештајну форму и отежава реализацију слободе тестирања у изузетним околностима. Ублажавање овог правила могло би се остварити кроз његово делимично спровођење, тако што ће од три завештајан сведока бити довољно истовремено присуство два сведока. Сматрамо да се реализација слободе тестирања услед деловања изузетних околности остварује прописивањем њиховог присуства као обавезног елемента форме, а бројност сведока би требало да буде одређени гарант аутентичности завештаочеве воље и правне сигурности приликом утврђивања садржине последње воље тестатора.

Оно што може представљати проблем у судској пракси јесте непостојање правних правила у погледу утврђивање релеватне садржине последње завештаочеве воље када се изјаве завештајних сведока у погледу садржине усменог завештања не поклапају, односно кад су противуречне, што може бити последица другачијег начина поимања изјављене последње воље завештаоца. На тај начин се у значајној мери доводи у питање реализација последње воље завештаоца чија је пуноважност условљена подударношћу изјава завештајних сведока у конкретном случају. Полазећи од начела *favor testamenti*, сматрамо да свака неподударност изјава завештајних сведока не треба сама по себи да повлачи ништавост завештања. У том смислу треба

42/1965 и 47/1965), као и Закону о наслеђивању СРС из 1974. (чл. 73), за пуноважност усменог завештања било је неопходно присуство два завештајна сведока.

⁶⁴⁰ У правној теорији су заступљена мишљења да код усмене завештајне форме присуство два завештајна сведока представља бољу законску солацију, јер је овај услов форме у изузетним околностима често тешко остварљив, (Видић Трнинић, 2017), стр. 427.

⁶⁴¹ (Antić, 1983) стр. 357; (Сворцан, 2009), стр. 68.

предвидети *de lege ferenda* да би изјаве завештајних сведока требало да се поклапају у погледу битних питања, дакле оних која су релевантна за пуноважност усменог завештања.⁶⁴² Уколико постоје неподударности у том смислу, завештање ће бити ништаво. Овакво решење се донекле чини неоправданим са становишта реализације слободе тестирања, али је неопходно зарад осигурања правне сигурности. Два од три завештајна сведока могу лако договорно режирати садржину усменог завештања која не одговара стварној вољи завештаоца, па се о слободи тестирања у том случају не може ни говорити.

Када је реч о „изузетним приликама“ као услову под којим се ово завештање може пуноважно сачинити, у правној теорији и пракси је спорно када је он испуњен. Наиме, закон не прецизира шта се под изузетним приликама подразумева, нити се оне наводе *exempli causa*, већ се препушта суду да овај правни стандард конкретизује у сваком појединачном случају – *questio factis*.⁶⁴³ Суд, дакле, врши процену околности сваког појединачног случаја са циљем да утврди да ли постоји узрочна веза између околности у којима се налазио завешталац у моменту усменог изјављивања последње воље и немогућности сачињавања писмене завештајне форме, односно, да ли је, с обзиром на њихово деловање, постојала стварна немогућност коришћења друге завештајне форме.^{644 645}

Имајући у виду могућност ужег или ширег тумачења стандарда „изузетности“ као кључне одлике околности у којима се може сачинити усмено завештање, у судској пракси су заступљени различити ставови у погледу допуштености ове завештајне

⁶⁴² (Антић – Балиновац, 1996), стр. 358. Види: постојање изузетних прилика које су завештаоца онемогућиле да сачини било који од писаних облика завештања, њихово временско трајање, завештаоцеву способност за расуђивање, као и садржину његове последње воље, (Сворцан, 2004.), стр. 258.

⁶⁴³ (Влагојевић, 1983), стр. 269.

⁶⁴⁴ „Могућност сачињања завештања у некој од осталих законом прописаних форми, искључује постојање „изузетних прилика“ као услова пуноважности усменог завештања.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 2965/10 од 01. 02. 2011. године) - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 2/2011, Интермекс.

⁶⁴⁵ С обзиром да правни стандард „изузетних околности“ подразумева како објективну, тако и субјективну компоненту, поставља се питање да ли је довољно, у појединим случајевима, постојање само субјективне компоненте, да би се околност оквалификовала као „изузетна“? Као пример се може навести ситуација када је завешталац који је усмено изјавио своју последњу вољу био у том тренутку у заблуди о изузетним приликама. Завештање сачињено под оваквим околностима би изузетно било пуноважно уколико би се доказало да су према објективним критеријумима дате околности заиста могле да створе заблуду код завештаоца да се налази у „изузетној прилици.“ Суд у конкретном случају, за правилну оцену, мора да се стави у положај самог завештаоца у моменту сачињавања завештања и, узимајућу у обзир његово психичко стање у том моменту, правилно да оцени да ли је заблуда о постојању изузетних околности била оправдана. Види: (Антић, 1983), стр. 257.

форме, од врло екстензивног тумачења, до оних рестриктивнијих која је новијег датума. У ранијој судској пракси било је нпр. случајева где је признавана пуноважност усменог завештања сачињеног од стране завештаоца који је дужи период био болестан, а усмену изјаву воље је дао када је постало извесно да ће смрт наступити.⁶⁴⁶

У погледу тумачења присуства ”изузетних прилика”, рестриктиван приступ који преовладава у данашњој судској пракси сматрамо потпуно оправданим. Имајући у виду да су формалноправне претпоставке пуноважности усменог завештања сведене на минимум, како би се у прилог што шире тестаментарне слободе омогућило тестаментарно располагање за време њиховог деловања, заштитна функција ове форме је знатно смањена.

Када је реч о утврђивању изузетних прилика објективног карактера, њихово доказивање не представља проблем, јер се лако могу проверити с обзиром да само њихово постојање говори у прилог тези да се завешталац налазио у изузетним приликама у време сачињавања завештања.⁶⁴⁷ Дакле, реч је о приликама које погађају, по правилу, већу групу људи „у вези неког неотклоњивог и општепознатог догађаја који их је задесио и битно погоршао њихов животни положај.”⁶⁴⁸

С друге стране, утврђивање изузетних прилика субјективног карактера далеко је сложеније, јер је потребно утврдити да је њихово присуство на страни завештаоца узроковало немогућност сачињавања писмене форме завештања. Рестриктивно тумачење изузетних околности сматрамо оправданим када је реч о усменом завештању сачињеном услед болести завештаоца, где је важан фактор „изненадности“ који правда немогућност сачињавања друге, редовне завештајне форме. Неспорно је да фактор изненадности може постојати и у случају наглог погоршања здравственог стања завештаоца као последица претходне, дуже болести, због чега је веома важно детаљно испитивање свих околности конкретног случаја приликом оцене њихове релевантности за сачињавање усменог завештања (природа, карактер, трајање тих околности).⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ Врховни суд Југославије, Рев. 2208/64, наведено прем О. Антић, „Усмени тестамент у савременом праву“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 5-6, стр. 506-519; супротно Види: (Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 7282/11 од 02. фебруара 2012. године) - Билтен Апелационог суда у Београду, број 4/2011, Интермекс.

⁶⁴⁷ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 355; О. Antić, *Usmeno zaveštanje – magistarski rad* (Beograd, 1978.).

⁶⁴⁸ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 355

⁶⁴⁹ „Дугогодишња болест завештаоца не може се подвести под појам изузетних прилика као услова за пуноважност усменог завештања“, Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 7282/11 од 02. фебруара 2012. године) - Билтен Апелационог суда у Београду, број 4/2011, Интермекс; исто Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 3199/2017 од 27. 02. 2018, којом је потврђена пресуда Вишег суда у Врању

Сматрамо да би прецизније дефинисање изузетних прилика *de lege ferenda* допринело уједначавању праксе судова у погледу њиховог тумачења, и већем степену правне сигурности.⁶⁵⁰ У том смислу изузетне прилике могу се појмовно одредити као „изненадне, неочекиване или непредвидиве околности због којих завешталац није могао да сачини писмено завештање“.⁶⁵¹ У зависности од тога ли се овај стандард шире или уже постави зависиће и домашај слободе тестирања у овом домену.

Због својих бројних недостатака, усмена завештајна форма није нормирана у појединим правима, пре свега романске продице права, а такође се укида или предлаже њено укидање у појединим правним системима који је допуштају. Као негативна страна ове форме посебно се истиче да присуство завештајних сведока, може створити пуно проблема у пракси, почевши од неусаглашавања изјављених воља, до могућности договорног режирања садржине завештања од стране неких сведока.⁶⁵² С друге стране, усмена завештајна форма предвиђена је у прилог шире слободе тестирања како би се појединцу омогућило давање наредбе последње воље у изузетним приликама у којима се нашао.

Дакле, питање оправдања нормирања ове завештајне форме своди се на то да ли превагу треба дати правној сигурности или начелу слободе тестирања? Свакако, приликом одређења за одређени нормативни приступ у погледу регулисања усменог завештања (као и других завештајних форми) треба поћи од циља који се нормирањем ове форме жели постићи. Оно што сматрамо јесте да је привилегована форма завештања која ће омогућити реализацију последње завештаоачеве воље у изузетним приликама оправдана са становишта начела равноправности, јер свим завештајно способним лицима треба омогућити реализацију слободе тестирања, без обзира на животне околности. У том смислу, објективизирање критеријума изузетних околности свакако је неопходно како усмено завештање не би изгубило сврсисходност, и попримило карактер редовне завештајне форме.

2 П бр. 15/2013 од 31.01.2017. године) – на сајту Апелационог суда у Нишу, Intermex; (Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 2508/2017 од 16.01.2018, којом је потврђена пресуда Основног суда у Алексинцу 3 П бр. 242/2015 од 13. 12. 2016. године) – на сајту Апелационог суда у Нишу, Interemex; “Ако је због акутног и тешког погоршања здравственог стања изјава последње воље дата у болници пред три истовремено присутна сведока, чиме су испуњени законом прописани кумулативни услови за пуноважност таквог завештања – сматраће се да су постојале изузетне прилике због којих завешталац није био у могућности да сачини писмено завештање” (Из Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 815/08 од 12.02.2009. године.), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁶⁵⁰ Iz Presude Vrhovnog suda Srbije, Rev.br.1557/04 od 23. 12. 2004. godine. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

⁶⁵¹ *Ibidem.*

⁶⁵² (Антић – Балиновац, 1996), стр. 358.

с) ЈАВНА ЗАВЕШТАЊА

1) Јавнобележничко завештање

Увођењем установе јавног бележничтва у правни систем Републике Србије усвајањем Закона о јавним бележничтву (2011. год), у наследноправни систем Србије уврштена је још једна завештајна форма – јавнобележнички тестамент. Установа нотаријата има дугу правну традицију у српском праву и постојала је још за време Краљевине Југославије, да би 1944. год. јавнобележничтво било укинута као засебна правосудна професија, те је круг нотарских послова прешао у искључиву надлежност судова.⁶⁵³

Јавнобележнички (нотарски) тестамент представља форму завештања која се сачињава у облику јавнобележничког записа.⁶⁵⁴ Реч је о редовној и јавној форми завештања коју сачињава јавни бележник у форми нотарског записа, према правилима нотаријалног поступка који је уређен Законом о јавним бележницима⁶⁵⁵ и Законом о ванпарничном поступку.⁶⁵⁶ Сачињавање тестамена у форми јавнобележничког записа, као и у упоредном законодавству, пролази кроз три стадијума: 1) припремни стадијум; 2) стадијум писмене редакције правног посла; 3) стадијум потврђивања (рекогниције) тестамена.⁶⁵⁷

У *припремном стадијуму* јавни бележник утврђује идентитет самог завештаоца као и испуњеност законских услова за сачињавање завештања (постојање слободне воље, завештајне способности тестатора, усклађеност завештања са принудним прописим, добрим обичајима јавним поретком).⁶⁵⁸ Уколико неки од ових услова није испуњен јавни бележник је дужан да донесе решење којим одбија да састави јавнобележнички тестамент.⁶⁵⁹

У фази *писмене редакције последње воље завештаоца* нотар по казивању завештаоца саставља јавнобележнички тестамент. Важна улога нотара у овом поступку је да што јасније и аутентичније формулише саопштене завештаоачеве воље коју је дужан што верније унесе у исправу, не мењајући садржину. У поступку сачињавања

⁶⁵³ (Ђурђевић, 2014), стр. 18.

⁶⁵⁴ Чл. 111 а) Закона о наслеђивању Србије.

⁶⁵⁵ Закон о јавном бележничтву „Сл. Гласника РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 и др. Закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015);

⁶⁵⁶ Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, Службени гласник СРС бр. 25/82 и 48/88, Службени гласник РС бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон (у даљем тексту: ЗВП)

⁶⁵⁷ (Ђурђевић, 2011), 2011, стр.135.

⁶⁵⁸ Чл. 93 д) и њ) Закона о јавном бележничтву. Опширније Види: (Ђурђевић, 2011), стр.136.

⁶⁵⁹ Чл. 53 Закона о јавном бележничтву.

завештања консултантска улога јавног бележника од посебног је значаја имајући у виду да је он дужан да завештаоца подучи о садржини и правним последицама овог правног посла.⁶⁶⁰ Он упозарава завештаоца на дејства правила о нужном делу,⁶⁶¹ као и на остале правне последице изјављивања његове последње воље, нарочито када постоје разлози ништавости или рушљивости завештања.⁶⁶²

Последњи и најважнији стадијум сачињавања нотарског завештања јесте *рекогниција (потврђивање) тестаментa*. Овај стадијум подразумева спровођење следећих процесних радњи: 1) упознавање завештаоца са садржином јавнобележничког тестаментa; 2) одобравање нотарског тестаментa од стране завештаоца који признаје завештање за своју последњу вољу; 3) потписивање завештања.⁶⁶³ Поступак потврђивања може бити редован и ванредан. Редован поступак је правило, а ванредни је предвиђен у посебним случајевима кад је завешталац неписмен, глув, слабовид, са посебним потребама или не познаје службени језик који се користи у процедури сачињавања завештања). У ванредном поступку потврђивања, у зависности о специфичности конкретног случаја, предвиђени су допунски услови форме као што је присуство одређеног броја сведока, судског тумача, потписивање рукознаком.⁶⁶⁴ Значај фазе потврђивања у порецедури сачињавања нотарског тестаментa огледа се у томе што се завешталац упознаје са његовом садржином, проверава тачност навода и веродостојност уношења његове последње воље у запис, чиме се остварује превентивна улога форме и предупредују евентуални спорови.⁶⁶⁵

Опредељење законодавца да присуство завештајних сведока пропише само у случајевима који правдају потребу за већом правном заштитом говори у прилог флексибилнијег нормативног приступа домаћег законодавца.⁶⁶⁶ Овакав законодавни

⁶⁶⁰ Чл. 84 ст. 1 тачка 8 Закона о јавном бележничтву.

⁶⁶¹ Чл. 183 ст. 5 Закон о ванпарничном поступку Републике Србије.

⁶⁶² У случају постојања разлога ништавости, нотар доноси решење којим одбија састављање тестаментa (чл. 172 ст. 2 ЗВП). У случају постојања разлога рушљивости, нотар је дужан да упозори завештаоца на правне последице, и да унесе упозорење у јавнобележнички запис (172 ст. 3 ЗВП).

⁶⁶³ (Ђурђевић, 2014), стр. 148; (Ђурђевић, 2011), стр. 137;

⁶⁶⁴ (Ђурђевић, 2011), стр. 137;

⁶⁶⁵ (Ђурђевић, 2014), стр. 149.

⁶⁶⁶ Различит број сведока је прописан у зависности од специфичности ситуације. Тако је у случају сачињавања нотарског завештања од стране завештаоца који не може да говори или да чује, а писмен је као услов форме предвиђено присуство једног завештајног сведока (чл. 14. ст. 1 и чл. 175. ст. 1 ЗВП), а у случају да је завешталац не познаје језик који је у службеној употреби или је неписмен, слабовид или из другог разлога у није у могућности да чита, исправа мора бити прочиатана у присуству тумача и два сведока (чл. 177. ст. 1. и чл. 178. ст. 1 ЗВП). У правној теорији се поставља питање оправдања различитог формалноправног приступа у нормирању различитог броја потребних сведока у наведеним случајевима и да ли је процена деликатности сваке конкретне ситуације адекватна, те оправдава градацију формалности у наведеним случајевима. Види: (Стојановић, 2016), стр. 13. и 14.

концепт потпуно је оправдан кад се узме у обзир чињеница да је аутентификациона функција форме у довољној мери осигурана кроз учешће нотара.

Увођење нотарског завештања у наследноправни систем Србије од посебног је значаја у домену остваривања слободе тестирања, јер се омогућава најширем кругу лица (неписменима и лицима са посебним потребама) да манифестује своју последњу вољу за случај смрти.⁶⁶⁷ С обзиром да нотарско завештање има карактер јавне исправе,⁶⁶⁸ његова доказна функција је неспорна, а учешће нотара у аутентификацији има јачу правну снагу од осталих елемената форме (нпр. завештајних сведока), јер представља трајну материјализацију садржине завештања. Консултативна улога нотара као превенција непромишљеног деловања важна је у остваривању правне заштите аутономије воље завештаоца, обезбеђујући највећу гаранцију формалне и материјалне пуноважности завештања.

С обзиром на предности ове завештајне форме, његова централна позиција у палети расположових завештајних форми потпуно је оправдана. У упоредном праву, нотарско завештање је потиснуло остале завештајне форме, а у појединим законодавствима уведено је као супститут судског завештања.⁶⁶⁹ Имајући у виду да установа нотаријата није постојала у дужем периоду у српском праву, успостављање неопходне правне праксе је предуслов квалитетног и ефикасног обављања поверених послова. У том смислу, да би јавнобележничко завештање заживело у пракси, неопходно је да грађани стекну поверење у рад јавних бележника, као што је до сада био случај са судским органима. Претпостављамо да ће нотарско завештање и у нашем праву потиснути судско, имајући у виду претежну формалноправну подударност ове две завештајне форме и исте правне ефекте, што ће довести у питање оправданост постојања судске завештајне форме.

2) Судско завештање

Судско завештање (*testamentum iudiciale*) као редовни, јавни и писани облик завештања које се сачињава пред надлежним судом представља најзаступљенију форму

⁶⁶⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 139.

⁶⁶⁸ Чл. 7 Закона о јавним бележницима.

⁶⁶⁹ У право Хрватске уведено је тзв. јавно завештање, уз истовремено укидање судског завештања, као и конзуларног, бродског и војног. Јавно завештање може бити сачињено пред судијом општинског суда, судским саветником, дипломатско-конзуларним представником Хрватске у иностранству, као и пред јавним бележником (čl. 32. Zakon o nasljeđivanju Hrvatske „Narodne novine“, бр. 48/2003 и 163/2003, 35/2005, 41/2008, 135/2011 и 78/2015).

завештања у домаћој правној пракси.⁶⁷⁰ Значај овог завештања огледа се у његовом јавном карактеру и поверењу које појединац има у суд као орган јавне власти. При сачињавању судског завештања гарантује се велики степен правне сигурности, јер се првенство осигурава слободно манифестовање последње завештаоачеве воље, као и формалноправна пуноважност сачињеног завештања. Судско завештање омогућава најширем кругу лица да завештајно располаже (неписменима, хендикепираним лицима, лицима која не познају службени језик суда), а доступност ове завештајне форме се огледа у чињиници да је у оправданим случајевима, на захтев заинтересованог лица (болесних, изнемоглих старих лица и сл.) судија дужан да поступи што хитније и изађе на лице места ради сачињавања ове форме завештања, тамо где се налази завешталац.⁶⁷¹

Стадијум потврђивања судског завештања од стране завештаоца зависи од тога да ли је он у стању да завештање прочита или не. У првом случају, завешталац ће прочитати тестамент и ако се саглашава садржином, изјавити да је његова воља верно унета у записник, те потписати тестамент.⁶⁷² У случају да завешталац није у стању да прочита завештање, јер је неписмен, слеп или не познаје језик суда, завештање чита судија у присуству два завештајна сведока. Ако завешталац сматра да је његова воља верно унета у записник, он то изјављује и потписује завештање, а потом и завештајни сведоци, и на крају судија који уноси клаузулу о предузетим радњама.⁶⁷³

Уколико завешталац није у могућности да потпише завештање својеручно, он ставља рукознак (кажипрст десне руке).⁶⁷⁴ У овој ситуацији може постати спорно да ли је присуство завештајних сведока неопходно или не, с обзиром да се по овом питању законодавац не изјашњава.⁶⁷⁵ У случају немогућности стављања отиска прста, завештаоца ће потписати један од позваних завештајних сведока.⁶⁷⁶

⁶⁷⁰ Стварно надлежан за сачињавање овог облика завештања је основни суд, а месно надлежан сваки суд на територији Републике Србије; чл. 22. ст. 2. Закона у уређењу судова („Сл. Гласник РС“, 116/2008, 104/2009, 101/2010,31/2011, 78/2011,101/2013), о6/205, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, и 113/2017) и чл. 183. ст. 3 Закона о ванпарничном поступку.

⁶⁷¹ (Сворцан, 2009), стр. 220, 221.

⁶⁷² Чл. 87 ст. 2 Закона о наслеђивању Србије; (Види: пресуду Врховног суда Србије Рев 1443/2006 од 6. 07. 2006. год.)

⁶⁷³ Чл. 88 Закона о наслеђивању РС.

⁶⁷⁴ Чл. 88 ст. 1 Закона о наслеђивању РС; чл. 179. Закона о ванпарничном поступку РС.

⁶⁷⁵ Према једном мишљењу, у случају немогућности потписивања није неопходно присуство завештајних сведока, те се ситуација поистовећује са оном када је завешталац у стању да прочита завештање (Стојановић, 2007), стр. 204;

⁶⁷⁶ Чл. 179 Закона о ванпарничном поступку РС.

Значај судског завештања се огледа у чињеници да у његовом сачињавању учествује орган јавне власти те се приликом сачињавања полази од претпоставке да је висок степен правне заштите осигуран. Такође се по процедури сачињавања судског завештања сачињавају и бродско и војно завештање. Међутим, подударности ове завештајне форме са нотарским завештањем су знатне, те се поставља питање сврсисходности њиховог паралелног регулисања. Због значаја који нотари све више имају у савременим државама у сфери наследноправних односа, а у циљу растерећења судства и ефикасности у решавању правних ствари, изражена је тенденција укидања судске завештајне форме у упоредном праву, коју сматрамо оправданом.

Због значајне подударности у елементима форме са нотарским завештањем, судско завештање омогућава реализацију слободе завештања у истом опсегу као и нотарско. И судско завештање представља форму завештајног располагања доступну најширем кругу лица, а гаранције правне сигурности које оно пружа, осигуравају правно дејство слободе завештања, па се из тих разлога може сматрати веома погодним начином располагања имовином *mortis causa*.

3) Конзуларно завештање

Конзуларно завештање представља редовну, јавну, писану завештајну форму која је резервисана за домаће држављане у иностранству, и не могу га користити други држављани. Ово завештање се сачињава од стране конзуларног представника Србије у иностранству (или дипломатског представника који обавља конзуларне послове), по процедури за сачињавање судског завештања.⁶⁷⁷ Полазећи од сврхе прописивања ове завештајне форме, а то је да се омогућ завештајно располагање домаћим држављанима у иностранству, оправданост њеног нормирања је правнополитички неспорна и у смислу остваривања шире слободе тестирања.

⁶⁷⁷ У Нацрту грађанског законика стоји да се конзуларно завештање сачињава по правилима која важе за сачињавање пред надлежним органима у Србији, при чему се не прецизира која се правила под тим подразумевају, имајући у виду да је круг органа надлежних органа за сачињавање завештања у српском праву широко постављен.

4) Бродско завештање

Бродско завештање (*testamentum in navigationibus conditum*) представља јавни, писани и ванредни облик завештања који, по казивању завештаоца, сачињава заповедник брода, према правилима за сачињавање судског завештања.⁶⁷⁸ Ово завештање се може сачинити на српском броду, за време пловидбе, дакле, када је прекинута физичка веза између брода и копна, без обзира у чијим територијалним водама се брод налази.⁶⁷⁹ У случају да постоји контакт са копном (као и ван брода), заповедник губи овлашћење за сачињавање бродског завештања.⁶⁸⁰ Време трајања ове завештајне форме као ванредне је ограничено.⁶⁸¹

Како се процедура за сачињавање бродског завештања чини сложеном за заповедника брода које обавља функцију органа јавне власти ванредно или по нужди, поставља се питање осигурања довољног степена аутентичности завештаочеве последње воље. Када се лице налази на броду (било речном, језерском, каналском као бродовима унутрашње пловидбе, било на поморском броду), бродско завештање није обавезна форма. Таквом лицу на располагању стоје и друге редовне форме завештања, пре свега приватне (својеручно и алогографско завештање), а од јавних међународно завештање. Имајући у виду да се ова завештајна форма готово и не употребљава у домаћој пракси с обзиром да Србија није поморска земља, поставља се питање сврсисходности нормирања ове завештајне форме, која се и даље предвиђа у Нацрту грађанског законика РС.⁶⁸² Имајући у виду могућност располагања заоставштином путем других постојећих облика завештања, у случају укидања ове завештајне форме, слобода тестирања не би била нарушена.

5) Војно завештање

Војно завештање (*testamentum milites*) спада у групу јавних, писаних и ванредних форми завештања које се може сачинити у ванредним околностима, за време рата или мобилиције од стране лица на војној дужности. И ова ванредна завештајна форма сачињава се по процедури за сачињавање судског завештања, с тим да су у улози овлашћеног лица јавља војни старешина одређеног ранга.⁶⁸³ Ванредност ове завештајне

⁶⁷⁸ Чл. 108. Закона о наслеђивању РС.

⁶⁷⁹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 352; (Крећ – Павић, 1964), стр. 220.

⁶⁸⁰ (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 141.

⁶⁸¹ Као ванредна завештајна форма, ово завештање важи тридесет дана од повратка завештаоца у Србију, (чл. 108 ст. 2 Закона о наслеђивању РС).

⁶⁸² Чл. 2703. Нацрта грађанског законика РС.

⁶⁸³ Чл. 109 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

форме огледа се у специфичним условима под којима се може сачинити, као и у ограниченом року важења.⁶⁸⁴

Као најстарија завештајна форма, војно завештање наставља свој правни континуитет и у Преднацрту грађанског законика, где су прописани услови форме исти као и у претходној регулативи. Овакав нормативни приступ иде на уштрб слободе тестирања због строгих захтева форме који нису усклађени са карактером околности у којима се војно завештање сачињава, као и сврхом његовог нормирања. У формалноправном смислу, критика се може упитити сложенеј процедури сачињавања коју би требало знатно поједноставити, уважавајући чињеницу да су лица овлашћена за сачињавање војног завештања често недовољно правно поткована за спровођење компликоване процедуре по којој се сачињава и судско завештање, истовремено не узимајући у обзир и специфичне и ризичне околности у којима се ова форма допуштена. Отуда, се намеће потреба ревидирања формалних правила за његов пуноважни настанак, па чак и разматрање могућности укидања војног завештања због његове веома ретке заступљености у пракси.

6) Међународно завештање

Међународно завештање представља писану, редовну и јавну форму завештања која је настала као резултат потребе да се омогући што једноставнија реализација последње завештаоачеве воље у случају постојања елемента иностраности и смањи потреба утврђивања меродавног права у погледу завештајне форме.⁶⁸⁵ Ова унификована форма тестаментa уведена је у домаће право ратификацијом Конвенције о Једнообразном закону о облику међународног тестаментa 1977. године, када она постаје саставни део унутрашњег правног поретка тадашње СФРЈ.⁶⁸⁶ Иако је повод његовог увођења био да се лицима која бораве у иностранству омогући облик завештајног располагања који ће бити општеприхваћен и пуноважан у различитим државама, овај облик тестаментa не подразумева нужно елемент иностраности.⁶⁸⁷

Значај међународног завештања за слободу тестирања огледа се у чињеници да ова завештајна форма стоји на располагању широком кругу лица. Могу га сачинити сва

⁶⁸⁴ Војно завештање престаје да важи у року од 60 дана од престанка ратних околности, односно, 30 дана од демобилизације, чл.109 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

⁶⁸⁵ S. Marković, „Međunarodni testament“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 20 (1980), стр. 112.

⁶⁸⁶ Конвенција о Једнообразном закону о облику међународног тестаментa са Прилогом („Службени лист СФРЈ“ – међународни уговори, бр. 3/77), у даљем тексту: ЈЗМТ; Види:чл. 92-107 Закона о наслеђивању РС и (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 142.

⁶⁸⁷ (Blagojević, 1983), стр. 3; (Marković, 1981), стр. 112.

завештајно способна лица, независно од тога да ли су писмена или не, да ли разумеју службени језик органа пред којим се сачињава међународно завештање, без обзира на држављанство, место пребивалишта, боравишта или где се налази имовина којом се располаже.⁶⁸⁸

Како је према Конвенцији о једнообразном закону о облику међународног тестаментa препуштено државама потписницама да, сходно свом законодавству, уреде круг лица овлашћених за сачињавање међународног тестаментa, српски законодавац је овај круг лица широко поставио (судија надлежног суда, конзуларни или дипломатски представник, заповедник брода, војни старешина одређеног ранга, јавни бележник).⁶⁸⁹ У правној теорији се сматра оправданим да органи који су овлашћени за сачињавање јавних завештајних форми буду уврштени у ову категорију, али се као спорно сматра поверавање овог овлашћења лицима која су надлежна за сачињавање ванредних јавних форми завештања (заповеднику брода, војном старешини). Као аргумент у прилог овог става наводи се њихова недовољна правна оспособљеност за сачињавање ове сложене завештајне форме, чиме се доводи у питање реализација овлашћења завештајног располагања.⁶⁹⁰

Битан елемент форме код међународног завештања јесте да оно мора бити сачињено у писменом облику, при чему завештаоцу на располагању стоји могућност да сам сачини завештање (било којим средством и техником писања, и на било ком језику), или да по његовом казивању повери сачињавање другом лицу.⁶⁹¹ Потом, следи фаза потврђивања тестаментa, где завешталац изјављује пред овлашћеним лицем и два присутна сведока да је унапред сачињено писмено његов тестамент и да је упознат са његовом садржином.^{692 693}

У погледу поменутих елемената форме, међународно завештање се у значајној мери поклапа са алогографском формом. Чињеница да не мора упознавати лица која учествују у процедури сачињавања завештања са његовом садржином, нити су предвиђени неки други услови форме како би се осигурала аутентичност садржине сачињене исправе (нпр. да је завешталац у стању да прочита завештање, да је обавезан

⁶⁸⁸ Види: чл. 92. Закона о наслеђивању РС; и (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 144.

⁶⁸⁹ Чл. 95. Закона о наслеђивању РС; Види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 346.

⁶⁹⁰ (Стојановић, 2007), стр. 205; (Marković, 1981), стр. 255.

⁶⁹¹ Након утврђивања идентитета завештаоца, овлашћени орган је дужан да на захтев завештаоца његову изјављену последњу вољу писмено уобличи, с обзиром да је она представља конституивни елемент форме међународног завештања. Усмени међународни тестамент није допуштен (Marković, 1981), стр. 254.

⁶⁹² Чл. 96 Закона о наслеђивању РС.

⁶⁹³ Он није дужан упознавати завештајне сведоке, нити овлашћено лице са садржином завештања, попримајући, на тај начин својства тзв. тајног завештања. (Антић – Балиновац, 1996), стр. 346.

да познаје језик на којем је оно написано и сл.) оставља простора за евентуалне злоупотребе.

Као и код алогографског завештања, писмена редакција ове завештајне форме представља њен конститутивни елемент, при чему није од значаја језик који је коришћен, нити техника сачињавања. Након признања сачињеног писменог као свог завештања, завешталац се потписује у присуству сведока и овлашћеног лица, али за разлику од алогографског, може признати и раније стављен потпис.⁶⁹⁴ У том случају, оставља се простора за претходно фалсификовање потписа, иако је у циљу остваривања већег степена правне заштите предвиђено учешће овлашћеног лица приликом његовог потврђивања. Са истим правним циљем, прописано је и присуство завештајних сведока, као обавезан елемент форме, који поред општих услова за завештајне сведоке, морају испуњавати неке посебне услове (да знају да читају и пишу, да разумеју језик на којем завешталац потврђује тестамент, те да имају очувано чуло вида како би посведочили чин потписивања).⁶⁹⁵

Заштитна функција форме остварује се и назначавањем датума сачињавања завештања на крају самог текста, као обавезног формалног елемента међународног завештања.⁶⁹⁶ По завршеној процедури сачињавања, овлашћено лице је дужно да сачини потврду у којој констатује да су приликом сачињавања међународног завештања поштована правила предвиђена Законом о једнообразном закону о облику међународног тестаментa.⁶⁹⁷ Пропуштање ове радње од стране овлашћеног лица не утиче на формалну пуноважност међународног тестаментa, јер ова потврда, као јавна исправа, има доказну функцију.⁶⁹⁸

Полазећи од процедуре сачињавања међународног тестаментa који интегрише елементе више завештајних форми (својеручног завештања, писменог завештања пред сведоцима, судског завештања), плуралитет предности и недостатака ових завештања огледа се кроз форму међународног тестаментa.⁶⁹⁹ Као предност ове завештајне форме може се навести широк опсег његове примене, с обзиром да је омогућено свим

⁶⁹⁴ Уколико завешталац није у стању да сам својеручно потпише завештање, то може, по његовом захтеву, учинити друго лице које он одреди, при чему овлашћено лице наводи разлоге за ову немогућност на самом завештању (Види:чл. 98 Закона о наслеђивању РС).

⁶⁹⁵ Чл. 112. Закона о наслеђивању Србије.

⁶⁹⁶ Чл. 99 Закона о наслеђивању РС. Неки правни писци сматрају да ће међународни тестамент бити пуноважан уколико на њему није назначен датум, под условом да је он означен на самој потврди (Marković, 1981), стр. 258.

⁶⁹⁷ (Ђурђевић, 2014), стр. 144.

⁶⁹⁸ *Ibidem*; (Marković, 1981), стр. 259; Н. Стојановић, 'Улога јавних бележника у наследноправним стварима', *Правни живот*, 12 (2011.) стр. 222, 223.

⁶⁹⁹ Б. Благојевић, *Облик међународног тестаментa*, *Правни живот*, бр. 1/1983. стр.7.

завештајно способним лицима да овим путем располажу својом имовином за случај смрти (неписменима, глувима, слепима итд.). У погледу овог питања у постојећој регулативи међународног завештања у српском праву постоји правна празнина у погледу допуштеног и пуноважног начина потврђивања самог завештања од стране завештаоца. Недоумица је да ли усмена нункупација представља услов пуноважности ове завештајне форме, или је важеће и потврђивање завештања од стране завештаоца писменим путем, на самом завештању, као и какве су правне последице у случају немогућности потврђивања завештања на неки од поменутих начина (нпр. у случају да је завешталац нем?). Начин регулисања овог питања опредељује и круг лица легитимисаних за сачињавање међународног завештања, чиме се у значајној мери доприноси јаснијем утврђивању граница слободе тестирања.

Иако се овај облик завештања може сачинити независно од постојања елемента иностраности, његова специфичност у односу на остале завештајне форме је могућност да га сачине страни држављани (и у случају постојања других елемената иностраности), чиме се доприноси унификацији облика тестаментна на међународном плану, и олакшава прекогранична прометљивост добара за случај смрти. Имајући у виду да се располагање имовином за случај смрти може остварити путем других завештајних форми које су нормиране у српском праву, кроз једноставнију процедуру сачињавања, а код појединих облика уз знатно већи степен правне сигурности (судско и нотарско завештање), међународно завештање треба да има примат у случају када је завешталац држављанин неке од земаља потписница Конвенције о облику међународног тестаментна, као и случају постајања других елемената иностраности.⁷⁰⁰

3. ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА ЗАВЕШТАЈНИХ ФОРМИ У ПРИЛОГ ШИРЕ СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА

Формализам завештања настао је као резултат потребе да се заштити слободна воља завештаоца.⁷⁰¹ Иако је начело неформалности правних послова општеприхваћено у савременим правним системима, у тестаментарном праву оно не важи и правда се *mortis causa* правним дејством завештања. Формалноправна ограничења тестаментарне слободе детерминисана су основним друштвенополитичким циљевима ради којих су прописана и као таква усмерена су на остваривање заштитне, доказне и упозоравајуће функције форме. У тим оквирима једино је могуће сагледати оправданост форме

⁷⁰⁰ R Perchinunno, 'Note introduttive', in R Perchinunno (ed), 'Commentario alla l. 29 novembre 1990, n. 387', in Nuove leggi civili commentate (1996) 50 - n 2., navedeno prema: W. Pintens, Testamentary Formalities in Italy, u: "Comparative succession law-testamentary formalities", K. G. C Rei, M. De Wall, R. Zimmermann, Oxford University Press, New York, 2011, стр.137.

⁷⁰¹ (Pintens, 2011), стр. 70.

тестаментна као ограничавајућег фактора слободе тестирања. Истовремено, опсег завештајне слободе у афирмативном смислу одређен је и плуралитетом форми у којима се она може манифестовати, те је њен домашај неопходно посматрати у контексту овог амбивалентног дејства завештајне форме.

Иако је солемнизација завештања превасходно била предвиђена у сврху заштите слободе тестирања, последњих деценија евидентан је тренд ублажавања тестаментарних формалности у прилог шире слободе тестирања. Тренд либерализације концепта нормирања завештајног наслеђивања следе и земље романске правне традиције, по угледу на германске земље које карактерише либералнији приступ у тестаментарном наслеђивању.⁷⁰² Разлог томе је чињеница да завештање као вид *mortis causa* располагања све више губи на значају у практичном смислу због неусклађености са потребама савременог правног промета, те се говори о „кризи завештања“. Отуда је завештајно наслеђивање потиснуто све популарнијим супститутима завештајног располагања (уговор о наслеђивању, уговор о одрицању од будућег наследства, *pactio di familia...*), што је условило актуелно реформисање завештајног права у циљу прилагођавања потребама савременог човека.

Степен развоја друштва и високих технологија условљавају другачији приступ формализму завештајног располагања и прилагођавање практичним потребама човека како би прописане форме завештања оствариле своју сврху. У већини савремених права, либерализација завештајне форме сматра се оправданом у контексту достигнутог степена друштвеног развоја и нових захтева правног промета који намећу и потребу усклађивања правила наслеђивања, па се тежи ублажавању формалних претпоставки тестаментарног наслеђивања, водећи рачуна да се не угрози правна сигурност.⁷⁰³ Постоје, међутим, и законодавства у којима су постојећа правила тестаментарног наслеђивања оцењена као превише либерална, и зато се законодавац опредељује за мањи број завештајних форми и строже нормирање постојећих. У том смислу, са промењеном улогом и значајем завештајних форми, неке од њих се ревидирају, а поједине и укидају.

Из упоредноправног прегледа тестаментарних форми и анализе теоријских схватања може се закључити да су ванредне завештајне форме застареле, да не одговарају потребама савременог правног промета, као и да околности у којима се сачињавају не правдају у довољној мери њихов опстанак, с обзиром да завештаоцу на

⁷⁰² (Pintens, 2011), стр. 70.

⁷⁰³ Види: (Wékás, 2011), стр. 268.

располагању стоје редовне форме завештања, а у изузетним приликама усмено завештање. Истовремено, наглашава се чињеница да лица овлашћена за сачињавање ванредних форми завештања нису, по правилу, довољно правнички за то едукована.

Када је реч о усменом завештању, извесно је да се оно у пракси ретко примењује јер су захтева форме који су тешко остварљиви због специфичности околности у којима се завешталац налази, па се поставља питање његове практичне сврсисходности. У прилог реченом може се још додати да елементи ове форме не обезбеђују довољан степен правне сигурности пошто код усменог завештање има доста простора за злоупотребе, због чега оно и није признато у појединим законодавствима. Отуда се отвара и питање правне сврсисходности ове завештајне форме и поставља захтев да се преиспита њен основни концепт.

Нормирање посебних облика завештања која се сачињавају у специфичним околностима, оправдано је уколико лице није у могућности да сачини редовну завештајну форму, уз постојање опасности од наступања изненадне смрти завештаоца. На овим основама се у појединим правима укида усмено завештање као посебна завештајна форма, и уводи завештање у нужди које замењује све до тада важеће ванредне завештајне форме, остављајући могућност завештаоцу да карактер форме прилагоди конкретним околностима и могућностима завештаоца (на пример, у аустријском праву он се може одредити да сачини завештање у нужди усменим путем или као алогографско завештање).

Оваква рекодификација неспорно доприноси рационализацији тестаментарног права, јер се завештајна форма прилагођава практичним потребама човека. Сврха слободе тестирања је да се завештајно способном лицу омогући манифестација последње воље у којим год околностима да се нађе. Прокламовање или укидање одређених форми није примарно за одређивање домашаја слободе тестирања, све док се ова слобода суштински може остварити у пуном обиму. Зато сматрамо да је посебна завештајна форма, без обзира да ли се она квалификовала као ванредна, изузетна или нужна, неспорно оправдана у контексту изузетних прилика у којим се сачињавања, које искључују могућност коришћења редовних форми, под условом да је смрт завештаоца извесна. Изузетност ове форме захтева прописивање оптималног периода њеног важења, а либерализација форме кроз снижавање старосне границе завештајних сведока и допринела би да ова форма оствари своју друштвену функцију. Прецизније дефинисање критеријума изузетних прилика као правног стандарда с циљем да се што

више објективизира, допринело би већој правној извесности у ситуацијама кад се ова форма примењује. Прецизирање изузетних прилика је неопходо да би усмено завештање као завештање у нужди одржало свој карактер изузетности и оправдало правнополитичку сврху ради које је установљено. Правни поредак треба да обезбеди могућност остваривања слободе тестирања у свим околностима, што је и оправдање за признавање изузетне завештајне форме, али у релативном односу усмене и писмене форме, предност треба дати писменој редакцији последње воље завештаоца, због чега се и усмена изјава последње воље завештаоца објективизара преношењем у писмену форму.

Посматрано са аспекта оправданости нормирања конкретних врста завештања, либералнији формални приступ нормирању приватноправних облика завештања, иде у прилог шире слободе тестирања. Доступност приватних форми и једноставнија процедура сачињавања неспорно доприносе и лакшој реализацији слободе тестирања, што је и разлог њихове заступљености у пракси. Тако код ологографског завештања, својеручно потписан и написан текст прописани су ради остваривања доказне и заштитне функције форме, а може се закључити и да су ти захтеви оправдани ако се има у виду правна сврха прописаног ограничења.⁷⁰⁴ У том смислу, ологографско завештање је приватна завештајна форма којој се најчешће прибегава, што потврђује и упоредна правна пракса, те је као такво нормирано у готово свим правним системима (са изузетком Холандије). Флексибилност алогографске форме који се огледа у слободи избора технике исписивања текста завештања и лица којем се тај чин поверава, оправдава заступљеност ове приватне форме у домаћој и упоредној правној пракси.

Основни недостатак ових завештајних форми је у томе што их не могу сачинити завештајно способна неписмена лица, па се тако ограничава слобода завештања. Међутим, сматрамо да оваквим нормативним приступом није нарушен принцип равноправности у домену тестирања, пошто овим лицима стоје на располагању и друге завештајне форме као што су јавна завештања, као и усмено завештање,⁷⁰⁵ а разлике у погледу доступности форме тестаментa између лица која су способна да пишу и која то не могу, усклађене су са суштином ствари због које су разлике и прописане.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ (Ђурђевић, 2009a), стр. 853.

⁷⁰⁵ Када је реч о особама са инвалидитетом, сматра се у теорији и пракси да могу написати својеручно завештање и вештачком руком (Svorcan, 2004), стр. 205.

⁷⁰⁶ (Ђурђевић, 2009a), стр. 854, 855.

Други је недостатак што се својеручно писање све више замењује електронским, тако да је њихова практична сврсисходност доведена у питање. Отуда је ревидирање правила форме ологографског завештања оправдано ако се жели одржати у завештајном праву, иако се у перспективи отвара пут да буде укинута,⁷⁰⁷ и замењено неком другом формом, као што је електронско завештање, што је већ учињено у неким законодавствима.⁷⁰⁸ Очито се у тестаментарном праву мења и улога приватних завештајних форми.

4. ЕЛЕМЕНТИ ФОРМЕ ЗАВЕШТАЊА КАО ОГРАНИЧАВАЈУЋИ ФАКТОР СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Ограничавање слободе тестирања у погледу избора технике и метода сачињавања ологографског завештања неоправдано је кад се има у виду достигнути степен друштвеног и технолошког развоја, али и са становишта правне и практичне сврсисходности ове тестаментарне форме. Због тога, завештаоцу треба признати слободу избора метода (и технике) сачињавања ологографског завештања, превасходно, предвидети могућност електронског сачињавања тестаamenta, при чему би основна заштитна функција форме била осигурана путем својеручног потписа као елемента форме који је у складу са правном суштином својеручног завештања. Треба узети да потпис испуњава своју правну сврху ако се на основу његових карактеристика може извршити идентификација завештаоца и потврдити аутентичност самог завештања. Из тог разлога, било какво формално ограничавање садржине потписа (нпр. забрана стављања инцијала) сматрамо неопраганим ограничавањем слободе тестирања са правног становишта.

И могућност стављања дигиталног потписа чини се оправданом са становишта основних критеријума потписа и његове правне сврсисходности. Имајући у виду технологију крирања електронског потписа, његова аутентификациона функција је неспорна, јер је се са много већим степеном поузданости може потврдити аутентичност потписаног текста него код својеручног потписа на папиру, и са великим степеном сигурности потврђује његова припадност потписаном лицу.

Нажалост, међу нашим правницима још увек није преовладао став да у тестаментарном праву квалификованом електронском потпису треба признати исто

⁷⁰⁷ Liserre (n 154) 181–6; Pietro Perlingieri, „Il diritto ereditario all’affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive“, in *Stefano Delle Monache (ed), Tradizione e modernita` nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia* (2007) 317, 321 (наведено према : (Braun, 2011), стр. 141..

⁷⁰⁸ (Reid, De Waal – Zimmermann, 2011), стр. 443, 444; Пример оваквог нормативног приступа је Невада (Nevada Revised Statutes, 133.085 (2008).

правно дејство као и својеручном потпису. Као разлог наводе могућност злоупотреба и правну несигурност, али су ти разлози неубедљиви и највероватније последица непознавања нове технологије, а добрим делом и ригидног става према увођењу технолошких достигнућа у правну форму. Уважавајући све предности електронског потписа којима се осигурава и већи степен правне сигурности него својеручно написаним и потписаним завештањем, увођење електронске завештајне форме *de lege ferenda* чини нам се извесним. Прелазну етапа ка новој, електронској ери тестаментарног права, представљаће ологографско завештање у електронском облику, са својеручним потписом. Свако другачије решење ишло би на уштрб слободe тестирања, где би форма надвладала суштину.

Потреба за ублажавањем формалности посебно је изражена у погледу навођења *датума*, где у оним правним системима у којима је био обавезан елеменат форме код приватних облика завештања, он постаје допунски, а назначаване места сачињавања завештања као конститутивног елемента форме ишчезава. Када је реч о датуму као елементу форме, у појединим системима се заузима флексибилнији приступ код прописивања форме приватних облика завештања, па се његово уношење не сматра обавезним, већ препоручује.⁷⁰⁹ У том смислу, назначаване *датума* као обавезног елемента форме ологографског завештања, као што је предвиђено у Нацрту грађанског законика Србије, може се критички посматрати. Најпре, предложено законско решење значајно одступа од савремених токова уређења и тумачења завештајне форме у упоредном праву. У савременом праву форму треба тумачити теолошки и у сваком конкретном случају утврђивати да ли су остварени правнополитички циљеви одређених елемената форме, а не формалистички да би правни посао уживао правну заштиту.⁷¹⁰ Затим, оваквим решењем неоправдано се задира у слободу тестирања, јер се не заснива на принципу пропорционалности између прописног ограничења и сврхе ради које је ограничење прописано. Отуда је датум као конститутивни елеменат форме ологографског завештања оправдан само онда када је његово назначаване релевантно за конкретни случај. То значи само у случајевима кад од датума зависи пуноважност завештања, а не може се на основу других доказа утврдити време сачињавања тестаamenta. Оваквим уређењем форме било би омогућено да се не поништава сваки ологографски тестамент

⁷⁰⁹ Француска и Белгија се више практикују либерални приступ формалностима завештајног наслеђивања, нарочито у погледу датума који све више постаје допунски, уместо елеменат завештајне форме, те се ови романски правни системи све више приближавају либералном немачком концепту.

⁷¹⁰ (Ђурђевић, 2009а), стр. 863.

који нема датума, на пример, кад постоји само један тестамент завештаоца чија веродостојност није спорна. Поништити тестамент у наведеном примеру значило би штити форму ради форме, а не ради остварења њене сврхе. Из свих ових разлога, одредбу чл. 84 ст. 2 ЗОН-а, према којој потпис није обазни елемент ологографске форме али је пожељан, треба задржати, а питање датума решити увођењем одговарајућег интерпретативног правила у смислу напред изнетог тумачења.⁷¹¹

Са становишта ограничавајућег дејства на слободу тестирања, оправданост обавезног присуства завештајних сведока као елемента зависи од врсте форме. **Завештајни сведоци** као конститутивни елемент форме код појединих облика завештања прописани су у циљу остваривања заштитне и доказне функције форме, а у појединим случајевима имају кључну улогу у реализацији завештаочеве воље, као што је то случај код усменог завештања. Њихова кључна улога огледа се у аутентификацији завештања у току читавог процеса његовог сачињавања.

Прописивање општих и посебних услова које ова лица морају испуњавати у погледу пословне способности, пунолетства, способности да разумеју језик на којем завешталац изјављује или потврђује своју последњу вољу, као и очуваности чула вида како би могли да посведоче чин потписивања завештања, као и идентитет завештаоца, представљају неопходна ограничења која правдају и сврху прописивања. Када је реч о доњој старосној граници завештајних сведока, може се сматрати оправданим њено снижавање у прилог шире слободе тестирања, нарочито када је немогуће обезбедити присуство пунолетних сведока због ванредних околности у којима се завешталац налази.

Ограничења круга лица која се могу наћи у улози завештајних сведока према критеријуму сродничке или брачне везе са оставиоцем, као и чињенице да се налазе у улози бенефицијара конкретног завештајног располагања, неспорно је у функцији остваривања већег степена правне заштите аутономије воље завештаоца, јер смањује могућност евентуалних злоупотреба. Будући да се као основ ограничења узима њихова евентуална пристрасност и могућност злоупотребе своје позиције у процесу сачињавања завештања, може се закључити да широко постављен круг лица која се не могу наћи у улози завештајних сведока гарантује аутентичност завештаочеве последње воље, али сужава границе завештајне слободе. Међутим, због евентуалне пристрасности, неоправдано се искључују даљи сродници завештаоца, а лица са којима

⁷¹¹ (Đurđević, 2009a), стр. 863.

завешталац живи у заједничком домаћинству са којима није у сродничком односу, нису искључена из круга завештајних наследника. Реалнија процена које су категорије лица неоправдано искључене, а које треба с разлогом искључити као завештајне сведоке, допринела би да општи приступ у дефинисању круга лица која се не могу наћу улози завештајних сведока буде више усмерен ка правној сигурности и тако допринесе опстанку ове завештајне форме.

Код јавних завештајних форми присуство завештајних сведока као елемента форме изузетно је оправдано, када то околности конкретног случаја захтевају, с тим што постоји ризик да процена законодавца у погледу њиховог неопходног броја неоправдано учини сложенијим захтеве форме, па самим тим отежа (код нотарског тестаментa) или онемогући (код усменог тестаментa) дејство материјално пуноважног завештања.

Присуство завештајних сведока код алогографског завештања је оправдано ако се пође од његове заштитне функције, нарочито у оним правима где се сведоцима презентује већ потписано завештање. Да се аутентичност воље завештаоца не би довела у питање, или барем да би се смањило ризик од могућих злоупотреба, примењују се додатни механизми заштите у виду нункупације и доследног спровођења принципа *unitu actu* код ове завештајне форме. Неки флексибилнији формални приступ имао би негативне последице по остваривање последње воље завештаоца, тако да би сложенија процедура сачињавања алогографског завештања више ишла у корист, него на штету слободе тестирања.

Пошто је доказна функција завештајних сведока као елемента форме или својеручно написаног текста и потписа, далеко слабија у поређењу са улогом јавних органа у потврђивању аутентичности завештања, предност у завештајном располагању свакако треба дати редовним јавним облицима завештања. Доказна снага редовних јавних облика завештања неспорно је најјача и аутентичност тако изражене последње воље завештаоца ретко се доводи у питање, а ништавост завештајне форме због формалних недостатака је ретка, као и спорови око тумачења завештања. Ове завештајне форме најширем кругу лица омогућавају да реализује своју завештајну слободу (неписменима и лицима са посебним потребама), уз обезбеђивање највећег степена правне сигурности и аутентичности завештаоачеве воље. Истовремено, различите могућности у погледу начина манифестовања последње воље (усмено, писмено, коришћење аудио и видео снимака као помоћних средстава) говоре у прилог

њиховог значаја за реализацију слободе тестирања. Код јавних завештајних форми противправни утицај на завештаочеву вољу сведен је на минимум, што говори у прилог несметаног остваривања слободе тестирања, а консултантска улога судије или нотара посебно је значајна са аспекта остваривања заштитне функције форме.⁷¹² Истовремено је осигурано извршење завештања, с обзиром да се јавна завештања по правилу региструју у Централном регистру. Из поменутих разлога, јавне завештајне форме, пре свега нотарско завештање, најзаступљенији је вид завештајног располагања у упоредном праву, које у највећој мери доприноси афирмацији слободе тестирања.

У складу са актуелним тенденцијама либерализације тестаментарних форми, у правној доктрини је заступљен став о ублажавању формалности и код јавних завештајних форми. Код нотарског завештања, у појединим правима (нпр. праву Шпаније) либерализовани су услови њиховог пуноважног настанка, како у погледу начина изражавања и потврђивања последње воље завештаоца, тако и у погледу нетачно изјављене воље, као и начина потписивања.⁷¹³ Паралелно с тим, ублажавају се правила о обавезном истовременом присуству два сведока приликом саопштавања последње воље пред нотаром⁷¹⁴ и предвиђа блаже санкционисање неких формалних недостатака. Интересантно је напоменути да поред извесних измена у смислу либерализације јавних завештајних форми, са развојем нотарске професије, у појединим правима уследило је укидање судског завештања, па је нотарско завештање постало једина јавна завештајна форма. Као аргумент у прилог оваквом законодавном приступу, сматрамо да судови треба да се баве решавањем спорова, а да нотарима треба препустити сва питања везана за наследноправне односе.

Из поменуте анализе завештајних форми произлази да степен сложености и стриктности формалних услова пуноважног настанка завештања, осликава меру ограничавања завештајне слободе. У складу са тенденцијом остваривања шире аутономије воље, савремено законодавство карактерише ублажавање формалности у тестаментарном праву, које се манифестује и кроз прописивање санкција ништавости само за неиспуњење најстрожих формалности, док је санкција рушљивости прописана за остале формалноправне недостатке. Уколико завештање буде оглашено ништавим сматраће се као да није ни постојало, и могућност реализације слободе тестирања по

⁷¹² (Hagena, 2010), коментар §2231, стр. 1466, 1467.

⁷¹³ (Lariente, 2011a), стр. 92.

⁷¹⁴ Судска пракса је показала либералнији приступ и код јавних завештајних форми, када је реч нпр. о нотарском завештању, (Braun, 2011), стр. 139.

основу оваквог завештања потпуно се искључује. У случају да је недостатак неког елемента форме има за последицу рушљивост завештања, о њиховом ограничавајућем дејству на слободу тестирања може се говорити само ако завештање (или поједине његове одредбе) буду поништене у законом предвиђеним роковима.

Фомалности код завештајног располагања неопходне су да би се последња воља завештаоца након његове смрти могла да реализује. Од момента смрти објективно је немогуће да он потврди аутентичност завештања ни да реши евентуалне недоумице око садржине. Формалне претпоставке треба да буду у функцији остварења последње воље завештаоца и у складу су са принципом *favor testamenti*. Међутим, претерано строга форма завештања често је препрека у остварењу последње воље завештаоца. С друге стране, мање стриктна правила ће омогућити реализацију последње воље само ако буду дословно поштована. Формална правила свакако треба посматрати у конкретном друштвеном и политичком контексту, у складу са степеном цивилизацијског развоја, који је условљен социјалним и економским приликама, технолошким развојем, те различитим потребама правног промета. У том смислу, форма мора бити усклађена са конкретним друштвеним потребама и циљевима, уз уважавање приватноправних интереса појединца ради којих је завештајна форма првобитно и установљена.

Глава четврта ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ОДРЕЂИВАЊА САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ДЕТЕРМИНИСАЊЕ САДРЖИНЕ ЗАВЕШТАЊА

Садржина завештања се у правној теорији дели на „материјалну, формалну и на ону која обухвата и тзв. остале одредбе. По својој природи, завештајна располагања су имовинска или неимовинска, а према правном дејству, могу бити наследноправног или неког другог правног дејства. Поменути располагања завештаоца класификована према дејству спадају у материјалну садржину завештања и односе се на имовинскоправно располагање завештаоца”.⁷¹⁵

Слобода креирања садржине завештања (*Inhaltstfreiheit*) једна од најзначајнијих манифестација слободе тестирања.⁷¹⁶ Садржина завештања мора бити фактички могућа и правно дозвољена.⁷¹⁷ То значи да се наредба последње воље мора односити на оно што је остварљиво, што се може реално испунити, и на оно што је допуштено са становишта јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја.⁷¹⁸ Проблем дефинисања граница завештајне слободе у погледу одређивања садржине завештајних располагања своди се управо на одређивање правних критеријума допуштености, односно недопуштености те садржине.

Завештањем као једостраним правним послом *mortis causa* завешталац може изазвати различита правна дејства, почев од оних које иначе може изазвати једностраном изјавом воље *inter vivos* (одрицање од неког права, признавање или опроштај дуга), до посебних, наследноправних учинака својствених завештању као правном послу *mortis causa*. Наследноправна дејства завештајног располагања делују према свима (*erga omnes*), па ће правно ваљана бити само она располагања која су законом предвиђена као допуштена (аналогно стварним правима), док се уговорна располагања могу односити на све што није забрањено, што је последица њиховог дејства *inter partes*.⁷¹⁹

⁷¹⁵ (Antić, 2009), стр. 237.

⁷¹⁶ (Ђурђевић, 2011), стр. 33.

⁷¹⁷ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 150.

⁷¹⁸ Чл. 115 Закона о наслеђивању РС.

⁷¹⁹ Нпр. одредба о одређивању наследника наследника била би ништава, као и збрана деобе заоставштине и ограничавање права наследника да отуђи наслеђене ствари (чл. 159. Закона о наслеђивању РС); Види: (Gavella – Belaj, 2008), стр. 151 и 152.

Када је реч о допуштеној садржини завештајних располагања која имају наследноправно дејство она се конкретизују, најпре, кроз дефинисање предмета завештајног располагања, одређивање круга лица у чију корист завешталац може слободно располагати завештањем и величине њиховог наследног дела, могуће модалитете именовања наследника (одређивање заменика наследнику, постављање наследника под условом или роком, оптерећење налогом), одређивање испорукопримаца, искључења из наслеђа или лишења нужног дела и др. Реч је о одредбама претежно имовинскоправног карактера које се у правној теорији означавају као материјална садржина завештања.⁷²⁰

Поред ових, садржину завештања чине и неке друге одредбе неимовинске природе које немају наследноправно дејство, али њихова реализација зависи од пуноважности тестаментa (нпр. признање очинства, опроштај недостојности, одређивање места и начина сахране и др.). Поједине клаузуле о реализацији изјаве последње воље, односе се на наслеђе, али су само формалноправне природе: (нпр. постављање извршиоца завештања). Иако се завештајним располагањем могу изазвати различити грађанскоправни учинци, предмет наше анализе биће првенствено завештајна располагања која узрокују непосредна наследноправна дејства, која ћемо узети као типична, као и њихова ограничења, с обзиром да је примарни циљ тестаментарног располагања уређење наследноправних последица смрти завештаоца, не умањујући притом значај осталих располагања која могу чинити садржину завештања.

II. ПРЕДМЕТ ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА – МОГУЋНОСТИ И ПРАВНЕ ГРАНИЦЕ

Предмет завештајног располагања прва је детерминанта која оцртава правне лимите завештајне слободе. Предмет правног посла је оно на шта се посао односи, о чему је посао, а то су акти давања, чињења, нечињења или уздржавања.⁷²¹ Границе слободе завештајног располагања у погледу предмета, најпре су одређене општимa правилима о квалификативима самог предмета као претпоставке пуноважности сваког

⁷²⁰ О елементима садржине завештања и критеријумима њихове класификације Види: (Antić, 2009), стр. 237 ; (Vlagojević, 1983), стр. 241;

⁷²¹ У пракси се често, ради једноставнијег комуницирања, изједначава предмет и објекат правног посла, што са становишта науке није прихватљиво. Предмет неког правног посла је сама радња која се извршава, нпр. предаја ствари ради преноса својине од стране продавца купцу, а само давање продавца има за објекат слику. (Види опширније: (Стојановић, 2004), стр. 321.)

правног посла. Опште правило грађанског права је да предмет мора бити могућ, допуштен и одређен или одредив.⁷²² Дакле, сваки правни посао је непуноважан са становишта предмета уколико је супротан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.⁷²³

Предмет завештатања мора бити *могућ* да би завештање било пуноважно. Завештајно располагање неће произвести дејство уколико је предмет располагања *немогућ*, било у материјалном смислу (нпр. предмет располагања престане да постоји) или у правном смислу, када је заправо реч о правној недопуштености (нпр. предмет располагања је ствар ван правног промета⁷²⁴ или када завешталац располаже правом плодуюживања и др.). Немогућност може бити објективног карактера (нпр. налог у завештању се односи на извршење објективно немогуће чинидбе). Може бити и последица одредбе која је сама по себи апсурдна.⁷²⁵ Без обзира на природу немогућности, оваква завештајна одредба биће ништава.⁷²⁶

Предмет завештатања мора бити *допуштен* са становишта јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја.⁷²⁷ Принудни прописи ограничавају предмет правног посла кроз читав низ грађанскоправних, кривичноправних, привредних и других прописа. У том смислу, свако завештаочево располагање подстакнуто недозвољеним побудама (нпр. да искључи неког сродника из наслеђа због расистичких схватања) или извршено са циљем да се наследник или легатар подстакне на недозвољену радњу (нпр. на извршење кривичног дела), биће ништаво.

Предмет завештајног располагања, као и располагања правним пословима *inter vivos*, могу бити само оне ствари и права која су отуђива, правно прометљива. Тако, завештање не може бити усмерено на пренос личних права која су строго везана за личност титулара и гасе се његовом смрћу.⁷²⁸ Ту спадају, пре свега, лична неимовинска права (право на живот, част и достојанство), затим личне службености (право плодуюживања, употребе и становања), као вид имовинских личних права, потом потраживања из уговора *intuitu personae* и сл.). То значи да предмет располагања не

⁷²² *Ibidem.*

⁷²³ Чл. 49 Закона о облигационим односима РС.

⁷²⁴ (Стојановић, 2004), стр. 321; (Antić, 1983), стр. 80, 81;

⁷²⁵ (Живојиновић, 2003), стр. 43, 44.

⁷²⁶ (Стојановић, 2004), стр. 322.

⁷²⁷ Чл. 49 Закона о облигационим односима РС.

⁷²⁸ Види: Решење Врховног суда Србије, Рев. 4212/03 од 24. 12. 2003. године. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf.

могу бити ни личне облигације⁷²⁹, као ни одређене тражбине и дугови за које је законодавац изричито предвидео да су ненаследиви (право прече куповине, осим уколико законом није другачије предвиђено).⁷³⁰⁷³¹ Ова права су непреносива и истовремено ненаследива, међутим, иако је наследивост, као и отуђивост, облик прометне способности, она се не мора увек са отуђивошћу подударати.^{732 733} Предмет завештајног располагања не могу бити права и обавезе из породичних односа (нпр. родитељско право), јер су везани за личност имаоца, и као таква су ненаследива.⁷³⁴

Основна претпоставка пуноважног имовинскоправног располагања јесте да је лице које располаже титулар права којима располаже. Било завештајно или уговорно располагање туђим стварима није дозвољено, па самим тим неће произвести жељена правна дејства у смислу стицања права својине.

Објекат имовинскоправних располагања не могу бити ствари које нису у промету (*res extra comercio*), тј. које су искључене из правног промета. Овде је значајно нагласити да се појам ствари ван промета не односи искључиво на јавна добра која су под општим јавноправним режимом, већ и на добра у приватној својини на којима су право својине и друга имовинска права непреносива (тзв. добра мртве руке).⁷³⁵

Предмет сваког имовинскоправног располагања, па и завештајног, мора бити одређен или одредив, што произлази из правила облигационог права.⁷³⁶ Због личне природе завештајног располагања одређивање предмета се не може поверити другом лицу. Тако је општеприхваћено решење у упоредном законодавству да завешталац мора

⁷²⁹ Чл. 359. Закона о облигационим односима РС.

⁷³⁰ Чл. 529. Закона о облигационим односима РС.

⁷³¹ Објекат наследноправне сукцесије па самим тим и завештајног располагања не могу бити ни права из домена пензијског и инвалидског осигурања и сл. Види: (Стојановић, 2011) стр. 44 и 45.

⁷³² Постоје неке врсте права која су наследива али не и отуђива и обратно, нпр. осигурање живота у корист трећег лица преносиво, али је ненаследиво. Види: (Gavella – Belaj, 2008), стр. 58, фуснота 63; (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 50.

⁷³³ У том смислу, значајно је правнодогматски разграничење између имовине као ставрноправног института и оставине, као наследноправног института, иако је њихово семантичко поистовећивање врло заступљено у правној литератури. Неспорно је да се појам имовине и оставине у садржинском смислу претежно подударају, али нису истоветни. Оставина може обухватати неке обавезе, неимовинска права и правни ентитети који нису били у саставу оставиоачеве имовине (нпр. ауторска права, државина ствари и права и сл., као што у састав оставине не улазе нека имовинска права која је оставилац поседовао за живота (нпр. личне службености које се због свог личног карактера гасе се смрћу титулара). Види: (Gavella – Belaj, 2008), стр. 59. 60.

⁷³⁴ (Ђурђевић, 2011), стр. 50.

⁷³⁵ Типичан пример стварања добара мртве руке је кроз формирање породичног фидеикомиса код којег привремени наследник нема овлашћење располагања наслеђеним стварима. (О. Станковић и О. Антић, *Стварно право* (Београд: Номос, 1999), стр.7.

⁷³⁶ Чл. 50 у вези са чл. 25 ст. 3 Закона о облигационим односима РС.

лично именовати наследника.⁷³⁷ У правној теорији се, с правом, истиче да овакво законско решење може бити препрека у реализацији слободе тестирања, уколико завешталац у тренутку сачињавања завештања има у виду више лица као потенцијалне наследнике, али не може да процени који од њих би био најпогоднији да наследи његов породични бизнис или настави пољопривредну делатност и др.⁷³⁸ Са овим у вези поставља се питање да ли би било прихватљиво да завешталац овласти лице које ће из круга лица које је завешталац у тестаменту дефинисао, именовати његовог наследника? Иако немачки законовац забрањује могућност да се тестаментарно располагање учини зависним од трећег лица (§ 2065 BGB-a), немачка судска пракса даје позитиван одговор на ово питање.⁷³⁹ Полазећи од става да последњој вољи завештаоца треба дати предност када год је то оправдано и правно сврсисходно, те предност дати хипотетичкој вољи завештаоца која је у довољној мери дефинисана његовом намером да неког од више лица одреди као потенцијалног наследника, а да у складу са околностима које не може предвидети у тренутку тестирања препусти трећем лицу конкретизацију његове последње воље. У том смислу, може се узети да је наследник одредив на основу објективних критеријума које је завешталац сам дефинисао у завештању, и да је у том правцу испоштована његова последња воља.

У завештању би требало да буде одређено и оно чиме завешталац располаже.⁷⁴⁰ Начин расподеле заоставштине, као конкретизација слободе тестирања, у диспозицији је оставиоца, који може, по својој вољи, одредити аликвотне делове сваког од наследника, или појединачно навести ствари и права која ће им припасти по основу завештања.⁷⁴¹ У случају да начин расподеле заоставштине није одређен у завештању, примењују се посебна правила тумачења завештања (правила о припадању наследства).⁷⁴²

Одређеност или одредивост предмета завештајних располагања посебно је од значаја код појединачних престација, као што су легат и налог. Предмет легата је одређен уколико онерат тачно зна шта дугује легатару, односно кад оптерећено лице

⁷³⁷ Чл. 114 Закона о наслеђивању Србије; § 2065(1) BGB-a; § 564 ABGB-a.

⁷³⁸ N. Stojanović, „Gde su granice slobode zaveštajnih raspolaganja“, *Pravni život*, 10 (2012), стр. 711.

⁷³⁹ RGZ 159, 296; Staudiger/Otte (art. 2065) Rdnr 35 (наведено према D. Leipold, *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen* (Tübingen, 2002), стр. 97).

⁷⁴⁰ (Живојиновић, 2003), стр.40.

⁷⁴¹ Чл. 114 ст. 2 и 3 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁴² Чл. 136-139 Закона о наслеђивању РС.

тачно зна шта треба да учини у корист бенефицијара (корисника налога), при чему предмет може бити одређен индивидуално или по роду.⁷⁴³ Аналогно правилима облигационог права, предмет легата или налога може бити одредив, уколико су у завештању назначени подаци на основу којих се предмет може одредити.⁷⁴⁴ Предмет ових завештајних располагања може бити и алтернативно одређен, када завешталац предвиди два или више предмета које онегат односно оптерећено лице треба да испуни, при чему до ослобађања од обавезе долази ако се испуни само један од њих.⁷⁴⁵

III. ЛИЦА У ЧИЈУ КОРИСТ СЕ МОЖЕ ЗАВЕШТАЈНО РАСПОЛАГАТИ

Један од критеријума дефинисања обима завештајне слободе у погледу одређивање садржине завештања јесте **круг лица која могу бити постављена за универзалног или сингуларног сукцесора**. Полазећи од основног циља завештајног располагања који се огледа у уређењу наследноправних последица смрти завештаоца кроз расподелу имовине за случај смрти у корист одређених лица, могућност постављања универзалног сукцесора по слободној вољи завештаоца представља наследноправно овлашћење чији домашај најбоље одражава границе завештајне слободе и одређује њено место у наследноправном систему једне државе. Остала ужа овлашћења која се односе на постављање легатара, корисника налога и сл, произлазе из овлашћења постављања универзалног сукцесора.⁷⁴⁶ Од општеприхваћеног правила да је завешталац овлашћен на именовање универзалног сукцесора, одступа француски законодавац који овлашћује завештаоца само на именовање легатара, и то универзалног, квази-универзалног и патикуларног легатара.⁷⁴⁷

Именовање наследника (*heredis institutio*) је тестаментарно располагање на основу којег једно или више лица стичу својство универзалног сукцесора.⁷⁴⁸ Наследник може бити одређен непосредно (изричито) и посредно (прећутно). У првом случају завешталац непосредно у завештању изражава намеру да одређено лице буде његов универзални сукцесор, при чему наследник може бити одређен навођењем свих

⁷⁴³ (Ђурђевић, 2004), стр. 168;

⁷⁴⁴ Чл. 50 ст. 1 Закона о облигационим односима РС.

⁷⁴⁵ (Ђурђевић, 2004), стр. 171.

⁷⁴⁶ (Antić, 1983), стр. 15.

⁷⁴⁷ Чл. 1002. Грађанског законика Француске.

⁷⁴⁸ (Ђурђевић, 2011), стр. 153.

елемената његовог грађанскоправног индентитета, или пак одредив, када су у завештању назначени подаци на основу којих се његов идентитет може утврдити.⁷⁴⁹ Наследником се сматра и лице којем је завешталац оставио одређене ствари и права, уколико се утврди да је завештаочева намера била да то лице постане наследник.⁷⁵⁰ Индиције које указују на то да је завешталац имао намеру да одређено лице буде његов универзални сукцесор може бити вредност предмета из заоставштине или предвиђање одређених правних последица својствених именовану универзалних сукцесора (нпр. одговорност за дугове и др.).⁷⁵¹

Одредба о именовану наследника не представља конститутивни елемент садржине завештања као у римском праву, где је важило правило да је именоване наследника глава и темељ тестаментa,⁷⁵² али свакако има велики практични значај, јер је основ стицања својства универзалног сукцесора.⁷⁵³ Начелно, завешталац је слободан да за наследника одреди било које физичко и правно лице, чак и уколико оно не постоји у тренутку сачињавања тестаментa (оснивање задужбине, правно лице у оснивању и *nasciturus*).⁷⁵⁴ Претпоставка реализације завештајне одредбе којом се ова лица именују за наследнике је да она морају настати након оставиоачеве смрти када је реч о правном лицу и оснивању задужбине, а код насцитуруса је предуслов да се мора родити жив.⁷⁵⁵ Такође, уколико је именовани наследник страни држављанин, моћи ће да остварује своја наследна права по основу завештања, уколико је испуњен услов реципроцитета.⁷⁵⁶

У појединим правима се фикција насцитуруса проширује и на постмортално зачето дете (*nondum conceptus*). За завештајног наследника може бити постављено дете које није зачето у моменту оставиоачеве смрти, али постоје реални изгледи да ће бити зачето постморталном вештачком оплодњом.⁷⁵⁷ У нашем праву не постоји јединствен став о овом деликатном питању, које захтева опрезан правни приступ, с обзиром да се кроз њега одражава супротстављеност приватних интереса (заштита приватне

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ Чл. 114. ст 3 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁵¹ (Ђурђевић, 2011), стр.154.

⁷⁵² „*Institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*“ (Stanojević, 2000), стр. 238.

⁷⁵³ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 154; (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 153; (Стојановић, 2011), стр. 232; Изузетак је право Каталоније је именоване наследника услов пуноважности завештања, чл. 423-I.1., 422-I.3 Грађанског законика Каталоније, (Esther Arroyo i Amayuelas, 2011.), стр. 49.

⁷⁵⁴ (Marković, 1981), стр. 277; (Ђурђевић, 2011), 2011, стр. 62, 65 .

⁷⁵⁵ (Крећ – Павић , 1964), стр. 420, 421.

⁷⁵⁶ Чл. 64 ст. 2 Устава Србије, чл. 7. Закона о наслеђивању РС.

⁷⁵⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 63.

аутономије оставиоца, признање правног субјективитета постмортално зачетом детету) и општих интереса (заштита правног промета и правне сигурности).⁷⁵⁸

Признавање могућности завештајног располагања у корист постмортално заченог детета претпоставља признавање његовог права наслеђивања, што би био још један изузетак од правила о постојању наследника у моменту оставиоачеве смрти, као претпоставке пуноважног стицања наследства. Овакво одступање од основног наследноправног принципа говори у прилог заштите интереса постмортално заченог детета, али не и у прилог правне сигурности, јер се доводи у питање континуитет наследноправних односа.⁷⁵⁹ Сматрамо да решење треба тражити у реафирмацији фидеикомисарне супституције. У том смислу сматрамо оправданим да се законски дефинише могућност фидеикомисарног располагања завештаоца у корист постмортално заченог детета као потоњег наследника, при чему би његово рођење представљало супституциони случај. Уколико се супституциони случај не би остварио (дете не буде рођено), наследство би припало фидуцијару којег је завешталац одредио у тестаменту, односно законским наследницима, уколико није прецезиран претходни наследник.

Овакво решење предвиђено је у појединим правима, као што је случај у немачком и швајцарском праву, као и праву Шпаније, где се оно правда разлозима правичности.⁷⁶⁰ Оваквим приступом би се одступило од забране фидеикомисарне супституције, која према позитивним прописима није допуштена, те је мишљење појединих правних теоретичара да би у овом случају требало направити изузетак од наведене забране.⁷⁶¹ Поједини теоретичари сматрају да проширење фикције насцитуруса на постмортално зачено дете произлази из циљног тумачења ове фикције,⁷⁶² где би право на наслеђе требало признати само оставиоачевој деци, под условом да се роде у одређеном периоду након оставиоачеве смрти, без обзира на основ

⁷⁵⁸ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 46-47.

⁷⁵⁹ Види: D. Đurđević, „Fideikomisarna supstitucija u evropskim porecima i u srpskom pravu“, у *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, Pravni fakultet u Beogradu (Beograd, 2010), Кнј. 5, стр 120 и даље.

⁷⁶⁰ § 2101 BGB-a; У швајцарском праву потоњи наследник не мора бити ни зачет ни рођен у моменту оставиоачеве смрти - čl. 545 st. 1 ZGB-a; Види: (Brox, 2004), стр. 5-6; S. C. Lapuente, Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2010.), стр.7.

⁷⁶¹ (Đurđević, 2010), стр. 22.

⁷⁶² „Свако дете има право да наследи свог оца, без обзира кад је зачено и без обзира на основ позивања на наслеђе, и да под условом да се роди живо“ (Antić, 2009), стр. 72, 73.

наслеђивања.⁷⁶³ Овакво схватање говори у прилог признања права завештајног располагања у корист постморатлно зачете деце, и проширивање допуштене садржине завештања у односу на круг лица која могу бити именована за наследнике. На тај начин се слобода тестирања у значајној мери оправдано проширује, а правна сигурност и правна извесност, по нашем мишљењу, не нарушава. Домаћи законодавац изричито не регулише ово питање, али се посредно може извести закључак о непризнавању наследних права у случају *nondum conceptus-a*.⁷⁶⁴ Нама се чини да ипак, у прилог шире слободе тестирања, треба омогућити завештајно именовање постморатлно зачетог детета за наследника путем фидеикомисарне супституције.

Слобода именовања наследника ограничена је у законом прописаним случајевима код појединих форми завештања, са циљем осигурања већег степена правне сигурности и спречавања злоупотреба. Код свих јавних форми завештања не може се располагати у корист овлашћеног лица, као ни брачних другова, предака и потомака ових лица, као и њихове браће и сестара.⁷⁶⁵ Ограничење истог обима односи се на располагања у корист завештајних сведока код алогографског завештања, и свих јавних завештајних форми код којих је њихово присуство конститутивни елемент форме.⁷⁶⁶ Ограничење у погледу располагања у корист завештајних сведока код усменог завештања додатно је пооштрено, проширивањем круга сродника завештајних сведока у чију се корист не може располагати на све оне закључно са четвртим степеном сродства, укључујући и брачне другове свих ових лица.⁷⁶⁷ Оправдање додатног ограничавања круга лица које усменим завештањем завешталац може

⁷⁶³ Д. Живојиновић, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац, 2009), стр. 164; Овакво решење прихваћено је у праву Шпаније (Види: (Lapuente, 2011a), 2011, стр. 8).

⁷⁶⁴ „Оцем детета које је рођено у року од 300 дана од дана престанка брака сматра се муж мајке детета из тог брака ако је брак престао смрћу мужа и ако мајка није склопила нови брак у том року”, чл.45. ст.2 Породичног закона („Сл. Гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011-др, закон и 6/2015); забрана постморталне вештачке оплодње, посредно произлази и из чл. 41 *Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи* (“Службени гласник РС”, бр. 40/2017, 113/2017 – други закон), који предвиђа да када се јајна ћелија мајке оплођује семеном донора (хетерологна инсимијација), овако зачето нема законских наследних права у односу на донора; истовремено се предвиђа да када се јајна ћелија мајке оплођује семеном њеног супруга, односно ванбрачног партнера (хомологна инсимијација), овако зачето дете би се сматрало законским наследником под условом да је између партнера постојала заједница живота у моменту уношења ембриона у тело жене; отуда произлази да би овако зачето дете могло остварити наследна права и по основу завештања. Проблем настаје уколико је за живота оставиоца ембрион вештачки створен и замрзнут ради каснијег имплементирања у материцу; (Ђурђевић, 2011), стр. 63, фуснота 220.

⁷⁶⁵ Чл. 160 ст. 1 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁶⁶ Чл. 160 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁶⁷ Чл. 160 ст. 3 Закона о наслеђивању Србије, види Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж 7928/2015(2) од 20.7.2016. године, Параграф.

одредити за наследнике, правда се изузетним карактером овог завештања и привилегијом форме, код које су сведоци конститутивни елеменат форме и једини доказ аутентичности садржине завештања, те је потреба за већим степеном правне сигурности оправдана. Сматрамо да се овакавим решењем неоправдано сужава слобода тестирања, с обзиром да завешталац који се налази у изузетним околностима није често у могућности да бира сведоке.

1. МОДАЛИТЕТИ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА

а) УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Допуштени и могући модалитети именовања наследника један су од значајних показатеља степена слободе располагања имовином *mortis causa* који правни поредак гарантује појединцу. Кроз историју су се јављали различити начини именовања наследника у зависности од различитог степена друштвеног развоја, који је условљавао и различите потребе правног промета. Отуда су се ограничења слободе именовања наследника кретала од изузетно рестриктивних, у периоду римског права, које је доследно поштовало правило *semel heres semper heres*, до либералнијег приступа који карактерише савремена законодавства (именовање наследника под условом, роком, као и налогом).⁷⁶⁸ У семантичком смислу, појам „услова“ код “условљеног“ именовања наследника се шире сагледава, и значи „сваки модалитет или погодбу која се правном послу придода“.⁷⁶⁹

У складу са претходно реченим, свако условљавање или модификација стицања наследничког својства наступањем или ненаступањем одређених чињеница, има ограничавајуће дејство на стицање наследства од стране завештајних наследника. Истовремено, оваквим начином именовања наследника одступа се од основних начела универзалне сукцесије (начело унитарности, начело униперсоналитета),⁷⁷⁰ те је одређивање правних оквира допуштених модалитета одређивања наследника кључно у дефинисању допуштене садржине завештања и захтева подробну правнотеоријску анализу.

⁷⁶⁸ (Ђорђевић, 1903), стр. 34.

⁷⁶⁹ (Ђорђевић, 1903), стр. 33.

⁷⁷⁰ (Ђорђевић, 2011), стр. 36, 37.

б) ДОПУШТЕНИ МОДАЛИТЕТИ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА У СРПСКОМ ПРАВУ

1) Уопштено

Дејство тестаментарног располагања којим се именује наследник уобичајено наступа моментом завештаочеве смрти и као такво има трајни карактер. Постоје и изузеци од овог правила, а предвиђени су као могућност завештаоца да успостави различите модалитете именованја наследника којима се одступа од редовних дејстава тестаментарног, код којих се настанак или опстанак оваквих завештајних располагања чини зависним од неке будуће (извесне или неизвесне) околности. Овакви видови завештајних располагања установљени су с циљем да се прошири слобода тестирања и омогући завештаоцу да наследноправне последице смрти уреди према будућем развоју догађаја.⁷⁷¹

Када је реч о допуштеним модалитетима именованја наследника у нашем праву, завештаоцу на располагању стоје различите могућности. Законом о наслеђивању Републике Србије омогућено је да завешталац наредбом последње воље постави наследника под условом или роком, као и да га оптерети налогом.

Код постављања наследника под условом, стицање или губитак наследничког својства условљено је наступањем или ненаступањем неке неизвесне, по правилу будуће околности (мада може бити реч и околности која се већ десила, али је она неизвесна за субјекте у питању).⁷⁷² Да би постављање наследника под условом произвело правно дејство, потребно је да услов буде могућ, непротивречан и допуштен у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја.⁷⁷³ У супротном, такав услов сматра се непостојећим и поништава се само одредба о услову, док одредба о именованју наследника остаје да важи, ослобођена услова (исто правило важи и за налоге).⁷⁷⁴ Дакле, законодавац предност даје правилу *favor testamenti*, настојећи да одредбу о именованју наследника као манифестацију завештаочеве воље, одржи на снази.

За разлику од услова, рок представља правну чињеницу чије наступање је извесно. Он може бити одређен на више начина: календарским прецизирањем дана,

⁷⁷¹ (Врох, 2004), стр. 134.

⁷⁷² *Ibidem*

⁷⁷³ Чл. 120 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁷⁴ (Ђурђевић, 2011), стр.168.

унапред одређеним протоком времена или наступањем одређеног догађаја, када заправо говоримо о комбинованом року.⁷⁷⁵

Завешталац има слободу избора постављања наследника под условом или роком у законом одређеним границама. У правној теорији се услови и рокови класификују по разним критеријумима, тако да се разликују одложни и раскидни услов/рок, затим потестативни, каузални и мешовити услов, као и позитивни и негативни.⁷⁷⁶

Када је реч о *налогу (modus)*, он представља терет (обавезу, дужност) коју завешталац намеће постављеном наследнику или легатару.⁷⁷⁷ Налогом може бити оптерећено свако лице које стиче неку корист из заоставштине. Уколико лице које је оптерећено налогом не може или не жели стицање користи по том наследноправном основу, налог терети онога ко ступа на његову правну позицију, уколико завешталац није предвидео што друго.⁷⁷⁸ На тај начин се омогућава реализација слободе тестирања доследним спровођењем последње завештаоачеве воље.

Слобода тестирања се шири прописивањем могућности завештаоца да наредбом своје последње воље конституише налог у корист било ког физичког, правног лица, али и оног ко нема својство субјекта у праву, као и зарад остварења одређеног објективног циља, или неког завештаоачевог интереса који се реализује након отварања наследства.⁷⁷⁹ Завешталац може кориснику налога одредити и супститута.

Као и услов, и налог мора да буде могућ, разумљив и непротивречан и допуштен у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. У супротном, такав налог сматра се непостојећим.⁷⁸⁰ Предмет налога може бити све што може бити предмет облигације (чињење, нечињење, трпљење),⁷⁸¹ с тим да не мора подразумевати неку имовинску корист за бенифицијара (корисика налога), већ може представљати неку моралну, личну предност за некога (нпр. када завешталац наложи наследнику да

⁷⁷⁵ Више о томе види: (Стојановић, 2011), стр. 236; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 379.

⁷⁷⁶ Потестативни услов је онај чије оставарење зависи искључиво од тесатментарног наследника, и може бити позитивно или негативно постављен, и састојати се у некој облигационој радњи (да чини, не чини, трпи) која се извршава у корист трећег лица. Каузални услови су они чије остварење не зависи од тестаментарног наследника, већ од неког природног догађаја или трећег лица. Мешовити су они услови чије остварење зависи делимично од наследника, а делимично од неког другог фактора; (Види: (Стојановић, 2004), стр 342; (Ђурђевић, 2011), стр.165; S. Marković, „Може ли postavljenje naslednika testamentom бити uslovljeno izdržavanjem zaveštaoца i njegovog брачног друга“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1978, стр. 109, 110).

⁷⁷⁷ (Marković, 1981), стр. 292.

⁷⁷⁸ (Стојановић, 2011), стр. 271.

⁷⁷⁹ (Стојановић, 2011), стр. 272.

⁷⁸⁰ Чл. 132 ст. 2, 3 Закона о наслеђивању РС;

⁷⁸¹ Дужности обвезника налога може се односити на извршење неке чинидбе у корист другог лица (корисника налога) или бити установљена ради остварења неког објективног циља (Ђурђевић, 2011), стр. 171.

подучава његовог рођака страном језику).⁷⁸² Корисник налога не мора у одређеним случајевима ни постојати када је налог конституисан зарад остваривања неког објективног циља. Међутим, важно је нагласити да елемент корисности мора постојати као основна карактеристика налога која га разграничава од савета и препорука.⁷⁸³

Када је реч о дејству, између лица оптерећеног налогом и корисника налога не ствара се облигационоправни однос, тако да корисник налога нема потраживање према оптерећеном лицу и не може захтевати принудно извршење свог права.⁷⁸⁴ Уколико до неиспуњења налога не дође кривицом оптерећеног лица, оно не губи наследничко својство, осим уколико из завештања не произлази што друго. Уколико до неизвршења налога дође кривицом оптерећеног лица има се сматрати као да је наступио раскидни услов, када и наступа сукцесивност у правном следовању лица оптерећених налогом.⁷⁸⁵

2) Постављање наследника под одложним и раскидним условом или роком

Будући да је основна класификација условљеног именовања наследника извршена према одложном и раскидном дејству услова или рока, и као таква нормирана у законском тексту, у даљем разматрању биће анализирани ови модалитети условљеног именовања наследника.

Постављање наследника под одложним условом/роком. Правни положај лица које је постављено за наследника под одложним условом или роком може се уподобити са правним положајем потоњег наследника (фидеикомисара) код фидеикомисарне супституције, а лица која имају својство наследника до испуњења услова, односно протеча рока, имају положај претходног наследника (фидуцијара). Наследник постављен под одложним условом/роком стиче заоставштину у својину тек када се услов испуни, односно рок протекне. То значи да је моменат стицања заоставштине померен са момента смрти оставиоца на моменат остварења одложног услова (тј. протеча одложног рока), чиме се одступа од начела стицања заоставштине *ipso iure*.⁷⁸⁶

⁷⁸² Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 173.

⁷⁸³ (Стојановић, 2011), стр. 273.

⁷⁸⁴ Чл. 132. ст. 1. Закона о наслеђивању РС,

⁷⁸⁵ Види: § 710. ABGB; Н. Стојановић, Налог у завештању, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, XLII/2002, стр. 234.

⁷⁸⁶ Т. Ђурђић, „Правни положај завештајног наследника постављеног под условом или роком“, у: *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније. [Књ. 1]* (Крагујевац, 2003), стр. 329.

Потенцијални завештајни наследник чије је стицање наследничког ствојства условљено, мора испуњавати све опште захтеве који се траже и за друге наследнике: да буде жив у моменту делације, достојан и способан за наслеђивање, али мора доживети и моменат остварења одложног услова (тј. протек одложног рока)⁷⁸⁷. Ако умре пре тог момента, сматра се да неће моћи да стекне наследничко својство, тако да његови наследници неће имати никакво наследно право према тој заоставштини, по основу завештања. Као наследници се тада појављују законски наследници оставиоца, али је ово право диспозитивног карактера, јер се примењује само уколико из завештања не произлази што друго. У том смислу, приоритет се даје вољи завештаоца, што значајно доприноси реализацији слободе тестирања у овом домену тестаментарног располагања. Исто важи и у случају да се одложни услов не оствари.⁷⁸⁸ Када је реч о кругу лица која се јављају као оставиочеви законски наследници, он се одређује према тренутку оставиочеве смрти.⁷⁸⁹

Након остварења одложног услова, претходни наследник је дужан да заоставштину преда у својину наследнику постављеном под условом. Ако потоњи наследник да негативну наследничку изјаву, заоставштина неће припасти у својину претходном наследнику, већ се примењују правила наследног права о ступању у наслеђе на место лица које се наслеђа одрекло. Првенствено се приоритет даје завештаочевој последњој вољи и настоји утврдити његова стварна намера у погледу расподеле заоставштине. У прилог слободе тестирања говори и могућност именовања супститута у овом случају, као и примена правила о прираштају код завештајног наслеђивања, ако има услова за њихову примену, док правила законског наслеђивања имају диспозитивни карактер.

Постављање наследника под раскидним условом/роком. Када је наследник постављен под раскидним условом или роком, ситуација је обрнута у односу на постављање наследника под одложним условом или роком. Претходни наследник је условом или роком оптерећени наследник који стиче право наслеђа у тренутку оставиочеве смрти, при чему његово својство наследника престаје испуњењем услова, односно протеком рока. У погледу законских услова које првопостављени наследник

⁷⁸⁷ Види: (Стојановић, 2011), стр. 237.

⁷⁸⁸ Чл. 127 Закона о наслеђивању РС.

⁷⁸⁹ Када на место наследника оптерећеног условом ступи неко друго лице, услов га неће теретити, осим уколико из завештања не произлази што друго – чл. 122 Закона о наслеђивању РС.

мора испуњавати, важе општа правила о стицању наследничког својства. Његов стварноправни положај је уподобљен правном положају претходног наследника код постављања наследника под одложним условом или роком. У том смислу он има положај ограниченог својинског наследника, и по остварењу услова, односно истека рока, дужан је да заоставштину уступи потоњем наследнику који може бити именован од стране завештаоца или имати својство законског наследника. У случају да неки од претходних наследника неће или не може да наследи, важе иста правила као и у случају одрицања од наследства потоњег наследника постављеног под одложним условом или роком.⁷⁹⁰

Напоменућемо да је у римском праву било забрањено именовање наследника под раскидним условом, јер се сматрало да се овакво именовање приближава фидеикомисарној супституцији која је такође била забрањена.⁷⁹¹ У теорији се сматра да је законски наследник као супституциони наследник прећутно одређен од стране завештаоца, јер ограничавајући наследно право потенцијалног наследника постављеног под условом или роком, он ствара могућност да и друга лица постану наследници, пре или после условљено именованог наследника. Зато се овај модалитет именовања наследника означава у правној теорији као „конструктивна фидеикомисарна супституција“⁷⁹². Реч је о модалитету фидеикомисарне супституције који настаје на основу законских одредби, а не вољом завештаоца, и то онда када завешталац одређује само једног од наследника који се смењују (претходног или потоњег).

(a) Правно дејство постављања наследника под условом или роком

Када је реч о српском праву, позитивноправним прописима није посебно регулисано питање правног дејства услова и рока код завештајног наслеђивања, те отуда нужно произлази примена правила облигационог права, као и стварног права.

Аналогна примена правила облигационог права о услову и року, иако нужна, није увек могућа, с обзиром на специфичности наследноправних односа који се овом приликом заснивају. Код *mortis causa* располагања услов и рок делују у два смера.

⁷⁹⁰ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 390.

⁷⁹¹ У савременој правној теорији преовладава становиште да постављање наследника под раскидним условом и фидеикомисарна супституција нису исто, иако може доћи до значајног подударња, те се овај аргумент не може сматрати довољним оправдањем за укидање могућности именовања наследника под овим условом; Види: (Marković, 1981), стр. 284.

⁷⁹² Ђ. Рајаčić, *Teorija nasleđivanja – kao pravne ustanove - doktorska disertacija* (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1958), стр. 91, (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 215, 216.

Наиме, суспензивни услов или рок под којим је постављен потоњи наследник је заправо резолутивни услов или рок посматрано у односу на претходног наследника и обратно. Са друге стране, правне послове *inter vivos* карактерише начело корелације које искључује двоструко дејство услова – услов производи исто правно дејство у односу на обе стране правног посла и делује искључиво на тај правни однос (али не и изван њега).⁷⁹³

Правно дејство услова и рока код завештајног наслеђивања условљено је и начином регулисања међусобног односа правних основа наслеђивања.⁷⁹⁴ У прилог слободе тестирања је и установљен и принцип да се правила законског наслеђивања примењују само уколико одређена наследноправна питања нису дефинисана завештањем као најјачим правним основом позивања на наслеђе. У том смислу ће у положај претходног наследника код суспензивног услова/рока, а у улози потоњег наследника код резолутивног услова/рока, бити лице које је одредио завешталац, а законски наследник долази у ту правну позицију само уколико завешталац није уредио ово питање завештањем.⁷⁹⁵

Иако су код ограничавања наслеђивања условом или роком супституциони наследници по правилу законски наследници, одредба којом би завешталац поставио и претходног и потоњег наследника била би пуноважна, јер се предност даје вољи завештаоца. Код наслеђивања под одложним условом или роком завешталац може поставити не само оба наследника (претходног и потоњег), већ може предвидети да ће, у случају неостварења одложног услова (пошто рок мора да протекне), заоставштина припасти у својину трећим лицима, а не законским наследницима.⁷⁹⁶

Код постављања наследника под раскидним условом или роком, завешталац је такође слободан да одреди за потоњег наследника неко друго лице уместо законског наследника, као супститута. Разлика у односу на одложни услов и рок се огледа у томе што у случају смрти претходног наследника, а пре остварења раскидног услова, заоставштина мора припасти наследницима претходног наследника у својину.⁷⁹⁷ Завешталац у овом случају не може предвидети да заоставштина припадне трећим

⁷⁹³ (Рајаčić, 1958), стр. 95 и 96;

⁷⁹⁴ N. Gavella, *Pravni položaj nasljednika* (Zagreb, Čakovec: 1983), стр. 89.

⁷⁹⁵ (Рајаčić, 1958), стр. 124.

⁷⁹⁶ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 384.

⁷⁹⁷ Чл. 131 Закон о наслеђивању РС;

лицима, јер би таква одредба представљала фидеикомисарну супституцију (у ужем смислу).⁷⁹⁸

Дакле, концепт условљеног именовања наследника широко је постављен у нашем праву фаворизујући завештаочеву слободу тестирања када год је то оправдано са становишта правнополитичког циља ради којег се ово овлашћење признаје завештаоцу. Ограничења су предвиђена само у оном сегменту у којем би се одступило од правне сврсисходности ове установе. У том смислу, предвиђено је ограничење у погледу могућности степеновања супституције наследника. Завешталац је овлашћен да одреди супституцију само у једном степену, јер само једног наследника поставља под условом или роком. Дакле, није могућа вишестепена смена наследника, односно узастопна супституција која карактерише фидеикомисарну супституцију, у њеном основном значењу. Истовремено, завешталац је ограничен у погледу дефинисања услова услед којег долази до супституције, тако да не може као услов предвидети наступање смрти првостављеног наследника.

Као што је већ напоменуто, правни положај наследника постављеног под условом или роком може се уподобити правном положају претходног наследника (фидуцијара) и потоњег наследника (фидеикомисара) код фидеикомисарне супституције, схваћене у ширем смислу. У правима која допуштају вишестепену супституцију наследника, правни положај фидеикомисара зависи од тога да ли се он последњи позива на наслеђе. Уколико је то случај, он као другопозвани наследник постаје коначни, својински наследник оставиоца и има исти правни положај као потоњи наследник постављен под одложним условом или роком, када се услов оствари, односно рок протекне. Уколико је завешталац и њему поставио супститута, онда он има положај претходног наследника у односу на трећепозваног, који га може сменити као његов супститут, те је његов правни положај уподобљен са положајем плодуживаоца. Међутим, ова разлика између поменутих модалитета сукцесивног наслеђивања све више губи на значају у контексту ограничења слободе тестирања, јер се у правним системима у којима је вишестепена фидеикомисарна супституција допуштена, она временски, односно генерацијски, ограничава.⁷⁹⁹ То значи да се правни домашај

⁷⁹⁸(Антић – Балиновац, 1996), стр. 390.

⁷⁹⁹ (Ђурђић-Милошевић, 2013), стр. 339.

фидеикомисарне супституције на овај начин сужава, понекад у већој мери него што се то остварује ограничавањем супституције на само једну смену наследника.

(b) Правни положај претходног и потоњег наследника код условљеног sukcesивног наслеђивања као детерминанта граница слободe одређивања садржаја завештања

Полазећи од појмовног одређења sukcesивног наслеђивања, као смене наследника услед наступања супституционог случаја, јасно је да постављање наследника под условом или роком по својој правној природи представља вид sukcesивног наслеђивања. Отуда је подударност између постављања наследника под условом или роком и фидеикомисарне супституције очигледна, како у погледу садржине правних односа који се њиховим конституисањем заснивају и правних дејства које производе, тако и у погледу правне сврхе ради које су ови модалитети именована наследника и признати у праву.⁸⁰⁰ Оба модалитета именована наследника представљају временски ограничени вид sukcesивног наслеђивања, при чему природа супституционог случаја условљава и правно дејство ових супституција, те самим тим и правни положај претходног и потоњег наследника.⁸⁰¹

Претходни наследник (*Vorerbe*) стиче заоставштину у моменту оставиочеве смрти, и његово наследно право као привременог наследника ограничено је наступањем супституционог случаја, када га смењује потоњи наследник (*Nacherbe*). Супституциони случај двосмерно делује, ограничавајући наследноправну позицију и претходног и потоњег наследника. Из позиције претходног наследника, дејство супституционог случаја је раскидно, а из позиције потоњег наследника, суспензивно, тако да његовим наступањем један од наследника губи наследничко својство, а други га стиче.^{802 803}

Због оваквог ограничавајућег дејства супституционог случаја, и сама правна позиција претходног наследника је врло специфична и донекле спорна у правној теорији. Како је претходни наследник у обавези да очува целовитост наслеђене имовине, коју је по наступању супституционог случаја дужан да пренесе на потоњег

⁸⁰⁰Т. Ђурђић, „Fideikomisarna supstitucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja“, *Pravni život*, 10 (2012), стр. 729.

⁸⁰¹ Као субјекти правног односа који настаје наслеђивањем под условом или роком јављају се претходни и потоњи наследник, односно код фидеикомисарне супституције фидуцијар и фидеикомисар (нем. *Vorerbe* и *Nacherbe*); Види: (Ђурђић, 2012), стр. 724.

⁸⁰² (Рајачић, 1958), стр. 95.

⁸⁰³ Ово правило важи уколико је наследник постављен под одложним условом/роком. Ситуација је обрнута код раскидног услова или рока; Види: (Ђурђић-Милошевић, 2013), стр. 333.

наследника, његово овлашћења располагања наслеђеном имовином је ограничено. У том смислу, поставља се питање дефинисања његовог стварноправног положаја: да ли се он може у потпуности уподобити са правном позицијом плодоуживаоца, или се пак као универзални сукцесор, претходни наследник налази у позицији својинског наследника?⁸⁰⁴ Кроз ово питање одражава се суштина проблематике условљеног именована наследника у чијој основи је ограничавање својинскоправних овлашћења претходног наследника, али се истовремено отвара и питање ограничавања правног промета ових добара.

У нашем праву, према важећим прописима, ако је наследник постављен под суспензивним (одложним) условом или роком „заоставштина припада на уживање законским наследницима, ако из завештања не следи што друго“.⁸⁰⁵ Када се услов испуни или рок протекне, потоњи наследник стиче заоставштину у својину и постаје универзални сукцесор *ex tunc*.⁸⁰⁶ Уколико је наследник постављен под раскидним условом или роком, он има положај уживаоца, и по остварењу услова / протекла рока, заоставштину стичу законски наследници, ако завешталац није предвидео другачије у завештању.⁸⁰⁷

Оваква законска конструкција уноси недоумицу у погледу правног квалификовања овог модалитета именована наследника. Спорно је да ли је реч о виду сукцесивног наслеђивања, где се правни положај наследника постављеног под условом или роком може уподобити са правним положајем фидуцијара односно фидеикомисара, или се пак ради о легату плодоуживања који је конституисан на терет претходног наследника, а у корист потоњег.⁸⁰⁸

Из овакве законске формулације на први поглед се чини да је у нашем праву правни положај претходног наследника уподобљен са правном позицијом плодоуживаоца. Међутим, овакво становиште је правнодогматски спорно са више аспеката.

⁸⁰⁴ Наиме, у појединим правним системима његов правни положај је прецизно правно регулисан, као што је случај у немачком праву (§ 2100-2146 BGB), док у у другим правним системима то није случај, те се аналогно примењују правила која се односе на установу плодоуживања (Аустрија, Швајцарска).

⁸⁰⁵ Чл. 125 и 128 Закон о наслеђивању РС.

⁸⁰⁶ Чл. 126 Закона о наслеђивању РС; Види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 388.

⁸⁰⁷ Чл. 128 и 129 Закон о наслеђивању РС.

⁸⁰⁸ Vidi: R. Süß, 'Serbien', in *Erbrecht in Europa* (Bonn: Zerb Verlag, 2015), стр. 1204.

С обзиром да право плодуюживања представља „стварно, неутуђиво и ненаследиво право најпотпунијег коришћења туђе непокретне или покретне ствари“, ⁸⁰⁹ поставља се питање коме припада право својине у овом периоду „чекања“ да се супституциони случај оствари?⁸¹⁰ Уколико би се прихватило ово становиште, то би значило да у периоду пенденције услова (од момента смрти оставиоца до остварења супституционог случаја), заоставштина нема сопственика, што је у супротности са општим правилом стицања заоставштине *ipos iure*, које је у функцији очувања континуитета оставиоцeve грађанскоправне позиције.⁸¹¹ Истовремено, чињеница да моментом смрти оставиоца ниједно лице не ступа као универзални сукцесор у правни положај оставиоца, супротстављена је начелу обавезне универзалне сукцесије као темељеном начелу наследног права.

Према једном становишу, у овом периоду „чекања“, ни претходном ни потоњем наследнику не припада право својине на имовини која чини заоставштину, већ се претходном наследнику признаје најшире право после својине, право плодуюживања.⁸¹² Циљ оваквог нормативног концепта је заштита интереса потоњег наследника кроз обезбеђивање континуитета државине на стварима и правима из заоставштине.⁸¹³ Према овом становишту, када се оствари супституциони случај (нпр. испуни одложни услов) и ситуација постане извесна, условно постављен наследник постаје универзални сукцесор, и то ретроактивно.⁸¹⁴ Уколико се услов не би остварио, претходни наследник би дефинитивно постао наследник у правом смислу те речи, тј. универзални сукцесор.⁸¹⁵

Према другом становишту, претходни наследник у моменту смрти завештаоца стиче својину на стварима из заоставштине, само што је она временски и садржински ограничена.⁸¹⁶ Временски, јер траје до наступања супституционог случаја, а садржински, јер је претходни наследник ограничен у вршењу својинских овлашћења, пре свега у погледу располагања наслеђеном имовином.⁸¹⁷ По остварењу

⁸⁰⁹ (Стојановић, 1998), стр. 191; „Плодуюживање је временски ограничено и неутуђиво стварно право које чине овлашћења држања, свеобухватне употребе и убирања плодова са туђе непотрошне ствари, уз очување њене супстанце“, Н. Планојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012.

⁸¹⁰ Д. Ђурђевић, „Правни положај претходног наследника“, *Анали правног факултета у Београду*, 1 (2011), стр. 109, 110.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² (Антић – Балиновац, 1996), стр. 383.

⁸¹³ *Ibidem*.

⁸¹⁴ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 384; (Svorcan, 2004), стр. 288.

⁸¹⁵ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 389.

⁸¹⁶ (Ferrari – Likar-Peeg, 2007), стр. 217.

⁸¹⁷ (Ђурђевић, 2011а), стр. 112.

супституционог случаја, претходни наследник губи наследничко својство, и на његово место ступа потоњи наследник (фидеикомисар) који постаје прави наследник.

Сагледавајући све специфичности сукцесивног наслеђивања претходног и потоњег наследника, произлази закључак да моментом делације оставиоца првопостављени наследник постаје његов универзални сукцесор.⁸¹⁸ Отуда се не може прихватити становиште да се првопозвани наследник (фидуцијар) има сматрати простим уживаоцем у дословном смислу, већ се само може говорити о његовом фактичком положају уживаоца, који је у правном смислу ограничени сопственик имовине.⁸¹⁹ У том смислу аналогна примена прописа којима се дефинише правни положај уживаоца је нужна, али уз уважавање чињенице да је фидуцијар уједно и сопственик.⁸²⁰ Свако другачије тумачење сматрамо неоправданим са становишта реализације основних постулата наследног права (принципа *ipso iure*, и принципа универзалне сукцесије), јер би се, у супротном, довела у питање и допуштеност оваквог вида именовања наследника.

Када је реч о правном положају потоњег наследника, до момента наступања супституционог случаја он има право очекивања заоставштине. Ово право је спорно у правној теорији, јер се поставља питање колико се уопште може окарактерисати као субјективно право. Неки аутори истичу да право чекања има утемељење у већ стеченом наследном праву које није у потпуности реализовано због постављеног наследноправног ограничења и да ово право уводи условно именованог наследника у коначни положај наследника (који он стиче остварењем супституционог случаја).⁸²¹ Дакле, по овом становишту, наследно право и положај потоњег наследника садржински се подударaju, само се не стичу једновремено.⁸²²

Поједини аутори истичу да је право на очекивање права посебна врста субјективног грађанског права,⁸²³ док други сматрају да право чекања не представља

⁸¹⁸ У немачком праву је заступљено становиште да је претходни наследник прави наследник оставиоца који у потпуности ступа у његов правни положај као универзални сукцесор, који наслеђује целокупну оставиочеву имовину. (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 581.

⁸¹⁹ Првопозвани наследник (фидуцијар) има фактички положај уживаоца наслеђене имовине, али су његова овлашћења ипак шира од овлашћења плодуюживаоца. Наиме, његово право располагања није у потпуности искључено, већ само ограничено, одакле произлази да његова праван позиција није у потпуности изједначена са правним положајем плодуюживаоца. (Види: Ж. Перић, *Специјални део Грађанског права. 3, Породично право* (Београд, 1923), стр.47).

⁸²⁰ Дакле, права и обавезе претходног наследника су оне које су својствене плодуюживаоцу (коришћење ствари, убирање прихода, очување супстанције ствари); Види: (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 217.

⁸²¹ (Gavella, 1983), стр. 90.

⁸²² (Gavella, 1983), стр. 11.

⁸²³ (Водинелић, 2012), стр. 215.

никакво субјективно право, и да су потенцијални наследници који су у својству чекаоца заправо изван наследноправног односа, баш као и остала трећа лица, те да се овај стадијум може посматрати само као фаза у настајању субјективног наследног права.⁸²⁴ Са овом аргументацијом бисмо се највише сложили, јер је за стицање субјективног наследног права неопходно да буду испуњене одређене законске претпоставке: да је наступила смрт оставиоца, да је лице потенцијални наследник тј. да има основ за наслеђивање и да је његов основ према основима других лица правно најјачи.⁸²⁵ Дакле, док се не испуне све поменуте претпоставке, потенцијални наследници не могу се сматрати субјектом наследноправног односа, па се самим тим не може говорити о неком њиховом субјективном праву, већ само о нади да ће стећи неко субјективно наследно право (јер испуњавају неку од претпоставки предвиђених за наслеђивање). Овакво поимање правног положаја потоњег наследника у складу је са горе поменутим ставом да претходни наследник моментом делације постаје универзални сукцесор, са ограниченим својинским овлашћењима.

Сматрамо да би прецизнијим дефинисањем стварноправног положаја претходног наследника (као ограниченог својинског наследника) и потоњег (као чекаоца), као што је то учињено у појединим правима (нпр. немачко законодавство), била отколоњена недоумица у погледу њихове правне позиције која је једно од спорних питања у погледу допуштености условљеног именовања наследника. На овај начин било би омогућено усклађивање установе условног именовања наследника са основним принципима наследноправне сукцесије, допринело би се правној извесности и јасније дефинисале границе слободе одређивања садржине тестамена. Оваквим нормативним приступом створио би се основ да се прошире својинска овлашћења условљено постављеног наследника који би, као претходни наследник, био у могућности да економски целисходније искористи заоставштину кроз ограничену могућност располагања одређеним добрима из заоставштине.

3) Именовање наследника под потестативним условом и слобода тестирања

Потестативни услови подразумевају неку радњу хонорисаног у ширем смислу, и могу се поделити у две категорије: први, они који се тичу начина живота, понашања само хонорисаног, и редовно су негативни (нпр. да се не ступи у брак са одређеном

⁸²⁴ (Rajačić, 1958), стр. 105,106.

⁸²⁵ *Ibidem.*

особом); и други који се односе на извршење радње хонорисаног у корист трећег лица и имовинског су карактера.⁸²⁶

У теорији наследног права, потестативни услови су предмет критике, пре свега посматрано у релативном односу тестаторове слободе и слободе наследника који се именује завештањем, јер постављање услова наследнику као претпоставке стицања наследног својства, поред ограничавајућег дејства у погледу његовог права на стицање наследства, може представљати и задирање у слободу тако именованог наследника. Отуда се и допуштеност ових услова мора посматрати у контексту општих ограничења која су постављена императивним правним прописима и добрим обичајима. Из тих разлога се условљавање стицања заоставштине одређеним понашањем наследника које представља ограничавање основних људских права и задирање у његову личну сферу (као што је нпр. клаузула којом се наследнику поставља као услов ступање или неступање у брак са одређеном особом), сматра правно недопуштеним. Истовремено, било какво условљавање стицања имовинске користи по основу завештања предузимањем противправних радњи (извршење кривичних дела, терористичких напада и сл.), представља недозвољено условљавање приликом именовања наследника.⁸²⁷

У погледу допуштених услова под којима се могу именовати тестаментарни наследници, још од периода римског права па до данас, остало је спорно питање допуштености тзв. каптаторних клаузула, односно постављање наследника под каптаторним условом (*conditio captatoria*).⁸²⁸ Учење о каптаторним располагањима настало је као израз потребе да се са једне стране очува бестеретни карактер завештатајног располагања, а да се са друге стране омогући шири слобода тестирања. Наиме, реч је о располагањима завештаоца која су условљена одређеном противчинидбом тестаментарног наследника која се реализује његовим располагањем *inter vivos* или *mortis causa*, а која може бити предвиђена било у корист самог завештаоца или неког трећег лица које он одреди. У правној теорији су била заступљена различита схватања о допуштености каптаторних располагања. У суштини, она су сматрана недопуштеним, јер су супротстављена моралу и обичајима,

⁸²⁶ (Marković, 1978), стр. 109.

⁸²⁷ (Zankl, 2008), стр. 61; (Ђурђевић, 2004), стр. 453.

⁸²⁸ (Marković, 1978), стр. 110-112.

представљају недопуштено задирање у слободу наследника, изостаје намера дарежљивости као основна одлика завештајног располагања, итд.⁸²⁹

Полазећи од чињенице да је у нашем праву условљавање последње завештаоачеве воље вољом другог лица недопуштено, учење о каптативним располагањима има посебан значај, док је у правним системима у којима је допуштено закључење уговора о наслеђивању и сачињавање заједничког завештања, као форми каптативног карактера, питање допуштености каптаторног располагања изгубило на значају. У том смислу, када је реч о нашем праву, поједини модалитети именована наследника попримају каптаторни карактер, као што је случај код постављања наследника под условом издржавања тестатора.

У судској пракси, нису заступљени уједначени ставови по питању допуштености овог вида условљеног именована наследника, што је последица недозвољеног разграничавања мотива од услова код завештајног располагања.⁸³⁰ И када се то чини, изједначавају се у погледу дејства, па се сматра да уколико је издржавање дозвољено као мотив завештаоца, онда произлази да је дозвољено и као услов.⁸³¹ Исто питање се појавило и као околност за одређивања наследника: да ли је наследник довољно одређен када завешталац изјави да оставља имовину „оном од деце које га дохрани и дочеува“? У погледу овог питања заступљени су опречни ставови у судској пракси, па је према јединима на овај начин наследник довољно одређен и таква одредба је пуноважна, док према другима услов одређености наследника није испуњен, па оваква одредба не може произвести правно дејство.⁸³²

Са теоријског становишта, уколико је једно лице постављено за тестаментарног наследника под условом да се обавезе да ће издржавати тестатора, овакво располагање, имало би каптативни карактер, и као такво било би недопуштено, јер кауза

⁸²⁹ E. Bosch Capdaveila, „Testamentary Freedom and its Limits“, in: *The Law of Succession: Testamentary Freedom-European Perspectives*, M. Anderson, E. Arroyo i Amyuelas, Groningen/Amsterdam, 2011, стр. 80-82.

⁸³⁰ Изјава завештаоца којом обавезује наследника да га до смрти чува, имање обрађује, снабдева намирницама, у случају болести негује и чува као родитеља, те као награду за то наследи завештаоца, изражава побуду оставиоца због које именује наследника а истовремено одреджује услов тестаamenta (Rev 1957/59), Правосудни билтен (наведено према: (Marković, 1978), стр. 106.

⁸³¹ „Свака обавеза тестаментарном наследнику у границама дозвољеног и могућег делује као услов, ако је то била намера завештаоца. Одредба у тестаменту којом се наследнику налаже да оставиоца и његову жену чува и обрађује имање важи као раскидни услов“ (Види: Одлуку Савезног врховног суда, Рев. 13443/62, од 22. 06. 1962. Збирка судских одлука, 1962, књига VII, свеска 2, стр. 36).

⁸³² „Тестаментални наследник се не може одредити тако што ће се у тестаменту навести да ће имовину наследити дете које чувало оставиоца“ (Одлука Врховног суда Србије, Гж. 3101/63, наведено према Т. Крسمановић, Актуелна судска пракса из наследног права, Београд, 2003, стр. 301; супротно Види: Одлуку Врховног суда НР Хрватске, Гзз 108/57, од 17. 10. 1957, Одлука Врховног суда НР Хрватске, Гзз 108/57, од 17. 10. 1957, Збирка судских одлука, 1957, књ. II, свеска 3, бр. 614;

тестаментарног располагања у овом случају није *animus donandi*, већ представља противчинидбу за издржавање које ће уследити. Дакле, завешталац тестира у корист хонорисаног искључиво са циљем да обезбеди доживотно издржавање. Овде је реч о тестаменту само у формалном смислу, иако њега у материјалном смислу нема, јер је (усмени) пристанак даваоца издржавања услов оваквог завештајног располагања. Уколико би мотив завештаоца био моралне природе, и представљао израз захвалности завештаоца за већ пружено издржавање, ова два акта не би била условљена у каптативном смислу, и као таква би се сматрала правно ваљаним.⁸³³ Завештаочево располагање је мотивисано добротинством према хонорисаном, тако да *animus donandi* представља основ овог тестаментарног располагања. Дакле, јасно разграничење између мотива и услова код овог вида завештајног располагања кључно је у дефинисању његове допуштености, чиме се и границе слободе тестатора у погледу допуштеног условног именованја наследника јасније одређују.⁸³⁴

Извесно је да услов не може бити конституисан у корист завештаоца, већ само у корист трећег лица. Тако је могуће да неко буде именован за наследника под условом да издржава брачног партнера завештаоца, када услов почиње да производи дејство од момента делације, тј. од момента стицања наследства условљено именованог наследника. У супротном, свако стицање наследничког својства које би било условљено извршавањем обавезе издржавања (или које друге обавезе) још за живота завештаоца (било у његову корист или у корист трећег лица), било би као такво недоуштено, јер поприма теретни карактер (као куповина наслеђа).⁸³⁵

с) СУПСТИТУЦИЈА КАО ВИД ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА

1) Врсте супституција

У бити, питање допуштених модалитета именованја наследника своди се на оправданост супституције у наслеђивању као вида условног именованја наследника.⁸³⁶ Супституција постоји када завешталац наредбом своје последње воље одређује неко лице за наследника, а ако првопозвани наследник неће или не може да наследи његову заоставштину, одређује његовог заменика – супститута.⁸³⁷ Ова дефиниција највише

⁸³³ (Marković, 1978), стр. 108.

⁸³⁴ *Ibidem*.

⁸³⁵ (Marković, 1978), стр. 108; (Крећ – Рајић, 1964), стр. 296, 297;

⁸³⁶ (Перић, 1923), стр. 43; (Ђорђевић, 1903), стр. 36;

⁸³⁷ Између института и супститута се не заснива правни однос, осим што је супститут дужан да извршава налоге, легате и друге терете који су завештањем конституисани на терет института, изузев ако

кореспондира са вулгарном супституцијом, као једном од четири супституциона облика која су заступљена у праву: *substitutio vulgaris* (обична, редовна супституција), пупиларна, квази-пупиларна (егземпларна) и фидеикомисарна (индиректна) супституција.⁸³⁸

Обична супституција (*substitutio vulgaris*) као права замена наследника одражава суштину супституције, јер подразумева однос искључивости између института и супститута.⁸³⁹ Ако институт не може или неће да наследи, њега наслеђује његов заменик (супститут). У случају да се институт прихвати наследства и испуњава све законске услове за стицање наследничког својства, супститут нема никаквих наследних права.⁸⁴⁰ Дакле, право наслеђивања супститута као евентуалног наследника условљено је наступањем супституционог случаја, чије дејство наступа ако институт не наследи из одређених разлога (неспособност или недостојност за наслеђивање, разбаштињење, одрицање од наслеђа, смрт института пре оставиоца).⁸⁴¹ Отуда се супститут јавља као непосредни наследник завештаоца.⁸⁴² Основни циљ правног уобличавња овог института јесте да омогући завештаоцу да се заоставштина, након његове смрти, распореди по његовој вољи, а не по правилима законског наслеђивања.⁸⁴³ Овај вид супституције је предвиђен и нашим позитивноправним прописима.⁸⁴⁴

Када је реч о пупиларној супституцији, она представља реликт прошлости и није заступљена у савременом наследном праву. Иначе, састојала се у томе што је старешина породице одређивао наследника свом малолетном детету, ако би оно умрло пре стицања завештајне способности (која се стицала са 14 година). Квазипупиларна супституција постоји када завешталац одређује наследника свом детету или потомку, који је неспособан за расуђивање (уз услов да он не стекне способност за расуђивање до своје смрти). Ни овај вид супституције није допуштен у српском праву, што је случај и у већини савремених правних система.⁸⁴⁵

Насупрот вулгарној супституцији, која подразумева алтернативно стицање наследних права, фидеикомисарну супституцију карактерише сукцесивно наслеђивање

су личне природе. Види: (Крећ – Павић, 1964), стр. 236; (Marković, 1981), стр. 247; (Стојановић, 2011), стр. 239.

⁸³⁸ (Ђорђевић, 1903), стр. 36 и даље.

⁸³⁹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 373.

⁸⁴⁰ (Ђурђић, 2012), стр. 720.

⁸⁴¹ (Крећ – Павић, 1964), стр. 236; (Silajdžić, 1964), стр. 191; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 372.

⁸⁴² (Vlagojević, 1983), стр. 246.

⁸⁴³ *Ibidem*, (Živojinović, 2003), стр. 141.

⁸⁴⁴ Види чл. 116 Закона о наслеђивању РС.

⁸⁴⁵ Види опширније: (Ђорђевић, 1903), стр. 39; (Marković, 1981), стр. 282.

као њено суштинско обележје. Полазећи од овог њеног својства, под фидеикомисарном супституцијом би се могли подвести различити модалитети сукцесивног наслеђивања код којих је природа супституционог случаја главна тачка диференцијације. Отуда је појмовно одређење фидеикомисарне супституције полазна претпоставка у правном разграничењу од осталих модалитета сукцесивног наслеђивања, што је од посебног правнотеоријског али и практичног значаја – ако се узме у обзир да је у нашем позитивном праву одредба којом се одређује фидеикомисарна супституција ништава, док је постављање наследника под условом или роком допуштено. У циљу разумевања суштине и сврсисходности свих модалитета именована наследника, значајно је препознати и правнополитичке разлоге, који су кроз генезу тестаментарне слободе у различитим историјским етапама условили потребу њиховог норимирања и различитих модификација.

Фидеикомисарна супституција се у својој генези, двојако правно поимала: као сукцесивно наслеђивање, где сваки потоњи наследник наслеђује претходног наследника, а оставилац као оснивач супституције одређује редослед наслеђивања (одређивање наследника наследнику или фидеикомисарна супституција у ужем смислу); као сукцесивно наслеђивање два или више наследника одређених од стране оставиоца, који се јављају као његови непосредни наследници (фидеикомисарна супституција у ширем смислу).⁸⁴⁶

Фидеикомисарна супституција води порекло од римског *hereditas fideicommissaria*, као универзалног фидеикомиса, и првобитно је подразумевала одређивање наследника наследнику. Наиме, у римском праву доследно је поштовано начело *semel heres, semper heres*, тако да оставилац није могао имати више сукцесивних наследника.⁸⁴⁷ Фидуцијар је по наређењу декујуса био дужан да по својој смрти, или по наступању другог догађаја који је одредио завешталац, пренесе на фидеикомисара целокупну наслеђену имовину или њен проценат. Фидеикомисар није био прави, већ квазинаследник (*quasi heres*), а фидуцијар, као првостављени наследник се и даље сматрао јединим наследником.⁸⁴⁸ Отуда би се, по својој правној природи, фидеикомисарна супституција могла уподобити *универзалном легату*, који је имао

⁸⁴⁶ (Ђурђић, 2012), стр. 720, 721. Фидеикомисарна супституција у основи представља одређивање двају или више наследника који сукцесивно наслеђују исту имовину (Рајаčić, 1958), стр. 117,118). Фидеикомисарна супституција у ширем смислу подразумева да ће по наступању супституционог случаја једно лице престати да буде наследник, и да ће на његово место ступити други наследник; у ужем смислу фидеикомисарна супституција је одређивање наследника наследнику. (Ђурђевић, 2011), стр. 160, 164;

⁸⁴⁷ (Рајаčić, 1958), стр. 118; (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 570.

⁸⁴⁸ (Ђорђевић, 1903), стр. 45.

облигационоправни карактер, где фидеикомисар имао право на истицање облигационоправних захтева према наследницима.⁸⁴⁹

Историјски посматрано, основна функција фидеикомисарне супституције била је очување породичне имовине, што нарочито долазило до изражаја у случају породичног фидеикомиса (*fideicommissum familiae relictum*), који је подразумевао наследноправну сукцесију чланова породице завештаоца. За наследнике су постављани будући потомци, а циљ оваквог располага био је одступање од законског реда наслеђивања како би имовина завештаоца остала у власништву породице кроз генерације. На тај начин, имовина која је улазила у заоставштину постајала је неотуђива докле год је било оставиочевог потомства да га наследи и изопштавала се из правног промета. Тако је, провобитно, фидеикомис био у функцији одржавања политичке и економске моћи владајуће класе, па је овај вид именовања наследника посматран као инструмент постморталног управљања заоставштином („*rule of a dead hand*“).⁸⁵⁰

Са економским и друштвеним развојем, мењају се и модалитети именовања наследника. Правни принцип *semel heres, semper heres* постепено се напушта, и сукцесивно наслеђивање постаје признато као инструмент правног промета који се више није везивао само за чињеницу смрти, већ и за друге околности.⁸⁵¹ С временом, фидеикомисарна супституција мења своју друштвену функцију и почиње екстензивније да се тумачи и да поприма ново правно обличје. Од инструмента који је превасходно био у функцији очувања породичне имовине, постаје инструмент прилагођавања садржине завештања измењеним околностима које би могле наступити после завештаоачеве смрти.⁸⁵² Тако, фидеикомисарна супституција почиње да одступа од свог првобитног облика (као одређивање наследника наследнику), и поима се као сукцесивно наслеђивање имовине оставиоца од стране више наследника услед наступања супституционог случаја који има шири домашај. У том смислу, савремени појам фидеикомисарне супституције подразумева завештајно постављање наследника чије је наследно право ограничено одређивањем супституционог случаја, услед чијег наступања на место првобитно постављеног наследника (фидуцијара), који тада губи наследничко својство и постаје претходни наследник, ступа други тј. потоњи наследник (фидеикомисар).⁸⁵³

⁸⁴⁹ (Lange – Kuchinke, 2001), стр.570.

⁸⁵⁰ (Перић, 1923), стр. 119; (Živojinović – Đurđić, 2017), стр. 92.

⁸⁵¹ (Đurđić, 2012), стр. 722

⁸⁵² (Rajačić, 1958), стр. 121.

⁸⁵³ Фидеикомисарна супституција у основи представља одређивање два или више наследника који сукцесивно наслеђују исту имовину (Рајачић, 1958), стр.119). Овај правни институт се у теорији одређује у ширем и у ужем смислу. У ширем смислу фидеикомисарна супституција представља одредбу

2) Фидеикомисарна супституција у савременим правним системима

Фидеикомисарна супституција, као значајан институт римског права, задржана је и у модерним правним системима, где се, у складу са правнополитичким и друштвеним циљевима ради којих се нормира, појављује у различитим модалитетима, који подразумевају различите видове њеног ограничавања (временско ограничавање, ограничени број смена наследника, ограничавање у погледу лица која с могу појавити у улози супститута, ограничења у погледу имовине којом се може располагати, као и околности које се могу означити као супституциони случај).⁸⁵⁴ Предвиђени правни лимити фидеикомисарне супституције диктирани су економским и политичким разлозима који су уједно опредељивали и владајући концепт нормирања овог института (рестриктивнији или либералнији приступ). Строже постављена ограничења фидеикомисарне супституције условљавају и ужи домашај слободе тестирања, и обратно.

Немачко право. У немачком праву, фидеикомисарна супституција има дугу правну традицију, заступљена је у различитим модалитетима (супституција услед смрти претходног наследника, испуњења услова, протека рока). Фидеикомисарна супституција постоји онда када завешталац именује за наследника једно лице које наслеђује прво (*Vorerbe*), а након њега друго лице постаје наследник (*Nacherbe*), услед наступања супституционог случаја.⁸⁵⁵ Потоњи наследник се не сматра наследником претходног наследника, већ се сматрају наследницима завештаоца, који временски долазе један иза другог.⁸⁵⁶ Уколико је завешталац поставио претходног наследника, а није предвидео која околност ће представљати супституциони случај, узима се да је за супституциони случај предвиђена смрт претходног наследника.⁸⁵⁷

Немачки законодавац се определио за либералан концепт фидеикомисарне супституције, како у погледу круга лица у чију се корист може располагати, тако и у погледу могућности сукцесивног наслеђивања кроз генерације, као и предвиђања

у завештању којом завешталац одређује да ће по наступању завештањем предвиђених околности једно лице престати да буде наследник (када постаје претходни наследник), а да ће на његово место ступити други наследник (потоњи наследник). У ужем смислу, фидеикомисарна супституција представља одређивање наследника свом наследнику путем завештања (види: (Ђурђевић, 2011), стр. 164). Разликовање фидеикомисарне супституције у ширем и ужем смислу адекватно је за разграничење допуштеног и недопуштеног модалитета фидеикомисарне замене у смислу важећег Закона о наслеђивању.

⁸⁵⁴ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 570.

⁸⁵⁵ § 2100. BGB-a.

⁸⁵⁶ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 571; (Брох, 2004), стр-203; (Burandt – Dieter, 2011), 2011, стр.402.

⁸⁵⁷ § 2106. ст (1) BGB– Entrit der Nacherbfolge; (Burandt – Dieter, 2011), стр. 415. i 416.

различитих околности као супституционог случаја. У прилог фаворизовања његове аутономије воље говори чињеница да завешталац може на овај начин за убудуће, на дужи временски период, да управља преносом заоставштине у односу на наредне генерације, да осигура економски положај појединих категорија лица (нпр. супружника, заједничких потомака у случају закључења новог брака од стране надживелог супружника – *Wiederheiretungsklausel* и др.).⁸⁵⁸ Завешталац за потоњег наследника може именовати и постмортално зачету децу, с обзиром да се *nondum conceptus-и* признају наследна права.⁸⁵⁹

На тај начин се слобода тестирања реализује у ширем обиму, а као једино ограничење фидеикомисарне смене наследника, прописано је да се она може успоставити за период од тридесет година од оставиочеве смрти, у ком року мора да наступи супституциони случај да би супституција произвела правно дејство.⁸⁶⁰ Ово ограничење предвиђено је у циљу спречавања изопштавања добара која се наслеђују из правног промета и стварања добара мртве руке. На тај начин се настојала успоставити равнотежа између индивидуалних интереса завештаоца и његове аутономије воље у погледу начина именовања наследника, на једној страни, и правне сигурности и извесности у правном промету, на другој страни.

Међутим, немачки законодавац је предвидео да се и прописано временско ограничење фидеикомисарне супституције може екстензивирати у изузетним случајевима, настојећи да омогући да овај институт оствари своје дејство и сврху у пуном капацитету. Тако је у циљу остваривања његове друштвене функције усмерене на заштиту интереса породице, законодавац предвидео да супституција може производити дејство преко прописаног рока у законом прописаним случајевима (када је супституциони случај правно или економски повезан са личношћу претходног или потоњег наследника).⁸⁶¹ Овакво опредељење немачког законодавца резултат је компромиса између постојеће правне традиције и либералних политичких и економских схватања тамошњег друштва.⁸⁶²

⁸⁵⁸ (Burandt – Dieter, 2011), стр.402.

⁸⁵⁹ (Ђурђевић, 2011а), стр. 121.

⁸⁶⁰ Види § 2109 BGB-а. Законодавац у истом члану предвиђа два изузетка од овог правила (Burandt – Dieter, 2011), стр. 421; (Lange – Kuchinke, 2001), стр.573; опширније (Ђурђевић, 2010), стр. 111-114.

⁸⁶¹ § 2109 BGB ст. (1) – Umnwirksamwerden der Nacherbschaft, (Burandt – Dieter, 2011), стр. 421;

⁸⁶² (Ђурђевић, 2010), стр. 110, 111.

Аустријско право. Установа замене наследника је у аустријско право уведена међу последњим, иако су аустријски правници међу првима почели употребљавати термине „Vor-Nacherbe“.⁸⁶³ Фидеикомисарна супституција постоји када завешталац обавезе првостављеног наследника да наслеђену имовину пренесе на друго лице као оставиоачевог потоњег наследника, након сопствене смрти или по наступању неког другог догађаја одређеном у завештању.⁸⁶⁴ Претходни наследник се означава као фидуцијар, а потоњи као фидеикомисар, док се сама установа смене наследника означава као фидеикомисарна супституција. Ако супституциони случај није прецезиран у завештању, као супституциони случај узима се смрт првостављеног наследника (фидуцијара).⁸⁶⁵

Аустријско право у прилог шире слободе тестирања такође признаје различите модалитете фидеикомисарне супституције (супституција услед смрти фидуцијара, протекла рока, испуњења услова). Заправо, код постављања наследника под условом или роком, као и у случају да завешталац забрани наследнику да располаже наслеђеном имовином, говори се о тзв. конструктивној (прећутној) фидеикомисарној супституцији.⁸⁶⁶ Код наслеђивања под раскидним условом или роком, законски наследник се појављује као фидеикомисар, а код наслеђивања под одложним условом или роком, као фидуцијар.⁸⁶⁷ У ситуацији у којој је забрањено располагање наследним делом, наследник ће такође има положај фидуцијара, а његови законски наследници биће у својству фидеикомисара.⁸⁶⁸ Истовремено, аустријско право познаје и фидеикомисарну супституцију на остатку, која подразумева овлашћење претходног наследника да по својој вољи, без ограничења, располаже наслеђеном имовином.⁸⁶⁹

Специфичност аустријског решења огледа се у томе што завешталац може неограничено постављати супституте, али само из реда својих савременика (*Zeitgenossen*), лица која су или рођена или зачета у време сачињавања завештања.⁸⁷⁰ Дакле, слобода тестатора у погледу постављања неког њих за потоњег наследника широко је призната, без временског ограничења, као и ограничења у погледу степеновања. Ограничење слободе завештаоца приликом успостављања

⁸⁶³ (Lange – Kuchinke, 2001), стр.570.

⁸⁶⁴ § 608 ABGB; (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 211.,

⁸⁶⁵ *Ibidem*.

⁸⁶⁶ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 215.

⁸⁶⁷ § 707, 708 ABGB.

⁸⁶⁸ § 10. ABGB.

⁸⁶⁹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 219, 220.

⁸⁷⁰ § 611. ABGB; (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 213.

фидеикомисарне супституције постављено је правилима нужног наслеђивања и у том смислу овлашћења располагања заоставштином трпи ограничења, уколико нужни део привилегованих наследника буде повређен успостављањем фидеикомисарне супституције.⁸⁷¹

Другачије су постављени правни оквири слободе тестирања, уколико супститут није рођен ни зачет у време завештајног располагања. У том случају законодавац ограничава фидеикомисарну супституцију прописивањем максималног броја дозвољених смена наследника, када се заправо може говорити о конструктивној фидеикомисарној супституцији, под одложним условом, а то је рођење супститута.⁸⁷² У том смислу, уколико је предмет располагања новац или покретна ствар, супституција је допуштена у два степена, а у случају располагања непокретностима, допуштена је само у једном степену.⁸⁷³

Овакво решење предвиђено је зарад осигурања правне извесности, с обзиром да се располаже у корист лица које је још није ни зачето, а ни рођено. Нарочито је број супституција ограничен у погледу располагања непокретностима, с обзиром на њихов већи економски значај и потребу осигурања прометљивости ових добара, што је од општег друштвеног значаја. Међутим, и поред прописаног ограничења у погледу броја допуштених супституција, сматрамо да није у довољној мери осигурана правна извесност у промету ових добара за случај смрти, јер се без временског ограничавања фидеикомисарне супституције, постмортално управљање расподелом заоставштине може протегнути временски јако далеко. У аустријском праву пупиларна супституција није допуштена,⁸⁷⁴ а уколико се конструише у завештању, конвертује се у фидеикомисарну супституцију.⁸⁷⁵

Швајцарско право. У швајцарском праву претходни наследник као „провизорни“ наследник може бити именован од стране завештаоца уз конституисање обавезе преношења тако стечене имовине на другог наследника.⁸⁷⁶ Првостављени наследник, дакле, стиче наследство на исти начин као и сваки други наследник и постаје власник наслеђене имовине, уз обавезу њеног испоручивања, тј. преношења.

⁸⁷¹ A. Kletečka, M. Schauer, ABGB-On, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, 2010, стр. 1126.

⁸⁷² (Ferrari – Likar-Peer, 2007) стр. 216.

⁸⁷³ §612. ABGB; A. Kletečka and M. Schauer, *ABGB-On, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* (Wien, 2010), стр. 1134; (Zankl, 2008), стр. 51; M. G. C. Wiedeman i A. Wiedeman, Österreich, u: *Erbrecht in Europa*, Zerb Verlag, Bonn, 2015, стр. 968.

⁸⁷⁴ (Kletečka - Schauer, 2010), стр.1131.

⁸⁷⁵ (Đurđević, 2010), стр. 109.

⁸⁷⁶ Čl. 491. ZGB-a.

Дакле, у циљу очувања вредности заоставштине правни положај претходног наследника изједначава се са положајем власника који подразумева овлашћење располагања заоставштином. Моменат преноса наследства се везује за тренутак смрти претходног наследника, ако шта друго није завештањем предвиђено.⁸⁷⁷

Фидеикомисарна супституција је предвиђена само у једном степену, што значи да је фидеикомисар коначни и потпун наследника оставиоца (*Vorerbe*).⁸⁷⁸ Овакво решење, представља значајно ограничење слободе тестирања у прилог правне сигурности, иако, фактички, завешталац може дугорочно одређивати правну судбину заоставштине након своје смрти, због недостатка временског лимита за успостављање фидеикомисарне супституције. То може изазвати проблеме у пракси, јер се може десити да у случају постављања наследника под условом или када је потоњи наследник именован под непримерено дугим роком, имовина која чини заоставштину буде трајније изузета из правног промета. Због тога је став праксе да се фидеикомисарна супституција може конституисати најдуже на период од сто година.⁸⁷⁹ Овако одређен временски лимит њеног успостављања чини нам се предугачким, и практично несврсисходним, јер уместо да се спречи изопштавање добара из правног пормета путем фидеикомисарне супституције, она се на овај начин само додатно осигурава.

Романска права. Забрана фидеикомисарне супституције која је начелно прокламована у романским правима, сужава у значајној мери правне оквире слободе тестатора у погледу начина именовања наследника као манифестације његове аутономије воље за случај смрти. У француском праву, након реформисања наследног права 2006. године, фидеикомисарна супституција која је до тада била забрањена, добија своје место у француском правном систему, и бива допуштена у једном степену као вид доброчиног располагања.⁸⁸⁰ И пре ових нормативних измена, поједини модалитети фидеикомисарне супституције, као изузетак од прокламоване забране, били су заступљени у пракси.⁸⁸¹ Тако је, изузетно, сукцесивно наслеђивање било допуштено у корист унука, сестрића и сестричина, као потоњих наследника.⁸⁸² Након нормативних измена 2006. године *libéralités graduelles* може бити конституисан у корист било код

⁸⁷⁷ Čl. 489 st.1 ZGB.

⁸⁷⁸ (Stephan Wolf, Andrea Dorjee-Good 2015.), коментар §488 стр. 1166.

⁸⁷⁹ (Bessenich 2003), стр. 190, наведено према (Ђурђевић, 2010), стр. 114, 115.

⁸⁸⁰ Види: чл. 1048 Француског грађанског законика

⁸⁸¹ Чл. 897. Француског грађанског законика пре реформи (била је допуштена фидеикомисарна супституција у једном степену код које се за претходног наследника поставља само оставиочеве дете, а за случај смрти детета, његови првостепени потомци су наслеђивали као потоњи наследници);

⁸⁸² Чл. 896, 1048, 1049. Француског грађанског законика, пре измена из 2006. године.

лица, али само у једном степену и у законом предвиђеним случајевима, тако да се пре може говорити о њеној примени као изузетку, него правилу.⁸⁸³

У италијанском праву је институт фидеикомисарне супституције забрањен, уз извесне изузетке као што је (*sostituzione fedecommissaria*).⁸⁸⁴ Тако је допуштено да лице под старатељством (малолетно лице или лице лишено пословне способности) буде одређено за претходног наследника од стране родитеља или баба и деда, а да физичко или правно лице постављено за стараоца од стране суда буде именовано за потоњег наследника.⁸⁸⁵ Италијанско право познаје и *disposizione fiduciaria*, која подразумева да оставилац може засебним правним послом да наследника или легатара именује за фидуцијара и наложи му да цело наследство или пак један његов део пренесе на треће лице.⁸⁸⁶ При том, фидуцијарно располагање нема облигационоправни карактер, већ представља природну облигацију.⁸⁸⁷ Такође је као изузетак од забране фидеикомисарне супституције, предвиђена могућност завештаоца да одреди потоњег наследника у случају да умре без потомства⁸⁸⁸ Дакле, рестриктивно допуштена могућност успостављања фидеикомисарне супституције у значајној мери сужава слободу тестатора у планирању наслеђивања и прилагођавања очекиваним, будућим околностима са којим завешталац рачуна. Посебно је предвиђена заштита осетљивих категорија лица као што су лица под старатељством, тако да у оваквом приступу посебено долази до изражаја заштитна функција ове установе. Предвиђена могућност именовања потоњег наследника у случају да завешталац нема потомства фаворизује завештаочеву последњу вољу над законским наслеђивањем и омогућава правичну расподелу заоставштине у корист оних који по мишљењу завештаоца то највише завређују.

У праву Холандије супституција је допуштена само као вид постављања наследника под условом или роком, и њоме може бити обухваћена најдаље четврта генерација наследника.⁸⁸⁹

Из изложеног упоредноправног прегледа нормативних концепата фидеикомисарне супституције произлази да је слобода тестатора у погледу овог модалитета

⁸⁸³ Чл. 1048-1054 Француског грађанског законика; (Braun, 2012a), стр. 72;

⁸⁸⁴ Чл. 692. Грађанског законика Италије; Види: (Wiedeman and Wiedeman, 2015), стр. 724. (Burandt – Dieter, 2011), стр. 1317;

⁸⁸⁵ Чл. 692. Грађанског законика Италије.

⁸⁸⁶ Чл. 627. Грађанског законика Италије.

⁸⁸⁷ (Wiedeman and Wiedeman, 2015), стр. 724.

⁸⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁸⁹ (Anderson – Arroyo i Amayuelas, 2011), стр. 211.

именовања наследника различитог домашаја, у зависности од тога да ли односни правни систем прихвата либералнији или рестриктивнији начин нормирања фидеикомисарне супституције. Домашај слободе тестирања код одређивања фидеикомисарне смене наследника зависи од могућности избора супституционог случаја, затим од допуштеног степеновања супституције и њеног временског ограничења, као и круга лица која се могу именовати као потоњи наследници.

Приликом опредељивања за одређени концепт фидеикомисарне супституције свакако треба поћи од социјалне улоге ове наследноправне установе која је у функцији прилагођавања практичним потребама човека у прометању добара за случај смрти. У складу са тим циљем требало би омогућити што ширу примену овог института, што је по нашем мишљењу, постигнуто у немачком концепту његовог нормирања. Према овом законодавном решењу фидеикомисарна супституција је најфелксібилније нормирана, и у таквом либералном концепту слобода тестирања остварује најшири домашај, при чему је истовремено успостављен баланс са друштвеним интересима кроз адекватно прописано временско ограничење фидеикомисарне супституције. У другим правима, као што је Швајцарско, фидеикомисарна супституција је ограничена само на једну смену наследника, што представља значајно лимитирање слободе тестатора у погледу избора модалитета одређивања наследника. Међутим, ограничење броја допуштених супституција није довољна брана од дугорочнијег успостављања добара мртве руке, па се оваквим решењем иде на уштрб и слободе тестирања и правне извесности. Слична критика се може упутити и аустријском законодавацу у погледу усвојеног нормативног концепта фидеикомисарне супституције. Одговарајуће временско ограничење успостављања фидеикомисарног односа сматрамо најнеадекватнијим правним ограничењем њеног домашаја које може омогућити потребну правну извесност, и истовремену пуну реализацију правнополитичког циља овог инструмента планирања наслеђивања.

3) Фидеикомисарна супституција у српском праву

У Српском грађанском закоником фидеикомисарна супституција је начелно била забрањена. Само изузетно је била допуштена, и то у једном степену, уколико би због одсуства завештајне способности фидуцијар умро без тестаментa или уколико би фидуцијар, иако завештајно способан, умро без завештања и без потомака као

законских наследника (чл 464. Српског грађанског законика).⁸⁹⁰ Фидеикомисарно наслеђивање бива у потпуности укинато Видовданским уставом 1927. године,⁸⁹¹ а овај концепт следе и све потоње редакције Закона о наслеђивању.⁸⁹²

Према важећим прописима, одредба којом се наследнику одређује наследник, ништава је.⁸⁹³ Иако се на овај начин желело допринети прецизности и одређености приликом прокламовања забране фидеикомисарне супституције, оваква законска формулација није најкоректнија са теоријског становишта, јер је фидеикомисар (потоњи наследник) сукцесор завештаоца као правног претходника, а не фидуцијара (првостављеног наследника).⁸⁹⁴ Дакле, суштина ове одредбе је у томе да се забрањује да завешталац за супституциони случај предвиди смрт претходног наследника, у том смислу ову одредбу треба и тумачити.⁸⁹⁵

Проблем у дефинисању допуштених и недопуштених модалитета условљеног именовања наследника, управо произлази из непрецизног појмовног и садржинског дефинисања ових правних института, тако да се, осим теоријских недоумица, стварају проблеми у погледу њиховог разграничења у правној пракси. Тако се често модалитети именовања наследника које би у контексту важећих законских правила били допуштени, подводе под забарањену фидеикомисарну супституцију и на тај начин неоправдано ограничава завештаочева слобода тестирања.⁸⁹⁶ Истовремено се погрешним тумачењем законских правила о недопуштеној фидеикомисарној супституцији, појединим завештајним одредбама о условном именовању наследника признаје правно дејство иако, у бити, представљају фидеикомисарну супституцију у ужем смислу.⁸⁹⁷ Отуда је дефинисање јасних правних граница фидеикомисарне супституције неопходно у актуелној реформи наследног права, чиме би се допринело и прецизнијем дефинисању слободе тестатора у погледу начина именовања наследника.

⁸⁹⁰ Види и (Ђорђевић, 1903), стр. 40 ; (Перић, 1923), стр. 40.

⁸⁹¹ V. Evgenij, „O fideikomisima“, *Pravosude*, br. 5-6, стр. 352.

⁸⁹² Види:чл. 85 Савезног Закона о наслеђивању ФНРЈ из 1955. године; чл. 80 ст. 3 Закона о наслеђивању РС из 1974. године; чл. 159 ст.1 Закона о наслеђивању РС из 1995.

⁸⁹³ Чл. 159. Закона о наслеђивању РС.

⁸⁹⁴ (Ђурђић, 2016), стр. 224.

⁸⁹⁵ (Ђурђевић, 2010), стр. 105.

⁸⁹⁶ Конституисање легата плодуживања у корист једног наследника, а на терет другог често се тумачи као вид фидеикомисарне супституције због сличног правног дејства, те се оглашава ништавим. (Крећ – Павић, 1964), стр. 239.

⁸⁹⁷ Оставилац је именовао супругу за свог наследника, а сина за њеног јединог наследника, с тим да он постаје наследник када постане пунолетан; види: Пресуду Савезног врховног суда, од 14. 12. 1962. Рев. 1290-62, Збирка судских одлука, књ.VII, св. 2, Београд (наведено према (Marković, 1981), стр. 242.); Овде је реч о постављању наследника за случај смрти под сложеним (комбинованим) роком, (Стојановић, 2011), стр. 242.

Посматрано у контексту предложених решења у Нацрту грађанског законика Републике Србије, не може се рећи да је учињен помак у том правцу, када је реч о регулисању установе фидеикомисарне супституције. Одредба којом је прокламована забрана фидеикомисарне супституције преузета је из важећег Закона о наслеђивању, те је завештаочева наредба последње воље којом одређује наследника свом наследнику или испорукопримцу (сложена замена наследника – заветина) ништава. Дакле, у самом законском тексту није најјасније подвучена граница између допуштених и недопуштених облика фидеикомисарне супституције, што је последица непрецизног појмовног и правнотеоријског одређења овог правног иснтитута. Новине се огледају у предлогу увођења специфичног модалитета фидеикомисарне супституције, која би била дозвољена у једном степену, уз појашњење да се одређивање наследника наследнику има тумачити као однос испорукопримца и наследника.⁸⁹⁸ Поједини грађанскоправни теоретичари заузимају становиште да односну одредбу у стварноправном смислу треба тумачити као конституисање легата плодуживања у корист претходног наследника, а на терет потоњег, као својинског и потпуног наследника.⁸⁹⁹

Овако дефинисан концепт фидеикомисарне супституције је споран са правнодогматског становишта, јер одступа од битне садржине установе фидеикомисарне супституције и њене правне суштине. Наиме, овакав однос у својој бити није фидеикомисарна супституција, јер недостаје компонента сукцесивности у наслеђивању као његова важна одлика. Конституисање легата плодуживања као вида сингуларне сукцесије која је временски орочена до момента смрти претходног наследника као плодуживаоца, претпоставља постојање универзалног сукцесора као власника ствари на чији је терет овај легат конституисан.⁹⁰⁰ Потоњи наследник, дакле, постаје својински наследник моментом смрти оставиоца, с тим да је ово његово право ограничено правом плодуживања претходног наследника. Када наступи смрт фидуцијара, потоњи наследник стиче својину у пуном обиму, али не долази до било какве сукцесије наследника. С обзиром да је сукцесија наследника есенција фидеикомисарне супституције, овај однос се не може окарактерисати као фидеикомисарна смена наследника, иако однос легатара и правог наследника подсећа на однос фидуцијара и фидеикомисара.⁹⁰¹

⁸⁹⁸ Чл. 2755 ст 2 Нацрта грађанског законика РС.

⁸⁹⁹ Н. Стојановић, „Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 62 (2012), стр. 201.

⁹⁰⁰ Т. Ђурђић, „Законске границе слободе именовања наследника“, у: *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије* (Ниш, 2016), стр. 223.

⁹⁰¹ *Ibidem*.

Овакав законодавни приступ концептуално је неприхватљив, јер се конституисање легата плодуживања у корист једног наследника, на терет другог, неоправдано ставља у правне оквире фидеикомисарне супституције. Могло би се претпоставити да је циљ оваквог нормативног концепта да се обезбеди економска сигурност фидуцијара за живота, уз задржавање својинске позиције фидеикомисара коме се, на тај начин, гарантује правна и економска сигурност. Међутим, имајући у виду да предмет легата може бити како ствар, тако и право, исти правни циљ могуће је постићи и према важећим прописима, конституисањем легата плодуживања, те се поставља питање сврсисходности поменуте одредбе.⁹⁰²

Мишљења смо да предложено решење у погледу нормирања фидеикомисарне супституције додатно замагљује границу између допуштених и недопуштених модалитета условљеног именовања наследника. Отуда, приликом одређивања за одређени нормативни коцепт фидеикомисарне смене наследника *de lege ferenda*, свакако треба поћи од савременог схватања фидеикомисарне супституције, где је фидеикомисар (потоњи наследник) сукцесор оставиоца, а не фидуцијара. У циљу прецизнијег дефинисања допуштених и могућих модалитета сукцесивног наслеђивања, мора се узети у обзир њихова правна и друштвена сврсисходност и суштина прописивања.

Уколико би се фидеикомисарна супституција за случај смрти увела у српско право *de lege ferenda*, требало би прецизирати њене правне границе, како у погледу круга лица у чију корист се она установљава, тако и у погледу јасног дефинисања правног положаја сукцесора, као и природе супституционог случаја. С обзиром да је смена наследника услед испуњења услова, протекла рока или неиспуњења налога у нашем праву допуштена, као спорно питање остаје допуштеност супституције наследника услед смрти првопостављеног наследника као супституционог случаја. Уколико се домаћи законодавац определи за овакав значајан искорак у корист шире слободе тестирања, ограниченост у временском трајању ове супституције била би неопходна као мера ограничења у прилог правне сигурности.

d) ОПРАВДАНОСТ УВОЂЕЊА ФИДЕИКОМИСАРНЕ СУПСТИТУЦИЈЕ У СРПСКО ПРАВО

У нашем праву, постављање наследника под условом или роком, као вид фидеикомисарне супституције у ширем смислу, има ужи домашај с обзиром на рестриктивније постављен круг допуштених услова под којим са може именовати

⁹⁰² (Крећ – Павић, 1964), стр. 273.

наследник, јер се као супституциони случај не може предвидети наступање смрти претходног наследника. Истовремено, домашај овог модалитета именовања наследника ограничен је правилом о једностепеној смени наследника као једино допуштеној.

У другим законодавствима која нормирају фидеикомисарну супституцију, шири домашај слободе тестирања огледа се кроз могућност одређивања супституције наследника услед смрти претходног као супституционог случаја, као и могућност одређивања вишестепене смене наследника. Један од основних циљева ове установе јесте прилагођавање завештајних располагања околностима које могу наступити после смрти тестатора, и успостављање правичног поретка сукцесије наследника. У том смислу, завештаоцу треба омогућити располагање имовином за случај смрти у корист различитих категорија лица, како би се заштитили имовински интереси припадника једне породичне генерације, као и појединих категорија наследника за чије правне интересе завешталац сматра да могу бити угрожени након његове смрти. Отуда се фидеикомисарна супституција у законодавствима која је допуштају најчешће конституише у циљу заштите наследноправних интереса заједничких потомака, нарочито у случају закључења новог брака од стране надживелог супружника или између супружника који немају заједничку децу, а у корист деце из ранијег брака или ванбрачне заједнице. Циљ оваквих располагања је да се спречи одливање наследства у друге породице, и да се очува његова целовитост у корист оставиочевих потомака.

Поставља се питање да ли се овај циљ може постићи неким од постојећих правних механизма у нашем праву, попут смањења наследног дела супружника као наследника првог наследног реда које је у функцији заштите интереса оставиочеве деце из претходног брака или ванбрачне заједнице. Њихов наследни део се под законом предвиђеним условима повећава на рачун наследног дела надживелог супружника. Оно што се јавља као проблем у реализацији имовинскоправне заштите ове оставиочеве деце је чињеница да наследни део супружника може да се смањи само онда када је његова имовина већа од оног што би наследио при подели заоставштине на једнаке делове са оставиочевом децом. То значи да без заштите остају интереси деце која конкуришу на наслеђе са супружником који је слабијег имовног стања.⁹⁰³ На овај начин се не спречава преливање заоставштине у другу породицу, што се омогућава

⁹⁰³ Један о законских услова који морају бити испуњени да би дошло до смањења наследног дела супружника у првом наследном реду, између осталих, јесте да је имовина супружника већа од онога што би наследио при подели заоставштине на једнаке делове са оставиочевом децом; Види:чл. 9 ст. 3 Закона о наслеђивању РС.

фидеикомисарном супституцијом, већ се само смањује количина добара која прелазе.⁹⁰⁴ Коначно, примена ових правила не спада у домен завештаочеве слободе, већ је препуштена дискреционој оцени суда.

Други могући правни пут заштите имовинскоправних интереса одређених категорија лица је конституисање права плодоуживања. Дакле, постоји могућност да се интереси надживелог супружника заштите конституисањем права плодоуживања у његову корист, а на терет оставиочеве деце која се постављају за наследнике и која постају неограничени имаоци заоставштине након смрти надживелог супружника. Овакав модалитет именован наследника предвиђен је у Нацрту грађанског законика као изузетак од забране фидеикомисарне супституције, иако се у бити не ради о фидеикомисарној смени наследника, већ легату плодоуживања. Дакле, суштина фидеикомисарне супституције је да омогући завештаоцу да именује два лица која би наслеђивала један иза другог, при чему се претходном наследнику омогућава да економски искористи заоставштину кроз ограничено право располагања добрима из заоставштине. То значи да су његова овлашћења шира од овлашћења плодоужиоца који је ускраћен за било какву могућност располагања наслеђеним добрима.

Предности фидеикомисарне супституције су вишеструке и пошто се оне не могу остварити другим расположивим правним инструментима, представљају аргументе у прилог нормирања овог института и проширења слободе тестирања. Фидеикомисарна супституција је инструмент који може избалансирати супротстављене интересе потенцијалних наследника, осигурати равноправност у наслеђивању и обезбедити правну заштиту појединих категорија наследника. Тако се именовањем надживелог супружника за претходног наследника осигурава његова економска позиција за живота, као и интерес оставиочеве деце (ванбрачне или из претходног брака) којима као потоњим наследницима остаје целокупна заоставштина. Потреба за посебном правном заштитом постоји и у корист заједничке деце, у случају да након смрти оставиоца надживели супружник ступи у нови брак. Циљ је да се спречи расипање имовине преминулог родитеља и заштити имовинска позиција заједничке деце којој ће припасти наследство преминулог родитеља, уз истовремено осигурање заштите интереса надживелог родитеља.

⁹⁰⁴ Нпр. ако иза оставиоца остану ћерка из претходног брака и супруга, обе добијају по пола заоставштине на име редовног законског наследног дела. У случају да се њен наследни део смањи, ћерка наслеђује 2/3, а супруга 1/3; Оно што је наследила супруга након њене смрти припаће њеним наследницима.

Истовремено је кроз фидеикомисарну супституцију омогућено располагање у корист будућих потомака који још нису рођени, нити зачети у моменту смрти оставиоца. На овај начин значајно се доприноси широј аутономији завештаоца у погледу опредељивања лица која ће га наследити и померања граница тестаментарне слободе. У том смислу, ограничење слободе завештајног именовања наследнике на оставиочеве савременике сматрамо неоправданим са становишта успостављања правичног поретка наследноправне сукцесије, а који је један од примарних правнополитичких циљева наслеђивања и слободе тестирања као њене главне компоненте.⁹⁰⁵

Полазећи од циља фидеикомисарне супституције, а у контексту решења предложених у Нацрту грађанског законика РС,⁹⁰⁶ може се закључити да она одступају од суштине овог правног института, у чијој бити је сукцесивно наслеђивање. Отуда је овакав нормативни концепт потпуно неоправдан са правног становишта, јер се његовим инкорпорисањем у домаће законодавство додатно замагљују границе допуштених модалитета именовања наследника, а самим тим и слободе тестирања.

Како је у нашем праву допуштена смена наследника предвиђањем услова, рока или неиспуњења налога, питање увођења фидеикомисарне супституције своди се на допуштеност сукцесивног наслеђивања услед смрти фидуцијара као супституционог случаја. Сматрамо да увођење овог вида фидеикомисарне смене наследника има бројних предности на које је напред указано, и да га надаље треба дозволити.

Концепт који би уравнотежио све интересе на које се посредно или непосредно односи фидеикомисарна супституција, подразумевао би, по нашем мишљењу, широка овлашћења у погледу круга лица која могу бити постављена за потоње наследнике, која не би била ограничена само на савременике оставиоца, него би допуштала и располагање у корист постмортално зачете деце оставиоца. Сматрамо да фидеикомисарну супституцију треба допустити у једном степену, како би се постмортално управљање заоставштином ограничило зарад заштите друштвеног интереса, с тим да би временско ограничење успостављања фидеикомисарне супституције, које треба увести, додатно унело правну извесност и спречило дугорочније изопштавање добара из правног промета. То временско ограничење може износити тридесет година, што значи да се у том периоду мора десити супституциони случај.

⁹⁰⁵ (Ђурђевић, 2011), стр. 33.

⁹⁰⁶ Чл. 2755 ст. 2 Нацрта грађанског законика РС.

Неспорно је да широка овлашћења завештаоца у погледу именовања наследника носе ризик од злоупотреба, те је нужна одговарајућа мера заштите кроз императивне одредбе о нужном делу. Такође, у опредељивању за одговарајући концепт фидеикомисарне супституције, мора се водити рачуна да се помире супротстављени интереси претходног и потоњег наследника, чије стварноправне позиције морају бити прецизно нормиране. У том смислу, полазећи од става да је претходни наследник универзални сукцесор и да има ограничена својинска овлашћења у погледу добара која улазе у заоставштину, треба му признати могућност да црпи максимум користи из заоставштине, не умањујући притом њену вредност. Својинскоправно овлашћење располагања претходног наследника било би ограничено када је реч о непокретностима, уколико би се оваквим видом располагања осујетио интерес потоњег наследника. С обзиром да су ова располагања од највећег економског значаја за потоњег наследника, овакво ограничење сматрамо оправданим. Ограничење треба проширити и на забрану добротних располагања добрима из заоставштине, уколико би имала за последицу осујећење и умањење права потоњег наследника. Правни положај потоњег наследника требало би заштити применом правила о реалној суброгацији.

2. РАЗБАШТИЊЕЊЕ НАСЛЕДНИКА

Овлашћење тестатора да по својој вољи именује одређена лица за наследнике истовремено имплицира право завештаоца да ускрати законским наследницима могућност наслеђивања његове заоставштине, делимично или у потпуности (*lat. exhereditatio, nem. Erbunwürdigkeit*).

Разбаштињење може бити изричито назначено у тестаменту (*negatives Testament*), или посредно произлазити из чињенице да је завешталац део заоставштине или целу заоставштину оставио у наслеђе другим лицима која нису законски наследници (*positives Testament*).⁹⁰⁷ Овлашћење разбаштињења наследника, као и именовања, представља конкретизацију слободе тестирања, и као такво допуштено је у границама јавног поретка, императивних прописа и морала.⁹⁰⁸ У тим оквирима, легитимност разбаштињења зависи од допуштености побуде разбаштињења. Комплексност утврђивања допуштености оваквих тестаментарних одредаба произлази из чињенице да је у питању добротин правни посао за случај смрти, где мотив улази у каузу правног

⁹⁰⁷ (Brox, 2004), стр. 161.

⁹⁰⁸ Чл. 155. Закона о наслеђивању РС.

посла, те га је тешко утврдити имајући у виду његов субјективни карактер и уважавајући чињеницу да је реч о *mortis causa* располагању, које имплицира посредно доказивање праве намере завештаоца.

Противправност разбаштињења законских наследника најчешће је условљена дискриминаторном природом битних побуда које су определиле завештаоца на одређено завештајно располагање које ће као такво бити недопуштено са становишта остваривања основних људских права (права на поштовање приватног и породичног живота,⁹⁰⁹ права на склапање брака и заснивање породице,⁹¹⁰ остваривања слободе вероисповести,⁹¹¹ поштовање забаране дискриминације⁹¹²). Тако је пред Европским судом за људска права управо био споран случај разбаштињења законског наследника због дискриминације. Реч је о спору *Pla - Puncernau v. Andorra*, где су муж (Francesc-Xavier) и жена (Roser Puncernau Pedro), који су државалањани Андоре, усвојили дете (Antoni Pla Puncernau). Мужевљева мајка (Carolina Pujol Oller) сачинила је завештање којим оставља сину своју заоставштину, коју ће он даље, по њеној жељи, пренети на своју децу или потомке из „канонског или правног брака“, а ако се овај услов не испоштује, заоставштина ће припасти деци и унуцима њених ћерки. Муж је преминуо пре покретања поступка за расправљање заоставштине, а жена у току трајања поступка пред Европским судом за људска права. Виши суд правде Андоре је констатовао да Антони (усвојено дете) не може наследити заоставштину госпође Pujol Oller, мајке свога оца, јер није дете из правног, нити канонског брака, те заоставштина има припасти њеним унукама и праунукама по ћеркиној линији. Ова одлука била је потврђена и од стране Уставног суда Андоре. Европски суд за људска права констатовао је да је оваква одлука дискриминаторна⁹¹³ и да представља кршења чл. 14. Европске конвенције за људска права којим се забрањује дискриминација по било ком основу, као и чл. 8 Конвенције којим се гарантује право на поштовање приватног и породичног живота.⁹¹⁴ Став суда је да усвојено дете има исти правни статус као и

⁹⁰⁹ Чл.8 Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењена у складу с Протоколом бр.11("Службени лист СЦГ" - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005, "Службени гласник РС - Међународни уговори", бр. 12/2010, 10/2015), у даљем тексту: Конвенција.

⁹¹⁰ Чл. 12. Конвенције, чл. 16. Универзалне декларације о људским правима (Universal Declaration on Human Rights, 1948), <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>, у даљем тексту: Декларација.

⁹¹¹ Чл. 9 Конвенције, чл. 18 Декларације.

⁹¹² Чл. 1 Конвенције, чл. 7 Декларације.

⁹¹³ Чл. 14 Конвенције предвиђа забрану дискриминације по било ком основу.

⁹¹⁴ (Convention for the Protection on Human rights), http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_-ENG.pdf, februar, 2017.

биолошко дете родитеља, тако да је веома важно да убудуће и дете рођено ван брака ужива сва права гарантована Конвенцијом.⁹¹⁵

У правној теорији се сматра да је за оцену допуштености мотива код завештајног располагања пресудна сврха која се таквим располагањем жели постићи.⁹¹⁶ Мотиви разбаштињења наследника могу бити различити, као што је мотив сврхе, којим се утиче на одређено понашање наследника како би стекао имовинску корист по основу завештања (нпр. ако закључи брак са одређеном особом, добиће наследство), или мотив награде/казне, где се одређено већ постојеће понашање кажњава или награђује (нпр. завешталац предвиди у завештању да га надживели супружник неће наследити, ако склопи нови брак након његове смрти).⁹¹⁷ Због условљености одређених поступака и одлука наследника стицањем имовинске добити по основу завештања, овакве завештајне одредбе су ништаве, као директно супротстављене јавном поретку, императивним прописима и моралу. У том смислу, немачка судска пракса је заузела став да је одредба у завештању којом условљавање разбаштињења надживелог супружника склапањем новог брака, противна моралу, и као таква неважећа.⁹¹⁸ Овакво решење сматрамо потпуно оправданим са становишта заштите основних људских права, те задирања у приватну сферу појединца.

У немачкој правној пракси питање допуштености клаузуле поновног венчања (*Wiederverheiratungsklauseln*) је комплексније, с обзиром да је она често заступљена у заједничком завештању и уговору о наслеђивању, као израз сагласних воља котестатора, односно уговорних страна. Основни мотив уговарања ове клаузуле је да се у случају закључења новог брака од стране надживелог родитеља заштити имовинскоправна позиције потомака у односу на заоставштину преминулог родитеља, првенствено од наследноправних претензија новог супружника. Наиме, супружници се саглашавају да у случају поновног склапања брака оног супружника који надживи, целокупна заоставштина коју је наследио од преминулог супружника, или њен одређени део, мора бити пренета за живота од стране надживелог супружника као претходног наследника на заједничке потомке, као потоње наследнике.⁹¹⁹ Полазећи од правне сврхе оваквог располагања, клаузула поновног венчања сматраће се

⁹¹⁵ European Court of Human Rights, *Pla and Puncernau v. Andorra*, 13.7.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/003-1049247-1085914?TID>, фебруар, 2018.

⁹¹⁶ Види: (Ђурђевић, 2004), стр. 452.

⁹¹⁷ (Ђурђевић, 2004), стр. 452.

⁹¹⁸ Одлука Савезног уставног суда Немачке, 22. 03. 2004., бр. БвР 2248/01, наведено према (Povlakić – Softić Kadenić, 2012), стр. 202.

⁹¹⁹ (Leipold, 2002). стр. 170.

допуштеном.⁹²⁰ Међутим, уколико преживели супружник уговарањем овакве клаузуле губи целокупно наследство и није у могућности да оствари своје право на нужни део, ова клаузула ће се сматрати противном моралу (*Sittenwidrigkeiten*).⁹²¹

Поред општих ограничења, право разбаштињења наследника ограничено је и посебним правилима која се односе на немогућност завештаоца да путем тестаментa у потпуности искључи сваку универзалну сукцесију *mortis causa*, и на тај начин разбаштини и државу као принудног наследника.⁹²² Овакво ограничење оправдано је са становишта остваривања основне сврхе установе наслеђивања, јер би у супротном суштина овог института била доведена у питање.

Посебно ограничење права разбаштињења постављено је и правилима о нужном делу која искључују слободу тестирања у погледу одређеног дела заоставштине. Као најзначајније ограничење слободе тестирања, установа нужног дела у значајној мери дефинише њен домашај (Питање утицаја установе нужног дела на слободу тестирања опширно се разматра у глави IV). У прилог успостављања равнотеже између слободе тестирања и заштите породичноправног карактера установе наслеђивања кроз установу нужног дела, завештаоцу се признаје овлашћење да искључи или лиши нужне наследнике нужног дела, уколико су испуњене одређене законске претпоставке.⁹²³

⁹²⁰ (Musielak, 1982.), § 2269 Rn 47; J. Mayer, Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, - Handbuch - Mustertexte - Kommentar, Carl Heymanns, 2015, § 2269 Rn 59.

⁹²¹ (Tanck, 10/2015), стр. 298. (Musielak, 1982.), § 2269 Rn 47.

⁹²² (Крећ – Павић, 1964), стр. 321; (Gavella – Belaj, 2008, стр. 158.

⁹²³ Чл. 61-65 Закона о наслеђивању РС.

Глава пета ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА – ЕСЕНЦИЈАЛНИ ЕЛЕМЕНТ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

I. ПОЈАМ И УСЛОВИ ОПОЗИВА

1. ПОЈАМ

Право завештаоца да опозове завештање у било ком тренутку свог живота представља највернији израз слободе тестирања и њен најзначајнији елемент. Одредба којом завешталац опозива завештање производи значајне наследноправне последице зато што спречава да раније сачињено завештање произведе правно дејство, па се опозив завештања сматра правним послом *mortis causa*, односно има карактер једностране изјаве последње воље.⁹²⁴ Као и само завештање, дакле, опозив је један вид располагања за случај смрти. Имајући у виду ове његове одлике, може се прихватити дефиниција према којој опозив представља „посебан облик располагања за случај смрти, којим завешталац ставља ван снаге свој раније сачињен пуноважан тестамент“.⁹²⁵

Завештање као наредба последње воље не везује завештаоца. Као потврда и бит слободе тестирања, завештаоцу је дато право да завештање опозове у било које време, без нарочитог разлога.⁹²⁶ У циљу очувања овог основног својства завештања, завешталац се не може одрећи права на опозив завештања, нити се обавезати да неку одредбу из завештања опозове или не опозове. Оваква дерогациона клаузула (*derogatorische Klauseln*) директно је у супротности са опозивим карактером наредбе последње воље, и као таква је неважећа.⁹²⁷

2. УСЛОВИ ОПОЗИВА

Будући да опозив завештања представља наредбу последње воље, општеприхваћено је да за његову пуноважност морају бити испуњене све претпоставке које су предвиђене за сачињавање пуноважног тестаментa. Међутим, кад се у

⁹²⁴ (Врох, 2004), стр. 84; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 470.

⁹²⁵ (Ђурђевић, 2011), стр. 195.

⁹²⁶ § 2253 BGB-а, (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 113; (Leipold, 2002), стр. 113; Из законске формулације чл. 176. ст. 1. Закона о наслеђивању РС којим се предвиђа да завешталац *увек* може делимично или у потпуности опозвати сачињено завештање, јасно произлази начело опозивости завештања.

⁹²⁷ § 716 ABGB; Види: (Zankl, 2008), стр. 62;

литератури наводе ти услови, постоје извесне разлике међу теоретичарима. Једни као услове пуноважног опозива наводе: способност за тестирање, слободну вољу и донекле форму.⁹²⁸ Други пак, од материјалноправних претпоставки захтевају: да завешталац има завештајну способност, да је воља приликом опозива завештања слободна; да постоји озбиљна намера опозива (*animus revocandi*).⁹²⁹ Трећи сматрају да се опозивање раније сачињеног тестаментa може пуноважно извршити ако је тeстатор „способан да изјави своју последњу вољу, без мана воље и ако је садржај опозива могућ и допуштен“.⁹³⁰

Из изложеног се може закључити да се мишљења о условима пуноважног опозива завештања разликују у погледу два услова – форме и садржине опозива.

Кад је реч о форми, сматрамо да се она јавља као услов само код формалног опозива завештања. Уколико се врши неформално опозивање, по логици ствари, форма не може бити услов пуноважног опозивања јер се завештање опозива фактичком радњом (уништењем тестаментa, прецртавањем и сл.). Тим поводом, констатоваћемо да је слобода опозива шире постављена него што је слобода сачињавања тестаментa, јер се може реализовати осим формалним путем – сачињавањем наредног тестаментa и фактичком радњом, док се слобода сачињавања тестаментa мора, поред осталог, манифестовати у некој од законом предвиђених форми.

С друге стране, могућа и допуштена садржина опозива није услов пуноважности свих начина опозивања завештања. Као таква, она је неопходна само код прећутног формалног опозива завештања. Код овог начина опозивања сачињава се нови тестамент чије су одредбе у супротности са садржином ранијег тестаментa. Да би тај потоњи тестамент произвео дејство опозива, он мора, као и сваки други тестамент, бити пуноважан, а то претпоставља и испуњеност услова да је његова садржина могућа и допуштена. Кад се ради о изричитом формалном опозивању, нови тестамент може да садржи само изјаву да се опозива претходни тестамент, па је та изјава, као садржина опозива, увек могућа и допуштена. Код опозива фактичком радњом, не може бити говора о могућој и допуштеној садржини завештања јер новог завештања у формалном и материјалном смислу уопште и нема.

⁹²⁸ (Antić, 1983), стр. 145; (Крећ – Павић, 1964), стр. 321.

⁹²⁹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 196, 197; (Стојановић, 2011), стр. 294; (Ђурђевић, 2011), стр. 196.

⁹³⁰ (Ђурђевић – Сворцан, 1992), стр. 265.

Будући да поједини услови пуноважности морају постојати код свих, а неки само код појединих начина опозивања, тако их треба и поставити. Претпоставке пуноважности код сваког начина завештања су: да завешталац има *завештајну способност*, да је приликом опозивања завештаочева *воља слободна*; да постоји озбиљна *намера* да се претходни тестамент стави ван снаге (*animus revocandi*). У свим случајевима формалног опозивања тестаментa, да би опозивање било пуноважно, још се морају испоштовати законске претпоставке изабране форме завештања. Могућа и допуштена садржина завештања услов је за пуноважност прећутног формалног опозива.

У погледу активне завештајне способности, за настанак пуноважног опозива потребно је да буде задовољен и објективни (старосна граница) и субјективни услов (способност за расуђивање). Самим тим, иста су ограничења слободе опозива тестаментa као ограничења слободе сачињавања тестаментa.

Постојање завештајне способности, односно њене објективне и субјективне компоненте, приликом опозива завештања цени се у тренутку опозивања, баш као што је то случај код сачињавања и измене завештања.⁹³¹ Све оно што у погледу одређивања доње границе завештајне способности важи код завештајне способности као претпоставке за настанак пуноважног завештања, примењује се *mutatis mutandis* и код опозива завештања.

Правило је да накнадни губитак способности за расуђивање нема утицаја на пуноважност већ сачињеног завештања, осим у једном случају који је предвиђен као изузетак од поменутог правила. Наиме, уколико су се након сачињавања пуноважног завештања битно измениле околности које су време сачињавања завештања биле одлучујућа побуда завештаоца да располаже заоставштином на тај начин, суд може на захтев заинтересованих лица ставити ван снаге поједине одредбе завештања или цело завештање, уколико завешталац због губитка способности за расуђивање то није могао учинити.⁹³² Овај институт се заснива на претпостављеној вољи завештаоца и главни мотив законодавца за његовим увођењем у Закон о наслеђивању Републике Србије из 1996. је успостављање равнотеже између принципа правичности и слободе завештајног располагања која претпоставља право завештаоца да опозове завештање. У теорији се

⁹³¹ Види: пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1842/93, Зборник судске праске из области имовинског права, Београд, 1995, стр 214, наведено према Д. Живојиновић, „Тестаментална (завештајна) способност“, у: *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995 године*, Крагујевац, 1998, стр. 125;

⁹³² Чл. 80 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

поставља питање оправданости оваквог решења, уз образложење да представља задирање у слободу опозива завештања као манифестације слободе тестирања, одступајући истовремено од неких типичних обележја завештања, као што је његов лични карактер.⁹³³

У случају опозива тестаментa услед постојања мана воље завештаоца, сам опозив завештања биће рушљив, док непостојање намере опозива завештаоца има за последицу апсолутну ништавост акта опозива.⁹³⁴ Ограничење у погледу реализације права опозива огледало би се у законом предвиђеним претпоставкама за пуноважни опозив завештања.⁹³⁵

II. НАЧИНИ ОПОЗИВА

Као израз слободе тестирања, завештаоцу на располагању стоје различити начини опозива завештања. За разлику од сачињавања тестаментa, опозив не мора бити заоденут у неку од завештајних форми да би био пуноважан. Разликује се формални и неформални начин опозивања завештања, који може бити изричит или прећутан (*ausdrücklich und stillschweigende Widerruf*).⁹³⁶

1. ФОРМАЛНИ НАЧИН ОПОЗИВА ЗАВЕШТАЊА

Постоје два начина формалног опозивања тестаментa – изричито и прећутно опозивање.

Изричити формални опозив подразумева сачињавање новог тестаментa од стране завештаоца (*testamentum ruptum, Widerrufstestament*) у којем завешталац изричито саопштава да раније сачињен тестамент или поједине његове одредбе ставља ван снаге.⁹³⁷ Изричитим формалним опозивом завештања ставља се ван снаге претходно сачињено завештање или неке његове одредбе. Тестамент којим се опозива раније завештање не мора имати форму опозваног тестаментa, јер важи правило о равноправности свих тестаментарних форми (*Gleichwertiger der Testamentsformen*), али мора бити сачињен у некој од законом прописаних форми, и испуњавати поред општих материјалноправних услова, и посебне формалне услове, предвиђене за пуноважност те

⁹³³ (Живојиновић, 1998), стр. 127, 128; (Стојановић, 2011)), стр. 201, 202.

⁹³⁴ (Ђурђевић, 2011), стр. 196.

⁹³⁵ (Крећ – Павић, 1964.), стр. 321; (Blagojević, 1983), стр. 280; (Leipold, 2002), стр. 113;

⁹³⁶ (Врох, 2004), стр. 85, 86; (Zankl, 2008), стр. 62,63; (Ferrari – Likar-Peer, 2007), 197-202;

⁹³⁷ Види: Врох, *op. cit.*, стр. 85; (Leipold, 2002), стр.114; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 471.

тестаментарне форме.⁹³⁸ Ако је доцнији тестамент ништав из било ког разлога, ни опозив не производи правна дејства.

Изричит формални опозив завештања пружа веће гаранције за остваривање слободе завештања јер омогућава да се у сваком тренутку зна каква је намера завештаоца и сама садржина завештања. То је разлог због којег би га требало поспешивати у практичној примени.

Прећутни формални опозив постоји кад доцније завештање садржински противречи претходном завештању. Уколико накнадно сачињени тестамент делимично или у целости противречи садржини раније сачињеног тестамена, сматра се да је претходни тестамент стављен ван снаге у делу у којем противречи доцније сачињеном тестаменту (*прећутни формални опозив*).⁹³⁹ Ово правило се темељи на начелу постериоритета (*Grundsatz der Posteriorität*) и примењује се чак и у случају кад приликом сачињавања новог завештања завешталац није имао у виду раније сачињено завештање ни противречности у погледу њихове садржине.⁹⁴⁰ Уколико лице које је постављено за наследника у доцније сачињеном завештању не постане наследник, узима се да опозив претходно сачињеног завештања производи правно дејство, јер је сачињавањем новог завештања завешталац изразио несумњиву намеру да раније завештање опозове.⁹⁴¹ Ово становиште законодавца је потпуно на месту из угла завештаоачеве воље и начела слободе завештања, јер даје примат завештаоачевој правој намери у погледу располагања заоставштином која је изражена кроз намеру опозива.

У савременом наследном праву се, дакле, одступа од доследне примене римског правила *posteriore testamento rumpitur superiorus*, по коме је доцније сачињено завештање опозивало претходно, без обзира да ли је таква намера завештаоца била изричито изражена и без обзира да ли је потоње завештање садржински противречило претходном. Овакав приступ, донекле модификован, карактерише савремено аустријско право где доцније завештање опозива претходно, без обзира да ли оно садржински противречи претходном, осим уколико у доцнијем завештању није

⁹³⁸ (Leipold, 2002), стр.114; (Крећ – Павић, 1964.), стр. 321; (Стојановић, 2011), стр. 294; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 472;

⁹³⁹ (Брох, 2004), стр. 85; (Крећ – Павић, 1964.), стр. 281; (Стојановић, 2011), стр. 295; (Leipold, 2002), стр. 114.

⁹⁴⁰ Овде се прибегава фикцији о опозивом карактеру новосачињеног тестамена (*Wiederufstestament*) приликом чијег сачињавања се препоставља постојање завештаоачеве намере опозива; MüKoBGB/Lauck (Buch 3. Abschnit. 5 Titel.7. Errichtung und Aufhebung eines Testaments, § 2258, стр. 631.

⁹⁴¹ За прећутни формални опозив раније сачињеног тестамена не захтева се делотворност доцнијег тестамена, (Schlüter, 2000), стр. 77, наведено према (Ђурђевић, 2011), стр. 196;

изричито испољена намера завештаоца да се његовим сачињавањем опозива делимично или у целини претходно завештање. У случају да оваква намера завештаоца није изричита, део заоставштине који није обухваћен потоњим завештањем, припаће законским наследницима.⁹⁴²

Овакав приступ нам се чини неприхватљивим са становишта доследног спровођења принципа *animus testandi*, јер се неоправдано ограничава завештаочево право тестирања, а даје се предност правилима законског наслеђивања. Оправдано би било супротно решење, да уколико се доцније сачињеним тестаментом изричито не опозове раније сачињено завештање, његове одредбе остану на снази уколико нису у супротности са касније сачињеним.⁹⁴³ На овом становишту, сасвим исправно, стоји и наша судска пракса.⁹⁴⁴ Не сме се губити из вида да је слобода завештања основно начело наследног права и да законско наслеђивање има диспозитивни карактер, што значи да се примењује само у одсуству тестаamenta. У овом случају постоје два тестаamenta, ранији и потоњи, па је очигледно да претпоставка за примену законског наслеђивања није испуњена. Осим тога, увек треба дати предност слободно израженој вољи завештаоца. На основу тога што завешталац није изричито опозвао своју раније изјављену последњу вољу, не може се тумачити да је одустао од искључивања законског наслеђивања. Напротив, логички закључак би био да је завешталац остао при раније изјављеној намери завештајног располагања, у целини или у делу који није обухваћен доцнијим тестаментом.

У упоредном праву, повлачење јавног тестаamenta из јавног депозита на захтев завештаоца, такође се сматра опозивом завештања.⁹⁴⁵ Међутим, уколико је реч о депонованом својеручном завештању, његово повлачење из депозита неће имати дејство опозива.⁹⁴⁶ Овакво решење последица је законом прописане обавезе да свако јавно завештање мора бити депоновано код нотара или суда, када је регистрација ових завештања у Централни регистар завештања обавезна.⁹⁴⁷ У домаћој правној теорији с разлогом је заступљено становиште да враћање завештања завештаоцу на његов захтев, након што га је предао суду на чување, нема за претпоставку опозив завештања, без обзира да ли је реч о јавној или приватној завештајној форми. Овакво тумачење

⁹⁴² § 713 ст. 1 ABGB.

⁹⁴³ Чл. 177. Закона о наслеђивању РС.

⁹⁴⁴ Види: одлуку Врховног суда Србије Рев. 16/88 од 3. 2. 1988. године, (наведено према С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 388).

⁹⁴⁵ § 2256 (1) BGB-а;

⁹⁴⁶ § 2256 (3) BGB-а; стр. 116;

⁹⁴⁷ То је случај и у праву Аустрије, види (Wendehorst, 2011), стр. 227.

сматрамо прихватљивим, с обзиром на чињеницу да депоновање завештања код суда или нотара у нашем праву нема конститутивни значај. Поред тога, и за опозив завештања је потребно да завешталац јасно испољи своју озбиљну намеру да претходно завештање стави ван снаге, што се из фактичке радње повлачења завештања из судског депозита не може са сигурношћу закључити.

И поред тешкоћа које може изазвати у практичној примени, може се рећи да прећутно формално опозивање такође користи остварењу слободе завештања, само са мање сигурности него изричит опозив. Међутим, ни овај начин опозива не треба напуштати јер служи афирмацији аутономије воље, а решавање потенцијалних спорова које може изазвати треба олакшати одговарајућом законском регулативом и правилним тумачењем, коме је слобода завештања идеја водила.

Имајући у виду степеновање завештајне способности у аустријском и немачком праву, поставља се питање начина опозива завештања сачињених од стране малолетних лица, као и лица стављених под старатељство. С обзиром да је њихово право тестирања ограничено врстама завештања путем којих могу остварити ово своје право на јавне завештајне форме (нотарско и судско завештање), за пуноважан опозив се захтева њихова усмена изјава пред судијом или нотаром којом се изражава намера опозива (*Aufhebungswille*).⁹⁴⁸

2. НЕФОРМАЛНИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА

Поред формалних начина опозива завештања, завештање може бити опозвано и неформалним путем, уништењем самог писмена које представља тестамент,⁹⁴⁹ при чему мора постојати његова намера опозива завештања (*animus revocandi*).⁹⁵⁰ Уништење завештања широко се тумачи и подразумева различите материјалне радње (цепање завештања, прецртавање или брисање делова текста, означавањем тестаментa као неважећег у самом тексту итд.).⁹⁵¹ Сам физички акт уништења може бити поверен и трећем лицу, који по налогу завештаоца извршава ову материјалну радњу као помагач.⁹⁵² Неформални начин опозива завештања ствара могућност за бројне злоупотребе, када се утврђивање аутентичности завештаоачеве воље доводи у питање.

⁹⁴⁸ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 198.

⁹⁴⁹ Чл. 176. ст. Закона о наслеђивању РС.

⁹⁵⁰ (Живојиновић, 2010), стр. 68; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 472;

⁹⁵¹ (Leipold, § 2084), стр. 114, 115; (Вгох, 2004), стр. 86; Види: Окружни суд у Суботици, Гж 1598/1992, 22.12.1992, у О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд, 2009, стр. 230-231.

⁹⁵² (Живојиновић, 2010), стр. 71; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 472; (Leipold, § 2084), стр. 115;

Због тога је важно поступати опрезно, нарочито у случају прецртавања завештања као начина опозива, када је тешко утврдити да ли оно представља манифестацију *animus testandi* тестатора.⁹⁵³

Пошто завештање не везује завештаоца, он је слободан да стварима и правима које су обухваћене завештањем располаже по својој вољи, било добротним или теретним правним послом. Тако располагање индивидуално одређеним стварима или правима која су предмет завештања у правној теорији сматра се неформалним начином опозива завештања, где се заправо ради о прећутном опозову испоруке, при чему не мора постојати намера опозива завештаоца.⁹⁵⁴ Када је реч о фактичком располагању предметом завештања, нпр. завешталац уништи индивидуално одређену ствар, поједини теоретичари сматрају да се овај акт у правном смислу има сматрати као неформални опозив завештања,⁹⁵⁵ док други истичу да овде није реч о опозиву завештања, већ о гашењу легата, јер је ствар која је предмет легата престала да постоји.⁹⁵⁶ Прихватљивим сматрамо друго мишљење, јер правна последица у случају уништења легиране ствари настаје по сили закона, а не као манифестација завештаоачеве воље.⁹⁵⁷

3. ЗАКОНСКИ И СУДСКИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА

Поред формалног и неформалног, у упоредном праву срећу се још два начина опозива завештања – законски и судски.

а) ЗАКОНСКИ ОПОЗИВ

Као разлог опозива по наређењу закона, у правном систему *common law*-а јављају се промене у породичним приликама завештаоца: закључење брака, рођење детета и престанак брака.⁹⁵⁸ Међутим, начелно посматрано, питање је да ли уопште има потребе за тако грубим задирањем у слободу завештања, те да ли се исти циљеви могу постићи доследним поштовањем правне природе завештања и начела завештајне слободе. Наравно, не треба оспоравати ни потребу да се осигура заштита појединих категорија наследника, али то се може постићи применом установе нужног

⁹⁵³ (Svorcan, 2004), стр. 384.

⁹⁵⁴ Чл. 178. Закона о наслеђивању РС (Антић – Балиновац, 1996), стр. 472; Уколико завешталац располаже стварима одређеним по роду која су предмет испоруке, испорука се не гаси, јер је дужник испоруке у обавези да их прибави и преда испорукопримцу (чл. 153 ст. 2 ЗОН).

⁹⁵⁵ *Ibidem*; (Gavella, 2008), стр. 177.

⁹⁵⁶ (Ђурђевић, 2011), стр. 198.

⁹⁵⁷ Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 200.

⁹⁵⁸ Опширније: (Живојиновић, 2010), стр. 72-75.

наслеђивања и адекватним правилима тумачења завештања. Другим речима, очито постоји потреба да се због престанака брака законом уреди престанак правних дејстава завештања у корист бившег супружника, само је питање, пре свега теоријскоправно, да ли то треба учинити увођењем законског опозива тестаментa или на други начин.

И у нашој правној теорији се поставило питање утицаја чињенице престанка брака између завештаоца и његовог брачног партнера на наследноправни положај бившег супружника. Према једном становишту, иако престанак брачне заједнице утиче на престанак права законског наслеђивања брачног партнера, то не утиче на наследна права која једном бившем супружнику припадају по основу завештања другог бившег супружника.⁹⁵⁹ Слично изнетом је и схватање да престанак брака не изискује посебну законску регулативу, већ да ово питање треба решавати по постојећим правилима тумачења тестаментa, у сваком конкретном случају.⁹⁶⁰ Према трећем схватању, у случају престанка брака треба поћи од претпоставке да је завешталац опозвао одредбе завештања којима је располагао у корист бившег супружника, а да уколико жели да се оне одрже на снази, има могућност да ту своју вољу манифестује сачињавањем новог завештања, „које ће се уважавати у границама постојања и ваљаности те завештајне одредбе“.⁹⁶¹

Прва два гледишта, по нашем мишљењу, не могу се прихватити јер не одражавају животну ни правну стварност савременог доба која се тиче брака. Прво гледиште, према ком престанак брака уопште не утиче на наследна права једног бившег супружника настала по основу завештајног располагања другог бившег супружника, неприхватљиво је јер негира да развод и поништење брака уопште имају било какав значај и дејство на тестаментарно располагање између супружника. Оспорава се, у крајњем, да брак може бити мотив за тестаментарно располагање између супружника. Према другом гледишту, утицај престанка брака на завештање у корист бившег супружника треба решавати применом правила о тумачењу тестаментa, али се тиме, по нашем мишљењу, ништа не добија. У највећем броју случајева би се утврдило да је завешталац имао намеру да располаже у корист свог супружника у моменту док је постојао брак, али је спорно да ли би имао исти мотив и кад брак престане. Одговор на то питање тешко се може наћи у одредбама тестаментa, осим изузетно кад такву

⁹⁵⁹ D. Radoman, Testamentarno nasleđivanje razvedenog bračnog druga, *Odvjetnik*, br. 7-8, 1969, (наведено према: (Gavella – Belaj, 2008), стр. 177).

⁹⁶⁰ (Марковић, 1973), стр. 198.

⁹⁶¹ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 178.

изричиту одредбу завешталац унесе у тестамент. То би у највећем броју случајева значило да се обавеза доказивања да завешталац не би имао намеру да располаже у корист бившег супружника кад брак престане да постоји, преваљује на тестаментарне и законске наследнике. Упућивањем на примену правила о тумачењу не уносе се никакве законске новине, а постојећа правила о тумачењу тестаamenta су, по нашем мишљењу, недовољна да осавремене решавање утицаја престанка брака на завештања у корист бивших супружника и учине га делотворним и економичним.

Зато, ослањајући се на идеје трећег гледишта, сматрамо да ово питање треба да буде предмет законске регулативе, као што се практикује у упоредном праву, где се запажају различити приступи решавању овог проблема. Према Швајцарском грађанском закону, разведени супружници немају право наслеђивања по основу завештања које један од њих сачинио у корист другог, пре развода брака.⁹⁶² Слично решење предвиђено је у Немачком грађанском закону: у случају поништења и развода брака сва располагања у корист супружника постају *недејствујућа (unwirksam)*,⁹⁶³ осим ако је супротна намера завештаоца несумњиво изражена. Енглеској је Законом о тестаменту из 1993,⁹⁶⁴ било прописано да ће сваки тестамент или тестаментарни поклон у корист бившег супружника бити *ван снаге*, осим ако је из тестаamenta видљива супротна намера оставиоца. Последњим амандманима те су одредбе измењене и предвиђено је да ће се *сматрати да је бивши супружник преминуо пре оставиоца*, осим ако супротна намера не произлази из завештања.

Брачне односе у савремено доба треба рационално тумачити. У том смислу, може се рећи да „заинтересованост супружника за добробит другог постоји онолико дуго колико постоји и брак“, па кад тај разлог отпадне, нестаје и основ за опстанак завештања у корист бившег супруга.⁹⁶⁵ Зато треба допунити одредбе о завештајном располагању у српском наследном праву, прописивањем да после развода или поништаја брака престаје правно дејство претходно сачињеног завештања односно завештајних одредби, у корист супружника. Треба предвидети да дејства завештања у корист ранијег супружника престају аутоматски, у моменту развода или поништаја брака. Овакво решење сматрамо одговарајућим јер завешталац после развода брака не мора да опозива своје завештање, а с друге стране, законски или завештајни

⁹⁶² Čl. 120 ZGB-a.

⁹⁶³ Види § 2077 BGB-a.

⁹⁶⁴ Види: одредбу 18А Закона о тестаменту из 1993.

⁹⁶⁵ D. Živojinović, 'Prestanak braka i zaveštanje', *Pravni život*, 11 (2009a), стр. 841.

наследници не би морали тужбом да доказују намеру завештаоца, тј. да после развода не би завештајно располагао у корист бившег супружника. Предложеним одредбама место је међу правилима о тумачењу тестаментa,⁹⁶⁶ пошто се ради о утврђивању воље, односно намере завештаоца, што је основна сврха тумачења.

Иако се у овом случају залажемо да се по сили закона стави ван снаге већ сачињено завештања, мислимо да се тим предлогом не ограничава слобода завештања. Напротив. Слобода завештања се остварује само кад постоји јасна и озбиљна намера да се завештајно располаже. У конкретном случају, мотив да се завештајно располагање у корист супружника био је постојећи брак, а кад престане брак, нестаје и мотив, па због тога више нема ни јасне намере. Зато је престанак правних дејстава завештања након престанка брака у правцу реално претпостављене намере завештаоца. Предложено законско решење не ограничава слободу завештања у корист бившег супружника, јер ће моћи да завештајно располаже у његову корист након престанка брака, ако то жели, пошто ће знати да се претходно завештање по сили закона ставља ван снаге у тренутку престанка брака.

б) Судски опозив

У нашем праву, уведен је изузетак од правила да накнадни губитак способности за расуђивање завештаоца не утиче на пуноважност сачињеног завештања. Он се односи на случај када су се након пуноважног акта завештања знатно промениле околности које су биле одлучујућа побуда за његово сачињавање, а завешталац због губитка способности за расуђивање није више у могућности да завештање опозове.⁹⁶⁷ У том случају, на захтев заинтересованих лица, завештање може судском одлуком бити стављено ван снаге у једном делу или и у целости, уколико се утврди основаност таквог захтева.⁹⁶⁸

⁹⁶⁶ (Živojinović, 2009a), стр. 842.

⁹⁶⁷ Чл. 80 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

⁹⁶⁸ Законодавац не прописује која лица спадају у круг заинтересованих лица. Према појединим ауторима под заинтересованим лицима подразумевају се сви наследници без обзира на основ позивања на наслеђе (Сворцан, 2004), стр. 199), према другим ауторима заинтересованим лицем сматра се свако лице чији би наследноправни положај био побољшан стављањем тестаментa ван снаге (нпр. завештаочеви законски наследници), Д. Живојиновић, Тестаментарна (завештајна) способност, Зборник радова „Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године“, Крагујевац, 1998, стр. 128; (Ђурђевић, 2011), стр.125; (Антић - Балиновац, 1996), стр. 313; исто (*Решење Вишег суда у Београду Гж бр. 10043/12 од 22.01.2014. године и решење Првог основног суда у Београду Р-3 бр. 1148/12 од 29. 09. 2012. године*) - *Билтен Вишег суда у Београду, број 85, Интермекс, Београд*; Пасивно легитимасно лица била би сва лица која су завештањем хонорисана (наследници, испорукопримци, корисници налога), (Антић-Балиновац, 1996), стр. 314; (Стојановић, 2011), стр. 202.

У правнотеоријском промишљању отвара се питање да ли је овакав „наследноправни феномен“ оправдан са становишта остваривања слободе тестирања као манифестације аутономије воље, јер се предвиђени изузетак заснива на претпостављеној вољи завештаоца и супроставља природи завештања као строго личног правног посла. Одступање од правила да накнадни губитак способности за расуђивање нема утицаја на учињено располагање темељи се на начелу правичности, јер је полазиште законодавца да би неправично било поменути вид завештајног располагања оставити на правној снази. Крајњи циљ прописивања изузетка, дакле, није ограничавање, већ заштита завештаочеве слободе тестирања, која се манифестује и кроз право опозива последње воље.⁹⁶⁹ У том смислу, одступање од правила о утицају накнадног губитка способности за расуђивање на учињено завештајно располагање предвиђено је врло рестриктивно и као такво, треба сматрати оправданим из угла задирања у завештајну слободу и сврхе ради које се одступање предвиђа.⁹⁷⁰

III. ПРАВНО ДЕЈСТВО ОПОЗИВА

Опозивом се мењају наследноправне последице које би наступиле по претходном пуноважном завештању, па се може поставити питање какво је заправо правно дејство опозива. По овом питању се унеколико разликују гледишта у грађанскоправној теорији, што се може уочити из самих дефиниција опозива завештања.

Према једном мишљењу, опозивом се, у потпуности или делимично, одузима *важност* раније сачињеном (пуноважном) завештању.⁹⁷¹ Употребљени појмови као да упућују на неку посебну врсту непуноважности, у овом случају накнадне. Међутим, питање пуноважности везано је за законитост тестаментa у тренутку његовог сачињавања, а не за неки каснији моменат, па о некој накнадној непуноважности не може бити речи. Правна дејства тестаментa при чијем сачињавању нису биле испуњене законске претпоставке, само суд може одузети својом одлуком зато што је неважећи. Код опозива управо је супротно, претходни тестамент није неважећи него пуноважан, а његова правна дејства престају вољом завештаоца, а не одлуком суда.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, стр. 63.

⁹⁷⁰ Детаљније види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 311 и 312; (Стојановић – Ћирић, 2010), стр. 61-66.

⁹⁷¹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 470; (Stojanović, 2012), стр. 713; (Antić, 2009), стр. 323.

Постоји и друкчије мишљење, засновано на упоредноправним решењима опозива опозива. Позивајући се на чињеницу да „савремена законодавства углавном предвиђају да се опозивом опозива завештања наново успоставља правна снага првобитно сачињеног“, заузимају став да опозвано завештање, односно дејство опозива „заслужује посебну правну категоризацију“.⁹⁷² Чини нам се да је ова идеја начелно прихватљива, али јој недостаје конкретизација категорије која се имала у виду, да се њома ближе одреди правно дејство опозива.

Према трећем гледишту, видљивом из дефиниције опозива завештања, правно дејство опозива се огледа у „стављању ван снаге“ ранијег пуноважног тестаментa путем изјаве воље завештаоца,⁹⁷³ за које мислимо да је прихватљиво из више разлога. Најпре, јасно је постављена разлика између поништења и опозивања тестаментa. Опозива се пуноважан тестамент, и то вољом завештаоца, а поништава се неважећи тестамент одлуком суда.⁹⁷⁴ Затим, употребљен је одговарајући правни појам за означавање дејства опозива. Каже се да правни посао има правну снагу кад производи правно дејство, а ставити ван снаге значи одузети му правна дејства. Тестамент производи правна дејства само на основу изјаве воље једног лица, зато што је једнострани правни посао. Управо једностраном изјавом воље тог истог лица могу се и одузети правна дејства пуноважног тестаментa. Без те могућности, нема ни пуне слобода завештања – правна дејства ранијег пуноважног завештања, у коме је испољена слобода завештања, претворила би га у негацију те слободе. У прилог интерпретацији да се опозивом ставља ван снаге претходни тестамент, може се навести и став законодавца изражен у одредбама о односу ранијег и потоњег завештања. Наиме, регулишући прећутни опозив, законодавац изричито наводи да одредбе ранијег завештања „остају на снази“, ако нису супротне одредбама доцнијег. *Argumentum a contrario*, то значи да одредбе које су супротне потоњем завештању *не остају на снази*, другим речима, стављају се ван снаге.

У контексту разматраног проблема, поставља се и питање у ком тренутку настаје дејство опозива завештања. Начелно су могућа два момента наступања правног дејства опозива, моменат делације или моменат у коме завешталац мења изјављену последњу вољу, а могуће су и њихове комбинације зависно од врсте опозива.⁹⁷⁵ Наш законодавац, попут европских законодавстава, не регулише изричито када настаје

⁹⁷² (Vlagojević, 1983), стр. 280; Д. Живојиновић, „Опозив завештања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 56 (2010), стр. 62.

⁹⁷³ (Ђурђевић, 2011), стр. 195.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, стр. 201.

⁹⁷⁵ Опширније о томе: (Живојиновић, 2010), стр. 62-65.

дејство опозива. Зато сматрамо да ово питање треба решавати полазећи од суштине слободе завештања и најбољих путева њене реализације. Слободно изјављена воља и пуноважно испољена намера да се тестаментарно располаже за случај смрти представљају бит завештајне слободе. И опозив је посебан облик располагања за случај смрти којим се употпуњује слобода завештања, само што он садржи слободно изражену намеру да се измени раније изјављена последња воља. Управо је у томе садржан аргумент да опозив треба да производи дејство у моменту када је та намера пуноважно изражена. У тренутку опозива, раније сачињено завештање не одражава његову вољу па зато опозив треба да производи дејство одмах, од оног момента кад буде пуноважно манифестован. То важи и за дејство опозива опозива. Сврсисходно је да се у сваком тренутку зна шта је последња воља завештаоца, било да је изричито или прећутно потоњим формалним завештањем (или завештањима) опозвао раније или да га је неформално опозвао. Свако друго решење непотребно би компликовало утврђивање шта је садржина завештања у неком моменту и без посебних разлога одлагало би реализацију слободе завештања.

IV. ОДНОС ПРЕТХОДНОГ И ПОТОЊЕГ ЗАВЕШТАЊА У СЛУЧАЈУ ОПОЗИВА

Код реализације права опозива завештања, основно је питање утврђивања *animus revocandi*, коју је нарочито важно утврдити када није изричито саопштена, као у случају неформалног опозива или постојања већег броја завештања.

Законодавац је изричито регулисао однос претходног и потоњег завештања, у случају изричитог или прећутног формалног опозива завештања, где је намера завештаоца у првом случају изричито изражена, а у другом, прећутно, када се утврђује тумачењем садржине претходног и доцнијег завештања, како би се установила последња воља завештаоца у материјалном смислу, као јединствена и једина.⁹⁷⁶

Код неформалног опозива доцнијег завештања његовим уништењем, законодавац предвиђа да раније завештање остаје на снази, уколико из околности не произлази другачије, односно уколико се не утврди другачија намера завештаоца.⁹⁷⁷

⁹⁷⁶ Садржинска противуречност (*Inhaltlicher Widerspruch*) постоји када наредбе последње воље нису усаглашене у материјалном смислу, *MiKoBGB/Lauck*, стр. 632.

⁹⁷⁷ Чл. 177 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

1. ОДНОС ИЗМЕЂУ ВИШЕ ЗАВЕШТАЊА

Питање утврђивања праве намере завештаоца посебно долази до изражаја код опозива опозива завештања, као манифестације завештаочеве слободе тестирања у овом њеном сегменту.⁹⁷⁸ Међутим, у позитивном праву је, као што смо рекли, уређен само однос између доцнијег и претходног сачињеног завештања, а нема одредаба о опозиву опозива, односно кад постоји више завештања.

У случају постојања више завештања, код којих завешталац доцнијим завештањем формално опозива претходно, и тако сукцесивно, треба узети да ће важити завештање које је сачињено пре опозваног, при чему је у примени овог правила неопходно водити рачуна о односу завештања с обзиром на време сачињавања, а посебно о намери завештаоца која произлази из завештања којим се врши опозив неког од претходно сачињених.⁹⁷⁹ Код опозивања опозива завештања, дакле, треба сматрати да опозвано завештање поново ступа на правну снагу, као да није ни било опозвано, уколико не произлази другачија намера завештаоца.⁹⁸⁰ Ако друго опозивање (опозив опозива) поново буде опозвано, онда прво опозивање треба сматрати важећим, а завештање на које се односи, опозваним.⁹⁸¹ Овакво решење прихваћено је и у упоредном праву,⁹⁸² и представља значајну потврду принципа *animus testandi*, јер се полази од чињенице да чим оставилац приступи сачињавању тестаментa да је имао намеру да сам располаже својом имовином за случај смрти, па у случају сумње, треба узети да је намера завештаоца била да заоставштина припадне тестаментарним наследницима, а не законским.⁹⁸³

Напред изнето тумачење је у складу са поимањем слободе завештања, у чијој сржи је и слобода опозива – могућност да у било које време до краја свог живота изјави своју последњу вољу, а то значи и да измени већ изјављену последњу вољу. У овом контексту, логично следи да последње изјављена воља представља стварни израз завештајне слободе, тј. да може понети епитет оне која је коначна. Разумљиво, завешталац не би ни сачињавао ново завештање, да није имао намеру да измени или

⁹⁷⁸ MüKoBGB/Lauck (Buch 3. Abschnit. 5 Titel. 7. Errichtung und Aufhebung eines Testaments, § 2257, стр. 631.

⁹⁷⁹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 474.

⁹⁸⁰ D. Živojinović, „Odnos prethodnog i potonjeg zaveštanja u slučaju opoziva“, *Pravni život*, br. 10/2010, стр. 725, 726.

⁹⁸¹ Ако се први опозвани тестамент изгуби, онда код опозивања опозива важи законско наслеђивање. MüKoBGB/Lauck (Buch 3. Abschnit. 5 Titel. 7. Errichtung und Aufhebung eines Testaments, § 2257, стр. 631.

⁹⁸² § 2258. (2) BGB; (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 205.

⁹⁸³ *Ibidem*.

допуни претходно. Отуда и закључак да важи завештање које је сачињено пре опозваног, тј. да опозвано завештање поново ступа на правну снагу, осим ако опозив садржи исказану другачију намеру.

2. ОДНОС ИЗМЕЂУ ДВА ЗАВЕШТАЊА У СЛУЧАЈУ КАД НИЈЕ МОГУЋЕ УТВРДИТИ ПРАВУ НАМЕРУ ЗАВЕШТАОЦА

У дефинисању релативног односа између два завештања, полази се од претпоставке да доцније сачињено завештање представља коначну верзију завештаочеве последње воље. Уколико није могуће утврдити тачно време сачињавања завештања, треба узети да су оба завештања на снази, и тумачењем утврдити праву намеру завештаоца. Проблем настаје у случају супротстављености њихове садржине, када је тешко утврдити праву намеру завештаоца. У том случају поједини правни теоретичари сматрају да не треба признати правно дејство ниједном од контрадикторних завештајних располагања.⁹⁸⁴ Не спорећи му формалноправну исправност, ово гледиште није прихватљиво јер представља радикално задирање у слободу тестирања, практично је укида. Пошто у овом случају није јасна права воља завештаоца, то је, по нашем мишљењу, разлог за примену правила о тумачењу тестаментa. Међутим, у нашем закону та правила су противречна начелу слободе завештања, па би тумачење ишло у корист законских наследника или лица којима је завештањем наложена нека обавеза, што у крајњем не штити слободу тестирања. Зато треба тумачити да завешталац самим чином сачињавања завештања показује намеру да тестаментарно располаже, из чега следи да противречне тестаменте треба тумачити у корист тестаментарних наследника. У том правцу би требало изменити законску регулативу, о чему смо расправљали у излагању о тумачењу тестаментa.

3. ПРАВЦИ ОТКЛАЊАЊА НЕДОСТАКА ЗАКОНСКЕ РЕГУЛАТИВЕ

Из претходног излагања може се видети да је законско уређење односа претходног и доцнијег завештања непотпуно, недовољно прецизно, а донекле и противречно другим одредбама.

Посматрано из угла слободе завештања, сматрамо да је постојеће решење односа два завештања добро постављено јер уважава стварну намеру завештаоца, без које нема

⁹⁸⁴ Ehrenzweig/Klarik, *System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts* II-2, das Erbrecht 1983, стр. 147, наведено према (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр.149; Уколико је више завештања сачињено истог датума, а садржински су противречна, онда се сматра да у погледу супростављене садржине она не производе правно дејство. Ако постоје датирани и недатирани тестамент, у сумњи се сматра да је недатирани тестамент старији од датираног и да је као такав неважећи, уколико је његова садржина противуречна садржини датираног тестаментa (MüKoBGB/Lauck), стр. 632.

ни слободе тестирања. У закону, међутим, нема одредаба за случајеве кад се не може утврдити јасна намера завештаоца зато што су одредбе противречне или се не зна које је завештање доцније сачињено. Ове ситуације треба обухватити правилима о тумачењу тестаментa, а сама правила ускладити са диспозитивним карактером законског наслеђивања и осигурати реализацију слободе завештања. (Предлог да у случају сумње тестамент треба тумачити у корист тестаментарних наследника, образложили смо у другој глави дисертације).

Домаћи законодавац нормира једино дејство уништења доцније сачињеног завештања на раније сачињено али не друге начине његовог опозива, као што то чине поједине земље у региону, и у том правцу свакако треба *de lege ferenda* проширити постојећа решења.⁹⁸⁵ Будући да је законом регулисан само један начин опозива опозива, и то уништењем, потребно је регулисати и дејство формалних начина опозива уз истовремену конкретизацију међусобног однос више завештања. Постојеће одредбе члана 177 ЗОН-а треба допунити тако да свако завештање опозвано доцнијим завештањем остаје на снази ако доцније завештање буде уништено или на други начин опозвано. На тај начин би био регулисан однос између свих завештања без обзира колико пута завешталац опозове свој опозив, и на који начин. Идеја је да се омогући дејство последње изјављене воље завештаоца и тако допринесе реализацији слободе завештања.

Има мишљења да би законом требало посебно уредити дејство неделотворног доцнијег тестаментa на претходни тестамент.⁹⁸⁶ Међутим, и у тој ситуацији дејство на претходни тестамент зависи од тога да ли постоји јасно изражена и формално ваљана намера да се опозове претходни тестамент. Ако је касније завештање пуноважно а наследник не може или не жели да наследи, такав опозив производи дејство уколико постоји неспоран и правно ваљан *animus revocandi*, зато што код формалног опозивања одредба да се раније завештање ставља ван снаге, може бити једина садржина доцнијег завештања.⁹⁸⁷ У овом случају, пошто се постојање и ваљаност намере не доводи у питање, неделотворно доцније завештање има исто дејство на претходно завештање као и сваки други пуноважан тестамент. Уколико намера није јасно изражена или није правно ваљана, неспорно је да неће производити дејство на претходни тестамент, зато

⁹⁸⁵ Види: чл. 65 ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске; чл. 118 ст. 3 Закона о наслеђивању Црне Горе („Службени лист ЦГ”, бр. 74/2008).

⁹⁸⁶ (Stojanović, 2012), стр. 715.

⁹⁸⁷ Види чл. 683. Грађанског законика Италије.

што доцнији тестамент није пуноважан, па је питање неделотворности излишно. И поред тога што заговарамо да је законом већ обухваћен и овај спорни случај, не споримо да би уношење у закон одредбе да доцнији тестамент који се не може реализовати, има исто дејство као пуноважан тестамент, под условом да је правно ваљан, ишло у прилог правне сигурности.

Глава шеста
НУЖНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КАО ВИД ОГРАНИЧЕЊА СЛОБОДЕ
ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА

I. О ИМПЕРАТИВНОМ НАСЛЕЂИВАЊУ

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Основна правнополитичка сврха признавања слободе тестирања огледа се у успостављању правичног поретка наследноправне сукцесије који по мишљењу тестатора највише одговара конкретним околностима. У том циљу, савремени правни системи пружају сваком физичком лицу, као субјекту права које испуњава законом предвиђене услове за пуноважност завештајног располагања, могућност одступања од правила редовног законског наслеђивања и расподелу заоставштине по слободној вољи за случај своје смрти. Оваква могућност произлази из диспозитивног карактера правила законског наслеђивања која су предвиђена у циљу отклањања неизвесности у погледу правне судбине имовине оставиоца, а која се примењују уколико ово питање претходно није уређено завештањем. Међутим, још од периода признања слободе тестирања појединцу, као манифестације аутономије воље за случај смрти, па до данас, као спорно питање са правног, политичког, друштвеноекономског и моралног аспекта, поставља се питање домашаја слободе тестирања и оправданости њеног непосредног ограничавања императивним правним нормама.

Кроз правну генезу слободе тестирања, издвојила су се два правнодогматска концепта у погледу њеног поимања: концепт ограничене слободе тестирања и концепт неограничене слободе тестаментарног располагања. Апсолутистичко поимање слободе тестирања првобитно се везује за англосаксонско право.⁹⁸⁸ Идеја о потпуној слободи завештања произлази из либерално-социјалне теорије и јуриспруденције која право својине третира као апсолутно, неприкосновено право, што је последица аутономије

⁹⁸⁸ Слобода тестирања у најранијем периоду развоја common law-a није била неограничена. У средњем веку енглеско право је штитило наследноправне интересе оставиоцеве деце и супруге којима је била гарантована трећина оставиоцеве заоставштине и ово право по својој правној природи је представљало нужни део. Половином 18. века, слобода тестирања добија шири домашај те је имовинскоправна заштита гарантована само супрузи оставиоца у виду удовичког ужитка, да би касније, почетком 20. века слобода тестирања била посредно ограничена доношењем Inheritance Family Provision Act-a (1938), кроз предвиђање дискреционог права суда да измени завештајна располагања тестатора уколико је завешталац неоправдано лишио наследства чланове породице које је издржавао. О. Антић, „Слобода тестирања у англо-америчком праву“, *АПФ*, 3-4/1985, стр. 322, 333;

личности и индивидуалне слободе као и природноправне концепције наслеђивања.⁹⁸⁹ Међутим, принцип апсолутне слободе тестирања доследно се не примењује у савременом англосаксонском праву, с обзиром да су и у овом праву постављени одређени правни лимити завештајног располагања. Тако је у енглеском правном систему ограничење слободе тестирања успостављено кроз специфичне механизме правне заштите најближих чланова породице оставиоца, у виду осигурање разумне финансијске користи из његове заоставштине.

Већину континенталних правних система карактерише ограничавајући нормативни приступ у односу на слободу тестирања, који се, пре свега, темељи на породичној солидарности и осигурању економске егзистениције најближих чланова завештаоачеве породице. Општеприхваћен правни инструмент ограничења је установа нужног дела, као антитеза слободе тестирања и њено најзначајније непосредно правно ограничење. Идеја о ограничавању слободе тестирања произлази из „природног схватања“ да најближи припадници завештаоачеве породице имају социолошки утемељено право да после његове смрти уживају део његове имовине.⁹⁹⁰ Отуда се ограничење слободе тестирања најпре посматра кроз призму заштите породичног карактера наслеђивања, те успостављања компромиса између овако супротстављених интереса.

Полазећи од различитих фактора који су обележили историјске етапе друштвеног развоја, може се закључити да је институт нужног наслеђивања обрнуо круг на свом развојном путу, што је условило и синхронизовану промену правних граница слободе тестирања у супротном смеру. Тенденција ширења домашаја нужног наслеђивања кроз ширење круга нужних наследника и повећање нужног наследног дела, била је изражена у периоду капитализма и социјализма, иако се темељила на различити основама (у првом случају основ је била тежња за очувањем концентracије имовине у оквиру породице, а у другом имовинска сигурност чланова породице кроз издржавање).⁹⁹¹

Међутим, уколико се установа нужног дела стави у контекст данашњих друштвено економских околности, уочава се тенденција слабљења установе нужног дела, што је последица промењених породичних односа, као и својинскоправних

⁹⁸⁹ (Трпеновска, Мицковић, Ристов, 2011), стр. 257.

⁹⁹⁰ (Радбрух, 2006), стр. 161.

⁹⁹¹ C. Castelein, R. Foque, A. Verbeke, *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – five perspectives*, ed. by R. Foqué, A. Verbeke, C. Castelein (Antwerp / Oxford / Poland: Intersentia, 2009), стр.9.

кретања. Наиме, породичне везе су слабије него раније, а основни облик породице постаје нуклеарна породица, што утиче на сужавање круга сродника којима треба признати право на нужни део. С друге стране, доминантан својинскоправни облик је приватна својина која наглашава индивидуализам у односу на колективни дух.⁹⁹² У том правцу мења се функција и значај установе нужног дела, па се самим тим и границе слободе тестирања другачије позиционирају.

Отуда се ограничавајуће дејство слободе тестирања установом нужног дела у даљој елаборацији настоји посматрати са становишта друштвене и правнополитичке оправданости установе нужног дела, те легитимности (оправданости) његовог ограничавајућег дејства на слободу тестирања. Конкретизацију ограничавајућег дејства нужног дела на слободу тестирања представља законом дефинисан круг нужних наследника и величина нужног дела која је опредељена начином његовог утврђивања, оцртавајући на тај начин границе завештајне слободе у погледу опсега имовине којом завешталац слободно може располагати. Истовремено, правна природа установе нужног дела у значајној мери опредељује домашај нужног наслеђивања, с обзиром да начин намирења нужног дела посредно одређује границе тестаментарне слободе у домену опсега имовине која је слободна за располагање. На крају, признавањем завештаоцу права разбаштињења нужног наследника релативизира се ограничавајуће дејство установе нужног дела на слободу тестирања.

2. КОНЦЕПЦИЈЕ ИМПЕРАТИВНОГ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Ограничење тестаментарне слободе кроз императивно наслеђивање појављује се у упоредном праву у две варијанте које су концепцијски различите. Најпре, кроз механизам нужног наслеђивања (*law of forced heirship*), а потом кроз потенцијални наследнички захтев (*potential inheritance claim*), као флексибилинију манифестацију императивног наслеђивања.⁹⁹³

Прва варијанта императивног наслеђивања у виду права на нужни део представља гарантовано право привилегованим законским наследницима да захтевају законом унапред одређен део заоставштине оставиоца. Величина нужног дела може бити одређена пропорционално (у разломку), у односу на вредност целокупне заоставштине (скупни начин одређеивања нужног дела), или у одређеном проценту од законског наследног дела (појединачни начин одређивања нужног дела). Поред

⁹⁹² Чл. 205 Грађанског законика Белгије; (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 9, 217).

⁹⁹³ (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 30, 31;

фиксно одређеног удела у заоставштини на који нужни наследници имају право, домашај установе нужног дела који непосредно условава и границе слободе тестирања, детерминисан је и кругом законских наследника којима се признаје повлашћен наследноправни положај, што је и тачка динстикције између правних система овог типа.

Одлучујући утицај на формирање правила нужног наслеђивања има чињеница сродства, па се по правилу у свим правима који припадају овом типу као нужни наследници јављају оставиочеви потомци (*десцеденти*), у некима од њих и преци (*асцеденти*- првостепени и/или другостепени), а изузетно и привилеговани побочни сродници (као што је случај у нашем праву).⁹⁹⁴ Утицај брачне заједнице (као и ванбрачне) различитог је интензитета у погледу формулисања правила нужног наслеђивања, што је условљено значајем који се установи брака и ванбрачној заједници придаје у одређеном правном систему, али се, осим брачних, по правилу, и ванбрачни партнери сврставају у категорију нужних наследника.

Право нужног наслеђивања има своја два подтипа: *reserve héréditaire (strong reserved type)* и *légitime*. Први подтип – *strong reserve*, настао је под утицајем римског права, и своју основу има у Наполеоновом кодексу из 1804. Како је француско право значајно модификовало правила нужног наслеђивања у правцу сужавања његовог домашаја, првенствено у погледу круга нужних наследника, као и кроз модификовање правне природе нужног дела, типичан представник овог модалитета нужног наслеђивања је право Белгије.⁹⁹⁵ Његова основна карактеристика је стварноправни карактер права на нужни део, који условава значајно ограничавање слободе тестатора у погледу распореда заоставштине. Фиктивна рачунска маса (*masse fictive*) као основица за израчунавање нужног дела, знатно је већа код овог модалитета због начина његовог израчунавања (узимају се у обзир сви поколни које оставилац за живота чинио, без временског ограничења). Расположиви део заоставштине може бити у значајној мери ограничен (и до једне четвртине њене укупне вредности, а додатно се ограничава конституисањем права плодуживања у корист надживелог супружника, када може износити само осмину њене укупне вредности).⁹⁹⁶ Круг нужних наследника широко је

⁹⁹⁴ Сродство је, дакле, основа законског, па самим тим и императивног наслеђивања, у готово свим земљама Европе, са изузетком Велике Британије (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 31.

⁹⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁹⁶ R. Foqué – Q. Verbeke, „Towards Open Flexible Imperative Inheritance Law”, in *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – Five Perspectives*, ed. by R. Foqué, A. Verbeke, C. Castelein (Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2009), стр. 212, 213.

постављен (оставиочеви потомци, преци и супружник), с тим да се право нужног наслеђивања не признаје регистрованим партнерима.⁹⁹⁷ Могућност разбаштињења је рестриктивно предвиђена (искључена у односу на потомке оставиоца, осим у случају опште недостојности за наслеђивање, и знатно ограничена у погледу надживелог супружника). У белгијском правном систему забрањено је одрицање од права на нужни део, чиме су правни лимити слободе тестирања још стриктније постављени.

Légitime (hollowed out reserve) систем заступљен је у земљама германске правне традиције (пре свега у Немачкој), затим скандинавским земљама, а са реформама наследног права, спроведених 2003. године и Холандија је преузела овај модел нужног наслеђивања. Овај тип нужног наслеђивања, као и претходни, представља овлашћење које се темељи на законским нормама императивне природе које се аутоматски примењују. Са друге стране, иако је фиксно одређен, нужни део се гарантује у мањем обиму у односу на претходни тип, а разлика се огледа у кругу нужних наследника, правној природи права на нужни део, начину одређивања обрачунске вредности заоставштине, могућности лишења нужног наследног дела (*forfeiture clause*).⁹⁹⁸ Овај модалитет нужног наслеђивања карактерише облигациооноправна природа нужног дела. Слобода тестирања шире је постављена, и начелно је у равнотежи са установом нужног дела (половина заоставштине је минимум слободан за располагање).⁹⁹⁹

У правима подтипа *hollowed out reserve*, круг нужних наследника уже је постављен, јер су у већини правних система преци искључени из круга нужних наследника (Француска, Аустрија, Холандија), а у појединим правима ни супружници не спадају у круг нужних наследника (Холандија). У готову ниједном правном систему овог подтипа (осим у правима земаља бивше СФРЈ) не признаје се право нужног наслеђивања побочним сродницима оставиоца. За овај правни концепт нужног наслеђивања специфична је тенденција признавања права нужног наслеђивања регистрованим партнерима, као ограничавајући фактор у остваривању слободе тестаментарног располагања.¹⁰⁰⁰ У прилог шире слободе тестирања говори и правно призната могућност одрицања од права на нужни део.

⁹⁹⁷ (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 213.

⁹⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹⁹ Однос слободе тестирања и нужног дела може бити у другачијем односу од назначеног када на наслеђе конкуришу наследници првог наследног реда, па је расположиви део заоставштине условљен бројем деце која конкуришу на наслеђе у конкретном случају.

¹⁰⁰⁰ (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 212, 213.

Постоје и правни системи који не познају установу нужног наслеђивања – *no reserve jurisdictions*, где спадају земље англосаксонске правне традиције.¹⁰⁰¹ Међутим, њих карактеришу други правни механизми који су у функцији заштите наследноправних интереса одређене категорије лица (супружника или цивилних партнера, бившег супружника или партнера који се нису поново венчали, деце, лица која су била издржавана од стране оставиоца без обзира на сроднични однос, као и лица која су била третирана од стране оставиоца као његова деца и чланови породице) која по основу *The Family Provison Act-a (1975)*¹⁰⁰² имају право на истицање имовинскоправног захтева у односу на оставиоцеву заоставштину (*potential inheritance claim*). Уколико суд оцени да по основу завештања, или применом правила законског наслеђивања, поменутом кругу лица није припала одговарајућа финансијска корист из заоставштине, признаје им право потраживања разумног износа из заоставштине. Дакле, за разлику од нужног наслеђивања, критеријум остваривања права на имовинску корист из заоставштине не темељи се на сродству и на партнерском односу као самосталном основу остваривања ових права, већ се заснива на потреби старања и подршке одређеним лицима која су била у односу финансијске зависности са преминулим лицем. Ова чињеница може представљати и самостални основ потраживања, независно од квалитета односа са оставиоцем.

Уопштено узев, обим овог права није фиксно одређен, већ зависи од тога да ли је по процени суда подносилац захтева стекао разумну финансијску корист по основу завештања (уколико је ово право повређено завештајним располагањима), при чему се евентуалне измене имовинских располагања завештаоца ради намирења апликанта, морају темељити на принципу пропорционалности, како би овакав захват у завештаочеву слободу располагања био оправдан. У том смислу, разумна финансијска корист за надживелог супружника или цивилног партнера оцењује се аналогно користи која би му у случају развода оправдано припала. Када је реч о осталим лицима овлашћеним на истицањем захтева на основу „*Provision for Family - Dependants Act 1975*“, оцена испуњености критеријума у погледу разборите одредбе, односно разумне вредности која има припасти из заоставштине, оцењује се према износу који се сматра довољним да му се омогући издржавање. У сваком конкретном случају лица која истичу овај захтев морају доказати и његову оправданост – да расподелом

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, стр. 30, 31.

¹⁰⁰² *Provision for Family – Dependants Act 1975*, у даљем тексту „*the 1975 Act*“, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> март, 2018;

заоставштине према наредби последње воље завештаоца њима није осигурано стицање разумне финансијске користи.¹⁰⁰³ Ово право се најчешће конституише у корист деце надживелог супружника, али и у корист трећег лица које је издржавано од стране преминулог, непосредно пре наступања његове смрти (нпр. љубавница оставиоца у праву Енглеске).¹⁰⁰⁴

Слично поменутом модалитету императивног наслеђивања у англосаксонском праву и у неким континентални правима се, поред нужног наслеђивања, уводе слични механизми имовинскоправне заштите наследника, као допунски. У праву Холандије, то су, тзв. „остала законска права,¹⁰⁰⁵ као отворени правни стандарди, а у праву Белгије поменута заштита наследноправних интереса најужих чланова породице манифестује кроз право на издржавање и финансијску помоћ на терет заоставштине.¹⁰⁰⁶

II. ИМПЕРАТИВНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У ЕВРОПСКОМ КОНТИНЕНТАЛНОМ ПРАВУ

1. ИСТОРИЈА РАЗВОЈА УСТАНОВЕ НЕУЖНОГ ДЕЛА

Установа нужног дела настала је још у римском праву као правни механизам у функцији заштите породице и спречавања злоупотребе завештаочеве слободе тестирања која је имала широки домашај. Наиме, са ширењем аутономије воље и јачањем приватне својине јављала се бојазан да имовинскоправни интереси најближих сродника завештаоца буду угрожени кроз потупно изопштавање из наслеђивања вољом завештаоца који је за наследнике могао именовати и лица која не спадају у *heres domesticus*.¹⁰⁰⁷ Отуда се у старом *ius civile* јавила потреба за ограничавањем завештаочеве слободе расподеле заоставштине што је остварено кроз *portio legitima* – установу нужног дела која је првенствено имала формалноправни карактер. У случају завештајног располагања имовином, завешталац је имао обавезу да сроднике из реда *sui heredes* и *posthumi*, а касније и *liberi*, именује за наследнике, или их и искључи из

¹⁰⁰³ E. Cooke, „Testamentary Freedom in Engl and Wales“, in *Freedom of Testation-Testierfreiheit* (Tübingen: Mohr Siebeck Tübingen, 2012), стр. 129-132.

¹⁰⁰⁴ (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 31, 32.

¹⁰⁰⁵ Право плодуживања, становања, издржавања и др. Види: (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр.118, 119

¹⁰⁰⁶ Чл. 205. Грађанског законика Белгије, С Christoph, „Introduction – Objectives“ in *Imperative Inheritance Law in a Late – Modern Society – Five Perspectives*, ed. by René Foqué, Alein Verbeke and Christoph Castelein (Oxford: Antwerp-Oxford-Portl-: Intersnetia, 2009), стр. 32.

¹⁰⁰⁷ (Antić, 1983), стр. 210;

наслеђа.¹⁰⁰⁸ Код разбаштињења синова захтевало се њихово означавање у завештању поименице, а за остале наследнике из круга *sui heres*, била је довољна општа формулација о разбаштињењу – *ceteri omnes eheredes sunt*.¹⁰⁰⁹ Уколико формална правила разбаштињења синова нису била испоштавана, завештање је било ништаво, а у случају непостајања опште формулације о разбаштињењу ћерки и потомства, завештање је било рушљиво. Право нужног наслеђивања имало је само формалноправни карактер и није представљало никакву границију нужним наследницима да ће и фактички добити одређени део заоставштине, јер је завешталац имао право да искључи из наслеђа сваког наследника, без икаквих оправданих разлога. У том смислу, о стварном ограничењу слободе располагања имовином за случај смрти установом нужног дела у овом периоду њеног развоја није се могло говорити.¹⁰¹⁰

Пред крај републике развило се схватање о материјалноправном карактеру нужног дела који је подразумевао да нужним наследницима на име нужног дела завешталац мора оставити део своје имовине за случај смрти. У циљу реализације овог права призната им је могућности подизања тужбе *inofficose testamenti*, којом су могли захтевати поништај оваквог завештања. Право на подизање ове тужбе припадало је деци оставиоца и осталим потомцима, прецима, рођеној браћи и сестрама, браћама и сестрама по оцу, који су добијали 1/4 од законског наследног дела.¹⁰¹¹

За време Јустинијана извршена је значајна реформа нужног наслеђивања. Проширен је круг нужних наследника којима је на име нужног дела морао бити остављен део заоставштине који је износио 1/2 од законског наследног дела, а разбаштињење је било могуће само у случају постојања разлога наведених у *Noveli (justa causa)* бр. 115 из 542. године.¹⁰¹² У случају противзаконитог разбаштињења, нужни наследници су имали право да траже намирење свог нужног дела, односно редукацију завештајних располагања. Истовремено се уводи тужба *actio supletoria* којом се може захтевати допуна нужног дела. Дакле, оваквим реформисањем нужног наследивања уједињени су принципи формалног и материјалног нужног наслеђивања и постављени су темељи установе нужног дела у савременом значењу.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁸ *Posthumi*-лице које се роди после смрти свог оца (посмрче), у времену максималне гестација; *liberi* – сви десцеденти оставиоца, укључујући и емпанципованог сина и усвојено дете (Стојановић, 2011), стр. 138.

¹⁰⁰⁹ (Puhan, 1974), стр. 384.

¹⁰¹⁰ Ј. Видић, *Нужно наслеђивање у домаћем и упоредном праву* (Нови Сад: 2005), стр. 15.

¹⁰¹¹ *Ibidem*.

¹⁰¹² (Marković, 1981), стр. 183; (Стојановић, 2011), стр. 140.

¹⁰¹³ (Antić, 1983), стр. 190.

У средњем веку, под утицајем остатака родовско-племенског уређења и породичне својине и својинска слобода била је у значајној мери ограничена. Старешина породице је управљао породичном својином као „основом егзистенције свих садашњих и будућих поколења“,¹⁰¹⁴ тако да нису постојали услови за реализацију слободе тестирања, па самим тим ни потреба за њеним ограничавањем. Једино је у праву Византије у којој је настављена римска правна традиција, тестаментарно наслеђивања било изричито регулисано (као и законско), а слобода располагања била је ограничена и нужним делом. Завешталац је морао део своје имовине да завешта својој законитој деци и родитељима, а без оправданог разлога није их могао лишити наследства. Искључење из наследства било је допуштено само у тачно одређеним случајевима.¹⁰¹⁵

Тек касније, у развијеном средњем веку, са јачањем индивидуализма, аутономије воље, и настанком приватне својине, долази до промена и у породичним односима, са којима се мења схватање о „апсолутној примени законског реда наслеђивања“, када су створени услови да се успостави слобода тестирања, а с њом настеје и потреба за њеним ограничавањем.¹⁰¹⁶ Слобода тестирања била је по правилу резервисана само за припаднике племства, и ограничена у погледа обима имовине којом се могло располагати кроз увођење нужног дела, који је првенствено установљен у циљу заштите интереса припадника феудалне класе, и који је првобитно износио 4/5 феуда. Право нужног наслеђивања још увек нигде није било јединствено регулисано, па је у појединим подручјима обухватало непокретности и стицање у својину, а негде и покретности. Из тадашњих писаних обичаја произлази да се заоставштина подређивала по принципу примогенитуре.¹⁰¹⁷

Сломом феудалног режима, након буржоаских револуција у XVII и XVIII веку, у Европи, доминира позитивноправна концепција о природи тестаментарне слободе, а право на нужни део којим се штите наследноправни интереси најужег круга сродника оставиоца (пре свега деце) и брачног друга, прихваћена је у свим европским законодавствима. Под утицајем јакобинаца, у Француској се 1793. године, законодавним путем реализује идеја Робеспјера и Мирабоа и забрањује се

¹⁰¹⁴ *Ibidem*

¹⁰¹⁵ Искључење законских наследника из наследства било је могуће „ако су се увредљиво понашали према оставиоцу, ако су извршили одређена кривична дела, неморално се понашали или су напустили православну веру итд.“ (D. Nikolić, *Fragmenti pravne istorije* (Niš, 1997), стр. 214).

¹⁰¹⁶ (Antić, 1983), стр. 44.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*.

тестаментарна слобода у целости. Ова забрана тестаментарног наслеђивања била је без преседана, и као таква није забележена ни у једном другом правном систему.¹⁰¹⁸ Ипак, овакво драстично смањење права да се располаже имовином *mortis causa* није се дуго задржало. У Грађанском законнику Француске из 1804. год. (Code Civil-Наполеонов Кодекс), ово решење је измењено, па завешталац може слободно да располаже једним делом заоставштине, односно расположивим делом, чија величина зависи од броја оставиочеве деце. Уколико је оставилац имао једно дете, величина расположивог дела је била једна половина заоставштине, а уколико је оставилац имао троје или више деце, слобода завештајног располагања била је ограничена на четвртину заоставштине. Дакле, Наполеонов Кодекс имао је за циљ да се одступи од доследне примене принципа једнакости који је био у основи реформе наследног права након француске буржоаске револуције, и да ојача право завештаоца у погледу слободног располагања својом имовином за случај смрти.¹⁰¹⁹

У Француској, и поред тога што се напушта револуционарно законодавство којим је слобода тестаментарног располагања била у потпуности забрањена, Code Civil је предвиђао знатно већа ограничења слободе тестирања, у поређењу са другим земљама, нарочито у погледу величине нужног дела. Строго ограничавање тестаментарног располагања у Француској показује да се утицај поштовања принципа једнакости ипак продужава и након револуционог периода.¹⁰²⁰

Постоје два основна разлога за ограничавање слободе завештајног располагања. Први има политички карактер и састоји се у спречавању стварања велике концентracије економске моћи у рукама малог броја породица, или у руке цркава, чиме би се угрозила власт државе. Основни разлог ограничавања слободне воље завештаоца кроз увођење нужног наслеђивања у француско право, била је потреба да се оствари револуционарна промена у друштву, ограничи власт цркве и аристократије у феудализму, као и да се оствари један од основних принципа Француске револуције – принцип једнакости.¹⁰²¹

Мотиви ограничавања тестаментарне слободе у Немачкој били су другачији у односу на Француску. У првом плану била је потреба да се заштити породица као основна ћелија друштва, која може да буде угрожена радикалним индивидуализмом

¹⁰¹⁸(Трпеновска, Мицковић, Ристов, 2011), стр. 260.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*.

¹⁰²⁰ „Индивидуална права завештаоца су ограничена са циљем да се обезбеди политички поредак и да се обезбеди једнак третман све оставиочеве деце.“(Jens Becket, *Inherited Wealth* (Princeton - Oxford: Princeton University Press, 2008), стр. 39.

¹⁰²¹ (Трпеновска, Мицковић, Ристов, 2011), стр. 262.

израженим кроз неограничену слободу тестаментарног располагања. На немачко наследно право велики утицај је извршио Хегел, који је сматрао да основа наследног права не треба да буде индивидуална воља завештаоца, већ потребе и интереси породице. Хегел је одбацио индивидуализам карактеристичан за римско право, где је постојала велика слобода тестатора да располаже својом имовином за случај смрти, која је непримерена за услове у Немачкој. Право породице да наследи заоставштину и ограничење тестаментарне слободе у циљу остварења тог права промовисани од стране Хегела, били су основ за реформу наследног права у Немачкој у 19. и почетком 20. века.¹⁰²² Нужни наследни део био је предвиђен у Немачком грађанском закону из 1896. године, и износио је половину од законског наследног дела. Нужни наследници су били потомци оставиоца, брачни друг, као и родитељи, уколико оставилац нема потомака. Величина нужног дела је одређена са намером да се задовоље два захтева: да се поштује воља завештаоца да располаже имовином за случај смрти, али и да се заштите имовински интереси чланова породице. На тим основама је у савременом наследном праву конципирана установа нужна дела, пре свега у законодавствима која су се развијала под утицајем германског права. Међутим, у свим континенталним правима установа нужног дела се данас посматра као компромис између слободе тестирања и породичног карактера наслеђивања.

2. ПОЈАМ НУЖНОГ ДЕЛА И ЊЕГОВЕ ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ

У савременом наследном праву земаља европско континенталне правне традиције, установа нужног дела представља општеприхваћен инструмент ограничавања слободе тестирања. Посматрано са аспекта ограничавајућег дејства на завештајну слободу, нужни део се дефинише као део заоставштине којим завешталац не може слободно располагати.¹⁰²³ У том смислу, нужни део представља противтежу расположивом делу заоставштине којим завешталац слободно може располагати и који као такав представља материјалну подлогу слободе тестирања.¹⁰²⁴

Из перспективе нужног наследника, нужни део представља део заоставштине који ће, након смрти завештаоца независно од његове воље, па и противно његовој вољи, припасти нужном наследнику.¹⁰²⁵ Дакле, овакво поимање нужног дела као субјективног права сваког појединачног нужног наследника, карактерише управо она

¹⁰²² (Becket, 2008), стр. 54.

¹⁰²³ Чл. 40 ст. 1 Закона о наслеђивању РС.

¹⁰²⁴ (Antić, 1983), стр. 190.

¹⁰²⁵ (Стојановић, 2011), стр. 138; (Ђурђевић, 2011), стр. 208, (Antić, 1983), стр. 187.

законодавства која су се определила за систем појединачног одређивања нужног дела, где се он утврђује у односу на сваког нужног наследника појединачно.¹⁰²⁶ У овим правним системима скупни нужни део представља збир појединачних нужних делова нужних наследника.¹⁰²⁷ У правним системима који су прихватили концепт скупног одређивања нужног дела, под нужним делом се управо подразумева скупни, резервисани нужни део, као део обрачунске вредности заоставштине којом завешталац не може слободно диспонирати.¹⁰²⁸

У српском праву, према чл. 40 Закона о наслеђивању, под нужним делом се подразумева део заоставштине који припада нужним наследницима и којим завешталац не може слободно располагати. У другом ставу овог члана изричито се дефинише да нужни део сваког појединачног нужног наследника представља унапред утврђену квоту законског наследног дела. Отуда се акценат ставља на појединачни нужни део као субјективно право сваког нужног наследника, па се под нужним делом првенствено разуме део наслеђа који припада сваком нужном наследнику појединачно, док колективни (скупни) нужни део представља збир појединачних нужних делова.¹⁰²⁹

Као подврста законског наслеђивања, нужни део претпоставља минимум гарантованих права наследницима која свој основ имају у правилима законског наслеђивања и производе дејство независно од воље тестатора.¹⁰³⁰ Пошто је минимум ових гаранција дефинисан кроз фиксно одређену величину нужног дела и законом дефинисан круг нарочито привилигованих законских наследника којима ово наследноправно овлашћење припада, у том смислу је и слобода тестирања ограничена у погледу обима располагања.¹⁰³¹

За разлику од правила редовног законског наслеђивања која су диспозитивне природе и која се имају применити у случају непостојања завештања, или ако завештањем није распоређена целокупна заоставштина завештаоца, правила нужног наслеђивања су императивне природе, и примењују се независно од воље завештаоца. Као установа наследног права когентног карактера, нужни део се правно оживотворује у корелацији са завештајним располагањем којима је повређено право на нужни део, и отуда се у правној теорији првенствено посматра кроз призму ограничавајућег дејства

¹⁰²⁶ (Kreč – Pavić, 1964), стр. 74.

¹⁰²⁷ (Marković, 1981), стр. 185.

¹⁰²⁸ *Ibidem*.

¹⁰²⁹ (Marković, 1981), стр. 185; (Kreč – Pavić, 1964), стр. 74.

¹⁰³⁰ (Castelein, Foque, Verbeke, 2009), стр. 28.

¹⁰³¹ (Blagojević, 1983), стр. 204;

на слободу тестирања. Осим прекомерним завештајним располагањима, право на нужни део може бити повређено и поклонима које је оставилац чинио за живота, како у корист законских наследника, тако и у корист трећих лица у последњој години живота, када се ограничавајуће дејство овог права одражава на слободу доброделиног располагања *inter vivos*. Имајући у виду првобитно дефинисане оквире предмета овог рада, надаље ће бити анализирано само ограничавајуће дејство установе нужног дела на слободу завештајних располагања.

Правила нужног наслеђивања аналогна су правилима законског наслеђивања, како у погледу критеријума груписања сродника у наследне редове, тако и у погледу основних принципа на којима се темељи законски наследни ред (принцип искључивости између наследних редова, право представљања).¹⁰³² Међутим, право на нужни део је по правилу ужег домашаја у односу на право законског наслеђивања, с обзиром на обим имовине која се добија на име нужног дела, као и круг лица који се сматрају нужним наследницима, посматрано у односу на круг законских наследника.¹⁰³³ Ужи домашај нужног наслеђивања од законског оправдан је са становишта допуштене мере задирања у слободу тестирања, који је одређен као минимум гарантованих права нужних наследника у расподели заоставштине.

3. ОПРАВДАНОСТ ОГРАНИЧАВАЊА СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА УСТАНОВОМ НУЖНОГ ДЕЛА – ТЕОРИЈСКА СХВАТАЊА

Установа нужног дела спорна је у правној теорији, посматрано са аспекта њеног ограничавајућег дејства на слободу тестирања. Отуда је дефинисање друштвеног и правног циља као основе њеног нормирања значајно у анализи њеног допуштеног и оправданог ограничавајућег утицаја на слободу тестирања.

Основни правнополитички циљ нормирања установе нужног дела израз је законодавне политике једне државе у одговарајућем друштвено-економском и правнополитичком контексту, и значаја који се придаје одређеним друштвеним вредностима у односном времену. Основни друштвени циљеви који су опредељивали допуштеност и домашај установе нужног дела били су различити у историјскоправној генези овог института (породични карактер наслеђивања и породична солидарност, подстицање

¹⁰³² Право представљања има ограничену примену код нужног наслеђивања, јер је ограничен круг лица која се могу јавити као нужни наследници, док се право прираштаја не примењује у односу на нужне наследнике (чл. 40. ст. 3 Закона о наслеђивању РС).

¹⁰³³ Т. Ђурђић, „Правна природа права на нужни део“, *Правни живот*, 10 (2015), стр. 557-569.

међугенерациске материјалне и личне одговорности, обезбеђивање економске сигурности чланова породице кроз обавезу издржавања). Тако су у правној доктрини уобличене различите теорије о оправданости нужног наслеђивања: теорија прећутног фидеикомиса, теорија породичне сусвојине, теорија породичне солидарности, теорија алиментације (издржавања), теорија о троструком правном основу.¹⁰³⁴

Теорија прећутног фидеикомиса везује се за период доминације породичног фидеикомиса у феудализму и полази од породичног карактера наслеђивања, чији је циљ био да се очува јединство наследства које се тада састојало из фидеикомиса.¹⁰³⁵ Полазећи од колективистичког поимања наслеђивања као противтеже завештаочевој слободи тестирања, сматрало се да је сваки члан породице у својству завештаоца дужан да настави традицију преноса одређеног круга својих имовинских добара на будућа поколења, јер је имовина коју поседује и ужива резултат рада и залагања његових предака. Породична имовина била је као таква неотуђива, а наследници нису имали право располагања, већ само уживања заоставштине како би се она очувала у породици.¹⁰³⁶ Овакво схватање о основу нужног дела као принудног одржавања целине наслеђа, имало је полазиште у наиндивидуалистичком схватању да је функција наследног права да обезбеди „материјалну основицу за социјално трајања породичне заједнице“.¹⁰³⁷ Свако другачије схватање основа нужног дела, према присталицама ове теорије је неприхватљиво, јер би довело до распачавања имовине („дејство разарања имовине“), што би нарочито било штетно уколико у заоставштину улазе имовинска добра која нису дељива, или она чијом би поделом њихов даљи фактички опстанак био доведен у питање.

С обзиром да апсолутизује породични фидеикомис, који је као наследноправни инструмент у савременом праву забрањен, ова теорија данас губи на практичном значају.¹⁰³⁸ Полазећи од начела приватноправне аутономије као основног обележја сваког грађанског друштва и савременог својинскоправног оквира, очување целовитости заоставштине као основне друштвеноправне сврхе нужног наслеђивања не може бити оправдано у једном тржишно оријентисаном цивилином друштву.¹⁰³⁹ Са економске тачке гледишта, може се тврдити да у случају постојања више наследника и

¹⁰³⁴ (Antić, 1983), стр. 233-247.

¹⁰³⁵ (Đurđić, 2015).

¹⁰³⁶ (Puhan, 1974), стр. 399 (Перић, 1923), стр. 46, 47; (Стојановић, 2011), стр. 141.

¹⁰³⁷ (Радбрух, 2006), стр. 162.

¹⁰³⁸ (Antić, 2009), стр. 184.

¹⁰³⁹ Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 34.

само признавање наследног права има дејство разарања имовине, као и код укидања различитих имовинских заједница или гашења привредног друштва, при чему право учешћа у подели имовине остаје гарантовано. Отуда се вредносни суд (правна аргументација) на којем се заснива ова теорија, додатно доводи у питање.¹⁰⁴⁰ Аргумент очувања целovitости заоставштине може једино имати одређено оправдање када је реч о очувању јединствености предузећа, чија би подела између законских наследника могла да има за последицу значајне економске губитке.¹⁰⁴¹ Међутим, општи правнополитички циљ нормирања установе нужног дела не треба тражити на терену привреде и привредног развоја, већ у домену породичних односа и заштите интереса породице.

Теорија породичне својине се такође заснива на колективистичком карактеру наслеђивања, и темељи се на породичној својини као доминатној својинској форми. Сматрало се да својина на добрима не припада појединцу, већ породици, јер та добра представљају продукт рада претходних генерација.¹⁰⁴² Сваки појединац био је дужан да осигура економску егзистенцију својих потомака, који су имали „социјолошки утемељено субјективно право да уживају имовину старешине породице, после његове смрти“.¹⁰⁴³ Иако је предност ове теорије у односу на теорију породичног фидеикомиса истицање породично-правне компоненте нужног дела, аргументи *a contrario* овог схватања основа нужног дела слични су онима код теорије прећутног фидеикомиса, јер је право располагања било ограничено породичном својином.¹⁰⁴⁴ Ова теорија је, између осталог, критикована јер не може да објасни основ признавања права на нужни део лицима која не спадају у круг крвних сродника (супружник, усвојеници).¹⁰⁴⁵ Полазећи од владајућег режима својинских односа, где индивидуална својина има примат, произлази да је теорија породичне сусвојине, као основ признања установе нужног дела, неприхватљива у савременом праву.

Теорија породичне солидарности такође је настала као резултат укорењеног схватања о породичном карактеру наслеђивања које је имало за циљ очување имовине у кругу породице кроз све потоње нараштаје. Као полазно становиште узима се друштвена улога породице која је првенствено заштитна. Под породичном

¹⁰⁴⁰ R. Welser, *Die Reform des Österreichische Erbrecht* (Wien: 2009), стр. 97.

¹⁰⁴¹ *Ibidem*

¹⁰⁴² (Marković, 1981), стр. 184.

¹⁰⁴³ (Радбрух, 2006), стр. 200, 201,

¹⁰⁴⁴ (Antić, 2009), стр. 186.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*.

солидарношћу подразумева се одговорност чланова породице једних за друге, која се изражава кроз узајамно пружање помоћи, старање и издржавање чланова породице, а та солидарност се са функционалног аспекта, након смрти, наставља кроз установу нужног дела.¹⁰⁴⁶ Како се имовина сваког члана породице типично заснива на доприносима свих чланова њеном стицању и увећању, отуда се сматра да и имовину која улази у заоставштину, оставилац није самостално стекао, већ заједно са члановима породице.¹⁰⁴⁷

Као критика ове теорије истиче се да она као таква нема правни карактер, и да може довести до правног волунтаризма.¹⁰⁴⁸ Функција породице је данас измењена и изгубила свој значај као производна јединица у друштву и односи се претежно на индивидуалну имовинску везу, као и на васпитање и финансијско издржавање деце до њиховог запослења. Породичне везе слабе, а имовина која улази у наслеђе најчешће не представља резултат рада и залагања претходних генерација. Како је животни век човека продужен, као наследници се јављају деца која су зрелих година и економски добро ситуирана, тако да не постоји реална потреба за било каквим видом имовинске помоћи. Такође се у теорији истиче да су родитељи своју обавезу према деци испунили кроз подизање деце и улагање у њихово школовање, и да нема потребе настављати ту обавезу након њихове смрти. Због тога се спорним сматра фаворизовање породичне солидарности и принципа равноправности између наследника, које је у основи нужног наслеђивања наспрам аутономије воље тестатора. Традиционалним прописивањем социјалних обавеза члановима породице ограничена је аутономија воље и услед изграђеног система социјалног осигурања.

Породична солидарност као аргумент у прилог признавања нужног дела, може се оспоравати и са аспекта често супротстављених имовинских интереса чланова породице, између којих, због отуђења, суштинске солидарности као социјалне категорије заправо и нема.¹⁰⁴⁹ Међутим, поједини теоретичари сматрају да управо у ситуацијама када због недостатка солидарности између чланова породице поједини наследници вољом оставиоца буду лишени наследства, нужни део има важну заштитну функцију управо тих најближих оставиоцевих сродника, пре свега деце, посебно ванбрачне.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁶ (Antić, 1983), 1983, стр. 240.

¹⁰⁴⁷ (Welser, 2009), стр. 14.

¹⁰⁴⁸ (Antić, 1983), стр. 240.

¹⁰⁴⁹ (Стојановић, 2011), стр. 142.

¹⁰⁵⁰ (Welser, 2009), стр. 14.

Истовремено, треба бити пажљив са спровођењем идеје о узајамности у наслеђивању. Пошто после отварања наследства не може да постоји више никакв истински однос између оставиоца и наследника, слаби и принцип давања и узимања. Али, уместо сумње да ли једнострана корист нужног наследника може да се објасни принципом породичне повезаности имовине, треба узети у обзир да у већини случајева барем један део имовине која улази у заоставштину потиче од предака завештаоца. Отуда се у немачкој правној доктрини образложење установе нужног дела на основу породичне солидарности чини оправданим, ако не и правно-етички неопходним.¹⁰⁵¹

У савременом друштву, породица не представља никакву производну и економску јединицу, али свакако представља једну социјалну јединицу којој друштво поверава одређене обавезе и која има основ у блискости сродства чланова породице и унутрашњој повезаности партнера у брачној животоној заједници. Иако не у истом интензитету као раније, крвно сродство и брак се посматрају још увек као везе које обезбеђују минимално учешће (минимални удео) у расподели заоставштине.¹⁰⁵² Отуда је у анализи основа установе нужног дела, идеја о породичној солидарности са чврстим утемељењем у правном традиционализму задржала свој значај у савременим правнодогматским ставовима у погледу основаности нужног дела. Без обзира на слабљење традиционалних породичних веза и структуре породичних односа, теорија породичне солидарности првенствено има упориште у основној друштвеној и правнополитичкој функцији наслеђивања, која се посебно огледа у заштити породице.¹⁰⁵³ Међутим, као неопходно се намеће питање правног дефинисања породице као темеља друштвене заједнице, јер се у тим правним оквирима мора посматрати идеја о породичној солидарности. То се може сматрати и једним од разлога недовољне правне утемељености ове теорије у контексту оправдања ограничавања слободе тестирања. Док су социјалне дефиниције породице у приличној мери заступљене у социолошкој теорији, у савременим правима дефиниције породице су ретке, управо због чињенице да је у питању једна појава која није статична и на коју утичу бројни ванправни чиниоци.¹⁰⁵⁴ ¹⁰⁵⁵ Извесно је да се нуклеаризацијом живота у

¹⁰⁵¹ S. Werkmüller, *Rechtpolitische und Rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts- Univer. Diss.* (Bonn: Peter Lang, 2002), стр. 78.

¹⁰⁵² (Welser, 2009), стр. 14.

¹⁰⁵³ (Ђурђевић, 2011), стр. 28.

¹⁰⁵⁴ Правни писци појам породице углавном одређује дескриптивно – кроз набрајање чланова породице, или оперативно – набрајањем функција које породица уобичајено врши, те је на основу њих немогуће издвојити суштинске и универзалне карактеристике породице. Отуда се елементи на основу којих је могуће одредити универзалне карактеристике породице одређују на основу њеног социолошког

модерном добу смањује кохезија и сродничка солидарност унутар породице, што је довело до тога да се шира, традиционална патријархална породица разграђује, и да доминатна постаје нуклеарна (брачна) породица коју чине родитељи и деца. Отуда се и поимање породичне солидарности као основа установе нужног дела мора посматрати у контексту измењених породичних образаца, који усмеравају и развој наследног права.

Теорија алиментације (издржавања) заснива се на ставу да обавеза узајамног издржавања која постоји између најближих сродника за живота, наставља да се остварује и након смрти неког од њих, кроз установу нужног дела. Присталице ове теорије истичу да је основна родитељска дужност, поред подизања и васпитања деце и потомака, обезбеђење њихове материјалне сигурности и одговарајућег животног стандарда кроз давање издржавања, при чему су деца дужна да, надаље, дају издржавање својим прецима.¹⁰⁵⁶ Поборници алиментационог карактера нужног наслеђивања наглашавају да нужни део не треба да има сврху очувања имовине у кругу породице, већ да осигура издржавање млађих потомака и неспособних лица.¹⁰⁵⁷

У упоредној правној доктрини, идеја о старању (збрињавању-*Versorgungsfunktion*) као основној функцији установе нужног дела, све више је подложна критикама.¹⁰⁵⁸ Посматрано са правнодогматског аспекта, противници овог схватања истичу да би применом оваквог „монистичког гледишта о збрињавању породице“ установа нужног дела била одвојена од законског наслеђивања. Поред тога се наводи да је субјективно вредновање основа нужног наслеђивања према критеријуму „потребе“ неприхватљиво и да основ нужног дела треба тражити на терену породичних односа. У том правцу је Уставни суд Немачке изнео став да „право на нужни део има

појмовног одређења. Између осталих карактеристика породице, као значајна у контексту разматране проблематике основа нужног дела и породичне солидарности, издваја се да је *породица заједница деце и родитеља која из те везе настају*, (М. Драшкић, *Uskladenost domaćeg prava sa standardima Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na čl. 8 Evropske konvencije*, Beograd, 2010) доступно на интернет сајту: www.helsinki.org/hr/lawyers/archives/files/sem3_clan8.doc).

¹⁰⁵⁵ Једна од ретких држава која у породичном закону дефинише појам породице је Црна Гора, према којем породица представља животну заједницу родитеља, деце и других сродника који имају међусобна права и обавезе (чл. 2. *Porodičnog zakona* Срне Горе, "Službeni list RCG", br. 1/2007 od 9.1.2007. godine). Породични закон РС не садржи општу дефиницију породице, већ је спорадично дефинише само за случај насиља у породици (чл. 197 ст. 3), као и код стицања заједничке имовине у породичној заједници (чл. 19. ст. 2), према којем се члановима породице у смилу ст. 1. овог члана сматрају крвни, тазбински сродници супружника, односно ванбрачних партнера који заједно са њима живе.

¹⁰⁵⁶ (Antić, 2009), стр. 188.

¹⁰⁵⁷ М. Константиновић, *Опште напомене уз Тезе за предпројекат закона о наслеђивању* (1947), III, стр. 339.

¹⁰⁵⁸ BverfG 30 August 2000, 2000 Fam RZ 1563, 2001 NJW 141, 2000 ZEV 339, note Mayer, BverfG 19 April 2005, II2 BverfG 332, 2005 Fam RZ872, I44I, note Mayer, 2005 JZ, I007, note Otte (наведено према (Pintens, 2011), фуснота 42).

неопозив и породични карактер и да је ово право независно од било какве потребе и околности¹⁰⁵⁹.

У правној теорији се и даље истиче да се сврха права на нужни део не може објаснити само идејом социјалног старања (издржавања), јер се функција права на нужни део не ограничава само на одржавање животног стандарда чланова породице умрлога и стварање солидног основа образовања, већ и да доприноси развоју личности оних којима следује наследство. Неки немачки правници истичу да је функција социјалног старања кроз наследно право угашена успостављањем одговарајућих система социјалне заштите и права осигурања. Други пак сматрају да осигурање егзистенције појединца треба да остане питање породице, а онда када породица не може да намири нужни део, терет пружања социјалне помоћи треба превалити на државу.¹⁰⁶⁰

Истовремено се као *argumentum a contrario* теорији издржавања истиче да се основна сврха нужног наслеђивања више не може огледати у продужењу обавезе издржавања деце од стране родитеља, јер су они своју обавеза старања о деци извршили улагањем у њихово образовање, и на тај начин им омогућили да се самостално старају о себи кроз даље професионално ангажовање. Такође се наводи чињеница да је људски животни век продужен и да деца најчешће наслеђују родитеље у поодмаклој животној доби, када су већ достигла одређени животни стандард кроз сопствено радно ангажовање, што доводи у питање оправданост алиментационог карактера нужног дела.¹⁰⁶¹

По нашем мишљењу, теорија алиментације може се посматрати као конкретизација економског аспекта породичне солидарности која се манифестује кроз обавезу издржавања чланова породице. Посматрано кроз призму српске легислативе, може се уочити да је круг нужних наследника у основи опредељен према кругу лица која имају законска обавезу узајамног издржавања, иако не долази до потпуног њиховог поклапања, што се истиче као негативна страна ове теорије.¹⁰⁶² Као њен недостатак истиче се и то да одређена категорија наследника (апсолутни нужни

¹⁰⁵⁹ BverfG 19 April 2005, 112 BverfG 332, 2005 Fam RZ872, 1441, note Mayer, 2005 JZ, 1007, note Otte, *Ibidem*, фн. 45).

¹⁰⁶⁰ (Werkmüller, 2002), стр. 68, 69.

¹⁰⁶¹ (Pintens, 2011), стр. 12, 13.

¹⁰⁶² Право законске алиментације под одређеним условима постоји између појединих тазбинских сродника (маћехе и очуха са једне стране, и пасторка, са друге стране), али они не спадају у круг законских наследника, па самим тим не могу бити сврстани ни у круг нужних наследника (Стојановић, 2011), стр. 142; (Antić, 2009), стр. 188.

наследници) стичу право на нужни део само по основу објективног критеријума (сродничке или брачне везе са оставиоцем), независно од њиховог имовинског статуса и способности за привређивање, као основних критеријума за конституисање обавезе издржавања, која се према овој теорији наводи као основ нужног дела.¹⁰⁶³ У циљу избегавања предочених недостатака алиментационе теорије, у српској правној доктрини заступљен је став да модификована алиментациона теорија највише одговора владајућем концепу нужног наслеђивања који је облигационоправне природе, уз прописане изузетке у погледу начина намирења нужних наследника који су живели и привређивали са оставиоцем.¹⁰⁶⁴

Теорија о троструком основу нужног дела комбинује теорију алиментације, породичне својине и прећутног фидеикомиса, са свим предностима и недостацима који су својствени свакој теорији појединачно. Осим критике која се односи на обједињавање три различита схватања о основу нужног дела, као заједничко за све теорије и што уједно представља њихов највећи недостатак, јесте настојање очувања јединства заоставштине које је, као основ нужног дела, потпуно неприхватљив у контексту достигнутог степена друштвеног и економског развоја, као и владајући тржишних тенденција.¹⁰⁶⁵

Узимајући у обзир претходна критичка разматрања различитих становишта о оправданости нужног наслеђивања, становиште о очувању јединствености заоставштине као основу нужног дела у циљу спречавања расипања економских вредности („дејстава која разарају имовину“) може се окарактерисати као сувише уопштено и хетерогено и потпуно неприхватљиво, јер није у складу са суштинском правнополитичком функцијом установе нужног наслеђивања, која није установљена у циљу општег подстицања привреде, већ као гаранција минимума имовинске користи члановима оставиочеве породице у расподели његове заоставштине.¹⁰⁶⁶

Иако је временом дошло до промена у структури породичних односа и слабљења породичних веза, заштитна функција породице која се нарочито огледа у материјалном збрињавању њених чланова, као дубоко социјално укореења, задржала

¹⁰⁶³ *Ibidem.*

¹⁰⁶⁴ (Antić, 2009), стр. 191.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶⁶ (Welser, 2009), стр. 97, 98.

се и у савременом друштву, и представља и даље један од кључних аргумената који се у правној доктрини истичу у прилог оправданости установе нужног дела.¹⁰⁶⁷

Дефинисање јединствених разлога који правдају ограничавање слободе тетаментарног располагања правилима нужног наслеђивања, готово је немогуће, полазећи од чињенице да наследно право представља динамичку категорију, која се са глобализацијом и индустријализацијом друштва и демографским променама, мења и прилагођава практичним потребама човека. Отуда се питање оправданости ограничавања слободе завештања имепартивним законским правилима усложњава, јер подразумева сагледавање моралних, психолошких, историјских, политичко-економских аспеката односа ових инстутута, који су се мењали у различитим етапама цивилизацијаског развоја.

У ери израженог индивидуализма, либерализације тржишта, промена у односима између полова, не само струкура, већ и функција породице се значајно изменила и одступила од њеног првобитног идентитета. Социјални значај породице у друштву опредељује мере правне и социјалне заштите ове друштвене установе, које се манифестују кроз нормирање установе нужног дела у домену наслеђивања, изражавајући посредно значај установе слободе тестирања у једном правном поретку. Отуда веза између породице и наследног права не произлази из чисто спољњег повезивања прописа, већ је заштита породичних веза наследноправним нормама, пре свега, део правне традиције.

Основ установе нужног дела има утемељење у заштитној функцији породице, те се и домаћај ове установе мора посматрати у тим друштвеним оквирима, при чеми се узима у обзир значај и структура породице као главни критеријум у дефинисању домаћаја установе нужног дела. Из упоредноправне анализе догматских ставова о оправданости ограничавања слободе тестирања правом нужног наслеђивања, као и тенденција упоредних законодавстава у погледу његовог нормирања, које су настале као реакција на измењене породичн односе и практичне потребе савременог друштва, произлази наглашен економски аспект породичне солидарности. Дакле, из принципа породичне солидарности произлази обавеза социјалне помоћи и социјалног обезбеђивања ближих сродника оставиоца, као примарни задатак породице. Тако се као основна друштвенополитичка улога установе нужног дела све више издваја

¹⁰⁶⁷ Из тих разлога претежно је заступљено становиште да је основна функција нужног дела заштита породице и остваривање међугенерациске солидарности, што је и став Савезног уставног суда Немачке (Welser, 2009), стр. 97.

остваривање *post mortem* финансијске солидарности у индивидуалном односу преминулог лица и његове деце, а нарочито преминулог и надживелог супружника.

Анализирајући сва изложена становишта о основу нужног дела, сматрамо да поједини аргументи у свом узајамном дејству могу допринети разјашњењу основа установе нужног дела у данашњем времену. Породична солидарност и алиментациона теорија представљају основ оваквих промишљања, и у својој симбиози, посматране у контексту данашњих породичних и својинскоправних односа, ове теорије дају одговор на питање о оправданости нужног дела. У том смислу сматрамо да се основ установе нужног дела може објаснити симбиозом теорије породичне солидарности, која је постављена у уже оквире у складу са савременим поимањем породице, и алиментационе теорије, која наглашава економски аспект породичне солидарности.

4. КОНЦЕПТИ НОРМИРАЊА ПРАВНЕ ПРИРОДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

Правна природа права на нужни део значајна је манифестација слободе тестирања, јер је њено опредељење, по правилу, у диспозицији завештаоца у свим савременим правима.¹⁰⁶⁸ У правној теорији постоји мишљење да уколико завешталац наредбом своје последње воље одреди начин намирања нужног дела (у стварима, правима или новцу), да се не мења правна природа права на нужни део, јер нужни наследник, без изузетка, постаје универзални, а не сингуларни сукцесор, те одредба о начину намирања нужног дела има карактер одредбе о деоби наследства.¹⁰⁶⁹ Оно, међутим, нема много поборника, па преовладава становиште да се одређивањем начина намирања нужног дела детерминише и правни положај нужног наследника као повериоца или универзалног сукцесора, а такође и правни положај лица које терети обавеза намирања нужних наследника, те посредно одређује и опсег тестаментарне слободе.¹⁰⁷⁰

Начелно, нужни део може бити наследноправне или облигационоправне природе и правни системи се опредељују за један од ова два концепта.¹⁰⁷¹ Кроз историју, правна природа права на нужни део била је условљена социо-економским приликама, нарочито владајућим својинскоправним односима. Још у римском праву доминантна је била наследноправна природа права на нужни део, што је свакако било условљено

¹⁰⁶⁸ (Živojinović, 2003.), стр. 242.

¹⁰⁶⁹ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 217, 218.

¹⁰⁷⁰ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 260; (Стојановић, 2011), стр. 157; (Бабић, 1998), стр. 52-54; (Ђурђевић, 2011) стр. 216-218.

¹⁰⁷¹ (Ђурђић, 2015).

доминацијом породичне имовине и настојањем очувања њеног јединства.¹⁰⁷² Већина правних система је, најпре, рецепцијом римског права усвојила наследноправни концепт нужног наслеђивања (Француска – пре реформи, Швајцарска, Белгија – до актуелних реформи, Италија, Шпанија,¹⁰⁷³ као и земље бивше СФРЈ, изузев Србије).¹⁰⁷⁴ Право на нужни део се поима као врста законског наследног права које је успостављено императивним нормама објективног права.¹⁰⁷⁵ Тако, нужни наследник као и сваки универзални сукцесор ступа у правни положај свог правног претходника (оставиоца) са свим правима и обавезама које такав положај подразумева, што значи да он одговара за дугове оставиоца из вредности заоставштине која премаша нужни део.¹⁰⁷⁶

Облигационоправна природа права на нужни део има корене у германском праву те је углавном заступљена у земљама германске правне традиције (Немачкој, Аустрији, Холандији, Мађарској, Пољској).¹⁰⁷⁷ Код облигационоправне природе права на нужни део, моментом делације нужни наследник не стиче аликвотни (реални) део заоставштине, већ право да захтева новчану надокнаду у вредности свог нужног дела, те се у теорији сматра да он и није наследник у правом смислу те речи, (тј. универзални сукцесор), већ се налази у „спољашњем односу“ према законским и тестаментарним наследницима као поверилац према дужницима.¹⁰⁷⁸ Отуда се у правној доктрини истиче да га треба означавати само као титулара права на нужни део, а не као нужног наследника.¹⁰⁷⁹

У обе концепције, нужни наследник може бити само оно лице које би према правилима редовног законског наслеђивања било позвано на наслеђе у конкретном случају. За стицање својства нужног наследника неопходно је испуњење свих

¹⁰⁷² (Antić, 1983), 1983, стр. 271.

¹⁰⁷³ (Pintens, 2011), стр. 17.

¹⁰⁷⁴ Чл. 70 ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Хрватске; чл. 27 Закона о наслеђивању Словеније (Zakon o dedovanju Slovenije („Uradni list SRS“, br. 15/1976, 23/1978, „Uradni list RS“, 13/1994-ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001-OZ, i 31/2013 – Odl. US); <http://zakonodaja.gov.si/>, август, 2013); чл. 32. Закона о наслеђивању („Службен весник на РМ“, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон); чл. 30. ст. 1 Закона о наслеђивању БиХ, чл. 32. Закона о наслеђивању Републике Српске; чл. 29. Закона о наслеђивању Црне Горе;

¹⁰⁷⁵ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 217-218.

¹⁰⁷⁶ Истовремено, он наслеђује и остале правне ентитете који чине заоставштину, као што је нпр. државина оставиоцевих ствари и права. Изједначеност са правним положајем законског наследника огледа се нарочито у чињеници да моментом делације он такође постаје члан наследничке заједнице са осталим санаследницима, најпре као титулар права заједничке својине, а након правноснажности решења о деоби заоставштине као сувласник на стварима и правима из заоставштине. (Gavella – Belaj, 2008), стр. 218; (Blagojević, 1983), 1983, стр. 205.

¹⁰⁷⁷ Krajcer – Philadelphia, in *Die Reform des Osterreichischen Erbrecht*, ed. by R. Wleser (Wien: 2009), стр. 74.

¹⁰⁷⁸ (Ђурђевић, 2011), стр. 220.

¹⁰⁷⁹ (Živojinović, 2003), стр. 52.

претпоставки наслеђивања на темељу закона (да је надживео оставиоца, да је способан и достојан за наслеђивање, да се није одрекао наслеђа). Уколико су испуњене све ове претпоставке законског наслеђивања, нужни наследник на темељу императивних норми објективног права стиче право на нужни део.¹⁰⁸⁰ У зависности од правне природе права на нужни део, у стварноправној концепцији нужни наследник има право да захтева законом зајемчени аликвотни део заоставштине, и учествује у расподели заоставштине заједно са другим наследницима који конкуришу на наслеђе у конкретном случају; док у облигационоправној концепцији он има право на новчану противвредност свог нужног дела.¹⁰⁸¹

О повреди права на нужни део суд не води рачуна по службеној дужности, већ одлучује само поводом захтева нужног наследника. До повреде права на нужни део долази када завешталац завештајним располагањем и/или бестератним располагањем *inter vivos*, пређе границу расположивог дела и захвати и укупни нужни део.¹⁰⁸² Распоживи део је онај део обрачунске вредности заоставштине којим оставилац може располагати, а да тиме не задире ни у чији нужни део. Он представља „материјалну основу“ завештајне слободе.¹⁰⁸³

Уколико је повређен нужни део наследноправне природе, одлука суда има декларативни карактер и делује ретроактивно. С друге стране, одлука суда о исплати новчане надокнаде нужном наследнику на име нужног дела, конститутивног је карактера и производи дејство од тренутка ступања на снагу.¹⁰⁸⁴ Заштита нужног дела наследноправног карактера остварује се кондемпнаторном тужбом чији је тужбени захтев усмерен на смањење завештајних располагања, односно повраћај поклона, у циљу његовог намирења (*actio supletoria*).¹⁰⁸⁵ Код облигациоправне природе права на

¹⁰⁸⁰ Чл. 39 ст. Закона о наслеђивању РС.

¹⁰⁸¹ Тако нужни наследник као и сваки универзални сукцесор ступа у правни положај свог правног претходника (оставиоца) са свим правима и обавезама које такав положај подразумева, што значи да он одговара за дугове оставиоца из вредности заоставштине која премаша нужни део. Истовремено, он наслеђује и остале правне ентитете који чине заоставштину као што је нпр. државина оставиоцевих ствари и права. Изједначеност са правним положајем законског наследника огледа се нарочито у чињеници да моментом делације он такође постаје члан наследничке заједнице са осталим санаследницима, најпре као титулар права заједничке својине, а након правноснажности решења о деоби заоставштине као сувласник на стварима и правима из заоставштине.

¹⁰⁸² „Када је нужни део повређен оставиоцевим завештајним располагањем и поклонима, нужни наследници, чији је нужни део на тај начин повређен су овлашћени да траже да се њихов нужни део намири из оне имовине којом је оставилац располагао тестаментом, а затим и поклонима, који се враћају редом како су учињени“ (Из пресуде Округног суда у Београду, Гж. 1376/03 од 11.9.2003. године), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf.

¹⁰⁸³ (Antić, 1983), стр. 190.

¹⁰⁸⁴ (Antić, 1983), стр. 277.

¹⁰⁸⁵ (Kreč – Pavić, 1964), стр. 128.

нужни део, могућност да се захтева редукција завештајних располагања је искључена, јер је повређено његово право на нужни део као облигационоправно овлашћење, тако да он може да поднесе само кондемпнаторну тужбу за намирење новчаног потраживања у висини вредности нужног дела. У том смислу, интерес нужног наследника боље је заштићен у систему наследноправне природе нужног дела где је одговорност за намирење нужног дела реална, предметна.¹⁰⁸⁶ Будући да нужни наследник овде има положај универзалног сукцесора, стварноправни карактер нужног дела више одговара суштини установе нужног наслеђивања, док слобода тестирања има шири домашај у облигационоправној концепцији нужног дела и доследније се спороводи, јер се суштински не дира у завештајна располагања.¹⁰⁸⁷

С друге стране, сличност ових концепција огледа се и у томе што нужни наследник, тј. лице овлашћено да захтева нужни део то своје право стиче моментом отварања наслеђа. На исти начин се утврђује обрачунска вредност заоставштине и величина нужног дела која је иста, без обзира на његову правну природу, као и на то да ли је дошло до повреде права на нужни део. Подударност постоји и у погледу лица која одговарају за намирење нужних наследника код обе концепције (то су завештајни наследници, непосредни испорукопримци, односно поклонопримци).¹⁰⁸⁸ Рокови у којима се може истицати захтев за намирења нужног дела су исти у обе концепције,¹⁰⁸⁹ као и одговорност нужних наследника за оставиочеве дугове (нужни наследник не одговара за оставиочеве дугове до висине вредности нужног дела).¹⁰⁹⁰

Посматрано кроз призму ограничавајућег дејства на слободу тестирања, произлази да облигационоправна концепција нужног наслеђивања говори у прилог шире завештајне слободе. Не би се могло рећи да је не ограничава, јер се нужни део намирује из вредности онога што је стечено путем завештања (као и доброчином, од оставиоца за време његовог живота). Међутим, пошто завештајна располагања остају неизимењена, воља завештаоца се доследније спроводи у погледу начина расподеле заоставштине.¹⁰⁹¹ Наиме, тестаментарни наследници не бивају лишени ствари и права која су стекли по основу завештања, већ се заоставштина расподељује онако како је тестатор одредио. На тај начин облигационоправна природа права на нужни део

¹⁰⁸⁶ (Крајсер – Philadelphu, 2009), стр. 74.

¹⁰⁸⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 219, 220.

¹⁰⁸⁸ (Стојановић, 2011), стр. 157; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 259.

¹⁰⁸⁹ Чл. 58 и 59 Закона о наслеђивању РС.

¹⁰⁹⁰ Чл. 41 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

¹⁰⁹¹ Види: (Антић, 1983), 1983, стр. 275.

доприноси стварноправном јединству имовине која улази у заоставштину, што је посебно значајно онда када њен претежни део чине породичне фирме.

Као једна од негативних страна облигационоправног режима нужног наслеђивања, наводи се и то да интерес нужног наследника, као повериоца исплате новчане противвредности нужног дела, може бити угрожен уколико од момента смрти оставиоца до момента реализације његовог права на нужни део, протекне дужи временски период, што носи ризик да новчана противвредност нужног дела услед инфлације буде смањена.¹⁰⁹² Иако је, с једне стране, намирење нужног наследника у наследноправној концепцији много сигурније него када се он налази у положају повериоца, комплексност односа код наследноправне концепције посебно је изражена, с обзиром на чињеницу да нужни наследници улазе у наследничку заједницу. Самим тим, као недостатак наследноправне (стварноправне) концепције нужног наслеђивања, могу се навести тешкоће око управљања заоставштином у наследничкој заједници и чести спорови између тестаментарних и нужних санаследника.¹⁰⁹³

Наш законодавац се определио за специфично решење у погледу нормирања права на нужни део, покушавајући да избалансира између наследноправног и облигационоправног концепта нужног наслеђивања. Наиме, као и у упоредном праву, одређивање правне природе права на нужни део, препуштено је вољи завештаоца и спада у домен слободе завештајног располагања. Завешталац је слободан да одреди правну природу права на нужни део, и оно што је остављено на име нужног дела, нужни наследник мора прихватити. У случају да завешталац није одредио правну природу права на нужни део, примењује се законска претпоставка о облигационоправној природи права на нужни део.¹⁰⁹⁴ Законом је предвиђена и

¹⁰⁹² (Lange-Kuchinke, 2001), стр. 869.

¹⁰⁹³ Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 219, 220; Н. Casman, „Comparative law – Belgium“, in *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – five perspectives* (Oxford: Antwerp / Oxford / Pol, 2009), стр. 162-163;

¹⁰⁹⁴ Чл. 43 ст. 1 Закона о наслеђивању РС; Нужно наслеђивање је у српском праву најпре било наследноправне природе, те према СГЗ није постојала могућност другачијег начина намирења нужног дела сем у натури, осим у случају остављања испоруке у одговарајућем новачном износу. Облигационоправна природа права на нужни део је предлагана у *Предоснови грађанског законика* – §766, да би коначно била уведена тек Законом о наслеђивању из 1995. (Антић, 1983), 1983, стр. 220); § 447 и 449 СГЗ; (Ђурђевић, 2011), стр. 220). „Могућност постављања захтева за намирење нужног дела (облигационоправног и стварноправног) постављена је алтернативно, по принципу искључивости, уз законску претпоставку у корист захтева облигационоправне природе.“ Види: (Решење Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 3685/11 од 28. 02. 2012. године) – Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 4/2012, Интермекс, Београд;

могућност њеног преиначења судском одлуком, на захтев лица овлашћених да захтевају нужни део.¹⁰⁹⁵

Будући да одређивање правне природе права на нужни део представља манифестацију слободе тестирања, у случају повреде права на нужни део (било да нужном наследнику ништа није остављено на име нужног дела или је пак остављено мање од онога што је законом прописано), најпре се тумачењем завештања настоји утврдити права намера завештаоца у погледу правне природе права на нужни део. Претпоставка је уколико завешталац на име нужног дела нужном наследнику остави одређене ствари или права, али ипак мање од вредности нужног дела, да је намера завештаоца била да се и остатак нужног дела намири у природи. Уколико је пак нужном наследнику остављена одређена новчана противвредност на име нужног дела, али је ипак право на нужни део повређено, претпоставка је да се и остатак нужног дела има намирити у новцу. Ове претпоставке су обориве.

Према важећим прописима предвиђена је могућност да се у законом прописаним случајевима на захтев овлашћених лица, судском одлуком природа права на нужни део преиначи из облигационоправне у стварноправну, прилагођавајући начин намирења нужног дела конкретним околностима и оправданим потребама нужних наследника. Ова могућност је искључена уколико је у супротности са завештаоачевом вољом израженом у завештању.¹⁰⁹⁶ Законодавац даје апсолутни примат завештаоачевој вољи у погледу одређивања правне природе нужног дела, фаворизује на тај начин слободу тестирања као вредносну категорију којој се признаје посебни друштвени и правнополитички значај у правном систему.

Опредељивање за облигационоправни концепцију наслеђивања изражено је и у упоредном праву, па чак и они правни системи који су традиционално били доследни наследноправаној природи права на нужни део, орјентишу се као облигационоправној природи нужног дела (Француска, Холандија, извесно и Белгија). Разлог овакве тенденције лежи управо у успостављању равнотеже између слободе тестирања и породичног карактера наслеђивања.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁵ Чл. 43 ст. 2 Закона о наслеђивању РС, "Постојање разлога за преображај облигационе природе нужног наследног дела у стварноправну нужни наследник је дужан да докаже с обзиром на карактер завештајних добара, постојање и трајање заједнице живота нужног наследника и завештаоца и своје личне и имовинске прилике". (Из Решења Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1940/2012(3) од 05. 06. 2012. године), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20-PRAVO.pdf.

¹⁰⁹⁶ Чл. 43 ст. 3 Закона о наслеђивању РС.

¹⁰⁹⁷ (Pintens, 2011), стр. 17.

5. НАСЛЕДИВОСТ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО КАО ОГРАНИЧАВАЈУЋИ ФАКТОР СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА

Када је реч о императивном законском наслеђивању, питање наследивости права на нужни део од посебног је значаја, јер се наслеђивањем права на нужни део додатно ограничава слобода завештајног располагања.¹⁰⁹⁸ Одговор на ово питање тесно је повезан са правном природом права на нужни део.

Уколико се пође од наследноправне концепције нужног дела, по којој право на нужни део представља субјективно наследно право, у том случају би оно требало да буде наследиво, као и свако друго наследно право.¹⁰⁹⁹ Ово, међутим, није био став домаћег судске праксе, у периоду док је била заступљена наследноправна концепција нужног дела у српском праву.¹¹⁰⁰ Полазило се од става да је право на нужни део личног карактера и као такво ненаследиво.¹¹⁰¹ Други су пак истицали да право на нужни део није лично, већ имовинско право које је изведено из права наслеђивања, и да је као такво наследиво.¹¹⁰² Према трећем становишту, овде није реч ни о личном ни о имовинском праву, већ о специјалном праву *sui generis* које подразумева пренос имовине са једног субјекта на другог, али због извесних елемената личних односа који се огледају у признавању права наслеђивања само одређеној категорији лица с обзиром на одређену везу са оставиоцем (брак, сродство и др.), наследно право добија специјални карактер. Зато се истиче да оно представља само „базу за прелазак имовине умрлога на његове наследнике.“¹¹⁰³

Полазећи од става који сматрамо најприхватљивијим, тј. да је наследно право имовинског карактера,¹¹⁰⁴ произлази да право нужног наслеђивања као право изведено из права наслеђивања, представља специфичну врсту имовинског права.¹¹⁰⁵ Само овлашћење нужног наследника у погледу неизмиреног нужног дела у случају прекомерних оставиочевих располагања, представља преображајно право, јер од воље овлашћеног лица зависи стицање имовинских права.¹¹⁰⁶

¹⁰⁹⁸ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 275.

¹⁰⁹⁹ S. Marković, „Ko može da traži smanjenje raspolaganja testamentom i vraćanje poklona kojima nje povređen nužni deo?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 9/1970, стр. 272.

¹¹⁰⁰ Види: (Marković, 1970), стр. 264.

¹¹⁰¹ Слично (Gavella – Belaj, 2008), стр. 231.

¹¹⁰² (Marković, 1970), стр. 273.

¹¹⁰³ (Spajić, 1961), стр. 198, 199.

¹¹⁰⁴ (Blagojević, 1983), 1983, стр. 6; (Marković, 1970), стр. 273.

¹¹⁰⁵ (Marković, 1970), стр. 268.

¹¹⁰⁶ *Ibidem*.

У нашем праву, наследивост права на нужни део није предвиђена као опште правило, што је случај у већини савремених законодавстава.¹¹⁰⁷ Наиме, круг лица која могу наследити право нужног наследника на нужни део прилично је сужен и ограничен само на наследнике потомака и усвојеника који су умрли пре истека рока за истицање захтева за намирење нужног дела.¹¹⁰⁸ Као аргумент у прилог оваквог решења наводи се алиментациони карактер нужног дела, те одступање од забране наследне трансмисије која је традиционално била прокламована наследноправним прописима у домену нужног наслеђивања.¹¹⁰⁹ Са друге стране, оваквим рестриктивним приступом настоји се избећи неоправдано додатно ограничавање слободе завештања, због чега је могућност преноса овлашћења да се захтева намирење нужног дела резервисана само за одређени круг нужних наследника.¹¹¹⁰

Полазећи од правне сврхе установе нужног дела која се огледа у заштити интереса најближих чланова оставиоачеве породице, овакво решење се може оценити као неправично, јер ће право на нужни део моћи да наследе лица која се у конкретном случају не јављају као нужни наследници (па самим тим ни као законски наследници) оставиоца, а ускраћени за ово право биће неки наследници који се у односу на оставиоца појављују као универзални сукцесори, али нису истовремено и наследници потомака или усвојеника.¹¹¹¹ С друге стране, уколико би се одредба којом се регулише наследивност права на нужни део тумачила дословно, дакле у корист свих наследника умрлог десцендента или усвојеника, сматрамо да би у том случају овакво решење било неоправдано и са аспекта реализације слободе тестирања, јер би она била прекомерно ограничена. Претпостављамо да је интенција законодавца била да се наследивост права на нужни део рестриктивно нормира у мери у којој је неопходно зарад заштите интереса најближих чланова оставиоачеве породице, а да истовремено слобода тестирања не буде знатно угрожена. Из тих разлога се у теорији и пракси одредба о наследивости права на нужни део тумачи рестриктивно, и то само у корист потомака нужних наследника из првог наследног реда (изузев супружника).¹¹¹²

¹¹⁰⁷ Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 237.

¹¹⁰⁸ Чл. 60 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

¹¹⁰⁹ Ранији Закони о наслеђивању из 1955. и 1974. који су предвиђали наследноправну природу права на нужни део, нису предвиђали могућност наслеђивања права на нужни део;

¹¹¹⁰ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 275.

¹¹¹¹ Н. Стојановић, Н. Крстић, „Neka zapazanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji *de lege lata i de lege ferenda*“, у: *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije* (Niš, 2008), стр. 227, 228.

¹¹¹² (Антић – Балиновац, 1996), стр. 275; „Наиме, сходно одредбама члана 60. Закону о наслеђивању РС, право на наслеђивање нужног наследног дела, уколико нужни наследник умре пре остварења тог права (тзв. наследна трансмисија), имају само потомци нужних наследника из првог

Будући да оваква намера законодавца јасно не произлази из нормативног тумачења постојеће законске регулатива, сматрамо да *de lege ferenda* одредбу о наследивости права на нужни треба јасније формулисати на начин да се потомицима оставиочевих потомака и усвојеника који умру пре истека рока за истицање захтева за намирење нужног дела признаје право на нужни део путем наследноправне трансмисије. Претпоставка је да поменути потомци и сами могу бити нужни наследници, и да је њихов предак умро пре оставиоца.¹¹¹³ Сматрамо да овакво решење не би имало за последицу прекомерно ограничавање слободe тестирања, јер је предложено ограничење оправдано са становишта функције установе нужног дела, којом се нарочито штите интереси оставиочевих потомака. У том смислу, и равнотежа између слободe тестирања и породичног карактера наслеђивања била би, донекле, успостављена. Мишљења смо да би сваки другачији приступ представљао неоправдано сужавање тестаментарне слободe, која је већ у довољној мери ограничена широко постављеним кругом нужних наследника у постојећем наследноправном систему.

6. УСТАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

У актуелним реформама наследног права тенденција јачања наследноправне позиције супружника као манифестација постморталне породичне солидарности све је израженија. Пракса је показала да се тестатори највише опредељују да своју заоставштину оставе свом брачном партнеру, а како као препрека на путу остваривања максималне заштите супружника стоји право деце на нужни део, чести су покушаји изигравања нужног деле њихове деце. Све то је утицало да се у актуелним реформама европског наследног права отвори питање модификовања, па чак и укидања права деце на нужни део, како би се проширила права супружника, што је отворило питање уставноправне гаранције нужног наслеђивања и правног основа модификовања нужног дела.

У немачкој правној доктрини се истиче да поред гарантовања права наслеђивања као субјективног права, устав Немачке гарантује право наслеђивања као правни

нужног наследног реда (изузев супружника) и они су једина категорија нужних наследника код које право на нужни део никада не може зависити од имовног стања. Само наследници оставиочевих потомака или усвојеника могу наследити право на нужни део својих предака било настављањем ванпарничног или парничног поступка који је њихов претходник започео било самосталним отпочињањем оставинског или парничног поступка.“ (Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, посл. бр. Гж. 2495/11 од 21. 03. 2012. године) – Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 4/2012, Интермех, Београд).

¹¹¹³ *Ibidem.*

институт (*Institutsgarantie*).¹¹¹⁴ То значи да законодавац мора поштовати основни садржај права наслеђивања, као што је и предвиђено Уставом (чл. 19. ст. 2 *Grundgesetz*). Према владајућем мишљењу устав штити и тестаментарну слободу и породични карактер наслеђивања као фундаменталне елементе права наслеђивања. Прва карактеристика резултат је уставом зајемчног права својине (чл. 14. ст. 1 *Grundgesetz*), док је друга резултат заштите породице и брака (чл. 6. ст. 1 *Grundgesetz*), одакле произлази право најближих сродника и супружника да захтевају неприкосновено право на део заоставштине својих рођака (чл. 6 ст. 1 *Grundgesetz*).¹¹¹⁵

Другачије речено, Уставом се штити најпре право наследника који су по законском наследном реду позвани на наслеђивање, или по основу завештања, да ступе у имовинскоправни положај оставиоца као свог правног претходника, а такође се штити право на нужни део блиских чланова породице који су искључени из наслеђивања.¹¹¹⁶ Такође, пошто права и обавезе узајамног старања између родитеља и деце имају упориште у Уставу, сматра се да је право деце на нужни део, као минимални удео у заоставштини њихових родитеља, потпуно оправдано, независно од реалних потреба за таквим видом имовинскоправне помоћи, под условом да је завештаоцу остављено довољно слободе да расподелу заоставштину по својој вољи.¹¹¹⁷

У немачкој правној доктрини истиче се да правни поредак мора да поштује уставноправни компромис између тестаментарне слободе и породично-правног карактера наслеђивања, у ком смислу се одређеном кругу наследника гарантује право на нужни део. Међутим, како начин нормирања или пак обликовања нужног дела није предмет уставне регулативе, на законодавцу је да се определи за концепт нужног наслеђивања који највише одговара правној култури и основним принципима конкретног наследноправног уређења. У том смислу, оставља се простора за модификацију установе нужног наслеђивања у складу са потребама друштва (кроз другачије дефинисање обима нужног дела, његове правне природе), чиме се може трасирати пут широј аутономији воље тестатора, без промене суштине самог института. Дакле, законодавац путем закона сме да одреди садржај и ограничења гарантованог права, али не сме да задире у његову суштину (чл. 14. *Grundgesetz*).

¹¹¹⁴ (Leipold, 2002), стр. 20.

¹¹¹⁵ (Pintens, 2011), стр. 14.

¹¹¹⁶ (Brox, 2004), стр. 16.

¹¹¹⁷ (Pintens, 2011), стр. 15

Уставноправна гаранција нужног наслеђивања значи да право на нужни део треба да задржи свој конвенционални облик као неотуђив имовински удео у заоставштини оставиоца, независно од конкретних потреба наследника. Овај став немачког Уставног суда је, међутим, неприхватљив у другим правним системима, где се право на нужни део не сматра делом уставноправне гаранције. У прилог томе говоре бројни механизми ограничавања права потомака на нужни део, од којих ћемо неке поменути у тексту који следи.

У праву швајцарске нпр. могуће је да надживели супружник наследи целокупну заоставштину, уз редукацију права на нужни део потомака.¹¹¹⁸ Друге могућности утицаја на установу нужног дела у швајцарском праву завешталац остварује у домену брачне тековине. Наиме, брачни партнер брачним уговором може одредити квоту која ће припасти брачном партнеру за случај смрти, тако да потомци не могу једнострано истицати свој захтев за нужним делом (види чл. 216 (2) Швајцарског грађанског законика), а често ће бити случај да му буде остављена цела заједничка имовина. У том случају потомци не добијају ништа из заоставштине свог родитеља, уколико надживели брачни партнер буде именован за јединог наследника.

У шпанској правној теорији заступљени су различити ставови поводом уставноправног гарантовања права на нужни део и могућности његовог укидања. Наиме, истиче се да је потпуна тестаментарна слобода у складу са уставом и да произлази из основног права и слободе развоја личности (чл. 10. Устава Шпаније). Сматра се да тестаментарна слобода унапређује заштиту породице, а уставом је гарантовано једино право приватне својине и наслеђивања. Други теоретичари се, пак, позивају на уставне одредбе којима се гарантује заштита породице (чл. 39 Устава Шпаније) и признаје право наслеђивања (чл. 33 Устава Шпаније), истичући да Устав гарантује заштиту породице, али не и тестаментарне слободе, већ само право наслеђивања које је ограничено друштвеном улогом имовине.¹¹¹⁹

У нашем праву може се применити аналогија са немачким решењима. Уставом се јемчи право на мирно уживање својине (чл. 58. Устава РС) и право наслеђивања (чл.

¹¹¹⁸ Према чл. 473 ZGB-а у случају завештајног располагања којим је повређено његово право на нужни део, може добити право коришћења на целој заоставштини, док заједнички потомци наслеђују заузврат најмање 3/4 као законски наследници. Преосталом четвртином завешталац може слободно располагати, па чак је оставити надживелом супружнику, без обзира на његово право коришћења. Како заједнички наследници заправо стичу само голу својину на свом наследном делу, економски се налазе у сличној позицији као потоњи наследник (Nacherben). Нужни део ће ови потомци стећи без терета уколико се надживели партнер поново венча (чл. 473. ZGB).

¹¹¹⁹ (Lapuente, 2011), стр. 300, 301.

59. Устава РС), одакле произлазе гаранција тестаментарне слободе и права наследника на стицање имовине услед смрти оставиоца. Системским тумачањем ових чланова и чл. 66. ст. 1 Устава РС којим се предвиђа да породица ужива посебну заштиту, произлази породичноправни карактер наслеђивања, те осигурање минималног учешћа најближих чланова породице оставиоца у расподели његове заоставштине по основу нужног дела.

Иако је иницирање генералног укидања права на нужни део у правној доктрини све заступљеније, у пракси се томе није прибегло. Наиме, законодавства већине земаља усмерена су ка слабљењу установе нужног дела кроз модификацију његове правне природе из ставрноправне у облигационоправну, проширивање допуштених разлога разбаштињења, укидање појединих категорија нужних наследника или смањење нужних наследних квота.

7. КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ПАРАМЕТАР У ДЕФИНИСАЊУ ГРАНИЦА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

а) Одлучујуће чињенице и критеријуми одређивања круга нужних наследника

У одређењу за одређене чињенице као одлучујуће у формулисању правила нужног наслеђивања, законодавац се, полазећи од основних правних и етичких постулата на којима се темељи савремено друштво, руководи социјалном улогом и значајем породице као основне ћелије друштва и претпостављеној блискости чланова уже или шире породице, као и друштвеним значајем брачне заједнице и других правно признатих супститута брака.

Историјски посматрано, првобитна одлучујућа чињеница за формулисање правила редовног, па самим тим и императивног законског наслеђивања, била је крвно сродство. Наслеђивање је, првенствено, било у функцији очувања целовитости породичне имовине која се путем наследноправне сукцесије преносила најпре на оставиочеве биолошке сроднике, а потом и на грађанске сроднике, што је допринело проширењу круга интестатских наследника.¹¹²⁰ Што се тиче наследноправне позиције супружника, она је у почетку била изразито слаба, јер се супружник сматрао странцем

¹¹²⁰ О различитом наследноправном положају брачних, ванбрачних и грађанских сродника кроз историју развоја наследног права Види: (Влагојевић, 1983), стр. 132-142. Различит наследноправни положај брачних и ванбрачних сродника карактерише и поједине савремене правне системе (чл. 757, 758 Француског грађанског законика;); у нашем позитивном наследном праву брачно и ванбрачно сродство је изједначено; што се тиче утицаја грађанског сродства на формулисање правила законског наслеђивања (како редовних тако и императивних), он је условљен обликом усвојења које сваки правни поредак нормира, и од те чињенице зависиће и наследноправни положај адоптивних сродника. Општа тенденција која карактерише савремене правне системе јесте признавање само једне форме усвојења и изједначавање адоптивних сродника са крвним у наследним правима (Стојановић, 2011), стр. 82.

у односу на заједницу крви. Временом се правни значај брака у формулисању правила диспозитивног и императивног законског наслеђивања мењао, те је право надживелог супружника (пре свега жене) најпре било признато као право плодоуживања на одређеном делу имовине надживелог супружника (удовички ужитак), и супружник је наслеђивао само уколико није било оставиоцевих сродника који би могли да га наследе. Са квалитативним изједначавањем чињенице брачне везе са чињеницом сродства, у погледу формулисања правила редовног законског и императивног наслеђивања, супружницима је признато право узајамног наслеђивања у својину.¹¹²¹

Крвно сродство са оставиоцем и данас представља најважнију чињеницу у дефинисању круга законских, па тако и нужних наследника.¹¹²² Међутим, из претходно дате упоредноправне анализе евидентно је да брачна веза са оставиоцем као правно релеватна чињеница у формулисању правила законског наслеђивања, добија на све већем значају у дефинисању правног оквира установе нужног дела, што је последица све израженије брачне солидарности за случај смрти која је потиснула породичну, као ширу категорију. Отуда се у савременом наследном праву мења основна парадигма редовног законског наслеђивања, које се првобитно темељило на крвном сродству и одражавало вертикалну тенденцију у наслеђивању, дајући предност оставиоцевим сродницима у односу на супружника. Данас је све више изражена хоризонтализација редовног законског наслеђивања, па самим тим и императивног, дајући примат заштити наследноправних интереса супружника, док су имовинска права потомака која се стичу по основу наслеђивања, често ограничена до момента смрти надживелог партнера (нпр. конституисањем права плодоуживања, доживотне ренте или права становања у корист надживелог супружника на терет потомака).¹¹²³ Оваква тенденција сматра се последицом хоризонтализације брака, који се више не поима као правни институт у функцији преноса и очувања породичне имовине (вертикална функција), већ као партнерство две равноправне особе које су емотивно повезане, гарантујући једна другој слободу самосталног развоја и социјалну сигурност (хоризонтална функција)¹¹²⁴.

Са друштвеним променама које су условиле и промене у породичним односима и концептуално другачије поимање породице као основне ћелије друштва, хоризонтализацији наследног права доприноси и чињеница да је крајем прошлог века,

¹¹²¹ (Blagojević, 1983), стр. 143.

¹¹²² (Castelein, 2009), стр. 15.

¹¹²³ *Ibidem*.

¹¹²⁴ *Ibidem*.

посебан правни значај у формулисању правила законског наслеђивања добила ванбрачна заједница као фактичка, трајна заједница живота партнера. Овај тренд је настављен признавањем оваквог наследноправног утицаја и регистрованим партнерствима у домену интестатског наслеђивања, као правно признатим формама кохабитације партнера (хетерогених или истополних).¹¹²⁵ У правној теорији се истиче да је увођењем „правне кохабитације“ као основа стицања наследних права значајно измењен владајући концепт законског наслеђивања и да је формиран нови *sui generis*, систем законских наследних права који гарантује партнерима као кохабитантима минимум правне заштите по основу узајамне солидарности.¹¹²⁶

Посматрано у контексту ограничавајућег дејства ових чињеница на слободу тестирања, правне границе слободе завештајног располагања неспорно су додатно сужене, јер се у већини савремених права фактичким и правним заједницама живота партнера признају права нужног наслеђивања.¹¹²⁷ Мера задирања у слободу тестирања, уопште узев, зависи од степена правне заштите која се оставиоцевим сродницима, брачним партнерима, као и партнерима из фактичких и регистрованих заједница, гарантује у једном правном систему, а која је даље условљена врстом и опсегом права које им се признаје на име нужног дела (право својине или неко ограничено стварно право, на целој заоставштини или одређеном њеном делу).

Поменуто чињенице као објективни критеријум за дефинисање круга нужних наследника које се заснивају на одређеној вези са оставиоцем (сродство, брачна и ванбрачна веза, регистрована партнерства) имају основ у породичном карактеру наслеђивања и функционално доприносе остваривању породичне солидарности кроз установу нужног дела.

Међутим, овакав објективистички приступ нормирању установе нужног дела у појединим правима, модификован је увођењем субјективних критеријума као допунских претпоставки у остварењу права на нужни део одређених категорија наследника, екстензивирајући на тај начин домашај слободе тестирања. На тим основама издиференциране су две категорије нужних наследника – асполутних

¹¹²⁵ О значају ванбрачне заједнице као одлучујуће чињенице у формулисању правила законског наслеђивања, види: Ј. Видић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68 (2014), стр. 408-421;

¹¹²⁶ *Ibidem*.

¹¹²⁷ (Видић, 2014), стр. 412; Према Директиви 2004/38 (Директива о правима грађана – Citizens' Rights Directive – CRD), чл. 2 (2) Директиве), „европска породица“ обухвата супружника или грађанског партнера, и то ако се грађанско партнерство третира као еквивалент брака у држави домаћину (Д. Јанићивијећ, 'Концепт породице у прописима о слободи кретања ЕУ', *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 2014, стр. 391).

(одређених према објективном критеријуму) и релативних (одређених према објективно-субјективном критеријуму). Објективни критеријум према којем је опредељен круг апсолутних нужних наследника подразумева везу између оставиоца и наследника која је заснована на крвном сродству, грађанском сродству или брачној заједници.¹¹²⁸ Стицање права нужног наслеђивања релативних нужних наследника условљено је, поред испуњености објективних критеријума, и остварењем субјективних претпоставки, од којих су поједине алтернативно постављене (издржавање наследника од стране оставиоца, заједница живота са оставиоцем, старосна доб потенцијалног нужног наследника и сл), док друге морају бити кумулативно испуњене (трајна неспособност за рад и немање нужних средстава за живот).

У контексту ових разматрања, интересантно је напоменути да је у појединим правима (као што је случај правом Чешке) право на нужни део условљено старосном доби нужног наследника, па тако малолетни нужни наследници на име нужног дела добијају најмање износ три четвртине свог законског наследног дела, док пунолетни нужни наследници једну четвртину свог законског наследног дела.¹¹²⁹ Такође се у праву Пољске право на нужни део увећава уколико је реч о малолетним или радно неспособним нужним наследницима.¹¹³⁰ Осигурање ојачане правне заштите малолетних наследника на уштрб слободе тестирања оправдано је са становишта остваривања заштитне функције нужног наслеђивања, која има посебан значај код економски несамосталности и ограничено радно способних наследника.

У правима земаља бивше СФРЈ, укључујући и наше право, неспособност за привређивање и немање нужних средстава за живот, представљају допунске услове у остваривања права на нужни део релативних нужних наследника, наглашавјући алиментациони карактер установе нужног дела. Иако су помениту услови стицања права на нужни део истовремено и основне претпоставке успостављања права на законску алиментацију, критеријум издржавања наследника од стране оставиоца, као посебан услов стицања права на нужни део, није предвиђен у нашем праву. У појединим правима чињеница издржавања узима се у обзир као правно релеватна приликом опредљивања круга привилегованих законских наследника, као и чињеница постојање заједнице живота са оставиоцем у моменту смрти, најчешће као допунски

¹¹²⁸ (Сворцан, 2009), стр. 161.

¹¹²⁹ Чл. 1643 (2) Чешког грађанског законика (09/2012), <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>.

¹¹³⁰ (Krajcer – Philadelphy, 2009.), стр. 74,

критеријум. Тако су у праву Македоније ови услови предвиђени као допунски и алтернативно постављени (поред неспособности за рад и немања нужних средстава за живот) за стицање својства нужног наследника од стране потомака оставиоачеве деце и усвојеника.¹¹³¹

Овакав објективистичко-субјективистички приступ у коципирању домашаја установе нужног наслеђивања сматрамо оправданим, јер уравниожеује однос слободе тестирања и права императивног законског наслеђивања кроз постављање прихватљивијег законског оквира за реализацију слободе тестирања, који је превасходно дефинисан спрам реалних потреба за признавањем имовинскоправне заштите одређених категорија привилегованих наследника. Уколико се пође од алиментационе функције нужног наслеђивања, сматрамо да имовинско стање потенцијалних нужних наследника, чињеница да су економски били зависни од оставиоца, као и да су живели у заједничком домаћинству, треба да имају већи значај приликом опредељивања круга нужних наследника у свим правима, па и у нашем. У том смислу, издржавање наследника од стране оставиоца требало би и у српском праву узети као један од критеријума за одређивање круга реалативних нужних наследника. Значај овог услова потврђује и чињеница да он у појединим правима представља и самосталан субјективни услов нужног наслеђивања за одређену категорију нужних наследника (нпр. у праву Македоније),¹¹³² док у другима мора бити кумулативно испуњен са осталим условима за стицање наследничног својства (нпр. у праву Русије прописано је кумулативно испуњење услова постојања заједнице живота са оставиоцем, неспособности за рад и издржавања од стране оставиоца).¹¹³³

Пошто су основне претпоставке признавања права на издржавање, недостатак радне способности и немање средстава за самостално издржавање,¹¹³⁴ то би увођење критеријума издржавања представљало својеврсну надоградњу на већ прописане субјективне претпоставке за стицање права на нужни део релативних нужних наследника (немање нужних средстава за живот и недостатак радне способности). При томе би за његову реализацију, по нашем мишљењу, било важно да – осим што је наследник био издржаван за живота од стране оставиоца, таква потреба постоји и након

¹¹³¹ Чл. 30 ст. 2 Закон во наследувањето (Објавено во „Сл. Весник на РМ“, бр.47 од 12. 09. 1996 година).

¹¹³² Чл. 30 ст. 2 Закона о наслеђивању Македоније

¹¹³³ Ј. Видић-Тринић, „Утицај заједнице живота, имовинског стања и радне способности наследника на конструкцију законског наслеђивања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015, стр. 1763, 1764.

¹¹³⁴ Види: чл. 151-159 Породичног закона РС.

његове смрти. Његовим увођењем као услова чије би се кумулативно испуњење захтевало са већ прописаним субјективним претпоставкама за стицање својства нужног наследника у нашем праву, били би поштрени услови за реализацију права нужног наслеђивања у прилог слободе тестирања. На овај начин би се признавање права на нужни део рационализовало у складу са реалним потребама нужних наследника и оправдало своју алиментациону природу.

Оваквим флексибилизирањем правила нужног наслеђивања и ограничење слободе тестирања установом нужног дела би у значајној мери била релативизирано, јер би било условљено конкретним околностима. Иако је у већини законодавстава, осим земљама бивше СФРЈ, заступљен објективни приступ у нормирању права на нужни део у дефинисању круга привилегованих законских наследника, субјективни приступ долази до изражаја кроз посебна законска овлашћења која се признају појединим категоријама оставиоцу блиских лица, како би се додатно заштитила њихова економска позиција. Уз то треба напоменути да је круг нужних наследника у другим правима далеко уже постављен у односу на српско право, па су ови механизми посебне правне заштите предвиђени и да би се заштитили интереси оних чланова оставиоачеве породице којима заштита није осигурана кроз нужни део.

б) ПРИКАЗ УПОРЕДНОПРАВНИХ РЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ НОРМИРАЊА КРУГА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА

Круг нужних наследника у упоредним правима различито је дефинисан. Када је реч о земљама германске правне традиције (Аустрија, Немачка, Швајцарска), круг нужних наследника широко је постављен. У сва три правна система, у круг нужних наследника спадају брачни партнери и партнери из регистрованих заједница живота, као и потомци.¹¹³⁵ Што се тиче родитеља, они су нужни наследници у праву Немачке и Швајцарске, док су у праву Аустрије реформама наследног права 2015. године сви оставиоачеви преци искључени из круга нужних наследника. Предуслов за остваривање права на нужни део јесте да је оставилац путем завештајног располагања повредио нужни део.¹¹³⁶

¹¹³⁵ § 2303 BGB и чл. 10 (6) Закона о регистрованом животном партнерству Немачке (Gestz über Eigentragene Lebenspartnerschaft and LandPartG); §.757 ABGB-a, čl. 470 ZGB ; Слично решење предвиђено је и у Мађарском праву (§ 7:75. Мађарског грађанског законика (2013) и чл. 17 (1) Закона о регистрованом партнерству Мађарске (2008);

¹¹³⁶ § 2303, 2309 BGB, 763 aE ABGB.

Када је реч о земљама романске правне традиције, првобитно су нужни наследници била брачна и ванбрачна деца, као и преци оставиоца, јер се сродству са оставиоцем давао примат над брачном заједницом у успостављању система законског наслеђивања.¹¹³⁷ Крајем 19. века јача наследноправни положај супружника у већини земљама романске правне традиције и признаје им се право законског наслеђивања, док је у праву Француске тек реформама наследног права 2001. супружнику било признато право законског и нужног наслеђивања.¹¹³⁸

Данас су наследноправни прописи ових земаља значајно измењени у складу са развојем савременог друштва, породичних и својинскоправних односа, па се у једном домену домашај установе нужног дела сужава укидањем права на нужни део прецима (нпр. у француском праву); а у појединим правима и супружницима (право Холандије),¹¹³⁹ док се у другом домену проширује кроз признавање права нужног наслеђивања и ванбрачним партнерима и/или партнерима из регистрованих заједница у појединим правима. Оваква тенденција условљена је променом породичних образаца и чињеницом да су и друге форме заједнице живота, било фактичке и регистроване све заступљеније у свакодневном животу.

Од земаља романске праве традиције, круг нужних наследника нашире је постављен у праву Италије, и чине га супружник оставиоца, затим његови потомци (брачни, ванбрачни, усвојеници) и преци који наслеђују када нема потомака оставиоца и када су га надживели.¹¹⁴⁰ Слично решење предвиђено је у праву Шпаније, с тим да је ограничење слободе тестирања релативизирано признавањем супружнику оставиоца на име нужног дела права плододуживања одређеног дела заоставштине, уместо права својине.¹¹⁴¹

¹¹³⁷ У *Француској* је дуго времена наследноправни положај брачног партнера био незавидан, Према Наполеоновом закону, надживели супружник могао је наслеђивати као законски наследник само уколико није било сродника оставиоца који су га могли да наследе, закључно са дванаестим степеном сродства (Чл. 767 Грађанског законика Француске); (Castelein, 2009), стр. 14;

¹¹³⁸ Чл. 913 ст. 1, чл. 914 ст. 1 Грађанског законика Француске.

¹¹³⁹ Реформама наследног права Француске 2006. године искључивањем предака, тако да у круг нужних наследника спадају оставиочеви потомци и супружник, J. Vidić Trninić, 'Position of the Forced heirs in the Countries of Roman Legal Tradition', *Facta Universitatis - Law - Politics*, 10 (2012), стр. 145. Пре извршених реформи наследног права, преци су се јављали као нужни наследници уколико оставилац није имао потомака (ранији чл.914 Грађанског законика Француске).

¹¹⁴⁰ M. G. C. Wiedeman – A. Wiedeman, „Italien”, in *Erbrecht in Europa* (Bonn: Zerb Verlag, 2015), стр. 727.

¹¹⁴¹ Супружник не стиче право својине на заоставштини, већ право плододуживања на законом прописаном делу заоставштине чија величина ће зависити од тога са којим наследницима надживели супружник конкурише на наслеђе (чл. 834 и 837 Грађанског законика Шпаније).

Круг нужних наследника широко је постављен и у праву Белгије (оставиочеви потомци, преци и супружник), с тим да се право нужног наслеђивања не признаје регистрованим партнерима.¹¹⁴² По свом нормативном концепту нужног наслеђивања посебно се издваја Холандија у којој је круг нужних наследика ограничен само на потомке оставиоца,¹¹⁴³ а слично решење предвиђено је и у праву Чешке Републике.¹¹⁴⁴

Из представљања упоредноправних решења круга нужних наследника произлази да је установа нужног дела најужег домаћаја у праву Холандије, где су потомци оставиоца једини титулари права нужног наслеђивања, а да је најшире постављен, како ћемо видети даље, у земаљама бивше СФРЈ.¹¹⁴⁵

Специфичност законских решења земаља бивше СФРЈ у односу на упоредна законодавства, огледа се у чињеници да су у нужне наследнике поред оставиочевих потомака,¹¹⁴⁶ одређених категорија предака, укључени и браћа и сестре оставиоца (са изузетком Хрватске, која је ове побочне сроднике искључила из круга нужних наследника, а који су према ранијем Закону о наслеђивању били овлашћени на нужни део).¹¹⁴⁷ Додатно јачање установе нужног дела на уштрб слободе тестирања огледа се кроз признавање права на нужни део ванбрачним партнерима у готово свим поменутих законодавствима,¹¹⁴⁸ као и истополним партнерима из фактичких и регистрованих заједница живота (Хрватска и Словенија).¹¹⁴⁹

¹¹⁴² (Castelein, 2009), стр. 31; (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 213.

¹¹⁴³ У *праву Холандије*, брачни партнери традиционално не припадају кругу нужних наследника; као нужни наследници не могу се појавити нити преци, нити родитељи оставиоца. Када је реч о супружницима, то је одувек био случај, а родитељи су искључени из круга нужних наследника 1996. године. Потомци умрлог су једини овлашћени на нужни део, било непосредно, било по праву представљања лица које је престало да постоји након отварања наследства и расподеле заоставштине или је проглашено недостојним. (Види: чл. 4:36 Холандског грађанског законика)

¹¹⁴⁴ Чл. 1643 ст. 2 Грађанског законика Чешке (89/2012 Sb), <http://obcanskyzakonik.justice.cz/-images/pdf/Civil-Code.pdf>, mart, 2018;

¹¹⁴⁵ Чл. 25 ст. 1-2 Закона о наслеђивању Републике Словеније; чл. 27. Закона о наслеђивању Црне Горе; чл. 30 ст. 1-3 Закона о наслеђивању Македоније; чл. 69 ст. 1-2 ЗОН Хрватске; чл. 28 ст. 1-2 ЗОН БиХ, као и чл. 30 ст. 1-2 ЗОН Републике Српске.

¹¹⁴⁶ У круг нужних наследника у свим правима земаља бивше СФРЈ сврстани су усвојеници и њихови потомци, док је право нужног наслеђивања признато и усвојиоцима оставиоца у праву Хрватске и Црне Горе; (види: Ј. Видић Трнинић, 'Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше СФРЈ' *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, стр. 219).

¹¹⁴⁷ Чл. 30 ст. 2 ранијег Закона о наслеђивању Републике Хрватске (Сл. лист СФРЈ, бр. 42/65, 44/65 – испр., 47/65 – испр.; Народне новине, бр.52/71, 47/78, 56/00).

¹¹⁴⁸ Чл. 8. ст. 2. Закона о наслеђивању Републике Хрватске; чл. 10 ст. 2 Закона о наслеђивању Словеније; чл. 9 ст. 2 Закона о наслеђивању Црне Горе; чл. 9. Закона о наслеђивању БиХ;

¹¹⁴⁹ Чл. 2, чл. 3 (1) (2), чл. 4.(2), чл. 55 Закона о životnom partnerstvu osoba istog pola RH (Narodne novine br. 92/2014); у праву Словеније партнери из истополних регистрованих и нерегистрованих заједница живота изједначени су у наследним правима са супружницима и ванбрачним партнерима у хетерогеној фактичкој заједници живота (види: Claudia Rudolf, 'Slowenien', in *Erbrecht in Europe - Süß*, ed. R. Süß (Köln, 2015.), стр. 1248,1249,1253; (Видић Трнинић, 2014), стр. 220, 221; Ј. Crnić, М. Dika – В. Hrvatin, *Novo nasljednopravno uređenje*, (Zagreb: Narodne novine, 2003, стр. 11).

Супротна тенденција – слабљење установе нужног дела, огледа се у сужавању круга нужних наследника и у искључивању предака из ове категорије, осим родитеља оставиоца, који остају у кругу нужних наследника у праву БиХ и Републике Српске, односно његових деда и баба, у праву Словеније и Црне Горе.¹¹⁵⁰ Изузетак у том погледу је Хрватска где се родитељима и осталим прецима оставиоца признаје право на нужни део, при чему су они сврстани у ред релативних нужних наследника (наследника који наслеђују према објективно-субјективном критеријуму).¹¹⁵¹ Оваквим приступом хрватски законодавац је настојао да флексибилније регулише установу нужног дела у прилог шире слободе тестирања, али не у тој мери да претке искључи из нужног наслеђивања. Релативизирање ограничења слободе тестирања у осталим земаљама бивше СФРЈ (Македонија, Босна и Херцеговина, Република Српска), огледа се у томе што се, осим оставиочевих родитеља, у круг релативних нужних наследника сврставају и сви оставиочеви потомци (изузев деце и усвојеника из потпуног усвојења), док се браћа и сестре оставиоца стандардно сматрају релативним нужним наследницима.¹¹⁵²

с) КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ВЛАДАЈУЋЕ КОНЦЕПЦИЈЕ НУЖНОГ НАСЛЕЂИВАЊА С ОБЗИРОМ НА КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА

Из изложене упоредноправне анализе може се закључити да је круг нужних наследника условљен значајем који се одређеним чињеницама (сродству, брачној/ванбрачној заједници) придаје у наследноправном систему одређене државе, а додатно правним положајем нужног наследника, који је дефинисан врстом и опсегом права које му се признаје на име нужног дела.

1) Утицај сродства са оставиоцем на одређивање круга нужних наследника

Сродство са оставиоцем као одлучујућа правна чињеница у формулисању правила императивног законског наслеђивања, задржало је свој значај и у савременом наследном праву, с тим да је у складу са променама породичних образаца сужен утицај ове чињенице на формулисање правила нужног наслеђивања, односно круга нужних наследника.

¹¹⁵⁰ Чл. 28 ст. 2 Закона о наслеђивању БиХ; чл. 30 ст. 2. Закона о наслеђивању РС; чл. 27 ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању ЦГ; чл. 25 ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању Словеније.

¹¹⁵¹ Чл. 69 ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Хрватске (круг нужних наследника је уређен члановима 69-88).

¹¹⁵² Чл. 28 ст. 1, 2 Закона о наслеђивању FBiH (Службене новине Федерације БиХ, 80/14); Чл. 30 ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Српске (Сл. гласник Републике Српске, 1/09); Чл. 30 Закон во наслеђивањето (Објавено во Сл. Весник на РМ, бр.47 од 12. 09. 1996 година).

Крвно сродство са оставиоцем. Сродство у правој нисходној линији потпуно оправдано и данас има најјачи утицај у дефинисању круга нужних наследника у свим упоредним законодавствима, те се деца и остали потомци оставиоца традиционално јављају као нужни наследници и право на нужни део гарантовано им је у виду права својине у системима који су прихватили наследноправну концепцију нужног дела. Она су по правилу у привилегованом положају у односу остале нужне наследнике, искључујући пре свега претке из наслеђа. У односу на супружника оставиоца, потомци имају по правилу повољнији положај у већини правних система, или изједначен (Италија, Швајцарска, земље бивше СФРЈ), чиме се потврђује координирајући однос између чињенице сродства у правој нисходној линији и брачне везе у креирању правила нужног наслеђивања.¹¹⁵³

Међутим, у зависности од теоријског приступа основу нужног дела, у савременој правној доктрини оправдава се или доводи у питање признавање права на нужни део оставиоцевој деци, и осталим потомцима. Уколико се пође од критеријума доприноса увећању породичне имовине и фактичке потребе за издржавањем, заштита потомака оставиоца кроз установу нужног дела не чини се довољно оправданом, с обзиром на чињеницу да нуклеарна породица више не представља производну јединицу и да деца својим радом најчешће не доприносе увећању породичног богатства, већ је имовина коју наслеђују резултат рада родитеља и његовог супружника, евентуално даљих предака. Такође се истиче да су деца преминулог најчешће добро финансијски обезбеђена и да се самостално могу издржавати и након смрти својих родитеља. Истовремено се поставља питање колико су помагали својим родитељима, и старали се о њима за живота, нарочито у колико су родитељи у поодмаклој животној доби.

Уколико се ова становишта узму као полазиште у разматрању основаности нужног дела, признавање права на нужни део деци и осталим потомцима могло би се довести у питање. Међутим, основ признавања права на нужни део потомака оставиоца треба тражити у моралним и друштвеним разлозима, друштеној функцији породице, породичној солидарности, те дужности родитеља да се старају о деци, при чему се након њихове смрти ова дужност остварује кроз установу нужног дела као минимум имовинске користи који се по овом основу признаје деци. Посматрано у контексту правног ограничавања слободе тестирања, признање права на нужни део потомцима

¹¹⁵³ О односу чињеница релевантних за формулисање правила законског наслеђивања опширније Види: код: Ј. Видић Трнинић, „Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, стр. 287-314.

оставиоца сматрамо оправданим, јер заштитна функције установе нужног дела са основом у породичној, односно финансијској солидарности чланова породице, посебно има оправдање када је реч о овој категорији оставиочевих наследника.

На тим основама сматрамо неприхватљивим ширење домашаја слободе тестирања кроз слабљење наследноправне позиције другостепених и даљих оставиочевих потомака њиховим сврставањем у круг релативних нужних наследника (као што је случај са правом Македоније, БиХ, Републике Српске), с обзиром да се ради о наследницима првог наследног реда, тј. најблиским сродницима оставиоца.¹¹⁵⁴ Мишљења смо да критеријум блискости сродства представља оправдан и довољан разлог признавања права на нужни део свим наследницима праве нисходне линије, и да њихово својство нужних наследника треба везивати искључиво за остварење објективних критеријума. Степен сродства са оставиоцем не може бити релевантан основ релативизарања наследноправне позиције даљих оставиочевих потомака кроз условљавање стицање права нужног наслеђивања испуњењем допунских, субјективних услова. Нарочито што се на месту наследника неретко појављују потомци млађе животне доби, најчешће малолетна деца која су економски несамостална. Дакле, у признавању права на нужни део потомцима оставиоца, треба се руководити објективним критеријумима, не условавајући њихово право нужног наслеђивања субјективним околностима (имовно стање и сл.).

Када је реч о утицају чињенице **сродства са оставиоцем у усходној линији** на формулисање правила нужног наслеђивања, у упоредном праву је изражена тенденција његовог слабљења, што је условљено слабљењем породичних веза и структуралним променама у породици. Отуда су у појединим правима само родитељи и деде и бабе задржали позицију нужних наследника, у појединим само родитељи, а све израженија тенденција је укидања права на нужни део свих предака оставиоца (Холандија, Аустрија, Чешка). Као аргумент у прилог потпуног изопштавања предака из круга нужних наследника, наводе се више практични, него правнодогматски разлози. Чињеница је да, по правилу, деца не умиру пре родитеља (односно врло ретко), и у том смислу право на нужни део сродника по узлазној линији (асцендената) једва да има практични значај (посебно другостепених и даљих асцендената, који се због примене

¹¹⁵⁴ (Видић-Трнинић, 2015), стр. 223; слично: Новак Крстић, „Концептуална мимоилажења у регулисању нужног наслеђивања у Републици Србији и Републици Српској“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, XIV/2012, стр. 237.

принципа искључивости између наследних редова, као и ограниченог животног века, фактички и не позивају на наслеђе у пракси).¹¹⁵⁵

У оним правима која су задржала родитеље оставиоца као нужне наследнике, овакво решење правда се пореклом имовине која се наслеђује, међугенерациском солидарношћу. Истовремено се истиче и принцип правичности у наслеђивању (нпр. у случају да оставилац није имао деце ни супружника, неправично би било да имовина припадне неком трећем лицу, а не оставиочевим родитељима).¹¹⁵⁶

Проширивање слободе тестирања кроз потпуно искључење предака из категорије нужних наследника, осим родитеља, сматрамо оправданим полазећи од основа нужног дела који лежи у породичној солидарности, и као такав мора се посматрати кроз призму структуре савремене породице која је реконструисана у односу на традиционалну породицу, и сведена на мањи број чланова (супружници и деца, евентуално и један родитељ неког од супружника, као члан домаћинства).

Када је реч о **побочном средству**, у упоредном праву ова чињеница нема никаквог утицаја на формулисање правила нужног наслеђивања, и овакав правни приступ сматрамо оправданим из истих разлога из којих се и даљи преци искључују из круга нужних наследника.

Грађанско сродство са оставиоцем. Што се тиче грађанског сродства и његовог значаја за опредељивање круга нужних наследника, оно се потпуно изједначаје са брачним, тако да ако се грађанским сродницима признаје право законског наслеђивања, онда им се признаје и право нужног наслеђивања, под истим условима као и брачним сродницима.¹¹⁵⁷

2) Утицај брачне и ванбрачне заједнице на одређивање круга нужних наследника

Домашај слободе тестирања у значајној мери зависи од значаја који се **брачној и ванбрачној заједници** придаје у устројавању правила нужног наслеђивања.

Поред сродства, брачна заједница једна је од одлучујућих чињеница у дефинисању правила нужног наслеђивања у готово свим савременим правима (осим у праву Холандије и Чешке где су једини нужни наследници само потомци оставиоца) и квалитативно је изједначена са сродством, са различитим интензитетом у зависности

¹¹⁵⁵ Види: (Stojanović – Krstić, 2008), стр. 217, 218.

¹¹⁵⁶ (Welser, 2009), стр. 100, 101.

¹¹⁵⁷ (Blagojević, 1983), стр. 208.

од врсте наследника са којима супружник конкурише на наслеђе. Признавање права на нужни део супружницима има основ у породичној (брачној) солидарности и доприносу супружника у стицању брачне тековине, и са тог становишта се сматра оправданим њихово сврставање у круг нужних наследника. Утицај ове чињенице на домашај слободе тестирања не само да се у правној теорији и пракси не оспорава, већ је све израженији, што се огледа кроз јачање наследноправне позиције супружника у упоредном наследном праву, о чему је напред било више речи.

Отуда, у стварноправној концепцији нужног наслеђивања, посматрано са становишта врсте права која се признају на име нужног дела, правне границе слободе тестирања флексибилније су постављене у правним системима у којима је наследноправни положај супружника традиционално врло слаб, тако да он чак и не наслеђује у својину, већ по правилу, стичу право плодуживања на име нужног дела на одређеном делу заоставштине (то је нарочито случај у земљама романске правне традиције (Француска, Белгија, Мађарска, Шпанија)).^{1158 1159}

Ипак, у већини правних система супружници наслеђују у својину (Немачка, Аустрија, Швајцарска, Италија, земље бивше СФРЈ), а слобода тестирања додатно бива ограничена кроз изражену тенденцију јачања наследноправног положаја не само супружника, већ и партнера из фактичких и регистрованих заједница, који се у потпуности изједначавају са брачним у погледу наследноправног положаја. (Немачка, Швајцарска) или им се признају ограничена наследна права (нпр. у праву Белгије).¹¹⁶⁰ У основи оваквог приступа је брачна, односно партнерска солидарност која се конкретизује кроз постмортално старање и пружање финансијске помоћи.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁸ (Pintens, 2011), стр. 8 и 9.

¹¹⁵⁹ Овакав нормативни приступ последица је традиционалног поимања породице као заједнице крви, где жена није имала никаквих наследних права. Тако се право наслеђивања најпре признаје у форми права плодуживања, док остали наследници задржавају право својине (*nuda proprietas* до смрти супружника), да би право плодуживања током правне и социјалне еволуције у појединим правима постало алтернатива стицању у својину (нпр. у Француској).

¹¹⁶⁰ У праву Белгије партнерима из регистрованих заједница се признаје тзв. *light protection* кроз право плодуживања на напокретности која је предствљала место становања партнера, као и на предметима којима је та непокретност опремљена, уколико су ове ствари и непокретност биле у својини преминулог партнера (уколико нису била у својини преминулог, надживели партнер има ексклузивно право рентирања стана и право плодуживања на непокретностима; (Christoph, 2009), стр. 17.

¹¹⁶¹ У том смислу јачањем наследноправног положаја супружника, као и ванбрачних партнера долази све више до тзв. хоризонтализације наследног права, која нужно повлачи слабљење наследноправне позиције оставиоцеве деце и осталих потомака као нужних наследника, као изражене тенденције упоредном наследном праву. На овим основама је у немачком праву предлагано да се право деце на нужни део или укине, или редукује, уколико су она постављена за коначне наследнике надживелог супружника (*Vollerbe*), и да њихово право на нужни део буде искључено услед смрти првопреминулог супружника. Међутим, главни приговор оваквом ставу да се укине право детета на нужни део јесте тај да његова наследна права могу бити угрожена уколико се надживели брачни партнер

Оваква тенденција настала је као резултат практичних потреба, јер се тестатори највише опредељују да своју заоставштину оставе свом животном партнеру, у циљу његовог финансијског збрињавања, нарочито за случај болести и старости. Јачање наследноправе позиције супружника неспорно има за последицу ограничавање наследних права даљих сродника оставиоца, па и потомака. Значај брачне везе у правном концепту нужног наслеђивања последица је измењене функције породице где је тежиште породице са родитељства, пребачено на партнерство, као последица секуларног и индивидуалистички настројеног друштва.¹¹⁶² Отуда се све више основ установе нужног дела види у брачној солидарности, као виду сужене породичне солидарности.

Ограничавајуће дејство **ванбрачне заједнице** на слободу тестирања такође зависи од значаја који се овој чињеници придаје при формулисању правила императивног наслеђивања у једном правном систему. У већини савремених законодавастава ванбрачна заједница се поима као уставна категорија и изједначава са брачном, што аутоматски не значи и изједанчност у наследноправном положају брачних и ванбрачних партнера, па самим тим ни њихову изједначеност у погледу права нужног наслеђивања. По правилу се та једнакост одражава у сфери редовног законског наслеђивања, док су у погледу императивног наслеђивања предвиђена различита решења, која условљавају и различити домаћај слободе тестирања.

Слобода тестирања трпи највећа ограничења у правима која признају право нужног наслеђивања и ванбрачним партнерима из *de facto* грађанских партнерстава, хетерогеним или истополним, као и регистрованим партнерима.¹¹⁶³ У оним правима која право на нужни део резервишу само за регистрована партнере,¹¹⁶⁴ (не и за фактичку, ванбрачну заједницу), границе слободе тестирања шире су постављане, нарочито уколико су ова права ограничена само на истополне, или само на хетерогене партнере.¹¹⁶⁵ Чак се може рећи да у том смислу у појединима правима регистроване

поново венча након смрти свог брачног партнера, T. Holms, „Testierfreiheit und Ihre Grenzen in Deutschland, Österreich und der Schweiz“, in *Freedom of Testation-Testierfreiheit* (Salzburg: 2012), стр. 11.

¹¹⁶² М. Бобић, „Прекомпоновање брака, породице, партнерства у савременим друштвима“, *Становништво*, 1-4, 2003, стр. 68, 69.

¹¹⁶³ Такав је случај у праву Словеније и Хрватске, опширније (Види: (Видић-Трнинић, 2015), стр. 220, 221).

¹¹⁶⁴ То је случај са правом Шведске, Данске, Финске, Чешке, Мађарске, Енглеске, Аустрије и Немачке; (Видић Трнинић, 2014), стр. 411.

¹¹⁶⁵ Партнери из истополних, регистрованих заједница живота су изједначни са брачним партнерима у погледу права нужног наслеђивања у праву Швајцарске, Мађарске, Аустрије и Немачке. Право наслеђивања се признаје партнерима истополних и из хетерогених ванбрачних заједница у праву Словеније, Хрватске, Белгије, Холандије. (Видић, 2014), стр. 411); у праву Чешке, партнери из

заједнице живота имају привилегован положај у односу на фактичке (нерегистроване) ванбрачне хетеросексулане заједнице.¹¹⁶⁶

У релативном односу слободе тестирања и нужног наслеђивања, признавање права на нужни део партнерима из регистрованих и фактичких ванбрачних заједница, успостављених у складу са законом, сматрамо оправданим, с обзиром на све већи значај и заступљеност ових форми заједница живота које су у готово свим савременим правима изједначене са браком, у претежном делу или у потпуности. У том правцу је изражено јачање нужног дела на уштрб слободе тестирања.

Ипак, упркос различитим тенденцијама које су напред представљене, у готово у свим савременим законодавствима земаља ЕУ присутно је слабљење установе нужног дела у прилог шире тестаментарне слободе кроз сужавање круга нужних наследника (осим у оним у којима се укидање нужног дела нужним наследницима сматра противуставним, као што је случај у праву Немачке). Полазећи од структуре нуклеарне породице као основног породичног образаца, наследноправна позиција оставиоачеве деце (и осталих потомака), супружника/ванбрачног партнера као нужних наследника, има најјаче правно и друштвено утемељење, те је у том сегменту слобода тестирања оправдано ослабљена.

8. ВЕЛИЧИНА НУЖНОГ ДЕЛА

Величина нужног дела нужних наследника параметар је који одређује опсег права нужног наслеђивања и меру задирања у слободу завештајног располагања. Сматра се да исти параметри који дефинишу круг нужних наследника дефинишу и величину нужног наследног дела.¹¹⁶⁷ Историјски посматрано, графикон динамике мењања величине нужног дела се поклапа са тенденцијом мењања круга нужних наследника. Како је расла потреба за повећањем броја нужних наследника, из истих разлога је најпре била изражена тенденција повећања величине нужног дела (првенствено у циљу очување породичне имовине у што већем обиму, а потом у циљу обезбеђивања имовине из које ће бити издржавана лица која имају право на нужни део).¹¹⁶⁸ Са друштвеним и економским променама, наступају промене и у породичним

регистрованих заједница живота немају право на нужни део; у француском праву право на нужни део се не признаје ванбрачним партнерима из фактичких заједница, нити партнерима из истополних регистрованих заједница живота (С. Döbereiner, 'Freinkreich', in *Erbrecht in Europe-Süß*, ed. R. Süß (Bonn, 2015), стр. 525).

¹¹⁶⁶ То је случај са правом Немачке (Опширније види: (Крајцер – Philadelphu, 2009, стр.76).

¹¹⁶⁷ (Влагојевић, 1983), 1983, стр. 215.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*.

односима са којима се мења и тенденција савременог наследног права која иде у супротном смеру од досадашњег, дакле, у правцу смањења величине нужног дела појединих категорија нужних наследника, као и сужавања круга законских наследника којима се признаје право на нужни део.

Начин одређивања величине нужног дела у упоредном праву је двојак: скупни – када се величина нужног дела одређује у одређеном проценту од вредности целокупне заоставштине (колективни нужни део), или појединачни – када се нужни део израчунава као унапред одређени проценат редовног законског наследног дела који би припао сваком нужном наследнику појединачно и који представља основицу за израчунавање нужног дела. Скупни начин одређивања нужног дела карактерише земље романске правне традиције (Француску, Шпанију, Италију, Белгију), где је величина нужног дела условљена врстом и бројем нужних наследника који у конкретном случају конкуришу на наслеђе.¹¹⁶⁹ Појединачни начин одређивања нужног дела карактерише првенствено земље германске правне традиције (Немачку, Аустрију, Швајцарску), као и право Холандија, Мађарске, државе бивше СФРЈ, укључујући и Србију.

Величина нужног дела нужних наследника различито је дефинисан у упоредном праву. Разлике су условљене специфичностима појединачног или скупног начина одређивања нужног дела, али и специфичностима које карактеришу поједина законодавна решења у оквиру истог концепта.

У законодавствима која су се определила за поједначни концепт нужног дела, величина расположивог дела заоставштине зависи, пре свега, од величине законског наследног дела који се узима као основица за израчунавање нужног дела сваког наследника појединачно. Део заоставштине слободан за располагање, даље, зависи од категорије нужних наследника који конкуришу на наслеђе. Величина појединачног нужног дела одређена је фиксно за исту категорију нужних наследника, и по правилу, највише припада деци оставиоца (1/2 законског наследног дела у праву Аустрије, Немачке, Холандије, земљама бивше СФРЈ, 3/4 у праву Швајцарске). У погледу дефинисања величина нужног дела, решења упоредних законодавстава прилично су изједначена, те се брачном партнеру на име нужног дела признаје 1/2 законског наследног дела у свим германским правима и земљама бивше СФРЈ, са изузетком Мађарске, где он износи 1/3 законског наследног дела.¹¹⁷⁰ Што се тиче оставиочевих предака, њихов нужни део се креће од 1/3 законског наследног (у праву Мађарске,

¹¹⁶⁹ (Vidić Trninić, 2012), стр. 145.

¹¹⁷⁰ § 471 ZGB.

земља бивше СФРЈ, и у праву Аустрије пре спроведених реформи правила нужног наслеђивања, којима су преци искључени из круга нужних наследника),¹¹⁷¹ до 1/2 законског наследног дела (у позитивном праву Швајцарске и Немачке).¹¹⁷²

Иако је првобитни критеријум одређивања величине нужног дела врста нужних наследника, у германским правима се може уочити тенденција јединственог регулисања величине нужног дела, независно од квалитета односа са оставиоцем, где је та величина, без обзира на наследни ред, увек изражена у истом проценту од законског дела (нпр. 1/2 од редовног законског наследног дела у праву Немачке).¹¹⁷³ По угледу на немачко право, извршене су реформе нужног дела у праву Аустрије, где је такође прихваћен концепт јединственог регулисања величине нужног дела нужних наследника, који износи половину од законског наследног дела.¹¹⁷⁴ У мађарском праву такође је јединствено одређена величина нужног дела за све нужне наследнике и износи 1/3 од редовног законског наследног дела (пре спроведених реформи наследног права износила је 1/2 од вредности законског наследног дела).¹¹⁷⁵

У немачком праву, расположиви део заоставштине износи 1/2 укупне вредности заоставштине када се као нужни наследник појављују оставиочеви потомци.¹¹⁷⁶ Величина расположивог дела се додатно смањује уколико са оставиочевим потомцима на наслеђе конкурише оставиочев супружник, када обим расположивог дела који је слободан за располагање зависи од тога да ли супруг има право да остварује мали или увећани нужни део.¹¹⁷⁷ У случају да наслеђују нужни наследници другог наследног

¹¹⁷¹ § 766 ABGB.

¹¹⁷² § 2301 (1) BGB-a; čl. 473 st. 2 ZGB.

¹¹⁷³ § 2303 st.1 BGB.

¹¹⁷⁴ § 759 ABGB-a, после измена из 2015. године (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015), <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2015/87>, април. 2018.

¹¹⁷⁵ У праву Мађарске потомци, родитељи, супружници и партнери из регистрованих заједница добијају на име нужног дела трећину онога што би стекли на име законског наследног дела. Уколико се као наследници појављују оставиочева деца или други потомци, супружник или регистровани партнер имају право плодоуживања на целој заоставштини као законски наследници, па самим тим и на име нужног дела им припада право плодоуживања у обиму који се одређује спрам њихових потреба (Sec. 7:82 Мађарског грађанског законика, 2013). У случају да оставилац није имао деце ни потомке, у том случају оно од имовине што је стекао од својих предака њима се и враћа, с тим да супружних или регистровани партнер добијају ограничено право плодоуживања једино на том делу заоставштине (Csehi, 2011), стр.182).

¹¹⁷⁶ Деца наслеђују заоставштину на једнаке делове, док потомци потомака наслеђују *per stirpes*. Чл. 1924 BGB; исто и у аустријском праву (§ 732, 759 (1) ABGB-a).

¹¹⁷⁷ Брачни партнер може захтевати тзв. мали нужни део, у случају када није именован за наследника. Тако он добија половину законског наследног дела који није увећан за вредност удела у брачној тековини неувећаног наследног дела брачног партнера, односно једну осмину вредности заоставштине уколико наслеђује са наследницима првог наследног реда тј. оставиочевим потомцима. Међутим, уколико брачни партнер наслеђује као завештајни наследник или испорукопримац, тада има право на тзв. велики нужни део који износи половину од законског, увећаног за удео заједничкој имовини (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 888.

реда (супружник и родитељи оставиоца), расположиви део заоставштине такође износи једну половину њене укупне вредности.¹¹⁷⁸

Из изложеног се може закључити да је у праву Немачке однос тестаментарне слободе и нужног наслеђивања као њеног ограничења избалансиран, кроз претежно исту сразмеру расположивог и колективног нужног дела, а да је после реформи аустријског права спроведених 2005. године, то случај и у аустријском праву.¹¹⁷⁹ Слична тенденција може се уочити и у праву Холандије, где расположиви део заоставштине износи половину њене вредности, уколико оставилац има потомака који га наслеђују, а који су у холандском праву предвиђени као једина категорија нужних наследника.¹¹⁸⁰ Отуда је слобода тестирања у праву Холандије фактички најширег домаћаја у односу на сва остала права, јер уколико нема потомака који наслеђују као нужни наследници, завешталац није ограничен у погледу обима располагања заоставштином.

У швајцарском праву, слобода завештајног располагања имовином је у већој мери ограничена у односу на остала германска права, с обзиром да је правилима императивног законског наслеђивања наследноправни положај првостепених потомака у значајној мери заштићен, као и положај надживелог супружника као нужног наследника у другом нужном наследном реду.¹¹⁸¹ Поред тога, као израз слободе тестирања, завешталац може додатно ојачати наследноправни положај супружника на уштрб положаја потомака, уколико у корист свог брачног партнера конституише право плодуживања на делу заоставштине који припада потомцима (онда када на наслеђе конкурише са заједничким потомцима). Тада право плодуживања замењује законски

¹¹⁷⁸ Родитељи наслеђујући као редовни законски наследници по половину заоставштине, а нужни део је половина од законског (Види: § 1925 BGB.-а);

¹¹⁷⁹ § 1931 (2) BGB-а; У аустријском праву расположиви део заоставштине ће износити половину укупне њене вредности уколико се као једини нужни наследник појављује супружник оставиоца (чл. 759 ABGB-а).

¹¹⁸⁰ И у праву Холандије преци су искључени из круга нужних наследника реформом 1996. Као једини нужни наследници предвиђени су потомци оставиоца, чији нужни део износи једну половину од редовног законског дела, види: (Milo, 2011), стр. 226.

¹¹⁸¹ Уколико се као нужни наследник појављује надживели супружник у првом наследном реду, његов нужни део износи 1/4 вредности заоставштине (половина од законског наследног дела), а оставиочева деца добијају као нужни наследници 3/4 редовног законског наследног дела који износи половину укупне заоставштине. Расположиви део заоставштине ће зависти од тога колико деце оставиоца конкурише на наслеђе у првом наследном реду, заједно са супружником оставиоца. Наследноправни положај супружника у значајној мери је заштићен и онда када наслеђује у другом нужном наследном реду, јер на име нужног дела добија 3/4 редовног законског наследног дела. Уколико супружник конкурише на наслеђе заједно са оставиочевим прецима у другом нужном наследном реду, расположиви део заоставштине износи половину од њене укупне вредности. (3/8 укупне вредности заоставштине добија супружник, док родитељи 1/8 њене вредности).

нужни део и расположиви део заоставштине се додатно смањује и износи само 1/4 њене укупне вредности.¹¹⁸²

Од права која су прихватила концепт појединачног нужног дела, интересантно је напоменути право Чешке, где величина нужног дела оставиочеве деце зависи од тога да ли су пунолетни или малолетни, те је опсег располагања имовином за случај смрти условљен посредно, старосном доби ових нужних наследника.

Слобода тестирања начелно је у већој мери ограничена у правима која су прихватила концепт скупног нужног дела. Величина нужног дела фиксно је одређена и зависи не само од категорије нужног наследника у питању, већ и од броја наследника који конкуришу за наслеђе, као што је случај са правом Француске, Белгије и Италије. Нужни део се може кретати у распону од 3/4 до 1/4 целокупне заоставштине, а домашај тестаторове слободе у погледу обима имовине којом може слободно располагати обрнуто пропорционалан укупном нужном делу. Тако нпр. уколико оставилац има једно дете, оно добија као нужни део једну половину заоставштине; када има два детета, свако добија једну трећину заоставштине; када има троје и више деце, они наслеђују 3/4 укупне заоставштине које деле на једнаке делове.¹¹⁸³ Исто важи и за потомке као нужне наследнике у праву Белгије, а слично решење предвиђа и право Италије.¹¹⁸⁴ Са аспекта слободе завештања, то значи да је ограничење имовинскоправног располагања завештаоца када се као нужни наследници појављују наследници првог наследног реда, условљено бројем деце која наслеђују (у првом случају слободна је за располагање 1/2 заоставштине, у другом 1/3, а у трећем 1/4).

У праву Француске супружник наслеђује једну четвртину заоставштине на име нужног дела, уколико оставилац нема потомака, тако да 3/4 заоставштине остају

¹¹⁸² Čl. 473 ZGB.

¹¹⁸³ Чл. 913 Грађанског законика Француске.

¹¹⁸⁴ Слично решење предвиђено је и у праву Италије: чл. 537(1), (2) Грађанског законика Италије. Уколико се као наследник појављује једно дете, онда наслеђује увек 1/2 заоставштине (537.1. Италијанског грађанског законика). Уколико наслеђује више деце њима припада 2/3 заоставштине коју деле на једнаке делове (537.2). Распоживи део заоставштине, као и део резервисан за нужне наследнике *зависе* од врсте и броја нужних наследника. Уколико се као наследник појављује једно дете, онда наслеђује увек 1/2 заоставштине (537.1. Италијанског грађанског законика). Уколико наслеђује више деце њима припада 2/3 заоставштине коју деле на једнаке делове (537.2). Уколико се као једини наследник појављује надживели супружник, и нема других наследника, његов нужни део износи 1/2 заоставштине (540.1). Уколико наслеђује са једним оставиочевим дететом, свако од њих добија по 1/3 заоставштине (542.2). Уколико супружник наслеђује са више деце, онда она деле 1/2 заоставштине на једнаке делове, а супружник добија 1/4 заоставштине на име нужног дела (542.2.), када расположиви део заоставштине износи 1/4. од њене укупне вредности, а у случају конкурисања на наслеђе супружник са једним дететом, расположиви део заоставштине износи 1/3.

слободне за располагање.¹¹⁸⁵ У случају конкурисања за наслеђе са заједничким потомцима, супружнику припада право избора између права плодуживања на читавој заоставштини, када потомцима припада *nuda proprietas*, или пак право стицања својине на четвртини заоставштине, када потомцима припадају преостале 3/4 на име законског дела.¹¹⁸⁶ Уколико конкурише на наслеђе са потомцима који нису заједнички, наслеђује 1/4 заоставштине.¹¹⁸⁷ Додатна ограничења слободе тестаментарног располагања предвиђена су признавањем супружнику права на доживотну ренту, права на привремену употребу стана и права на издржавање.¹¹⁸⁸

У праву Шпаније, сва деца заједно, без обзира колико их има, наслеђују две трећине заоставштине на име нужног дела. Од тога, једна трећина мора бити подељена међу децом на једнаке делове, док другом трећином тестатор може располагати по својој вољи у корист једног од потомака.¹¹⁸⁹ Из овакве регулативе величине нужног дела произлази да је слободна за располагање 1/3 заоставштине. Када је реч о наследноправном положају супружника, он им право плодуживања на 1/3 заоставштине, када конкурише на наслеђе са оставиочевим потомцима, односно на 1/2 заоставштине, када конкурише на наслеђе са оставиочевим прецима.¹¹⁹⁰ Прецима на име нужног дела припада 1/2 заоставштине, а уколико конкуришу на наслеђе са оставиочевим супружником припада им 1/3 укупне заоставштине.¹¹⁹¹

Међу аутономним заједницама Шпаније разликује се седам различитих наследноправних система, која предвиђају различита решења одређивања величине нужног дела, па је и домашај слободе тестирања у погледу обима имовине различит од покрајне до покрајне.¹¹⁹² У контексту остваривања слободе тестирања, посебно је значајно да поједине регионе карактерише апсолутна слобода тестирања у материјалном смислу, као што је случај са Наваром, и једним делом територије Баскије.¹¹⁹³

Када је реч о земљама романске правне традиције, које су превасходно усвојиле концепт скупног нужног дела, слобода тестаментарног располагања има најшири домашај у правима у којима су преци изузети из круга нужних наследника

¹¹⁸⁵ Чл. 914 (1) Грађанског закона Француске.

¹¹⁸⁶ Чл. 757 Грађанског законика Француске.

¹¹⁸⁷ Чл. 757 Грађанског законика Француске.

¹¹⁸⁸ Чл. 759, 763, 767 Грађанског законика Француске.

¹¹⁸⁹ Чл. 808 и 823 Грађанског законика Шпаније.

¹¹⁹⁰ (Lapuente, 2011), стр. 276.

¹¹⁹¹ (Lapuente, 2011), стр. 275.

¹¹⁹² Опширније види: (Lapuente, 2011), стр. 272-278.

¹¹⁹³ *Ibidem*.

(Француска).¹¹⁹⁴ С друге стране, у правим која признају право на нужним део оставиочевим прецима, као што је случај у праву Италије, обим завештајног располагања имовином за случај смрти додатно је ограничен и може ићи и до ¼ укупне вредности заоставштине.¹¹⁹⁵ Слично је и у праву Белгије, где је слобода тестирања најужег домаћаја,¹¹⁹⁶ с тим да је ублажавање правила нужног наслеђивања у корист слободе тестирања у праву Белгије извесно у предстојећим реформама наследног права, како у погледу промене правне природе нужног дела из стварноправне у облигационоправну, искључивања предака из круга нужних наследника, тако и у погледу прописивања правила да половина заоставштине мора бити слободна за тестаментрано располагање онда када конкуришу на наслеђе оставиочева деца као нужни наследници.¹¹⁹⁷

Из претходне анализе упоредноправних решења може се закључити да су границе завештаоачеве слободе у погледу обима имовинскоправних располагања, начелно строже постављене у правима која су прихватиле скупни начин одређивања нужног дела у односу на она која су се определила за систем појединачног нужног дела (што посебно долази до изражаја када наслеђују оставиочева деца). У већини права појединчаног концепта нужног дела, расположиви део заоставштине претежно износи 1/2 укупне вредности заоставштине (уз одређена одступања у зависности од круга нужних наследника које опредељује конкретно право и врсте наследника који

¹¹⁹⁴ Наиме, реформама француског права из 2006. оставиочеви преци су искључени из круга нужних наследника. Једино им је признато право на повраћај поклона учињених оставиоцу, уколико оставилац нема потомака.

¹¹⁹⁵ У праву Италије нужни део предака износи 1/3 од укупне вредности заоставштине (чл. 538.1 Грађанског законика Италије). Уколико наслеђује надживели партнер и преци, он добија половину заоставштине, а преци ¼ на име нужног дела (чл. 544.1 ГЗИ), када расположиви део заоставштине износи 1/4.

¹¹⁹⁶ (Casman, 2009), стр. 156; у праву Белгије, супружник има право плодуживања на половини заоставштине, уколико конкурише на наслеђе са оставиочевим потомцима. У сваком случају има право плодуживања на непокретности коју је користио у моменту оставиоачеве смрти као породичну кућу, као и право плодуживања на стварима којима је кућа опремљена. Уколико поменута имовина чини половину вредности заоставштине, онда је то минимум који супружник може добити на име нужног дела. Уколико је пак поменута имовина мања од педест процената вредности заоставштине, онда ће супружник имати право уживања на читавој заоставштини (Чл. 915. ст.1.и ст.2. Белгијског грађанског законика). У праву Белгије, завешталац може тестаменталним располагањем фаворизовати супружника, на штету деце, уколико је оставио део заоставштине свом супружнику путем тестаментна, при чему супружник задржава и право плодуживања на делу заоставштине који припадне потомцима. У том случају, да би се заштитили интереси оставиоачеве деце, нарочито оне којима оставилац и његов супружник нису заједно родитељи, предвиђено је право деце да захтевају плодуживање на делу заоставштине коју је тестатор оставио супружнику (Vidić Trinić, 2012), стр.149.

¹¹⁹⁷ Парламент Белгије усвојио је измене Грађанског законика Белгије у домену наслеђивања 20. јуна 2017 (Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière), а оне би требало да ступе на снагу до септембра 2018. год; <http://www.ejustice.just.fgov.be>, мај, 2018.

конкуришу на наслеђе, те различито дефинисаног њиховог правног положаја – да ли наслеђују у својину или стичу право плодуживања на име нужног дела). У правима скупног нужног дела расположиви део не може ићи испод 1/4 укупне заоставштине. Опсег расположивог дела заоставштине ни у једном поменутих концепата одређивања величине нужног дела не зависи од њене вредности, нити величина нужног дела зависи од врсте добара која улазе у заоставштину, већ је изражена процентуално (у разломку) од укупне заоставштине, односно појединачног законског наследног дела.

Када је реч о квалитативним ограничењима опсега имовине слободне за завештајно располагања, у неким правним системима право императивног наслеђивања различито је дефинисано у зависности од предмета наслеђивања (Шкотска, Канарска острва). Уколико је реч о непокретностима (пре свега земљи), право нужног наслеђивања, нити било који други вид императивног наслеђивања није могућ, док се на покретностима признаје право на нужни део (нужни део супружника и деце износи по једну трећину, односно половину уколико међусобно не конкуришу на наслеђе).¹¹⁹⁸

Када је реч о квантитативним ограничењима слободе имовинског располагања за случај смрти, интересантно је напоменути норвешко право у којем је величина нужног дела одређена вредносно, у фиксном износу од милион кронера (125 000 евра) за свако дете или потомка оставиоца. Уколико оставилац има потомке, завешталац може располагати са највише 1/3 нето вредности заоставштине. У норвешком праву супружник начелно има права на нужни део, који има практични значај само онда када је имовина оставиоца мале вредности, па самим тим и његов припадајући део. У том случају он има право на минимални износ заоставштине који заправо представља нужни део у четвороструком износу основне суме која се на годишњем нивоу одређује од стране Парламента и у овом периоду износи око 10.000 евра.¹¹⁹⁹ Овакав приступ вредносног одређивања висине нужног дела, а самим тим и расположивог дела заоставштине, има за последицу да што је већа вредност имовине која улази у заоставштину, то ће и слобода тестаментарног располагања имати шири домаћај.¹²⁰⁰

Фиксно одређивање величине нужног дела, без обзира да ли се одређује скупно или појединачно (или вредносно, као што је случај у праву Норвешке), доприноси правној сигурности и извености, и представља предност нужног

¹¹⁹⁸ (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 214.

¹¹⁹⁹ Супружник има право најпре на тзв. „регуларни“ наследни део (тј. законски наследни део) : 1/4 уколико наслеђује са потомцима, 1/2 уколико наслеђује са родитељима и њиховим потомцима и целу заоставштину када наслеђује са бабама и дедама оставиоца и осталим прецима; (Hambo, 2011), стр. 232.

¹²⁰⁰ (Hambo, 2011), pp. 232, 233.

наслеђивања. Истовремено реч је о затвореном и нефлексибилном механизму који не уважава конкретне потребе наследника, као ни њихов допринос, нити уважава остале специфичности конкретног случаја, већ се темељи по правилу, на објективном критеријуму (пре свега, крвном сродству), па самим тим ни принцип пропорционалности није испоштован (величина нужног дела није пропорционална потребама и доприносу наследника). Отуда се допуштена мера задирања у слободу тестирања оваквим концептуалним приступом у утврђивању обима права нужних наследника чини спорном са правноекономског, као и социјалног становишта.¹²⁰¹

С друге стране, потенцијални наследноправни захтев који карактерише право Енглеске, чини се да је више усклађен са потребама савременог друштва. У питању је отворена и флексибилна норма, прилагодљива конкретним околностима, утемељена на објективним критеријумима. Као једино прихватљиво оправдање да се ограничи воља тестатора наводи се реална потреба за помоћи, као и допринос наследника, при чему се мора поштовати принцип пропорционалности (*care – support system*). Међутим, предности овог концепта императивног наслеђивања, су истовремено и његов највећи недостатак, а то је мања правна предвидивост (извесност) као неминовна последица сваког механизма дискреционог одлучивања, што резултира и остваривањем слабије заштите ових лица у пракси него што је она према теоријској експликацији.¹²⁰²

У циљу флексибилизације крутих правила императивног законског наслеђивања, а као израз практичних човекових потреба у домену наслеђивања, као нека врста компромиса између установе нужног дела и потенцијално наследничког захтева, настају и „друга законска овлашћења.“ Реч је о категорији отворених правних стандарда који се као такви темеље на реалним потребама за остваривањем имовинскоправне заштите одређене категорије наследника.

Оно што је извесно да се ригидни концепт нужног дела полако напушта и модификује у правцу отворенијег и флексибилнијег механизма правне заштите законских наследника, који ће више одговарати њиховим реалним потребама. То напуштање, како смо напред истицали, одражава се кроз смањење величине нужног дела, искључење предака из круга нужних наследника, промену правне природе нужног дела, а нарочито кроз признавање „посебних законских овлашћења“. У том смислу се концепт нужног наслеђивања као најзначајније ограничење слободе тестаментарног располагања у континенталним правима све више приближава владајућем концепту

¹²⁰¹ (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 217.

¹²⁰² *Ibidem*, стр. 218.

заштите имовинских интереса оставиочеве породице у енглеском праву (Potential inheritance claim) као значајном лимитирајућем фактору „апсолутне слободе тестирања“. Овакава апроксимација у нормативном приступу земаља континентално-правне традиције и англосаксонске породице права, потврђује идеју о могућој конвергенцији ове две правне традиције, у прилог остварења шире слободе тестирања.¹²⁰³

9. РАЗБАШТИЊЕЊЕ НУЖНОГ НАСЛЕДНИКА КАО МАНИФЕСТАЦИЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Разбаштињење нужног наследника (*exhereditio*) непосредна је еманација слободе завештања и изражава примат принципа аутономије воље тестатора над императивним правним нормама.¹²⁰⁴ Наиме, завешталац је слободан да делимично или потпуно ускрати нужном наследнику право на нужни део у законом предвиђеним случајевима.¹²⁰⁵

У већини правних система предвиђена је могућност разбаштињења нужног наследника као манифестација слободе тестатора у погледу именовања наследника, при чему је њен опсег детерминисан могућим разлозима разбаштињења, кругом лица која могу бити разбаштињена, обимом, начином и модалитетима разбаштињења.

Под разбаштињењем нужних наследника првенствено се подразумева њихово искључење из наслеђа вољом завештаоца (*exhereditio nota causa*). Оно има за последицу губитак наследних права искљученог лица у мери у којој је искључен (делимично или потпуно), као да наследник није ни доживео моменат делације.¹²⁰⁶ Поједина права, пре свега права германске правне традиције, предвиђају као посебан модалитет разбаштињења и *exhereditio bona mente* тј. разбаштињења у доброј намери, које подразумева лишење потомака из права на нужни део где је, заправо, реч о вољном увођењу права представљања. Овај вид разбаштињења је такође у значајном интеракцијском односу са слободом тестирања, али не у мери у којој је то искључење нужног наследника. Основна разлика између ових модалитета разбаштињења огледа у

¹²⁰³ (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 220.

¹²⁰⁴ (Antić, 1983), стр. 293.

¹²⁰⁵ Види: (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 319; (Zankl, 2008), стр. 98.

¹²⁰⁶ (Antić, 1983), стр.308.

разлозима изнаслеђења и кругу лица која могу бити разбаштињена, као и оних у чију корист се разбаштињење врши.¹²⁰⁷

У разлоге искључења из права на нужни део, који су по правилу дефинисани методом енумерације, првенствено се увршћује извршење кривичних дела од стране нужног наследника према завештаоцу и његовим најближим сродницима и брачном партнеру, грубо занемаривање породичних обавеза (§ 730 ABGB), посебно према тестатору и економски несамосталним (зависним) члановима породице (чл. 477 ZGB-a), као и неизвршење законске обавезе издржавања (§ 2333 (3) BGB-a у немачком праву). Противправни утицај на вољу завештаоца приликом сачињавања завештања (или покушај осујећења његове наредбе последње воље) у појединим правима је, такође, предвиђен као разлог искључења нужног наследника (§ 770 (3) ABGB-a). Дакле, основ искључења нужних наследника из права на нужни део широко је постављен и темељи се првенствено на непримереном понашању нужног наследника према оставиоцу (и њему блиским лицима), које може бити усмерено на угрожавање њиховог живота и здравља, као и на онемогућавање реализације последње завештаочеве воље.

Као последица општеприхваћеног става о проширењу слободе тестирања сужавањем правног домашаја установе нужног дела, евидентна је тенденција екстензивнијег регулисања разлога искључења из нужног дела у праву Аустрије, Холандије, Шпаније и неким другим правима.¹²⁰⁸ Као разлог оваквих настојања наводи се чињеница да постојећи разлози разбаштињења нужних наследника не одговарају више савременим друштвеним потребама, те садржински морају бити измењени уважавајући у већој мери слободу тестаментарног располагања.¹²⁰⁹ У том смислу се предлаже проширење основа искључења нужних наследника и на уопште неприхватљива социјална понашања нужних наследника, која не морају бити усмерена против завештаоца и његове породице (нпр. почињено убиство, сексуално злостављање неког лица и др.). Поједини разлози разбаштињења нужних наследника из наслеђа чије се увођење предлаже, пре свега у аустријском праву, преклапају се са онима која

¹²⁰⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 221, (Antić, 1983), стр. 309.

¹²⁰⁸ Martin Jan A. van Mourk, „Comparative Law-The Netherlands“, *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society - Five Perspectives*, ed. by R. Foqué, A. Verbeke C. Castelein (Antwerp-Oxford-Pol: Interesentia, 2009), стр. 120-121;

¹²⁰⁹ (Welser, 2009), стр. 27, 28.

представљају основ проглашења наследника недостојним за наслеђивање (нпр. непружање помоћи завештаоцу у стању нужде), а такође се предвиђа могућност да се завешталац приликом разбаштињења нужног наследника позива и на остале разлоге недостојности за наслеђивање (при чему се искључује могућност опроштаја недостојности).¹²¹⁰ Слично решење предвиђено је и у праву Шпаније, које карактерише управо дуалитет основа разбаштињења нужних наследника и проглашења наследника недостојним за наслеђивање (тј. приликом разбаштињења нужних наследника завешталац се може позивати на разлоге недостојности за наслеђивање).¹²¹¹

Интересантно је напоменути да се у упоредном праву посебан акценат ставља на квалитет међусобних односа оставиоца и нужних наследника. У том смислу предлаже се да се у разлоге разбаштињења уврсте и они који се темеље на поремећеним или прекинутим породичним везама, у правима у којима се квалитету односа између оставиоца и нужних наследника до сада није придавао довољан значај.¹²¹² У појединим правима овакав законодавни приступ је већ доминантан, те се као разлог искључења нужног наследника из наслеђа превидића тежак емоционални потрес оставиоца изазван од стране нужног наследника (§ 770 (4) ABGB). У системима у којима се породичној заједници традиционално придаје велики значај (Шпанија и њене аутономне заједнице), чињеница сродства, као и квалитет породичних веза имају одлучујући утицај у дефинисању наследноправног положаја чланова породице оставиоца. У складу са оваквим приступом, конципирана је и установа разбаштињења нужних наследника са циљем да допринесе социјалној правичности оставиочевих наследника. У праву Каталоније квалитет породичних односа нарочито се узима као релевантан фактор у признавању права на нужни део, па се као разлог искључења из нужног наслеђивања предвиђа континуирани и очигледни недостатак породичних односа, који као такви морају бити поремећени све до момента завештаочеве смрти, да би овај основ разбаштињења био правно релевантан. У правној теорији је спорно да ли је овакав

¹²¹⁰ *Ibidem.*

¹²¹¹ A. V. Aloy, „Freedom of Testamentary Share – Disinheritance Based on Lack of Family Relationship“, у: *The Law of Succession – Testamentary Freedom, European Perspectives* (Groningen, 2011), стр. 99.

¹²¹² (Lapuente, 2011), стр. 292.

правни механизам уистину може допринети циљу ради којег је успостављен, имајући у виду често супротне интересе потенцијалних нужних наследника.¹²¹³

Критеријум квалитета веза нужног наследника и оставиоца посебно долази до изражаја код редукције нужног дела, која је предвиђена у неким правним система као још један од начина да се ограничи или искључи право нужног наслеђивања, те прошири слобода тестирања. Немачко право карактерише могућност редукције величине нужног дела (*Pflichtteilminderung*) у случају отуђења између тестатора и потенцијалног нужног наследника. Слично решење предвиђено је у и Аустрији.¹²¹⁴ Тако може доћи до смањења наследног дела потомака на захтев родитеља као оставиоца, и обратно, смањења наследног дела родитеља (претка) на захтев деце (потомака) као оставиоца – за половину, уколико између ових лица није постојала блиска веза својствена природи односа (без обзира ко се од њих налазио у улози оставиоца, § 773 ABGB). Намера законодавца била је да флексибилизира установу нужног дела у корист шире тестаментарне слободе завештаоца, који има право да смањи нужни део нужних наследника у недостатку међусобног односа породичне блискости, који је заправо у основи нужног наслеђивања.

Када је реч о разлогу разбаштињења у доброј намери, у упоредној легислативи углавном се наводе расипничко понашање нужног наследника, који се лишава нужног дела у корист својих потомака (§ 773 ABGB-a), као и у српском праву. Овакво решење карактерише и немачко право (§ 2335(5) BGB-a), као и швајцарско право, где се поред *Strafenterbung* (чл. 477 ZGB-a) нормира и *Präventiventerbung*.¹²¹⁵ *Präventiventerbung* је могућност лишења презадуженог нужног наследника у корист његових потомака, највише до ½ нужног наследног дела.¹²¹⁶

Насупрот поменутиим правним системима који предвиђају различите модалитете изнаслеђења нужног наследника, поједини правни системи, пре свега романске правне традиције, не предвиђају могућност искључења или лишења нужног наследника из

¹²¹³ M. Anderson and E. Arroyo i Amayuelas, „Between Tradition and Modernisation – A. General Overview of the Catalan Succession Law Reform“, in *The Law of Succession - Testamentary Freedom European Perspectives* (Groningen, 2011), стр. 54-56.

¹²¹⁴ S. Seyns – W. Pintens, „Comparative Law-Germany“, in *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society, Five Perspectives*, ed. by René Foqué Christoph Castelein – Alain Verbeke (Oxford: Antwe-Oxford-Portl-: Intersentia, 2009), стр. 187.

¹²¹⁵ (Welser, 2009), стр. 184.

¹²¹⁶ *Ibidem*.

наслеђа.¹²¹⁷ То је случај са Француском, као и Италијом која не предвиђа могућност искључења нужних наследника из наслеђа, јер се сматра да завешталац не може својевољно ограничити законом гарантовано право на нужни део. У италијанском праву могуће је једино одузимање права нужног наслеђивања проглашењем наследника недостојним.¹²¹⁸ У праву Белије, није предвиђена могућност искључења из нужног наслеђивања потомака оставиоца (осим у случају недостојности за наслеђивање), а у односу на супружника, могуће је искључење из права нужног наслеђивања у ограниченој мери (нпр. у случају прељубе чл. 334 БГЗ; у случају раздвајања партнера чл. 912 ст. 5 БГЗ; и уколико је ова могућност предвиђена брачним споразумом; у ситуацији када неки од супружника има дете из претходног брака). Овакав нормативни приступ израз је законодавне политике односне земље која примат даје заштити породичноправног карактера наслеђивања, ограничавајући слободу тестирања, чак и кад је то неоправдано са становишта социјалне правичности. У том смислу, решења ових законодавства могла би се оштро критиковати, због неприхватљивог задирања у слободу тестирања онда када је уживање привилегије права на нужни део појединих категорија нужних наследника, потпуно неморално и друштвено неоправдано.

10. РОКОВИ ЗА ЗАШТИТУ НЕЖНОГ ДЕЛА

Како се нужним делом у значајној мери ограничава слобода тестирања, за дефинисање њених правних оквира значајно је у којим роковима нужни наследници могу захтевати намирење свог нужног дела. Ови рокови су у упоредном праву различитог трајања и карактера, различито је дефинисан тренутак од када почињу да теку, тако да се због изражене диференцијације упоредноправних решења не може утврдити неки заједнички критеријум у њиховом нормирању.

У праву Аустрије субјективни рок за истицање захтева за намирење нужног дела је три године од сазнања чињенице релевантне за постојање потраживања. Без обзира на то знање, овај захтев се може истицати тридесет година након смрти оставиоца. У праву Мађарске овај рок износи пет година од отварања наследства, а исто решење предвиђа и право Холандије.¹²¹⁹ У праву Италије за истицање захтева за редукацијом

¹²¹⁷ (Krajcer – Philadelphy, 2009.), стр. 172.

¹²¹⁸ (Welser, 2009), стр.175.

¹²¹⁹ § 7:76 Грађанског закона Мађарске; чл. 4:85, ст. 1. Грађанског закона Холандије.

завештајних располагања предвиђен је рок 10 година од прихватања наследства.¹²²⁰ У праву Швајцарске рок за истицање захтева је једна година од сазнања за повреду нужног дела, а објективни рок је десет година од смрти завештаоца, уколико је нужни део повређен завештајним располагањима.¹²²¹ Активно легитимисани су нужни наследници, а пасивно легитимасани су санаследници и испорукопримци, када је реч о располагањима за случај смрти, односно трећа лица код располагања за живота.

И у француском праву, у оквиру реформи спроведених 2006. године, унете су значајне новине којима се посредно проширује и слобода тестирања. Поред значајних измена у погледу правне природе права на нужни део, измене су учињене у погледу скраћивања рока за истицање захтева за намирење нужног дела са тридесет на пет година, рачунајући од тренутка отварања наследства, односно две године од сазнања за повреду права на нужни део, при чему се не сме прекорачити рок од десет година од оставиочеве смрти.¹²²² Такође је предвиђено да се нужни наследници који су се одрекли наследства не узимају у обзир приликом израчунавања расположивог дела заоставштине, тако да се *de facto* повећава расположиви део заоставштине.¹²²³

У немачком праву нужни наследник захтев за намирење нужног дела може истаћи у субјективном року од три године од сазнања за отварање наслеђа и постојање располагања којим му је нужни део повређен, а најкасније у року од 30 година.¹²²⁴ Још једна значајна измена која је у сфери нужног наслеђивања уведена у немачко право односи се на увођење додатног времена за намирење нужног дела. Наиме, наследник као дужник може захтевати додатно време за намирење нужног дела нужног наследника, уколико би тренутно намирење изазавало тешкоће за дужника, тј довело га у неправичну имовинску ситуацију, имајући у виду врсту имовине коју је наследио (нпр. неправично би било да ради намирења нужног дела наследник прода кућу у којој живи или распарча породичну фирму која је извор његове егзистенције).¹²²⁵ ¹²²⁶

¹²²⁰ Чл. 571 Грађанског законика Италије.

¹²²¹ Ћл. 533 ст. 1 ZGB.

¹²²² Чл. 921 ст. 2 Грађанског законика Француске (види: (Krajcer – Philadelphu, 2009), стр.172).

¹²²³ (Braun, 2012), стр. 69,70.

¹²²⁴ (Brox, 2004), стр. 324.

¹²²⁵ § 2331 (a) BGB-a; (A Rötzel, „Law of succession and testamentary freedom in Germany“, u: *The Law of Succession: Testamentary Freedom-European Perspectives* (Europa Law Publishing, 2011), E. Arroyo i Amayuelas M. Anderson), стр. 164.

¹²²⁶ У оквиру реформи наследног права спроведених у Немачкој 2010. године уведен је скални (клизни) систем урачунавања поклона приликом одређеивања рачунске масе, па у зависности од тога када су учињени врши се њихово урачунавање (нпр. поклон учињен годину дана пре смрти се урачунава

Оваквим приступом немачки законодавац је фаворизовао интерес нужних наследника, а генерално је прописан и дуг објективни рок за истицање захтева за намирење нужног дела, што свакако са становишта правне извесности у погледу реализације завештаочеве последње воље сматрамо непримерним.

11. ОСТАЛА ИМПЕРАТИВНА НАСЛЕДНОПРАВНА ОВЛАШЋЕЊА

Измене наследноправних норми у упоредном праву подстакнуте су критичким ставом према начину фиксног одређења нужног дела код ког нема могућности прилагођавања околности конкретног случаја. Тако поједини правни системи изналазе нове механизме имовинскоправне заштите наследника покушавајући да избалансирају између индивидуалних интереса наследника и њихових реалних потреба за имовинскоправном заштитом, приватноправне аутономије завештаоца у погледу имовинскоправних располагања и правне сигурности која је у основи општег друштвеног интереса.

Наследно право Холандије је реформом 2003. године значајно измењено, те се уведе тзв. „друга законска овлашћења“, која са установом нужног дела чине основу императивног наслеђивања.¹²²⁷ Ту спадају право плодуживања надживелог супружника,¹²²⁸ право деце оставиоца на паушални новчани износ,¹²²⁹ право становања¹²³⁰ и преузимање предузећа које улази у састав заоставштине као право резервисано за обе категорије нужних наследника (оставиочеву децу и супружника).¹²³¹ У холандској правној доктрини се наглашава да се ова овлашћења морају посматрати у корелацији са правом нужног наслеђивања.¹²³² Међутим, истовремено се поставља питање циља прихватања ових отворених стандарда, и да ли се њиховим увођењем заправо жртвује ефикасност, правна сигурност и извесност, која је била својствена праву Холандије пре извршених реформи наследног права.

Завештаочева слобода у погледу обима имовине којим може располагати за случај смрти, ограничена је и у другим правима кроз одређена законска овлашћења

у потпуности, док онај учињен две године пре смрти оставиоца урачунава се у износу 9/10 итд. (видети §2325 (3) BGB-а) Ово решење је критиковано у аустријској теорији, јер се као критеријум узима колико ће оставилац бити у животу након чињења поклона. Да би се побољшао положај лица овлашћених на нужни део, сматра се да равноправност потомака и принцип реципроцитета треба узети за основне критеријуме урачунавања. (Welser, 2009), стр. 14.

¹²²⁷ (Kolkman, 2012), стр. 39.

¹²²⁸ Чл. 4:29, 4:30 Грађанског законика Холандије.

¹²²⁹ Чл. 4:35, 4:36 Грађанског законика Холандије.

¹²³⁰ Чл. 4:28 Грађанског законика Холандије.

¹²³¹ Чл. 4:38 Грађанског законика Холандије.

¹²³² (Kolkman, 2012), стр. 39.

установљена у циљу осигурања допунске имовинскоправне заштите интереса чланова породичног домаћинства оставиоца и издржаваних лица, поред гарантовања права нужног наслеђивања. Овлашћење на паушалну новчану накнаду која је у функцији финансијске потпоре одређеном кругу наследника, као и право плодоуживања и право издржавања, имају исто правно утемељење као и поменута посебна законска овлашћења, и могу се сврстати у категорију тзв. „отворених стандарда“, чији се број значајно повећава у наследном праву, као и у грађанском праву, уопште.¹²³³

„Право на тридесет дана“, које карактерише право Немачке, установљено је у корист чланова породице који су живели са преминулим у заједничком домаћинству и које је преминули издржавао до момента смрти.¹²³⁴ За период од тридест дана од момента отварања наследства, овим лицима је гарантовано издржавање на терет оставиочевих наследника, које мора бити признато минимално у оном обиму у којем је постојало за живота преминулог, подразумевајући истовремено и гарантовање права на коришћење стана и предмета домаћинства у корист чланова породице оставиоца који испуњавају поменуте квалификативе. У прилог слободе тестирања говори законска могућност завештаоца да ово питање наредбом последње воље другачије регулише, с тим што из тумачења одредбе која предвиђа могућност овакве диспозиције завештаоца произлази да минимум гарантованих права која законодавац прописује мора бити испоштан. На тај начин се настоји успоставити равнотежа између слободе тестирања и заштите интереса чланова породице, где се препушта завештаоцу да одреди меру и обим заштите својих најближих сродника и супружника, како је по његовој личној процени најправичније са становишта заштите интереса наследника, а која не може ићи испод законског минимума утврђеног као мера правне сигурности и заштите породичног карактера наслеђивања. Додатно ограничење слободе тестирања постављено је гарантовањем права на издржавање будућој мајци, из заоставштине преминулог оца детета.¹²³⁵

У аустријском праву нужни наследник је до последњих реформи наследног права имао право на издржавање од осталих оставиочевих наследника, у висини

¹²³³У праву Холандије у „отворене стандарде“ спадају потреба за пружањем финансијске подршке (чл.4:23(1)), правична компензација (4: 36₍₁₎), разумна цена (4: 38), промењене околности (4: 126₍₂₎) Грађанског законика Холандије.

¹²³⁴ § 1969 BGB-a.

¹²³⁵ Уколико се у моменту отварања наследства очекује рођење детета (брачног или ванбрачног), будућој мајци се признаје право да захтева издржавање до рођења детета, на терет заоставштине преминулог оца детета, у висини удела у наследству који би припао детету које треба да се роди (§ 1963 BGB-a).

наслеђеног дела, чак и кад је искључен из наслеђа,¹²³⁶ али су ове одредбе укините последњим изменама аустријске наследноправне легислативе, што је свакако учињено у циљу ширења домашаја тестаментарне слободе кроз слабљење правне позиције нужних наследника.

У француском праву је предвиђено право на издржавање супружника оставиоца (чл. 767 ФГЗ), право на доживотну ренту (чл. 759 ФГЗ), и право на привремену употребу стана у корист надживелог супружника (чл. 763 ФГЗ), а асцеденти умрлог, осим оца и мајке, имају право на алиментацију на терет заоставштине, уколико супружник добије целокупну заоставштину или 3/4 на име наследног дела.

Неспорно је да „друга законска овлашћења“ имају свој основ у реалној потреби за имовинскоправном заштитом овлашћених лица. Међутим, као негативна страна нових инструмената осигурања имовинскоправне позиције наследника наводи се извесна несигурност у погледу опсега њихове примене. Судови се ретко опредељују да их примењују (осим када је реч о праву плодоуживања и становања). Као разлог оваквом приступу наводи се заштитна функција ових овлашћења, њихово корективно дејство у односу на слободу тестирања, као и недостатак искуства у примени ових института.¹²³⁷ У дискусијама поводом овог правног питања, холандски правници истичу да императивни карактер одредаба којима се конституишу поменута овлашћења не само да је компатибилан одредбама о нужном наслеђивању, ако не и јачи, што доводи у питање допуштене мере задирања у слободу тестаментарног располагања.¹²³⁸

Индивидуалне интересе свих актера наследноправне сукцесије тешко је избалансирати, нарочито у констелацији са општим друштвеним интересима. Зато се заштити индивидуалних наследноправних интереса у одређеним случајевима даје предност у односу аутономију располагања имовином (било тестаментом, било уговором), те су поједина овлашћења установљена у корист привилеговане категорије наследника. Овај правни циљ се наводи као основ увођења „других законских овлашћења“ као нове категорије потраживања императивног карактера. Оваква правна реалност израз је *post mortem* породичне солидарности, која је настала као надоградња солидарности између супружника (*post marital solidarity*), имајући у виду чињеницу да

¹²³⁶ (Видић, 2005), стр. 153.

¹²³⁷ (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 217.

¹²³⁸ (Kolkman, 2012), стр. 55.

се у праву Холандије супружници не сврстају у категорију нужних наследника.¹²³⁹ И у другим правима, пре свега Шпаније и шпанских покрајна (Арагон, Баскија), посебно се истиче значај *mortis causa* алиментације као могућег супститута нужног наслеђивања, који би као механизам заштите интереса породице морао бити конципиран на стварним потребама оних чланова породице оставиоца који су од њега за живота били економски зависни и код којих и даље постоји потреба за постморталним пружањем имовинске помоћи.¹²⁴⁰

Међутим, у правним промишљањима истакнута је бојазан да ова овлашћења неће испунити своју сврху, већ напротив, да ће надилазити и установу нужног наслеђивања у свом ограничавајућем дејству и непотребно додатно сузити слободу тестирања. Иако су поменути стандарди израз флексибилности у императивном наслеђивању, уколико се ови стандарди посматрају у контексту слободе завештајног располагања, њиховим увођењем се границе тестаментарне слободе само додатно замагљују, што у извесном смислу може подривати правну сигурност.¹²⁴¹

III. ИМПЕРАТИВНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У АНГЛОСАКСОНСКОМ ПРАВУ

За историју завештања у англосаксонском праву, значајна је 1540. година, када је Парламент Енглеске, под притиском великих земљопоседника, донео Закон о тестаменту, којим се први пут предвиђа слобода располагања земљиштем путем тестаментa, која је притом била ограничена (ако је завешталац имао деце, они су наслеђивали трећину земље, а другу трећину је наслеђивала жена; уколико је оставилац имао само децу, онда се тестаментом могло располагати једном половином земље; иста одредба је важила у погледу величине дела имовине којом је могао располагати у случају да оставилац није имао деце, већ само жену.) Ова ограничења тестаментарне слободе била су укинута 1724. године, када је завештаоцу била призната слобода располагања целокупном имовином.

У грађанскоправној доктрини заступљена су различита схватања о томе зашто је дошло до признавања потпуне слободе завештајног располагања и зашто је напуштено обичајно правило о ограничењу слободе завештања у праву Енглеске. Према неким ауторима, најзначајнији фактор који је утицао на признавање апсолутне тестаментарне

¹²³⁹ (Mourk, 2009), стр. 117.

¹²⁴⁰ (Lapuente, 2011), стр. 287.

¹²⁴¹ (Kolkman, 2012), стр. 56.

слободе био је доминантан утицај примогенитуре, када је целокупну земљу наслеђивао најстарији син. Поред тога, жеља да се омогући равномерна расподела имовине између оставиоцеве деце, имала је доминантну улогу у развоју тестаментарне слободе у Енглеској.¹²⁴² Идеја о потпуној слободи тестирања произишла је из либерално-социјалне теорије и јуриспруденције која је право својине третирао као апсолутно, неприкосновено право, што је последица аутономије личности и индивидуалне слободе као и природноправне концепције наслеђивања, која је у великој мери била заступљена у англосаксонском праву.¹²⁴³

Иако се у теорији и данас често говори о неограниченој слободи тестирања у англосаксонском праву, она није апсолутна. Тако, у енглеској не постоји установа нужног наслеђивања, али постоје други механизми који су пандан нужном наслеђивању у функционалном смислу. Тако се одређеним категоријама наследника признаје право на наследноправни захтев - *Potential inheritance claim*.¹²⁴⁴ Овај захтев се не примењује аутоматски, нити је фиксног карактера, већ судија има дискреционо право да процењује основаност истакнутог захтева. Приликом оцене, судија утврђује да ли је воља оставиоца разумна/оправдана (*resonable*), и ако није, коју одредбу „*Provision on Family - Dependants Act 1975*“ би било разумно применити. Шта се сматра разумном одредбом, суд оцењује у сваком конкретном случају узимајући у обзир релевантне околности. Приликом одлучивања он се руководи и одговарајућим критеријумима који су у *Family - Dependants Act*–у таксативно набројни (финансијску позицију овлашћених лица, евентуалне психичке и физичке недостатке, обавезе које је за живота имао оставиоца према тим лицима - нпр. обавезу издржавања, укупну вредност имовине оставиоца, дужину трајања брака или цивилног партнерства, допринос овлашћеног лица увећању вредности имовине оставиоца и др.)¹²⁴⁵

Истовремено, англосаксонско право карактерише тенденција признавања прецизно дефинисаних одређених имовинских права супружнику и деци оставиоца, чак и независно од конкретних финансијских потреба подносилаца захтева (нпр. признавање права наслеђивања пунолетној деци која нису финансијски зависила од оставиоца, што раније није био случај). У том смислу се мења правна култура Енглеске у правцу

¹²⁴² (Трпеновска, Мицковић, Ристов, 2011), стр. 257, 258.

¹²⁴³ *Ibidem*.

¹²⁴⁴ Право на истицање потенцијалног наследничког захтева признаје се супружницима, цивилним партнерима, деци и лицима која се третирају као деца, и осталим лицима која су економски зависила од оставиоца (*Section 1 of the 1975. Act*)

¹²⁴⁵ (Mathews, 2009), стр.141.

признавања права наслеђивања оставиочевој деци и супружнику, тако да се у том домену енглеско право драстично не разликује у односу на континентални систем, потврђујући идеју о конвергенцији ове две правне традиције.¹²⁴⁶

IV. НУЖНИ ДЕО У СРПСКОМ ПРАВУ

1. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ НУЖНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Развој установе нужног дела је кроз српску правну историју указује на супротстављене тенденције српског законодавца у постављању правних оквира слободe тестирања, од прилично рестриктивног признавања права нужног наслеђивања у Српском грађанском законнику до прилично широког домашаја установе нужног дела, какав карактерише позитивно српско право. Узимајући у обзир друштвену, економску, правнополитичку климу на одређеној етапи цивилизацијског развоја, потреба за ширим или ужим признавањем слободe тестирања била је различитог интензитета. Наиме, у средњевековоној Србији, под утицајем изражених патријархалних односа, првобитно готово да није постојала потреба за формалноправним ограничавањем слободe тестирања, све до ослобођења од Турака када је обичајно право замењено кодификованим.

Доношењем Грађанског законика Краљевине Србије (1844. год.), установа нужног дела уводи се у српско право, када је право нужног наслеђивања припадало само оставиочевим првостепеним потомцима (брачној и усвојеној деци), и то првенствено мушкој, која су на име нужног дела добијала половину законског наследног дела, а у случају да их није било, наслеђивала су женска деца оставиоца.¹²⁴⁷ Дакле, успостављен је прилично широк концепт слободe тестирања, с обзиром да ванбрачна деца, као ни остали сродници оставиоца нису имали право на нужни део. У круг нужних наследника није спадао оставиочев супружник, мада је посебна

¹²⁴⁶ (Foqué – Verbeke, 2009), стр. 216.

¹²⁴⁷ Грађански закон Краљевине Србије из 1844. год-Српски грађански законик, *Извод из Збирке закона, Гојка Никетића (Београд, 1927. Г)* у даљем тексту СГЗ; “Само закони део на случај смрти мора остати законој деци како мушкој, ако их има, тако и женској, ако мушке нема, невредим, који се састоји у половини дела онога, који би им по закону припао, кад завештатељева расположења не би било.” (пар. 477. СГЗ); Према закон у наслеђију мушкој деци првенство даје над женском, опет је отац властан (или мати о свом имању), завештањем између деце своје расположење учинити, какво хоће, и тако и женску децу или изравнати са мушком, или им особити део оставити које мора остати снажно, нити нарушење законога дела у том случају места имати може (пар. 478. СГЗ)

имовинскоправна заштита надживелој супрузи гарантована императивним законским правилима у виду удовичког ужитка на заоставштини преминулог супруга.¹²⁴⁸

Како је и улога задружних заједница у средњевековном периоду била доминантна, чланови ових заједница су према СГЗ имали повлашћен наследноправни положај у односу на остале сроднике ван заједнице, макар и ближег степена сродства. У правној доктрини, права задругара сматрају се као један од разлога овако широко схваћене слободе тестирања у средњевековном српском праву, јер су одузимала „реалну основу за ширу слободу тестирања“.¹²⁴⁹ У прилог шире слободе тестирања говори и кратак рок за истицање захтева за намирење нужног дела нужног наследника који је износио само осам дана „после саопштена му тестамент“, односно годину за „саопштавање доказа суду“.¹²⁵⁰ Истовремено, широк домашај овлашћења искључења нужних наследника из наслеђа ишао је у прилог тестаментарне слободе, при чему су као основ разбаштињења били предвиђени у закону таксативно набројани разлози, којима је постављен основ установе разбаштињења нужних наследника у савременом смислу.¹²⁵¹

Како је по завршетку Другог светског рата, на подручју Југославије важило више грађанскоправних, односно наследноправних система, јавила се потреба за доношењем јединственог закона о наслеђивању, на чијој изради се отпочело одмах по ослобођењу, и 1947. год. објављене су „Тезе за предпројекат закона о наслеђивању“ израђене од стране стручне Комисије као смернице у изради Преднацрта закона.¹²⁵² У тезама су постављени и правни оквири слободе тестирања кроз утврђивање основног концепта установе нужног дела, при чему слобода тестирања није имала шири домашај, због широко конципиране установе нужног дела. Опсежан круг законских и нужних наследника био је условљен устројавањем система законског наслеђивања на принципу наследноправне равноправности, те изједначавања наследноправног положаја мушких

¹²⁴⁸ Уколико је конкурисала на наслеђе са наследницима прва два наследна реда, ово право јој је припадало на делу заоставштине који је био једнак наследном делу који је припадао осталим законским наследницима, а у случају конкурисања на наслеђе са наследницима даљих наследних редова, удовички ужитак био је конституисан на половини чисте заоставштине (§ 413-415 СГЗ).

¹²⁴⁹ (Antić, 1983), стр. 218- 221.

¹²⁵⁰ Чл. 482 СГЗ.

¹²⁵¹ Разлози искључења из „законога дела“ били су следећи: ако дете остави свој православни хришћански закон; ако дете оца у беди и невољи без помоћи остави; ако се на арање и крају и друга злоћинства дао; ако се блудном и раскошном животу предао и опоменуто није хтело одустати од тога (§ 480 ст. 3 СГЗ).

¹²⁵² Тезе за предпројекат закона о наслеђивању представљале су основне принципе у изради Преднацрта закона о наслеђивању, али нису имале никакву нормативну снагу, већ су представљале само основ за даљу јавну дискусију. 'Тезе за предпројекат закона о наслеђивању', *Архив за првне и друштвене науке*, бр. 3, 1947, у даљем тексту: "Тезе".

и женских наследника, брачних и ванбрачних сродника, као и супружника у погледу узајамних права наслеђивања.¹²⁵³

У предложеној структури нужног наслеђивања није постоји ниједна категорија наследника која је наслеђивала само по објективном критеријуму. Као допунски критеријум признавања права на нужни део оставиочевим потомцима предвиђена је горња старосна граница од 24 године (када и престаје обавеза родитељског издржавања ових лица), и на име нужног дела додељивано им је $\frac{4}{5}$ (или $\frac{3}{4}$) од законског наследног дела. Остали законски наследници могу остваривати своје право на нужни део само уколико су неспособни за рад и немају нужних средстава за живот, а на име нужног дела припало би им $\frac{3}{4}$ (или $\frac{2}{3}$) од редовног законског наследног дела.¹²⁵⁴ Основна претпоставка остваривања права на нужни део је да лице буде позвано на наслеђе према правилима редовног законског наслеђивања. У Тезама је усвојен концепт појединачног израчунавања нужног дела, а начин намирења био *in natura*.

Круг нужних наследника, са једне стране, широко је постављен јер се поклапа са кругом законских наследника, и у том домену слобода тестирања је значајно ограничена, што је релативизирано кроз прописивање допунских претпоставки у остваривању права на нужни део, за све категорије наследнике.¹²⁵⁵ У основи концепта нужног наслеђивања јесте обавеза издржавања малолетних и радно неспособних лица, која се надовезује на основну функцију наслеђивања која се поима као продужење обавеза старања и издржавања које је једно лице имало према члановима своје породице и након његове смрти.¹²⁵⁶ Из тих разлога, прокламована слобода тестирања као „право завештаоца да путем тестаментa располаже својом имовином у границам одређеним законом“, фактички је имала мали домашај, јер је према Тезама завешталац у погледу остављања овог свог права, у значајној мери био ограничен правилима о начину и обиму располагања заоставштином, у случају да постоји макар један законски наследник. Отуда се о фактичкој слободи тестирања према предложеним тезама може говорити само у погледу једне четвртине укупне вредности заоставштине за коју постоји потпуна слобода тестаментарног располагања. Остале три четвртине завешталац мора оставити неком лицу из круга законских наследника, с тим да је ово

¹²⁵³ (Константиновић, 1947), стр. 338.

¹²⁵⁴ *Ibidem*, стр. 316.

¹²⁵⁵ Као основ дефинисања круга нужних наследника узима се круг законских наследника у које према Тезама спадају: потомци умрлог, његови усвојеници и њихово потомство, његов брачни друг, родитељи преминулог, његова браћа и сестре и њихова деца (али не и други потомци браће и сестара), као и дедови и бабе умрлог.

¹²⁵⁶ (Константиновић, 1947), стр. 334.

ограничење у прилог слободе тестирања ублажено правом завештаоца да одреди ко ће од законских наследника у конкретном случају наслеђивати, и колики ће износити његов удео у три четвртине заоставштине. Завештаочева аутономија воље манифестује се и кроз могућност да овај део заоставштине остави држави, друштвеним организацијама или у општекорисне сврхе, ако сматра да ниједан од наследника не заслужује да га наследи.¹²⁵⁷ Дакле, завешталац има потпуну слободу располагања целокупном заоставштином само уколико иза њега није остао ниједан од законских наследника који би могао да га наследи.¹²⁵⁸

Домашај слободе тестирања се манифестује посебно кроз опсег правила о разбаштињењу нужног наследника, где основ признавања овог овлашћења као манифестације тестаментарне слободе, произлази из основа признавања нужног дела који се огледа у обавези старања о одређеним законским наследницима. Они наследници који нису заслужили старање, могу вољом завештаоца бити искључени из нужног дела. Разлози искључења из нужног дела таксативно су набројани у Тезама, а као меродаван тренутак за оцену постојања основа искључења нужног наследника узима се моменат сачињавања тестаamenta.¹²⁵⁹ Предосновом грађанског законика постављен је и основ установе лишења нужног наследника у корист потомака.¹²⁶⁰

Доношењем Закона о наслеђивању 1955. год устројен је савремени систем наследног права по угледу на упоредноправна решења, који и данас, у претежном делу чини основу наследноправног уређења Републике Србије. Овај закон у значајној мери одступа од основног концепта нужног наслеђивања какав је предложен у Тезама као његовој предоснови, остајући доследан класичној концепцији нужног дела.¹²⁶¹ Полазећи од принципа социјалне равноправности, право законског и нужног наслеђивања признаје се супружницима, чији је наследноправни положај кроз српску правну историју дуго времена био незавидан. Међутим, круг нужних наследника, осим тога, широко је постављен, што је опредељено широким кругом законских наследника, као основом у одређивању домашај нужног дела.

¹²⁵⁷ (Константиновић, 1947), стр. 340.

¹²⁵⁸ (Тезе, 1947), стр. 316.

¹²⁵⁹ Завешталац је могао искључити из наслеђа нужног наследника уколико: нужни наследник није хтео да пружи нужну помоћ оставиоцу, а могао је, и уопште ако се теже огрешило о неку законску обавезу према њему; ако је умишљајно извршио неко теже кривично дело према оставиоцу или његовом брачном другу, детету или родитељу; ако је учинио кривично дело против народа и државе; ако се одао друштвено некорисном о непоштеном животу; Тезе, стр. 320, 321;

¹²⁶⁰ *Ibidem*, Лишење је могуће из разлога презадужености или расипничког понашања наследника, ако у тренутку оставиоачеве смрти лишени наследник има малолетно дете или малолетог унука од раније преминулог детета.

¹²⁶¹ (Антић, 2009), стр. 194.

Како је, на тај начин, слобода тестирања била је у значајној мери омеђена, постављене границе су релативизирание кроз увођење субјективних претпоставки за остваривање права на нужни део одређених категорија нужних наследника, као допуна објективним критеријумима. На тим основама издиференцирана је категорија апсолутних нужних наследника (потомци умрлога, његови усвојеници и њихови потомци, супружник и родитељи оставиоца) и релативних нужних наследника који наслеђују уколико су испуњени и допунски - субјективни услови (браћа и сестре оставиоца, и сви остали преци оставиоца осим привилегованих, тј. оставиочевих родитеља).¹²⁶² Сви апсолутни нужни наследници наслеђују према овом закону половину законског наследног дела, осим родитеља, који наслеђује трећину од законског наследног дела, што је случај и са свим осталим (релативним) нужним наследницима.¹²⁶³

Нужни део је задржао наследноправни карактер, уколико завешталац није у завештању предвидео намирне нужног дела у новцу.¹²⁶⁴ Разлози искључења нужног наследника из наслеђа дефинисани су по угледу на решења предложена у Тезама, уз мања одступања, и као такви, у основи, преузети су у све касније редакције закона о наслеђивању, укључујући и важећи Закон о наслеђивању из 1995. године.¹²⁶⁵ Лишење нужног дела потомка завештаоца услед расипничког понашања и презадужености, превидеђено је осим у корист малолетног детета или малолетног унука од раније преминулог детета лишеног наследника (како је било предвиђено у Тезама)¹²⁶⁶, и у корист пунолетног детета или пунолетног унука преминулог детета потомка који се лишава наследства.¹²⁶⁷

Тенденција сужавања домашаја установе нужног наслеђивања у корист шире слободе тестирања изражена је у Закону наслеђивању из 1974, којим се у значајној мери сужава круг нужних наследника као импликација ужег дефинисања круга законских наследника који је ограничен на прва три законска наследна реда.¹²⁶⁸ Отуда је у домену

¹²⁶² Чл. 30 ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању из 1955. год.

¹²⁶³ Чл. 31 ст. 2 Закона о наслеђивању из 1955. год.

¹²⁶⁴ Чл. 32 Закона о наслеђивању из 1955. год.

¹²⁶⁵ Завешталац може искључити нужног наследника из наслеђа у следећим случајевима: 1. ако се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешио о оставиоца, 2. ако је са умишљајем учинио неко теже кривично дело према оставиоцу, његовом супружнику, детету или родитељу, 3. уколико је учинио кривично дело усмерен, на поткопавање народне власти, независности или одбрамбене снаге државе или социјалистичке изградње, 4. ако се одао нераду и непоштеном животу, чл. 47 Закона о наслеђивању из 1955. год.

¹²⁶⁶ Види: (Тезе, 1947), бр. 31. ст. 2.

¹²⁶⁷ Чл. 50 Закона о наслеђивању из 1955.

¹²⁶⁸ Чл. 10, 13 и 17 Закона о наслеђивању из 1974. год.

императивног законског наслеђивања успостављен систем три нужна наследна реда.¹²⁶⁹ Круг апсолутних нужних наследника идентичан је оном који предвиђа Савезни закон о наслеђивању из 1955, док је категорија релативних нужних наследника сужена аналогно поменутих изменама у устројавању наследних редова. У погледу осталих питања нужног наслеђивања преузета су решења Савезног закона о наслеђивању из 1955. Нужни део се израчунава појединачно, као проценат законског наследног дела, а намирује реално, *in natura*, уз могућност завештаоца да наредбом последње воље промени правну природу нужног дела из наследноправне у облигационоправну.¹²⁷⁰ Опредељење законодавца да остане доследан концепету наследноправног (ставрноправног) карактера нужног наслеђивања негативно се оцењује у правној теорији,¹²⁷¹ првенствено са становишта правнополитичког циља нужног дела, који се огледа у продужењу обавезе издржавања наследника и наком смрти обавезног лица.

2. КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ПАРАМЕТАР ДОМАШАЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

У савременом српском праву а полазећи од чињенице да нужно наслеђивање представља врсту законског наследног права, нужни наследник може бити само оно лице које би по законском реду наслеђивања било позвано на наслеђе.¹²⁷² Да би наследио, он мора бити правно квалификован за пријем наследства (да је надживео оставиоца, да је способан и достојан за наслеђивање и да се није одрекао наследства). Нужни наследни редови су у српском праву формулисани по истом критеријуму по којем су устројени и законски наследни редови (парентеларно линеарни систем груписања сродника), с тим што је круг нужних наследника уже постављен.¹²⁷³ Одступање у односу на редовне законске наследне редове огледа се у ограниченој примени права представљања у другом нужном наследном реду до првостепених потомака родоначелника овог наследног реда и искључивању колатерала из круга нужних наследника у трећем наследном реду. У директној линији, у поређењу са правилима законског наслеђивања, нема одступања.¹²⁷⁴

У погледу дефинисања круга нужних наследника, Закон о наслеђивању из 1995. год. следи правну традицију раније важећих наследноправних прописа кроз

¹²⁶⁹ (Marković, 1981), стр. 194.

¹²⁷⁰ Чл. 27 Закона о наслеђивању из 1974. год.

¹²⁷¹ (Antić, 1983), стр. 292.

¹²⁷² Чл. 39 ст. 3 ЗОН.

¹²⁷³ (Marković, 1981), стр. 191.

¹²⁷⁴ (Антић, 2009), стр. 194.

класификацију нужних наследника на апсолутне (по објективном критеријуму) и релативне (по објективно-субјективном критеријуму). Иако је круг нужних наследника оправдано постављен уже у односу на круг законских наследника, ипак се може констатовати да је он постављен неоправдано широко, знатно шире у односу на Закон о наслеђивању из 1974. као правног претече.

Преузимајући решење Савезног закона о наслеђивању из 1955. год, у круг тзв. апсолутних нужних наследника спадају потомци оставиоца (биолошки и адоптивни) без ограничења, затим, супружник оставиоца, његови родитељи и усвојилац из потпуног усвојења. У категорију тзв. релативних нужних наследника, која се заснива на објективно-субјективном критеријуму, спадају браћа и сестре, усвојилац из непотпуног усвојења, и остали преци оставиоца изузимајући родитеље.¹²⁷⁵ Релативни нужни наследници наслеђују уколико су неспособни за рад и немају нужних средстава за живот, што су и основне претпоставке за признавање законске алиментације. У суштини, круг нужних наследника у нашем праву се подудара са лицима која имају право законског издржавања у односу на оставиоца, изузимајући тазбинске сроднике и ванбрачне партнере, којима се не признаје право законског наслеђивања, па самим тим ни нужног.¹²⁷⁶

Широко постављен круг привилегованих законских наследника превенствено је условљен законодавчевом оценом социјалног значаја породичних веза и сродничких односа,¹²⁷⁷ који је определио успостављање неограниченог броја законских наследних редова као основе за устројавање нужних наследних редова. Овакво решење српског законодавца може се окарактерисати као анахроно и неприлагођено савременим тенденцијама наследног права које иду у правцу флексибилизације установе нужног дела, као реакције на измењене друштвене потребе условљене социјалним и економским променама, те променама у структури породице и породичним односима. Ова тенденција се манифестује пре свега кроз сужавање круга нужних наследника, његовим свођењем на чланове нуклеарне породице (супружнике и потомке), а у појединим правима и само на потомке оставиоца (право Холандије). Колатерали се традиционално не сврставају у категорију нужних наследника у упоредним законодавствима, осим у правима земаља бивше Југославије, што је последица преузимања наследноправних решења из Савезног Закона о наслеђивању.

¹²⁷⁵ Чл. 39 Закона о наслеђивању РС.

¹²⁷⁶ (Стојановић, 2011), стр. 150.

¹²⁷⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 209.

Широк правни домашај установе нужног дела на уштрб слободе тестирања кроз опсежан круг нужних наследника, домаћи законодавац настојао је да ублажи успостављањем категорије релативних нужних наследника, чије је право нужног наслеђивања условљено кумулативним испуњењем два допунска услова субјективног карактера (неспособност за привређивање и немање нужних средстава за живот). Ови допунски услови су, у бити, основне претпоставке признавања права на законско издржавање које је утврђено Породичним законом,¹²⁷⁸ у чему се огледа веза између законске обавезе издржавања и теорије алиментације као основа ограничења слободе тестирања установом нужног дела. Имовинске прилике потенцијалних нужних наследника не узимају се у обзир у другим случајевима приликом опредељења круга нужних наследника, нити се чињеница издржавања придаје било какав значај у формулисању правила нужног наслеђивања, иако је посредно, имајући у виду поставке теорије алиментације, њен утицај био један од одлучујућих фактора у формулисању круга нужних наследника.

Полазећи од основа нужног дела који је уједно и оправдава његово ограничавајуће дејство на тестаментарну слободу, у актуелној концепцији нужног дела у српском праву, чињеница издржавања између оставиоца и најближих чланова породице као субјективна компонента у дефинисању круга релативних нужних наследника морала би имати већи значај, нарочито у погледу дефинисања обима гарантованих права по основу нужног дела. На тај начин би установа нужног дела попримила флексибилнији карактер и допринела равноправности у наслеђивању, јер би била конципирана према критеријуму потребе. У том смислу би и однос установе нужног дела и слободе тестирања био више уравнотежен, а задирање у слободу тестирања допуштено само уколико је друштвено-економски оправдано.

Када је реч о актуелној реформи српског наследног права, редактори Нацрта грађанског законика нису учинили значајнији корак у погледу усклађивања владајућег концепта нужног наслеђивања са стандардима савременог наследног права и афирмације слободе тестирања, која је према позитивној регулативи у значајној мери лимитирана установом нужног дела. Полазећи од измењених социјалних и економских односа које је условила индустријализација друштва, и самим тим довела до промена у структури и квалитету породичних односа, чини се неопходним да се и функција и домашај нужног наслеђивања посматрају у тим друштвеним оквирима. У складу са

¹²⁷⁸ Чл. 160. Породичног закона РС.

нуклеаризацијом породичних односа, и круг нужних наследника треба одредити спрам нових тенденција. У том смислу посебну правну заштиту свакако треба гарантовати оставиоцевим потомцима, усвојеницима и супружнику, као привилегованим законским наследницима, уважавајући на тај начин друштвени значај најближих сродничких веза и брачне заједнице, кроз које се одражава и значај породице као основне ћелије друштва.

Основне измене *de lege ferenda* у домену императивног законског наслеђивања треба да иду у правцу сужавања круга нужних наследника, првенствено кроз ограничавање нужних наследних редова, те искључивање свих асцендата оставиоца из круга нужних наследника, изузев оставиоцевих родитеља, при чему наследноправни положај усвојиоца треба да буде уподобљен са положајем родитеља, као што је случај према важећој регулативи. Наиме, традиционална породица замењена је нуклеарном (брачном) породицом, и породична солидарност као полазиште у оправдању нужног наслеђивања мора се посматрати у контексту владајућих породичних образаца и измењене функције породице. Породица више нема производну улогу у друштву, а имовина која улази у заоставштину најчешће не представља резултат рада претходних генерација. Отуда и финансијска солидарност између оставиоца и даљих предака која се манифестује кроз алиментациони карактер нужног дела, нема своје социјално упориште, а може се поставити и питање друштвеноправне оправданости обавезне алиментације између ових лица и за живота. Из тих разлога одступање од начела узајамности у наслеђивању у овом случају сматрамо потпуно оправданим, посебно имајући у виду да се даљи оставиочеви преци у пракси и не позивају на наслеђе.¹²⁷⁹ Разлог томе, поред биолошких разлога (временске ограничености људског живота), свакако је чињеница да даљим прецима оставиоца претходи читав низ универзалних сукцесора оставиоца.¹²⁸⁰ У том смислу, њихово укључивање у круг нужних наследника представљало би неоправдано сужавање домашаја слободе тестирања, што се одражава као став и кроз презентована упоредна законска решења у погледу нормирања круга нужних наследника.

¹²⁷⁹ У истраживању које је спроведеном у Општинском суду у Нишу за период од 2002-2007. година, дошло се до резултата да су се на наслеђе позивали превасходно наследници првог законског наследног реда, у веома малом проценту (мање од 10%) наследници другог законског реда, а није било ниједног случаја позивања на наслеђе наследника трећег и даљих наследних редова; Види: (Stojanović - Krstić, 2008), стр. 17.

¹²⁸⁰ *Ibidem.*

Полазећи од критеријума степена сродства којим се објективизира претпостављена бликости између оставиоца и његових сродника, сматрамо да право на нужни део треба признати свим оставиоцевим сродницима по правој нисходној линији и само првостепеним по усходној линији. На тим основама темељи се наш предлог да се родитељи оставиоца задрже у категорији нужних наследника, али да буду уврштени у релативне нужне наследнике, уместо у апсолутне, као што је то био случај до сада. Иако не спадају у тзв. брачну породицу коју чине супружници са децом, ово решење нам се чини оправданим из наведених разлога који се односе на блискост и интезитет веза са оставиоцем, као и због чињенице да код нас нису ретке породице које обухватају једног од родитеља супружника. Истовремено, сматрамо да у случају кад оставилац нема деце ни супружника који би га наследили, заоставштина треба да припадне неком трећем лицу, које не мора бити у сродничком односу са оставиоцем, а не оставиоцевом родитељу, уколико постоје објективна потреба за осигурањем његове имовинске позиције (немање нужних средстава за живот, неспособност за рад, издржавање од стране оставиоца пре делације).

По аналогiji, иста аругумантација за оправданост искључивања даљих предака из круга нужних наследника говори у прилог непризнавање права на нужни део и оставиоцевој браћи и сестрама. Њихово сврставање у круг нужних наследника као правни концепт у потпуности ишчезава из савремене легислативе, јер представља неоправдано задирање у слободу тестирања. Отуд се њихово изопштавање из категорије привилегованих законских наследника чини неопходним и у српском праву, што потврђује и пракса која говори у прилог несврсиходности оваквог решења.¹²⁸¹

Са друге стране, критика постојећих решења у домену нужног наслеђивања односи се на непризнавање ванбрачној заједници значаја правнорелеватне чињенице у формулисању правила законског наслеђивања, па самим тим и нужног. Овај недостатак није отклоњен ни у Преднацрту грађанског законика, где је круг нужних наследника дословно остао исти као у важећој нормативи. Полазећи од чињенице да ванбрачна заједница представља заступљену форму партнерске заједнице у савременом друштву, признавање наследних права ванбрачним партнерима, по аналогiji са наследним правима супружника, сматрамо неопходним у актуелној реформи српског наследног

¹²⁸¹ На основу истраживања спроведног у судовима, дошло се до резултата да је повреда права на нужни део деци и супружницима заступљена у 90% случајева ; повреда права на нужни део колетарала је изузетно ретка, док се повреда права на нужни део бабама и дедама оставиоца готово не јавља у пракси, (Крстић, 2017), стр. 100.

права. У прилог овог става говори и чињеница да је ванбрачна заједница призната као уставна категорија и да је правно изједначена са браком,¹²⁸² као и да се у породичном праву ванбрачним партнерима признају иста права и обавезе као и супружницима.¹²⁸³

У нашем праву још увек није предвиђена могућност заснивања регистрованих партнерстава, а ово питање је остало отворено и у Преднацрту грађанског законика РС. Увођење регистрованих партнерстава као модалитета уређења заједнице живота партнера у српско право у перспективи сматрамо извесним, имајући у виду неопходност хармонизације домаћег законодавства са стандардима земаља Еворпске Уније. У том смислу, потпуно правно изједначавње регистрованих партнера са супружницима у перспективи, одразиће се и на сферу редовног и законског нужног наслеђивања, јер ће круг нужних наследника бити проширен. Отуда се и сужавање граница тестаментарне слободе као импликација изражених тенденција упоредног наследног права чини оправданом са становишта признавања једнаких људских права свим грађанима, те се са аспекта начела равноправности које се, по нашем мишљењу, мора спровести и у домену наслеђивања, овакво проширење установе нужног дела чини оправданим.

Узимајући у обзир све изнете аргументе у прилог признавања или непризнавања права на нужни део одређеним члановима шире или уже породице оставиоца, сматрамо да српски законодавац *de lege ferenda* треба значајно да измени постојећу структуру нужних наследних редова кроз успостављање система два нужна наследна реда, без примене права представљања у другом наследном реду.

У зависности од критеријума на темељу којих ће се утврђивати која лица ће имати право на нужни део, биће опредељен и домашај установе нужног дела, и њен утицај на слободу тестирања. Уколико се предност да породичној солидарности, то ће определити објективни приступ у одређивању круга нужних наследника. Уколико се предност да алиментационом карактеру наслеђивања, круг нужних наследника биће опредељен према објективно-субјективном критеријуму.

У објективној концепцији нужног дела сматрамо да је прихватљиво да привилеговано право законског наслеђивања припада оставиочевим сродницима по правој нисходној линији неограничено (свим десцендентима), родитељима оставиоца (али не осталим асцендентима), као и супружнику и ванбрачном партнеру оставиоца, усвојенику и усвојиоцу. Према предложеној ужој концепцији нужног наслеђивања, која

¹²⁸² Чл. 62 ст. 5 Устава Републике Србије.

¹²⁸³ Чл. 4 ст. 2 Породичног закона РС.

би заправо подразумевала задржавање само апсолутне категорије нужних наследника одређене према објективном критеријуму и укидање права на нужни део сродницима који су према важећим прописима сврстани у категорију релативних нужних, неспорно би се довело у питање владајуће схватање о алиментационом карактеру нужног дела у нашем праву, и друштвено-правни основ установе нужног наслеђивања био би пребачен искључиво на терен породичне солидарности. Искључиво објективистички приступ у дефинисању круга нужних наследника значио би стриктније постављене границе слободе тестирања и правну извесност, иако би сужавањем круга нужних наследника оне биле померене у корист слободе тестирања. Изостављање субјективне компоненте у дефинисању круга нужних наследника значило би потпуно одсуство уважавања реалних потреба и околности.

Уколико би се усвојила као општеважећа објективно-субјективна концепција, нужни део би био конципиран према „критеријуму потребе“, и више би одговарао фактичком стању ствари, те би у том смислу, оправданост ограничавања слободе тестирања имала јаче правно утемељење, пре свега у потреби издржавања, и оправдао би своју социјалну функцију и алиментациони карактер.¹²⁸⁴ За разлику од објективног приступа где су интереси нужних наследника у већој мери заштићени на уштрб слободе тестирања, у објективно-субјективној концепцији ограничење слободе тестирања установом нужног дела су релативизирана. Наиме, она би била ограничена само уколико постоји реална потреба нужних наследника за издржавањем, односно, уколико су испуњене поред објективних, и субјективне претпоставке за реализацију права на нужни део. Уколико то не би био случај, слобода тестирања би се остварила у пуном обиму.

Уважавајући предности и недостатке једног и другог концепта, објективно-субјективни приступ у нормирању нужног дела сматрамо прихватљивим у односу на родитеље оставиоца као нужне наследнике, нарочито у контексту владајућих породичних односа и њихове измењене друштвене функције, те би они по нашем мишљењу, као што је већ поменуто, требало да буду сврстани у категорију релативних нужних наследника. С обзиром на значај и блискост веза оставиоца са потомцима и супружником, мишљења смо да је у овом случају оправдано да остане објективистички приступ који је тренутно заступљен у нашем праву, тј. да ова лица остану у категорији апсолутних нужних наследника.

¹²⁸⁴ Увођење објективно-субјективног критеријума као правила за све нужне наследнике предлаже се и од стране појединих домаћих правних теоретичара, Види: (Antić, 1983), стр. 353.

Дакле, и у оваквој објективно-субјективној концепцији нужног наслеђивања шири круг нужних наследника од горе предложеног сматрамо неоправданим задирањем у суштину слободе тестирања. Из тих разлога се у многим правима успостављају посебна законска овлашћења као својеврсан механизам имовинскоправне заштите појединих чланова породице оставиоца којима правна заштита није гарантована кроз нужно наслеђивање, или као допуна правне заштите нужних наследника, када је то оправдано. (види поглавље „Остали модалитети имепративног наслеђивања). Оваква тенденција оправдана је у контексту актуелног реформисања установе нужног дела у правцу његовог слабљења, где се ова овлашћења уводе као флексибилнији супститути установе нужног дела, а у корист шире слободе тестирања.

Конституисање посебних законских овлашћења у корист оних наследника који би били изостављени из круга нужних наследника *de lege ferenda*, видимо као једну од опција да се заштите њихови интереси и у нашем праву, онда када постоји реална потреба за овим видом правне заштите. У том смислу, по угледу на решење немачког права, може се признати право на издржавање ових лица на терет оставиочевих наследника за одређени период, и то у оном обиму у којем је постојало за живота преминулог, подразумевајући истовремено и гарантовање права на коришћење стана и предмета домаћинства у корист чланова породице оставиоца који испуњавају поменуте квалификативе. Уколико је неко од ових наследника (браћа или сестре, преци оставиоца) живео у заједници живота са оставиоцем, а постоји потреба за додатном имовинском заштитом након оставиоцеве смрти, право становања и коришћења предмета домаћинства на одређени период треба признати овим лицима.

3. ВЕЛИЧИНА НЕУЖНОГ ДЕЛА КАО ПАРАМЕТАР СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЈНОГ РАСПОЛАГАЊА ИМОВИНОМ ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ

У српском праву заступљен је концепт појединачног нужног дела, што значи да се величина нужног дела одређује у законом одређеном разломку од законског наследног дела, који би *in concreto* добио нужни наследник.¹²⁸⁵ Вредност нужног дела добија се тако што се величина нужног дела помножи рачунском масом (обрачунском вредношћу заоставштине).¹²⁸⁶ Самим тим скупни нужни део и расположиви део

¹²⁸⁵ (Стојановић, 2011), стр. 154; (Ђурђевић, 2011), стр. 211;

¹²⁸⁶ Обрачунска вредност заоставштине се одређује тако што се нето вредност заоставштине сабере са вредношћу поклоне које је оставилац учинио неком лицу из круга законских наследника (независно од тога ком наследном реду припадају и да ли могу и хоће да наследе, као и вредност поклоне за које је оставилац наредио да се наследнику не урачунају у наследни део), као са вредношћу поклоне

заоставштине, као његова супоротност, зависе од величине припадајућег законског наследног дела, врсте нужних наследника који наслеђују у конкретном случају, стања оставиоачеве имовине.¹²⁸⁷ Отуда ће и слобода тестатора у погледу располагања имовином за случај смрти бити различитог домаћаја у сваком конкретном случају и прецизно дефинисана тек у моменту делације завештаоца када се могу утврдити све чињенице релеватне за одређивање нужног, односно расположивог дела заоставштине.

Приликом израчунавања законског дела који представља основицу за израчунавање нужног дела, узимају се у обзир сва лица која испуњавају услове да се позову на наслеђе према законском наследном реду, без обзира да ли спадају у круг нужних наследника, и ако спадају, да ли траже нужни део или не. Приликом израчунавања величине нужног дела не узимају само се она лица која су умрла пре оставиоца, или се по закону узима да су умрла пре оставиоца (лица која су искључена из наследства или су одрекла наследства, недостојна лица).¹²⁸⁸ Дакле, њихов нужни део не прираста осталим нужним наследницима, већ се изнова израчунава нужни и расположиви део заоставштине.¹²⁸⁹ То фактички може имати за последицу повећање расположивог дела заоставштине (нпр. у случају одрицања од наслеђа свих наследника истог наследног реда), или повећање нужног дела осталих нужних наследник (што је последица прираштаја законских делова наследника који не могу или не желе да наследе наследном делу осталих законских наследника) или и једно и друго, што ће зависти од тога која врста нужних наследника конкурише на наслеђе у конкретном случају.¹²⁹⁰ У ситуацији да неко од нужних наследника испуњава све законске услове

које је оставилац учинио било ком лицу у последњој години живота; чл. 48. Закона о наслеђивању РС; Види: (Ђурђевић, 2011), стр. 211; (Стојановић, 2011), стр. 154, 159-161.

¹²⁸⁷ (Antić, 1983), стр. 315; Нужни наследни део утврђује се за сваког законског наследника појединачно, у односу на вредност целокупне имовине оставиоца, (Из решења Округног суда у Београду, Гж. 2352/95 од 16.03. 1995. године), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/-SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

¹²⁸⁸ (Ђурђевић, 2011), стр. 212; У погледу утицаја искључења на оставиоачеве законске наследнике, у правној теорији је спорно да ли само код изричитог, непосредног искључења из права на нужни део примењује фикција о наступању смрти искљученог лица пре оставиоца, у ком случају се ова лица не узимају у обзир приликом израчунавања законског наследног дела, или и код прећутног искључења (када је завешталац изоставио да именује за свог наследника лице које спада у круг нужних наследника); Поједини теоретичари сматрају да намера о искључењу нужног наследника није изражена на несумњив начин уколико је реч само о мимоилажењу код изостављања нужног наследника у завештању приликом именовања наследника, те не повлачи губитак његовог права на нужни део, а самим тим ни права законског наслеђивања (Крећ – Рајић, 1964), стр. 134, 135. Према супротном становишту, намера о искључењу је несумњива и уколико није изражена у завештању на изричит начин, већ прећутно - када завешталац, своју намеру о искључењу изрази именовањем другог лица за наследника, завешта преко граница расположивог дела, што ће имати за последицу стварање фикције да је искључено лице умрло пре оставиоца (Ђурђевић, 2011), стр. 224.

¹²⁸⁹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 221; (Стојановић, 2011), стр. 155;

¹²⁹⁰ Види: опширније (Антић – Балиновац, 1996), стр. 222.

за стицање права на нужни део, а не захтева намирење свог нужног дела, нити да негативну наследничку изјаву, у том случају за вредност његовог нужног дела повећава се расположиви део заоставштине.¹²⁹¹

С обзиром да систем појединачног нужног дела начелно карактерише мање ограничавајуће дејство на слободу тестирања у односу на колективни систем, широки домашај установе нужне дела се на овај начин донекле ослабљује. У погледу одређивања величине нужног дела, српско право не карактерише јединствени критеријум његовог утврђивања, већ је за потомке и супруга оставиоца прописана половина онога што би добили на име законског наследног дела, а за остале нужне наследника предвиђена је једна трећина од онога што би добили према правилима редовног законског наслеђивања.¹²⁹² Овакво решење усклађено је са упоредноправном регулативом, где је наследноправни положај оставиоцеве деце и супружника привилегованији у односу на остале нужне наследнике и најчешће износи 1/2 законског наследног дела. Фаворизовање ове категорије нужних наследника с обзиром на величину нужног дела сматрамо оправданим, имајући у виду значај породице која се данас поима као нуклерана, као и интензитет веза које постоје између родитеља и њихове деце, као и даљих потомака. Када је реч о осталим нужним наследницима, исти аргументи говоре у прилог одређивања мање квоте која им је призната на име нужног дела, а која износи 1/3 од законског наследног дела и за коју сматрамо да је добро одмерена спрема категорије наследника чији се интереси штите. Како у нашем праву расположиви део заоставштине не иде испод 1/2 њене укупне вредности, може се оценити да је однос слободе тестатора у погледу опсега имовине којом може располагати за случај смрти и установе нужног дела начелно избалансиран.

Како одређивање величине нужног дела, зависи од величине припадајућег законског наследног дела, оно што је значајно са становишта реализације слободе тестирања јесте питање утицаја промене величине законских наследних делова наследника првог и другог наследног реда, на расположиви део заоставштине. Генерално становиште у домаћој правној теорији јесте да повећање, односно смањење законског наследног дела треба да утиче на величину нужног дела, јер се као основица приликом његовог израчунавања узима законски наследни део, увећан или умањен одлуком суда.

¹²⁹¹ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 223.

¹²⁹² Чл. 40 ст. 2 Закона о наслеђивању РС.

Примена оваквог гледишта, међутим, може изазвати бројне проблеме у одређивању величине нужног дела, што је од кључног значаја за оцену да ли постоји повреда нужног дела и одређивање начина његовог намирења.¹²⁹³ Тако нпр. уколико дође до великог повећања законског наследног дела у корист наследника другог наследног реда (супружника или родитеља оставиоца) којима у овом случају припадне цела заоставштина у својину, могуће је да право на нужни део наследника на чији терет је извршено увећање остане само *nudum ius*, јер он из заоставштине на име законског наследног дела фактички није ништа добио.¹²⁹⁴ Овакво решење може се окарактерисати као неправично, јер се нужни наследници не доводе у равноправни положај у погледу реализације свог права нужног наслеђивања. Истовремено, иако утицај ових правила на утврђивање величине нужног дела може фактички дорпинети и увећању расположивог дела заоставштине (осим умањењу), његова негативна страна је стварање правне неизвесности у погледу остваривања слободе тестирања, као и нарушавање равнотеже у релативном односу слободе тестирања са установом нужног дела.

Из тих разлога сматрамо да је прихватљиво решење *de lege ferenda* да промене у величини законског наследног дела наследника у првом и другом наследном реду не треба да утичу (или барем не директно) на одређивање величине нужног дела нужних наследника. Једно од могућих решења је да се у циљу флексибилизације установе нужног дела која је империтавног карактера, и код утврђивања величине нужног дела примени аналогија одступања од редовних правила утврђивања величине законског наследног дела, те предвиди законска могућност за променом величине нужног дела, онда када суд на захтев заинтересованог лица оцени да је то оправдано (уз испуњење одговарајућих законских услова).¹²⁹⁵ У оваквој претпоставци, која је прихватљива у систему нужног наслеђивања по искључиво објективно-субјективном критеријуму, нужни део би у највећој мери испунио своју заштитну функцију и потврдио практичну сврсисходност, те би посматрано у контексту одређивања домашаја слободе завештања ово ограничење било оправдано. Уколико се остане при крутом концепту фиксног карактера нужног дела, сматрамо да величина нужног дела свакако не би требало да буде условљена променама у величини законског наследног дела.¹²⁹⁶

¹²⁹³ Опширније види: (Крстић, 2017), стр. 134-138.

¹²⁹⁴ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 327.

¹²⁹⁵ (Антић, 1983), стр. 315;

¹²⁹⁶ Види: (Крстић, 2017), стр. 138;

Из изложених разматрања о начину утврђивања величине нужног дела следи да се расположиви део заоставштине као основни показатељ домашаја тестаторове слободе у погледу располагања имовином за случај смрти креће у стриктно постављеним законским оквирима преко којих он не може ићи. Овакав приступ оправдан је са становишта остваривања већег степена правне сигурности и правне извесности, али истовремено представља затворен и нефлексибилан механизам, који не уважава конкретне околности и реалне потребе наследника. Тако је могуће, да се као наследници јављају лица која су ограничено радно способна или потпуно радно неспособна, или не могу сама да се старају о себи (због физичких или психичких недостатка), или пак лица која су у стању нужде и егзистениција им је угрожена. Фиксно дефинисан удео у заоставштини (нарочито ако је она мање вредности) може довести у питање остварење заштитне функције нужног дела, која има основ у породичној солидарности, и конктертизује се, превентивно, кроз материјално збрињавање чланова оставиочеве породице као економско-социјалне димензије установе нужног дела. Самим тим се само формалноправно, али не и фактички, остварује равноправност између истих категорија наследника, а принцип пропорционалности се такође доводи у питање (величина нужног дела није пропорционална потребама наследника).

Имајући у виду речено, опет се долази до кључног питања о оправданости нужног дела, и вредносног елемента који ће имати примат у устројавању наследноправног система, што се овде своди на релативни однос слободе тестирања и породичног карактера наслеђивања. У том релативном односу супротстављених интереса тестатора и интереса чланова породице, извесно је „тихо укидање“ установе нужног дела кроз његово слабљење и увођење посебних законских овлашћења у корист чланова породице завештаоца, најпре као допуне, а онда и као супститута установе нужног дела.

4. ПРАВО РАЗБАШТИЊЕЊА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА КАО ЕМАНАЦИЈА СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА

Основна сврха института нужног наслеђивања огледа се у заштити имовинских интереса најближних чланова оставиочеве породице која су сврстана у круг привилегованих законских наследника према критеријуму блискости везе са оставиоцем. Успостављањем заштите нужних наследника од прекомерних завештајних располагања, фаворизују се интереси најближних чланова породице оставиоца спрам

његове приватноправне аутономије у домену располагања *mortis causa* и бестеретних располагања *inter vivos*,¹²⁹⁷ одражавјући на тај начин примарно породични карактер наслеђивања. Међутим, слобода тестирања може бити ограничена само уколико законски наследници заслужују привилегију нужног наслеђивања према општем друштвеном гледишту, као и гледишту оставиоца.¹²⁹⁸ Отуда, уколико потенцијални нужни наследник вређа својим понашањем основне моралне и друштвене принципе и теже се огрешу о завештаоца, у том случају не заслужује да буде привилегован, када се аутономији воље завештаоца даје примат кроз могућност разбаштињења нужног дела, у законом предвиђеним случајевима.

У нашем праву, као и другим законодавствима, заступљена је установа ексхеридитације у два стандардна модалитета: искључење из права на нужни део и лишење потомака из права на нужни део. Искључење нужног наследника има казни карактер, јер нужни наследник губи наследна права у односу на конкретног оставиоца у мери у којој је искључен. Када је реч о лишењу нужног наследника у корист потомака, ова установа поред казног има и превентивно дејство, јер се њоме штити интереси привилегованих оставиоцевих потомака, под законом предвиђеним условима.¹²⁹⁹

а) ИСКЉУЧЕЊЕ ИЗ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

Први вид разбаштињења – искључење из права на нужни део, представља тестаментарно располагање којим се ускраћује нужни део нужном наследнику који се повредом неке законске или моралне обавезе теже огрешу о завештаоца.¹³⁰⁰ При оцени испуњености услова за искључење нужног наследника из наслеђа суд се руководи одређеним објективним и субјективним критеријумима који морају бити испоштовани. Испуњеност објективних услова подразумева повреду одређене законске или моралне обавезе од стране нужног наследника, при чему су у ЗОН-у наведени разлози који се могу подвести под теже огрешење о ове обавезе (ако се увредљиво или грубо односио према завештаоцу, ако је умишљајно учинио кривично дело према завештаоцу, његовом детету, усвојенику, брачном другу или родитељу, ако се одао

¹²⁹⁷ (Leipold, 2002), стр. 317.

¹²⁹⁸ (Ђурђевић, 2011), стр. 221.

¹²⁹⁹ (Стојановић, 1996), стр. 174.

¹³⁰⁰ (Ђурђевић, 2011), стр. 222. „Искључење из права на нужни део је у домену слободе завештања, а довољно је да завештајни наследник у поступку за утврђење повреде нужног дела докаже постојање законских разлога за искључење.“ (Из Решења Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1940/2012(1) од 05. 06. 2012. године), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

нераду и непоштенном животу).¹³⁰¹ Иако се из законске формулације којом се дефинишу узроци искључења нужног наследника из наслеђа не може утврдити са сигурношћу да ли је законодавац имао у виду принцип енумерације приликом навођења случајева који се могу подвести под теже огрешење о законску и моралну обавеза нужног наследника према оставиоцу, или су пак они наведени *exempli causa*, у правној теорији преовладава становиште да су разлози искључења из нужног дела постављени у виду правног стандарда.¹³⁰² Тестатору се на тај начин начелно омогућава остваривање слободе тестирања у ширем опсегу, јер се под кршење моралих и законских обавеза према оставиоцу као разлога за искључење из наслеђа, могу подвести најразличитија понашања нужног наследника.¹³⁰³

Приликом оцене постојања ових разлога, неопходно је постојање и субјективне компоненте, односно тежег огрешења о оставиоца.¹³⁰⁴ Које се понашање нужног наследника има сматрати тежим огрешењем утврђује се према објективној и субјективној компоненти, тј. у односу на став искљученог према повреди односне обавезе и према схватању друштва да ли се у конкретном случају с обзиром на тежину последица које је понашање нужног наследника изазвало ради о лакшој или тежој повреди.¹³⁰⁵

Кроз шире тумачање узрока искључења нужних наследника за шта има места у нашем праву, с обзиром на формулацију која се по овом питању користи у ЗОН-у, омогућава се да се шири спектар понашања квалификује као повреда законске или моралне обавезе нужних наследника којом се он теже огрешио о оставиоца, доприносећи, начелно, екстензивирању слободе тестирања. На тај начин правне границе слободе тестирања посредно зависе од оцене суда да ли је дошло до повреде неке законске или моралне обавезе нужног наследника којом се он теже огрешио о оставиоца тј. од ширег или ужег тумачења овог стандарда у сваком конкретном случају, при чему се слобода тестирања може, у зависности од конкретног случаја, неоправдано сузити, или пак неоправдано проширити на уштрб оправданих правних интереса нужних наследника. Код оваквог нормативног приступа где је дефинисање правних оквира слободе тестирања посредно условљено судијском проценом, граница између

¹³⁰¹ Чл. 61 ст. 1 Закона о наслеђивању РС.

¹³⁰² (Ђурђевић, 2011), стр. 222.

¹³⁰³ (Антић, 2009), стр. 200, 201; Супротно види: (Сворцан, 2009), стр. 172.

¹³⁰⁴ Види пресуду Врховног суда Србије Рев. 1045/99 од 25. 8. 1999. године); http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

¹³⁰⁵ (Gavella – Belaj, 2008), стр. 226.

правичности и арбитражности је танка, и долазимо до кључног проблема у дефинисању домашаја тестаментарне слободе, а то је флексибилност наслеђивања vs. правне сигурности.

У прилог уједначавање судске праксе по овом питању, као и остваривања већег степена правне сигурности говори *numerus clausus* нормативни метод у регулисању разлога за искључење из нужног наслеђивања. Овакав пракса заступљена је и упоредном праву, које карактерише широко дефинисани круг таквих разлога. Међутим, постојеће решење у српском праву чини нам се прихватљивим јер се потребна равнотежа између слободе тестирања и нужног дела на овај начин пре може постићи, уз минимално жртвовање правне сигурности које је и пратећи ризик. Оно што треба нагласити јесте неопходност проширења установе искључења из права на нужни део у корист шире тестаментарне слободе кроз уважавање у већој мери квалитета односа између нужног наследника и завештаоца, тако да се значајније нарушавање овог односа треба узети као релевантан узрок разбаштињења.¹³⁰⁶

Облик и начин искључења нужног наследника из наслеђа још једна је значајна детерминанта опсега права завештаоца да искључи нужног наследника из наслеђа, а посредно и слободе тестирања. У нашем праву разбаштињење нужних наследника (било да је реч о искључењу или лишењу) мора бити учињено у облику који је предвиђен за завештање, да би произвело правно дејство.¹³⁰⁷ Када је реч о искључењу нужног наследника из права на нужни део, за пуноважност овог располагања, које се у правној теорији означава као негативни тестамент,¹³⁰⁸ неопходно је да *animus exhered-i* на несумњив начин буде изражена у завештању.¹³⁰⁹ У правној теорији је спорно да ли је намера разбаштињења несумњива само уколико је на изричит начин саопштена у завештању, или је правно допуштен и прећутни начин разбаштињења.

Са становишта реализације слободе тестирања ово питање је врло је значајно, јер у прилог њеног ширег домашаја говори признавање могућности прећутног и изричитог начина искључења нужних наследника, по аналигији са изричитим и прећутним начином опозива завештања, у чијој основи је начело *favor testamenti*. У

¹³⁰⁶ У одсуству личних односа између родитеља и деце, због тога што они никада нису ни били успостављени, дете - које се за време тешке болести родитеља није уздржало, потпуно или делимично, од коришћења права на законско издржавање установљено судском одлуком – тиме се није теже огрешило према родитељу. (Види пресуду Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1448/2006 од 21.12.2006. године), http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf_

¹³⁰⁷ Чл. 62 (2) и 64 (2) Закона о наслеђивању РС.

¹³⁰⁸ (Вгох, 2004), стр. 161.

¹³⁰⁹ (Ђурђевић, 2011), стр. 224; „Искључење мора бити изражено на несумњив начин, а пожељно је навести и узрок искључења“ (чл. 62. ст. 2 Закона о наслеђивању РС).

правној теорији није заузет јединствен став о овом питању. Поједини аутори сматрају да разбаштињење нужних наследника мора бити изричито,¹³¹⁰ други прихватају могућност и прећутног разбаштињења (када завешталац остави све трећем лицу, односно када располаже преко граница расположивог дела).¹³¹¹ Сматрамо да у складу са тенденцијама упоредног права у прилог фаворизовања слободе завештајног располагања треба заузети став о допуштености и изричитог и прећутног начина разбаштињења нужног наследника, при чему је основна претпоставка пуноважности оваквог вида завештајног располагања несумњиво постојање намере разбаштињења.¹³¹² Другачије тумачање законске нормативе којом се регулише питање разбаштињења било би неоправдано жртвовање слободе тестирања у корист правне сигурности.

Оно што је неспорно у погледу начина (облика) разбаштињења јесте да у нашем праву завешталац не мора изричито у завештању навести разлоге искључења нужног наследника из наслеђа, мада је свакако пожељно ради лакшег доказивања њиховог постојања у случају спора.¹³¹³

Домашај слободе тестирања која се непосредно манифестује кроз могућност искључења нужног наследника из наслеђа зависиће и од тренутка који се узима као релевантан за утврђивање постојања разлога за искључење нужног наследника. Према Закону о наслеђивању РС, као меродаван моменат за оцену постојања разлога за искључење предвиђен је моменат оставиочеве смрти.¹³¹⁴ Међутим, системским тумачењем осталих одредаба којима се регулише институт искључења нужног наследника, а пре свега одредбе која се односи на тестаментарну форму, као изричито прописаног облика пуноважног искључења, као и одредбу у којој се *exempli causa* наводе разлози разбаштињења, произлази контрадикторност предвиђених законских решења. Наиме, завешталац у завештању не може антиципирано одредити као разлоге искључења одређена понашања потенцијалног нужног наследника која ће се хипотетички остварити у будућности (нпр. умишљајно извршење кривичног дела).

Иако су у правној теорији заступљена различита схватања о овој проблематици, сматрамо да постојање околности које правдају искључење нужног наследника из

¹³¹⁰ (Крећ – Рајић, 1964), стр. 135;

¹³¹¹ (Стојановић, 1996), стр. 177, 178. (Ђурђевић, 2011), стр. 224;

¹³¹² Несумњиво искључење може бити и прећутно „уколико из садржине тестаamenta и околности случаја несумњиво произлази“ да је намера завештаоца била да искључи нужног наследника (иако не на уобичајен, изричит начин)“ (Антић, 2009), стр. 206; (Marković, 1981), стр. 204.

¹³¹³ *Ibidem*; Ово решење је преузето из аустријског права које не предвиђа као нужно навођење разлога искључења у завештање за пуноважност разбаштињење нужног наследника, Види: (Zankl, 2008), стр. 98.

¹³¹⁴ Чл. 62 ст. 3 Закона о наслеђивању РС.

наслеђа, објективно гледано, завешталац може ценити једино у тренутку његовог сачињавања. Зато смо мишљења да као релевантан моменат за утврђивање постојања разлога искључења треба узети моменат сачињавања завештања. Када је реч о трајнијим разлозима за искључење, као што је нпр. одавање нераду и непоштеном животу, оваква понашања морају се простирати од момента сачињавања завештања до момента смрти завештаоца, да би представљала правно ваљан основ искључења из нужног дела. Отуда је прихватљив став који је заступљен у правној теорији да је моменат смрти оставиоца релевантан за оцену постојања само ових трајнијих разлога као основа искључења.¹³¹⁵ Из ових разматрања произлази закључак да је решење које је било предвиђено Законом о наслеђивању из 1974. године, према којем је као моменат релевантан за оцену постојања разлога за искључење био одређен моменат сачињавања тестаментa, прихватљивије за српско право.¹³¹⁶

б) ЛИШЕЊЕ ПОТОМАКА ИЗ ПРАВА НА НЕЖНИ ДЕО

Однос слободе тестирања и нужног наслеђивања у одређеној мери је дефинисан кроз установу лишења нужног дела у корист потомака нужног наследника. Лишење права на нужни део представља вид завештајног располагања којим завешталац свом потомку који је презадужен или се расипнички понаша, делимично или у потпуности ускраћује право на нужни део у корист његових потомака.¹³¹⁷ Како је сврха овог вида разбаштињења првенствено социјална, и огледа се у заштити имовинскоправних интереса оставиочевих потомака чија егзистенција може бити угрожена прекомерним располагањем лица које се лишава наследства, ова установа у правној теорији означава се и као разбаштињење у доброј намери.¹³¹⁸ Лишење права на нужни део као манифестација слободе тестирања има ужи домашај од искључења нужног наследника које се може реализовати у односу на било ког нужног наследника под законом предвиђеним условима, док се лишење може односити само на оставиочеве потомке.¹³¹⁹

Као спорно код лишења јавља се питање његовог правног дејства. Дилема је да ли се признавањем права на лишење нужних наследника: 1) слобода тестирања фактички проширује кроз право завештаоца да одреди којим потомцима лишеног ће

¹³¹⁵ (Ђурђевић, 2011), стр. 225.

¹³¹⁶ Чл. 43 ст.2. Закона о наслеђивању Србије из 1974.

¹³¹⁷ Н. Стојановић, „Искључење из наслеђа по новом Закону о наслеђивању Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 36/37 (1996), стр. 177, 178; (Ђурђевић, 2011), стр. 226.

¹³¹⁸ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 357;

¹³¹⁹ (Антић, 2009), стр. 208.

припасти његов нужни део и у ком обиму;¹³²⁰ или је 2) нужни део лишенога резервисан само за оне његове потомаке чије је постојање предвиђено као услов пуноважности лишења у складу са чл. 65 ЗОН;¹³²¹ или 3) потомци лишеног лица по самом закону долазе на његово место, под условом да је завешталац одредио лишење, јер се ствара фикција наступања смрти лишеног лица.¹³²²

Према првом изложеном гледишту, које произлази из тумачења чл. 64 ст. 1 ЗОН-а, којим се, под одређеним условима, предвиђа могућност лишења потомка његовог права на нужни део у корист потомака лишеног, произлази да је правни циљ прописивања установе лишења да се слобода тесататора у овом случају ограничи на располагање нужним делом лишенога само у корист неког од његових потомака. Међутим, имајућу у виду да се у наредном члану 65 ЗОН-а, као услов пуноважности лишења предвиђа постојање у тренутку смрти завештаоца малолетног детета/малолетног унука од раније преминулог детета, или пунолетног детета/пунолетног унука раније преминулог детета неспособног за привређивање, произлази интенција законодавца да се управо кроз механизам лишења заштити ова категорија потомака, и да овај део заоставштине мора њима и припасти.¹³²³

Сматрамо да законодавац мора прецизније дефинисати правну сврху установе лишења, из које произлази и њено дејство на слободу тестирања. У сваком случају, с обзиром да је лишење нужног дела израз завештаочеве тестаментарне слободе (у диспозицији завештаоца је активирање установе лишења, обим лишења), сматрамо оправданим да у његовој диспозицији буде и одређивање лица из круга потомака којима ће припасти нужни део лишеног наследника, у правним оквирима које је поставио законодавац (то значи свих потомака или само одређених). Тек уколико завешталац не одреди у завештању начин расподеле овог дела заоставштине међу њима, има места примени правила законског наслеђивања. Свако другачије тумачење ових одредаба о лишењу потомака из права на нужни део, представљало би недопуштено задирање у слободу тестирања.

5. РОКОВИ ЗА ЗАШТИТУ НЕУЖНОГ ДЕЛА

У српском праву у случају повреде нужног дела предвиђене су различите правне последице и различити рокови у којима се може захтевати право на нужни део, у

¹³²⁰ (Влагојевић, 1983), стр. 228.

¹³²¹ (Сворцан, 2004), стр. 174.

¹³²² (Ђурђевић, 2011), стр. 227.

¹³²³ (Сворцан, 2004), стр. 174.

зависности од његове правне природе. Уколико је нужни део облигационоправне природе, исплата новчане противвредности нужног дела може се захтевати у року од три године који се рачуна од проглашења тестаментa уколико је нужни део повређен завештајним располагањима, а ако је повређен поклонима, овај рок се рачуна од смрти оставиоца.¹³²⁴ Уколико је повређено право на нужни део наследноправне природе, смањење завештајних располагања се може захтевати у року од три године од проглашења тестаментa, а повраћај поклона у року од три године од оставиоачеве смрти.¹³²⁵

Дакле српски законодавац предвиђа само објективне рокове за заштиту нужног дела, при чему сматрамо да су они примереног трајања, и са аспекта заштите интереса нужних наследника и са аспекта заштите последње воље завештаоца, јер доприносе одређеној усклађености ових супротстављених интереса, и истовремено осигуравају одговарајући степен правне извесности. У правној теорији се ови рокови различито квалификују, па тако једни заступају становиште да су застарног,¹³²⁶ а други да су преклузивног карактера.¹³²⁷ Са аспекта утицаја нужног дела на слободу тестириња, ово питање је значајно, јер су и правне последице истека рокова различите у зависности од њихове природе. Када је реч о застарним роковима, под њима се подразумева протек законом одређеног времена у коме право није вршено, што има за последицу губитак овлашћења на принудно остварење права, али право као такво остаје.¹³²⁸ Дакле, не долази до гашења облигације, већ се она претвара у природну облигацију. С друге стране, преклузивни рокови су не само они рокови у којима се има остварити одређено право, већ и они који одређују само трајање права.¹³²⁹ У томе се и разликују у односу на застарне рокове, јер по протеку рокова сама права престају и не могу се вршити. О преклузивним роковима суд води рачуна по службеној дужности, док то није случај код рока застарелости код којег се мора истаћи приговор. Такође, код преклузивних рокова не важе правила о прекиду и застоју рока као код застарног рока.

Полазећи од становишта да је овлашћење да се захтева право на нужни део које је повређено прекомерним завештајним располагањима преображајно право, произлази

¹³²⁴ Чл. 58 Закона о наслеђивању РС.

¹³²⁵ Чл. 59 Закона о наслеђивању РС.

¹³²⁶ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 268; (Marković, 1981), 268; (Blagojević, 1983), стр. 231;

¹³²⁷ (Ђурђевић, 2011), стр. 237; И. Бабић, *Коментар закона о наслеђивању: са судском праксом, шемама, обрасцима, регистрима и Законом о ванпарничном поступку* (Београд: 2005), стр. 123, 124.

¹³²⁸ (Стојановић, 2004), стр. 25;

¹³²⁹ (Spajić, 1961), стр. 331.

да је реч преклузивним роковима који се и прописују за ову врсту права, и по истеку којих нужних наследник не може више остваривати своје право по основу нужног дела.¹³³⁰ Овакво тумачење осим што иде у прилог шире слободе тестирања, иде и прилог правне сигурности и извесности.

V. ОПРАВДАНOST НУЖНОГ ДЕЛА И ЊЕГОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Право нужног наслеђивања представља најзначајније, непосредно ограничење слободе тестирања као његова антитеза. У свом супротстављеном дејству са слободом тестирања, правни домашај установе нужног дела оцртава правне лимите слободе тестирања. Што је шири домашај установе нужног наслеђивања, то је слобода тестирања више ограничена и обратно.

Оправданост овог вида ограничења као и његов опсег условљени су оправданошћу нормирања саме установе нужног дела. Од самог настанка па до данас установа нужног дела је правнотеоријски спорна, како у погледу правног циља ради којег је установљена, тако и у погледу правног домашаја и ограничавајућег дејства на слободу тестирања. Комплексност овог питања произлази из мултидимензионалности овог института који се може посматрати са друштвено-политичког, политичко-економског, философскоправног и етичког становишта. Друштвено политички аспект нужног дела подразумева заштитну функцију ове установе која произлази из примарне социјалне функције породице. На њу се надовезује осигурање егзистенције најближих чланова породице као економски аспект нужног дела кроз који се гарантује минимално учешћа најближих чланова породице у расподели заоставштине. Философскоправни основ нужног наслеђивања огледа се у заштити интереса чланова породице кроз ограничавање слободе тестаментарног располагања као својинског овлашћења. Морално-правни основ се огледа у узајамној дужности старања између родитеља и деце, која се простире преко оног што се сматра друштвено и економски потребним и нужним, као и моралној обавези компензације по основу доприноса у стицању имовине.

¹³³⁰ Опшириније код Н. Стојановић, „Проблем неуједначености судске праксе у сфери наследноправних односа“, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Универзитет у Нишу, Правни факултет 2016, стр. 379-381. Види решење Трећег општинског суда у Београду П. 822/00 од 24. 1. 2001, решење Округног суда у Београду Гж.1336/01 од 19.6.2001 и решење Врховног суда Србије Рев. 2243/02 од 11.9. 2002. године) – Билтен Округног суда у Београду, бр. 75/2007, Интермекс.

У својој комплексности, установа нужног дела, дакле, најмање је образлагана правним аргументима већ, првенствено, одређеним економским и друштвеним факторима. Отуда је и потреба за преиспитивањем ове правне установе и њеног утицаја на тестаментарну слободу условљена демографским, социолошким и економским кретањима, која су утицала на промене и у структури породице и другачијем квалитативном карактеру и значају породичних веза.

Јединствени правнополитички циљ нормирања установе нужног наслеђивања који би био прихватљив за сва времена не може се одредити, с обзиром на то да наслеђивање представља динамичку категорију која прати динамику развоја друштва. Првобитно је нужно наслеђивање почивало на идеји социјалне једнакости која је прокламована у континенталним европским правним системима како би се потиснуо ситем примогенитуре. Преласком са традиционалног колективизма на модерни индивидуализам доведена је у питање друштвенополитичка сврха нужног дела која је и срж проблематике ограничавајућег дејства права нужног наслеђивања на слободу тествирања. Међутим, принцип наследноправне равноправности сродника оставиоца, пре свега деце, остао је и данас доминантан аргумент који се истиче у прилог одржања установе нужног наслеђивања, као претпоставка правне сигурности и извесности. Уз то се наводи дуга правна традиција ове установе која је дубоко укореењена у народу као манифестација идеје да интереси најближих чланова породице морају бити посебно заштићени.

Отуда поједини правни теоретичари основ установе нужног дела и даље виде у међугенерациској солидарности чланова породице истичући да функција нужног наслеђивања није само егзистенцијална, већ се огледа и у доприносу развоју личности оних којима следује наследство, нарочито малолетних лица. Други, пак, у складу са израженим индивидуализмом критеријум издржавања и гернерално критеријум потребе истичу као једини релевантан за оцену оправданости нужног дела. Такође се у правној теорији све више истиче значај стварне блискости и емоционалне повезаности потенцијалних нужних наследника са оставиоцем, која посебно добија на значају код разбаштићења нужних наследника.

Иако је неспорно да се са променом породичних образаца примарна функција породице променила, социјална функција наслеђивања не може се посматрати изван контекста породице као основне ћелије друштва, одакле произлази породични карактер наслеђивања као једно од његових важних обележја. Отуда се и породична солидарност

као основа установе нужног дела мора посматрати у контексту измењених породичних образаца и промењене функције породице, која усмерава и развој наследног права, изражавајући претежно индивидуалну имовинску везу између оставиоца и одређеног члана породице, пре свега његове деце и супружника.

Будући да се економска страна породичне солидарности манифестује првенствено кроз обавезу издржавања најближих чланова породице, постмортална финансијска солидарност у релативном односу оставиоца и члана његове породице као потенцијалног нужног наследника, истиче се као оправдање нужног наслеђивања у савременом наследном праву (ова солидарност нарочита је изражена између супружника - *postmarital solidarity*, што је условило и тенденцију јачања њихове наследноправне позиције у савременом наследном праву). Правни основ постморталне економске солидарности, дакле, могао би се пронаћи у законској алиментацији, јер законска обавеза старања и издржавања на једној страни, и право нужног наслеђивања на другој, почивају на заједничком принципу заштите породице. Међутим, док је обавеза издржавања и старања условљена конкретним потребама лица у питању, за право нужног наслеђивања сматра се да не узима у обзир стварне економске потребе нужних наследника.¹³³¹ У том смислу алиментациони карактер нужног наслеђивања као манифестација економске породичне солидарности био би прихватљив само уколико је оправдан конкретним имовинским приликама потенцијалних нужних наследника. Отуда се субјективистички приступ у нормирању установе нужног дела све више чини незаобилазним, најпре кроз дефинисање круга нужних наследника према објективно-субјективном критеријуму, а потом и кроз успостављање посебних наследноправних овлашћења као модалитета императивног наслеђивања.

Дакле, у правнодогматским промишљањима о оправданости нужног дела којим се у бити правда и његово ограничавајуће дејство на слободу тестирања, првенствено је спорно колико установа нужног дела заиста доприноси остваривању принципа правичности у наслеђивању, с обзиром да се не уважавају стварне економске потребе најближих оставиочевих сродника (нпр. када је реч о малолетним лицима, радно неспособним или економски несоматалним из других разлога). Садашња концепција нужног наслеђивања подразумева аутоматску примену и фиксно овлашћење по основу закона и као затворен и нефлексибилан механизам императивног наслеђивања сматра се неусклађеним, па је сасвим на месту питање о друштвенополитичкој оправданости

¹³³¹ S. Camara Lapuente, „Freedom of testation, Legal Inheritance Rights – Public Order under Spanish Law“, in: *The Law of succession, Testamentary freedom*, ed. by M. Anderson, E Aroyo i Amauelas, стр.285.

овог правног института, као и његовог ограничавајућег дејства на слободу тестирања. Иако су иницијативе за укидањем нужног дела присутне у правној дискусији, право на нужни део као такво није укинито ни у једном правном систему. Општеприхваћен став о значају нужног наслеђивања дубоко је укореењен у народу, тако да је овај правни институт, који има дугу правну традицију, тешко тек тако укинати.

Ипак, евидентан је тренд његовог слабљења у упоредној легислативи, који се првенствено испољава кроз укидање појединих категорија наследника (пре свега асцендената оставиоца), што за последицу има значајно проширење тестаментарне слободе. Тако се може уочити тенденција у упоредним законодавствима да се потомци и супружник сврставају у категорију апсолутних нужних наследника као једини нужни наследници: у Француској и Аустрији асценденти оставиоца су искључени из круга нужних наследника, а у Хрватској, од ступања на снагу новог Закона о наслеђвању 2003. год, родитељи и остали преци оставиоца сврстани су у категорију релативних нужних наследника; у Словенији се такође право на нужни део баба и деда оставиоца, као и његове браће и сесатара укида, јер се право на нужни део *de lega lata* посматра као тешко задирање у слободу завештања. У Пољској је акутелна полемика да ли право на нужни део треба да буде зависно само од степена сродства са оставиоцем, или и од њихове стварне блискости и емоционалне повезаности, као и од материјалног положаја потенцијалних нужних наследника, пре свега оних који се налазе у стању нужде.

Истовремено са сужавањем круга нужних наследника, изражен је тренд смањења њихових нужних наследних квота (право Мађарске), као и лимитирање скупног нужног дела на половину вредности заоставштине (право Белгије), гарантујући као минимум расположеног дела заоставштине половину њене вредности. Ове измене усмерене су ка успостављању равнотеже између слободе тестаментарног располагања имовином за случај смрти и скупног нужног дела као непосредног ограничења слободе тестирања у овом домену. Трансформација правне природе права на нужни део из наследноправне у облигационоправну присутна је и у оним правним системима у којима је нужни део традиционално подмириван *in natura* (Француска, Холандија), што такође говори о ширењу слободе тестирања. Овакво решење нарочито је оправдано са становишта општих друштвених интереса, како се не би ограничавала прометљивост добара, нарочито непокретних. Уз то, проширење разлога разбаштињења нужних наследника као тенденција упоредних законодавстава, као и скраћивање рокова у којима може да се захтева нужни део, усмерени су ка трансформисању установе

нужног дела у правцу успостављања уравнотеженијег односа између слободе тестирања и породичног карактера наслеђивања.

Реформисање установе нужног дела неспорно иде у корак са тенденцијом друштвеног развоја у правцу отворености, флексибилности, индивидуализма. Могло би се закључити из претходне компаративне анализе да се чак и у праву Белгије, које је доследно следило правну традицију Наполеоновог кодекса, напушта конзервативни приступ нужном наслеђивању и опредељује за његов модеран концепт који карактерише генерално слабљење правне позиције нужног наследника и јачање својинскоправне позиције тестатора. Због слабијег задирања у својинскоправна овлашћења тестатора, овакав концепт нужног наслеђивања је прихватљивији него традиционално јака *reserve héréditaire*, мада, је неспорно, мање флексибилан него потенцијални наследнички захтев у англосанксонском праву.

Иако нужно наслеђивање карактерише већа правна сигурност и извесност због фиксног и затвореног карактера, ипак, разлике између нужног наслеђивања и потенцијалног наследничког захтева нису толико драстичне, што потвђује идеју о конвергенцији ова два правна система. Њихово приближавање нарочито долази до изражаја код успостављања посебних императивних наследноправних овлашћења као прелазног модалитета између ових механизма императивног наслеђивања. Конституисањем ограничених стварних права или облигационоправних потраживања у корист чланова породице оставиоца на име посебних законских овлашћења, уместо стицања у својину, остварује се у довољној мери заштитна функција интереса најближих оставиочевих сродника, ради које су ова овлашћења и установљена, истовремено ограничавајући слободу тестирања у знатно мањем обиму него устава нужног дела.

Глава седма НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЈНИХ РАСПОЛАГАЊА

I. ОПШТА РАЗМАТРАЊА

1. НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ КАО МАНИФЕСТАЦИЈА ПРИВАТНОПРАВНЕ АУТОНОМИЈЕ

Када говоримо о слободи располагања имовином за случај смрти, најзначајнији инструмент њене реализације јесте тестамент као основни правни посао *mortis causa*, који је традиционално заступљен у свим законодавствима. Како је у појединим правима тестамент и једини инструмент *mortis causa* располагања, аутономија воље за случај смрти поистовећује се са слободом тестирања, због чега се основни принципи тестаментарног права узимају као основ имовинскоправног располагања за случај смрти.

Међутим, вољно уређивање наследноправних последица смрти као еманација принципа аутономије воље знатно је ширег домаћаја, јер се може манифестовати и путем других правних послова, као што је уговор о наслеђивању. Савремена законодавства карактеришу и бројни други правни инструменти као својеврсни супститути завештања (уговор о наслеђивању, заједничко завештање, траст у праву Енглеске)¹³³² који су настали као израз тенденције ширења приватноправне аутономије у грађанском праву, па самим тим и слободе уређивања наследноправних последица смрти. Оне су диктиране потребама савременог правног промета и представљају резултат динамичког развоја економских и друштвених односа.

Дакле, и поред генералне забране уговорног располагања имовином за случај смрти која је у појединим правима прописана с циљем очувања завештајне слободе, све чешће се у актуленим реформама савремених законодавстава усвајају решења у прилог ширења аутономије воље код планирања наслеђивања, пре свега кроз признавање права уговорног именована наследника. Оваква тенденција условљена је кретањима у својинскоправним односима, јер се са повећањем значаја приватног власништва повећава потреба за новим формама располагања, како *inter vivos* тако и *mortis causa*.

¹³³² А. Bonomi, „Balancing Party Autonomy – the Protection of Family Members“, in *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, ed. by E. Arroyo Amayuelas M. Anderson (Groningen: European Studies in Private Law, 2011), стр 27.

Истовремено, нове социо-економске прилике, као и породични односи који су структурално значајно промењени последњих деценија, дају наслеђивању нову димензију, имајући у виду чињеницу да је правно обликовање установе наслеђивања тесно повезано са уређењем породице. Наиме, нове породичне констелације управо намећу потребу за широм аутономијом у домену имовинских располагања и већом флексибилношћу приликом планирања наслеђивања (осигурање наследноправног положаја појединих категорија лица као будућих наследника – нпр. деце из претходног брака, регулисање брачноимовинског режима за случај смрти, осигурање трансгенерацијског преноса имовине за случај смрти, пренос породичних предузећа наследноправном сукцесијом у циљу осигурања континуитета пословања). Дакле, практичне потребе друштва условиле су тзв. контрактуализацију наследног права која нужно подразумева одступање од појединих принципа тестаментарног наслеђивања, као што је принцип опозивости последње воље - темељни принцип тестаментарног права који произлази из правне природе тестаментарног права као једностраног и личног правног посла за случај смрти.

Основни проблем поводом нормирања наследноправних уговора управо се огледа у одступању од типичних обележја тестаментарног права као основног правног посла за случај смрти, јер је у правној теорији дубоко укорењено схватање да се било каквим споразумним уређењем наследноправних односа онемогућава пуна слобода одлучивања и поступања оставиоца приликом *mortis causa* располагања имовином.¹³³³ Дакле, традиционално схватање је да оставилац може утицати на заснивање наследноправних односа само путем тестаментарног права, јер се једино на тај начин може остварити пуна слобода у реализацији последње воље, док потенцијални наследници могу располагати својим наследноправним овлашћењим тек након смрти оставиоца када стекну наследничко својство.¹³³⁴

Чини се да суштина проблематике уговорног уређења наследничких односа (било посредно, или непосредно) извире из апсолутистичког поимања слободе тестирања. Слобода тестирања се не посматра само као један сегмент приватноправне аутономије појединца коју у општој перспективи чини и слобода уговарања. Због тога се као кључно поставља питање да ли слободу уговарања треба посматрати искључиво као установу која је супротстављена слободи тестирања, или се њихов однос може

¹³³³ (Blagojević, 1983), стр. 303.

¹³³⁴ *Ibidem*.

посматрати и кроз призму комплементарности, имајући у виду да представљају еманацију истог грађанскоправног принципа - принципа аутономије воље?

Ова спорна питања покренула су бројне дебате око оправданости увођења нових форми *mortis causa* располагања у савремена законодавства, пре свега, у погледу њиховог правног дејства на тестаментарну слободу, које је различитог домаћаја с обзиром на њихову различиту правну природу и правни циљ номирања. Када је реч о наследноправним уговорима, њихов утицај на слободу тестирања опредељен је врстом ових уговора. Уговор о наслеђивању може се посматрати као ограничење слободе завештајног располагања, с обзиром да су уговорна располагања за случај смрти која чине садржину овог уговора, начелно, неопозива, иако је у питању ограничење које завешталац себи намеће вољно. У правним системима у којима је допуштен, уговором о будућем наследству ограничава се слобода тестаментарног располагања у погледу дела заоставштине којим будући наследник уговором располаже. С друге стране, постоје одређени наследноправни уговори, као што је уговор о одрицању од будућег наследства, који су у функцији проширења завештајне слободе, с обзиром да се њима врши антиципарно одрицање од будућих наследних права и дерогирају правила нужног наслеђивања, тако да завешталац слободно може располагати делом заоставштине којег се презумптивни наследник антиципирано одрекао. Оно што је заједничко овим наследноправним уговорима јесте да представљају инструменте манифестације аутономије воље појединца и да се њиховим увођењем у правне системе екстензивира приватноправна аутономија *mortis causa*.

Када је реч о уговору о садржини завештања, њиме се најнепосредније ограничава слобода тестирања у мери да се може говорити о потпуном искључењу ове слободе, јер је завешталац онемогућен да слободно одлучује о томе да ли ће сачинити или опозвати сачињено завештање, као и у погледу одређивања садржине завештања (због чега је готово потпуно искључен као инструмент савременог правног промета, пре свега у континенталним правима).

Питање ограничавајућег дејства на слободу тестирања, првенствено уговора о наслеђивању, од посебног је значаја за српско право, јер се Нацртом грађанског законика РС, као алтернатива, предлаже његово увођење. То би за последицу имало увођење новог основа наслеђивања са најјачом правном снагом, чиме би слобода тестирања у значајној мери била сужена, иако би истовремено аутономија воље код располагања имовином за случај смрти била проширена. Наиме, уговорно наслеђивање,

пре свега путем уговора о наслеђивању, има за последицу везивање уговорног оставиоца за уговорно располагање, што је и повод полемике око његовог увођења, јер је у том случају последња воља оставиоца, начелно, неопозива. Отуда је питање правне оправданости и друштвене сврсисходности увођења у српско право овог инструмента *mortis causa* имовинског располагања, од посебног значаја за дефинисање правних граница слободе тестирања *de lege ferenda*.

Уопштено узев, однос слободе тестирања и уговорне слободе у домену наслеђивања не може се посматрати искључиво са аспекта уговорне слободе у домену облигационог права, јер је овде реч о специфичним уговорним располагањима са одређеним наследноправним дејствима, те су одступања од типичног облигационоправног уговора, изражена у мањој или већој мери, у зависности од конкретног уговорног концепта. Из тих разлога се однос уговорне и тестаментарне слободе у материји наследног права конкретизује кроз правно дејство наследноправних уговора на слободу тестаментарног располагања, па је у зависности од врсте уговора у питању различита и мера њиховог ограничавајућег дејства на слободу тестирања.

2. ПОЈАМ НАСЛЕДНОПРАВНИХ УГОВОРА

Појам наследноправних уговора се у правној теорији различито одређује с обзиром да не постоји сагласност у погледу њихове садржине и правне природе, а проблем њихове правне квалификације се додатно продубљује са развојем наследноправних односа и увођењем нових форми уговорног располагања заоставштином, које инкорпорирају елементе различитих именованих уговора (уговора о доживотном издржавању, уговора о уступању и расподели имовине за живота, уговора о антиципираном одрицању од наслеђа, уговора о поклону). Као последица њихове сложене правне природе, али и различитих правних циљева ради чије реализације су и прописани, разграничење између ових института тешко је направити, јер се у једном делу у погледу битних својства преплићу, а у другом мимоилазе.¹³³⁵ Ипак, полазећи од наследноправних елемената као заједничких карактеристика ових уговора, њихов директни или индиректни утицај на обликовање наследноправних последица смрти оставиоца може се узети као критеријум њиховог разврставања (класификације).¹³³⁶

¹³³⁵ (Ђурђић, 2016), стр. 226.

¹³³⁶ Поједини теоретичари сматрају да су појмови „наследноправни уговори“ и „уговори у наследном праву“ синоними, а да се са овим појмовима ипак не могу изједначити „уговори са наследноправним дејством“, Види: В. Ivančić – Kačer, А Perkušić, „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori

У теорији је заступљено мишљење да су прави наследноправни уговори (*succession pacts, inheritans agreements*) они који имају непосредни утицај на правни положај наследника, од којих поједини могу представљати самостални основ позивања на наслеђе сауговорача или трећег лица, поред закона и завештања, као што је уговор о наслеђивању, или пак основ за сингуларну сукцесију (уговор о будућем легату).¹³³⁷ Овакви уговори се означавају као афирмативни наследноправни уговори, односно прави уговори о наслеђивању, или уговори о наслеђивању у ужем смислу.¹³³⁸ Наспрам њих стоје остали наследноправни уговори, у које се уврштавају уговор о будућем наследству или легату, уговори о одрицању од наследства које није отворено (негативни наследноправни уговори) и уговор о садржини завештања.¹³³⁹

С обзиром да наследноправни уговори ни у једном виду нису допуштени у српском праву, за установу наслеђивања од посебног су значаја и поједини облигационоправни уговори (уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота). Тачка диференцијације ових уговора од наследноправних јесте њихов примарни облигационоправни карактер и само посредно наследноправно дејство (за разлику од облигационих, код наследноправних уговора наследноправно дејство, посредно или непосредно, има примарни значај).

Међутим, посредно наследноправно дејство уговора о доживотном издржавању може се довести у питање, па тако и његово правнотеоријско сврставање у уговоре наследног права. Уговор о доживотном издржавању представља облигациони уговор чије специфичности поризилазе из везаности његовог стварноправног дејства за моменат смрти примаоца издржавања.¹³⁴⁰ Због одложеног стварноправног дејства које се везује за чињеницу смрти примаоца издржавања, уговор о доживотном издржавању се често у правној теорији означава као уговор паранаследног карактера.¹³⁴¹ Такође се у правној теорији истиче да се његов наследноправни значај огледа у чињеници да имовина која је предмет уговора не улази у састав заоставштине, јер је она накнада за

или уговори наследног права или паранаследни уговори у хрватском позитивном праву“, *Pravni vjesnik* 22(1-2), 2006, стр. 105, fn. 7; Види: (Ђорђевић, 1903), стр. 63.

¹³³⁷ (Антић – Балиновац, 1996), стр. 476; супротно Види: З. Петровић, „Наследно-правни уговори“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 7-8 (1990), стр. 1.

¹³³⁸ (А. Ђорђевић, 1903), стр. 63.

¹³³⁹ (Braun, 2012), стр. 462 (fusnota 2). Поједини теоретичари наследноправне уговоре дефинишу као уговоре о наслеђивању у ширем смислу (Marković, 1981), стр.353.

¹³⁴⁰ Т. Ђурђић-Милошевић, “Уговор о наслеђивању и други правни послови”, *Pravni život* (10/2014), стр. 513-526.

¹³⁴¹ (Ivančić-Kačer – Perkušić, 2006), стр. 106.

примљено издржавање, и није слободна за наслеђивање.¹³⁴² Иако уговор о доживотном издржавању неспорно карактеришу одређене специфичности због саме каузе, која условава и његову специфичну правну природу, оваква правна промишљања у прилог његовог наследноправног значаја су упитна, јер је правно дејство уговора о доживотном издржавању изједначено са било којим другим теретним облигационим уговором. У питању је правни посао *inter vivos*, где смрт примаоца издржавања представља сложени (комбиновани) рок¹³⁴³ за стицање ствари и права на име накнаде за пружену услугу, али она није кауза тог стицања (кауза овог уговора је обезбеђење доживотног издржавања).¹³⁴⁴ Сматрамо да се о ограничавајућем дејству овог уговора на слободу тестирања може говорити само из перспективе утицаја било ког облигационоправног уговора на слободу тестаментарног располагања, што је посебна правна проблематика која надилази оквира предмета истраживања овог рада.

Имајући у виду облигационоправну природу уговора о доживотном издржавању, овај уговори би требало да буде нормиран Законом о облигационим односима.¹³⁴⁵ Међутим, српско законодавство традиционално уређује овај уговор Законом о наслеђивању, а исту систематику следи и Нацрт грађанског законика РС где је овај уговор (као и уговор о уступању и расподели имовине за живота) регулисан у оквиру наследноправне материје, у делу који је посвећен „Уговорима о наслеђивању“.¹³⁴⁶

Када је реч о уговору о уступању и расподели имовине за живота, наследноправни значај овог уговора у односу на уговор о доживотном издржавању далеко је већи због посебних услова предвиђених у погледу круга лица чија сагласност је неопходна за његов пуноважни настанак, што условава и специфична наследноправна правна дејства овог уговора.¹³⁴⁷ Отуда је његова правна природа врло комплексна, па самим тим и његов наследноправни значај и утицај на слободу тестирања.

¹³⁴² В. Ђорђевић, „Уговор о доживотном издржавању – уводни реферат“, у: *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш, 1997, стр. IV.

¹³⁴³ (Стојановић, 2011), стр. 242.

¹³⁴⁴ (Gavella, 2008), стр. 435.

¹³⁴⁵ Управо овакву измену учинио је хрватски законодавац који је уговор о доживотном издржавању регулисао у *Закону о обвезним односима* (Уреднички прочишћени текст „Народне новине“, број 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 и 29/18), одступивши од традиционалне законске технике регулисања овог уговора Законом о наслеђивању. (Уговор о уступању и расподели имовине за живота и даље је регулисан наследноправним нормама).

¹³⁴⁶ Види чл. 2074-2985 Нацрта Грађанског законика РС.

¹³⁴⁷ У правној теорији се као оправдање за нормирање уговора о уступању и расподели имовине за живота одредбама Закона о наслеђивању истиче круг лица између којих је дозвољено закључивање овог уговора (крвни сродници у правој линији који би према правилима законског наслеђивања могли узајамно наслеђивати); (Стојановић, 2011), стр. 362.

Уколико се имовина која се уговором уступа сматра делом будуће заоставштине претка као будућег оставиоца, онда се може прихватити тумачење да уговор о уступању и расподели имовине за живота има за предмет одрицање од евентуалног будућег наследног права, односно права на истицање наследноправног захтева од стране потомака и евентуално супружника уступиоца, као друге уговорне стране, у погледу имовине која представља предмет уговора.¹³⁴⁸ У том домену се огледа његово наследноправно дејство и може се говорити о приближавању овог уговора уговору о одрицању од будућег наследства на добрима која су предмет уговора. Дакле, може се узети да се закључењем овог уговора као скупног споразума врши нека врста антиципираног одрицања од наслеђа са или без накнаде, те би се његово ограничавајуће дејство на слободу тестирања поклапало са дејством уговора о одрицању од будућег наследства (о чему ће бити речи у даљем излагању).¹³⁴⁹ Наравно, ову аналогију можемо применити само уз уважавање чињенице да је предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота ограничен на имовину која постоји у тренутку његовог закључења, што је и тачка дистинкције у односу на уговор о одрицању од будућег наследства, који се односи на заоставштину претка у моменту његове смрти.

3. НАСЛЕДНОПРАВНИ УГОВОРИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Наследноправни уговори се јављају у средњем веку и првобитно су били широко распрострањени у већини европских земаља. У појединим земљама су били прилично флексибилно регулисани, као што је случај са Немачком, одакле се сматра да воде порекло, а по угледу на немачко право овај институт је нормиран и у праву Швајцарске и Аустрије. У 18. и 19. веку уследио је тренд њихове забране, пре свега у земљама романске правне традиције. Наиме, Француска се прва негативно изјаснила поводом увођења наследноправних уговора у своје право, те их је забранила, да би сличан концепт следиле и остале земље романске породице права – Шпанија, Италија, Белгија, Холандија. Ове земље и данас следе традицију римског права, које није познавало могућност уговорног наслеђивања, прокламујући забрану било каквог вида уговорног располагања будућим наследством.¹³⁵⁰ Оно што је определило овакву законодавну

¹³⁴⁸(Влагојевић, 1983), стр. 308.

¹³⁴⁹Овај уговор се често у правној литератури сматра инструментом антиципираног наслеђивања, Види: (Антић – Балиновац, 1996), стр. 478.

¹³⁵⁰ Може се рећи да се сви наследноправни уговори заправо и тичу будућег наследства, па и уговор о наслеђивању којим се располаже будућим стварима и правима која ће ући у заоставштину, (Braun, 2012), стр. 462.

политику јесте потреба за заштитом слободe тестирања и очување опозивости последње воље као њене примарне одлике.¹³⁵¹

Са друге стране, у земљама германске правне традиције наследноправни уговори су и данас задржали доминантну улогу, пре свега уговор о наслеђивању који је као инструмент вољног уређивање наследноправних последица смрти у значајној мери потиснуо тестаментарно располагање. У овим правним системима заступљени су и други наследоправни уговори, као што је уговор о одрицању од будућег наследства, с тим што се он у појединим правима сматра врстом уговора о наслеђивању (право Швајцарске и Мађарске). Иако у праву Федерације Босне и Херцеговине важи забрана закључивања уговора о наслеђивању, уговора о будућем наследствоу и легату,¹³⁵² изузетак је предвиђен у погледу могућности закључења уговора о наслеђивању између брачних и ванбрачних партнера, као и будућих супружника.¹³⁵³ Такође је предвиђен и изузетак од забране одрицања од наследства које није отворено,¹³⁵⁴ што је случај и у праву Црне Горе и Хрватске.¹³⁵⁵

Начелно посматрано, савремена законодавства могу се разврстати на она која допуштају и она која забрањују уговорно наслеђивање. Када је реч о земљама **романско-правне традиције** (Француска, Италија, Белгија, Шпанија), у њима је начелно забрањен било који споразум који се односи на будуће наследство, где се сврстава и уговор о наслеђивању. Ова подела се данас све више релативизује имајући у виду да се у складу са трендом контрактуализације наследног права у правним системима у којим се традиционално забрањују наследноправни уговори, предвиђају бројни изузеци од прокламоване забране кроз увођење различитих супститута уговора о наслеђивању, као и других правних инструмената којима се посредно и непосредно утиче на наследправне последице смрти неког лица. Отуда се у овим правима доводи у питање сврсисходност прокламоване забране, јер би поменуте новине могле да утичу на ревалуацију забране закључивања уговора *pactum de non succedendo*.

Тако је у праву Француске изузетно допуштено уговорно наслеђивање у форми *institution contractuelle* који је пандан уговору о наслеђивању (који се јавља у три модалитета), али се овај институт због супротстављања француске правне доктрине

¹³⁵¹ (Braun, 2012a), стр. 64.

¹³⁵² Чл. 125. Закона о наслеђивању ФБиХ.

¹³⁵³ Чл. 126. Закона о наслеђивању ФБиХ.

¹³⁵⁴ Чл. 167. Закона о наслеђивању ФБиХ.

¹³⁵⁵ чл. 135. Закон о наслеђивању Црне Горе, „Службени лист ЦГ“, бр. 74/2008 од 5. 12. 2008. године; чл. 134. Закона о наслеђивању Републике Хрватске, НН 48/03,

уговорном наслеђивању, као и његовог искључивог добродиног карактера, означава као поклон будућих ствари. Други изузетак од забране закључивања наследноправних уговора у француском праву, осим поменутих модалитета уговорног наслеђивања, јесте *donation-partage*.¹³⁵⁶ Овим уговором омогућено је претку да закључи уговор са својим потомцима, и у одређеној мери и са трећим лицима, како би одредили удео сваког од њих у наследству претка.¹³⁵⁷ Посебно је значајна врста *donation-paratage transgénérationnelle* којим се омогућава пренос имовине на припаднике даљих генерација.¹³⁵⁸

У складу са трендом контрактуализације права, у савремене правне системе уводе се инструменти располагања имовином који омогућавају континуитет породичног бизниса путем заживотног преласка фирме (предузећа) на наследника оставиоца. Ове форме имовинског располагања настале су као израз практичних потреба друштва. Уколико је завешталац власник приватне фирме, он може сматрати целисходнијим да још за живота пренесе фирму или удео у њој на своје сроднике и на тај начин обезбеди континуитет породичног бизниса. Управо ови разлози су определили романска законодавства да уведу нове облике наследноправних уговора који су у складу са препоруком Европске Комисије о увођењу уговора о партнерству као инструмента наследноправне сукцесије којим се континуитет породичног бизниса може најефикасније остварити.¹³⁵⁹ Један такав доминантан инструмент планирања наследства у праву Француске јесте *attribution préférentielle*, односно у италијанском праву *die patto die fagmilia*,¹³⁶⁰ а у праву Шпаније *protocole familial*.¹³⁶¹ Ови правни системи такође предвиђају могућност уговорног одрицања од будућег наследства, као још један изузетак од забране располагања будућим наследством, која се у Француском праву оставрује путем *renonciation anticipé à la reduction cause d'atteinte à la résreve*, а у праву Шпаније путем *accord successoral mutuel*.¹³⁶² *Patto die fagmilia* италијанског права такође садржи елементе овог уговора.

Што се тиче права Белгије, такође је предвиђен изузетак од забране закључења наследноправних уговора увођењем *accord successoral mutuel*. Реч је специфичној врсти

¹³⁵⁶ Чл. 1075. Француског грађанског законика.

¹³⁵⁷ Чл. 929, 930 Француског грађанског законика.

¹³⁵⁸ Чл. 1075 (1) Француског грађанског законика.

¹³⁵⁹ Commission Recommendation of 7 December 1994, on transfer of small - medium-sized enterprises (96/1069/EC), <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1d7cc83-a0ca-45e2-aeaa-26d0e3b0588c/language-en>.

¹³⁶⁰ (Braun, 2012), стр. 463, 464.

¹³⁶¹ (Lapuente, 2011), стр. 271-305.

¹³⁶² (Braun, 2012), стр. 468.

располагања од стране супружника који се закључује у форми брачног уговора, од којих макар један супружник има дете или потомка из претходног брака или везе. Циљ закључења овог уговора је да се заштите наследноправни интереси ове деце (потوماка) у односу на заоставштину оног родитеља који је поново склопио брак, на начин да се нови супружник њиховог родитеља одриче наследних права у њихову корист.¹³⁶³

Сви поменути наследноправни уговори различитог су утицаја на слободу тестирања, с обзиром на различит правни концепт њиховог нормирања (различита кауза и правна природа), као и различит правни домаћај (круг лица између којих се могу закључити, опсег имовине којом се може располагати, могућност једностраног опозива). Из ових разлога, поједини наследноправни уговори у значајној мери ограничавају слободу тестирања – као што је случај са правим уговором о наслеђивању као репрезентатом наследноправних уговора, који је начелно неопозивог карактера; до оних који слободу тестирања не ограничавају, већ је афирмишу – што је случај са уговорима о антиципираном одрицању од наслеђа (као и оним уговорима који садрже елементе овог уговора).

II. ОГРАНИЧЕЊЕ СЛОБОДЕ ЗАВЕШТАЊА УГОВОРМ О НАСЛЕЂИВАЊУ

Да би се сагледало ограничавајуће дејство уговора о наслеђивању на слободу завештања, неопходно је указати на основна обележја овог института како би се схватила његова правна суштина. У том циљу ће као типичан представник уговорног наслеђивања укратко бити представљен прави уговор о наслеђивању као основ наследноправне сукцесије. С обзиром да ова установа у свом савременом виду и води порекло из германског права, овај концепт уговора о наслеђивању узели смо као основни, па су објашњење основних правних постулата на којима се он темељи заснована на решењу немачког законодавца. Остали модалитети уговорног наслеђивања који су заступљени у упоредном праву биће представљени у оном домену у којем по својим дејствима значајније одступају од дејстава овог уговора, посебно у погледу обележја која могу бити значајна са становишта ограничавајућег деловања на слободу тестирања.

¹³⁶³ *Ibidem.*

Како уговор о наслеђивању представља још један вид располагања заоставштином за случај смрти поред завештања, кроз компаративну анализу ових института настојаћемо утврдити тачке њиховог преклапања и диференцијације; тачније, у којој мери уговорно наслеђивање одступа од правила тестаментарног наслеђивања, и да ли та одступања оправдавају њихово паралелно постојање у складу са основним принципима наследног права. Покушаћемо одговорити на питање шта се овим инструментом вољног уређивања наследноправних последица смрти постиже у практичном смислу, што није могуће остварити завештајним располагањем. Крајњи циљ компаративне анализе уговора о наслеђивању и завештања, као конкретизације односа уговорне и тестаментарне слободе, јесте дефинисање разлога *pro et contra* нормирања уговора о наслеђивању у будућем српском праву, а самим тим и оправданости или неоправданости његовог ограничавајућег дејства на слободу тестирања.¹³⁶⁴

1. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

а) ПОЈАМ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

У правној теорији и законодавствима уговор о наслеђивању се различито дефинише. Поједини домаћи теоретичари дају ширу дефиницију уговора о наслеђивању, под којим се подразумева двострани правни посао *mortis causa* којим се уговорне стране узајамно постављају за наследнике, или пак за наследника одређују треће лице (тзв. двострани уговор о наслеђивању), или само једна уговорна страна одређује другу за универзалног сукцесора (тзв. једнострани уговор о наслеђивању).¹³⁶⁵ Слична дефиниција заступљена је у аустријској правној теорији, где се уговор о наслеђивању дефинише као „двострани правни посао између супружника којим један супружник именује другог за наследника или се узајамно именују за наследнике, при чему је овакво располагање једнострано неопозиво, а може се располагати највише са $\frac{3}{4}$ заоставштине“.¹³⁶⁶

Законом о наслеђивању РС прокламована је забрана уговора о наслеђивању који је дефинисан као „уговор којим неко своју имовину или њен део оставља у наслеђе свом сауговорачу или неком трећем (чл. 179 ЗОН-а). У чл. 2276 Нацрта Грађанског законика РС уговор о наслеђивању се дефинише као “уговор којим једно лице оставља

¹³⁶⁴ Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали*, 2 (2009), стр. 202.

¹³⁶⁵ (Стојановић, 2011), стр. 354;

¹³⁶⁶ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 249.

своју заоставштину или њен део у наслеђе другом сауговорачу, и овај уговор је резервисан само за супружнике”.¹³⁶⁷

Иако све ове дефиниције не одступају у многоме једна од друге, најприхватљивојом нам се чини дефинисање уговора о наслеђивању које има полазиште у његовој правној природи, па се под овим уговором подразумева *уговорно располагање за случај смрти*. Ова дефиниција која је заступљена у немачком праву својом ширином обухвата све модалитете у којима се овај уговор испољава, одражавајући истовремено и суштину овог правног посла.¹³⁶⁸

б) ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Теоријска схватања о правној природи уговора о наслеђивању. Одређивање правне природе уговора о наслеђивању посебно је значајно са аспекта његовог утицаја на слободу тестирања, јер одређује правно дејство самог уговора и правна правила која ће се у конкретном случају примењивати (правила тестаментарног и/или уговорног права). У правној теорији се уговор о наслеђивању квалификује на различите начине: као облигациони уговор о будућој заоставштини; као уговор са мешовитом природом (с једне стране тестаментарном, јер садржи именовање наследника, а с друге стране облигационом, јер садржи одрицање од права на опозив); као стварноправни уговор; као правни посао са двоструком правном природом која инкорпорира поклон и завештање, као уговор о наслеђивању *sui generis*.¹³⁶⁹

Уговор о наслеђивању не можемо окарактерисати као облигационоправни уговор, јер његовим закључењем за уговорног завештаоца не настаје никакав облигација коју мора испунити.¹³⁷⁰ Не настаје обавеза уздржавања од располагања имовином која је предмет уговора, као ни обавеза завештаоца да учини неко располагање за случај смрти – овакво обавезивање би било ништаво као и само располагање, јер је ту заправо реч о уговору о садржини завештања.¹³⁷¹ Уговорни оставилац овим уговором врши распоред своје имовине за случај смрти именујући неко

¹³⁶⁷ „Уговором о наслеђивању једна страна се обавезује да другој уговорној страни преда у својину целокупну заоставштину или у разломку одређени део заоставштине, а друга страна то прихвата“; (Антић – Балиновац, 1996), стр. 476;

¹³⁶⁸ („Уговор о наслеђивању представља уговор којим се оставилац везује уговорним располагањем за случај смрти.“ (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 699; Види: (Leipold, 2002) стр. 178; (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B- 6, Erbrecht, 1982), коментар члана 2274, стр. 1410; (Brox, 2004), стр. 90; (Speckert, 1951), стр. 9, 10.

¹³⁶⁹ Види: (Антић, 1986), стр. 513; (Leipold, 2002), стр. 178.

¹³⁷⁰ (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 699; (Leipold, 2002), стр. 178.

¹³⁷¹ § 2303. BGB.

лица за наследника, при чему дејство тог именованга наступа моментом смрти оставиоца.

Уговор о наслеђивању се не може оквалификовати ни као стварноправни уговор, јер закључењем овог уговора не настају непосредна стварноправна дејства.¹³⁷² Чином закључења уговора наследник не стиче право својине, нити друго стварно право на стварима које чине имовину уговорног оставиоца, већ стварноправна дејства уговора наступају *ex lege* у тренутку смрти уговорног завештаоца.¹³⁷³ У том тренутку заправо долази до наследноправне сукцесије која подразумева ступање правног следбеника на место правног претходника.

Из дефинисања уговора о наслеђивању као уговорног располагања за случај смрти, произлази кључна специфичност која условљава комплексну правну природу овог института: он је истовремено и уговор и располагање за случај смрти (*Doppelnatur*).¹³⁷⁴ Пошто уговор о наслеђивању најпре представља *располагање за случај смрти*, на њега се примењују одредбе завештајног располагања. Као и код тестаментa, тако и код уговора о наслеђивању, уговорни оставилац не располаже са намером да узрокује одмах непосредно стварноправно дејство, нити се обавезује облигационоправно. Наследник или легатар из уговора о наслеђивању не стиче по основу уговора ни право потраживања, нити на закону утемељену извесност за остварење неког права, већ као и код завештања, има само правно утемељено ишчекивање, наду да ће постати наследник уговорног оставиоца.¹³⁷⁵ Поред тога што је уговор о наслеђивању по својој природи располагање за случај смрти, он је истовремено и *уговор*. Из његове уговорне правне природе произлази везаност уговорног завештаоца за уговорно располагање, односно немогућност једностраног опозива, о чему ће бити речи у наредним излагањима.

С обзиром да је реч о уговорном располагању за случај смрти, неспорно је да овај уговор везује уговорне стране, али су примарна његова наследноправна дејства.¹³⁷⁶ Управо због специфичних обележја уговора о наслеђивању, од којих су нека својствена облигационим уговорима, а нека завештању, сматрамо да овај уговор о наслеђивању треба оквалификовати као уговор *sui generis*.¹³⁷⁷

¹³⁷² (Leipold, 2002), стр.178.

¹³⁷³ (Ђурђевић, 2009), стр. 189.

¹³⁷⁴ (Врох, 2004), стр.91; (Münchener Kommentar, 1982), § 1941 BGB-a, стр. 221.

¹³⁷⁵ (Врох, 2004), стр. 91.

¹³⁷⁶ (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 698,

¹³⁷⁷ (Leipold, 2002),178;

Правна обележја уговора о наслеђивању. Претпоставка пуноважног настанка уговора о наслеђивању је, као и код сваког уговора, пословна способност уговорних страна, док завештање могу сачинити само завештајно способна лица. Нижа старосна граница завештајне способности, на први поглед, имплицира шири круг лица која могу завештајно располагати, те посредно и њен шири правни домашај. Међутим, као последица степеновања пословне способности, постоји могућност да уговор о наслеђивању закључи ограничено пословно способно лице, када је за пуноважност овог уговора неопходна сагласност законског заступника и органа старатељства¹³⁷⁸. На тај начин се проширује круг лица која се могу наћи у улози уговорног оставиоца, чиме се генерално проширује аутономија воље код располагања имовином за случај смрти коју путем уговора о наслеђивању под одређеним условима могу манифестовати и малолетна лица која нису достигла старосну границу за стицање завештајне способности. Уколико ограничено пословно способно лице које је тестаментарно способно располаже својом заоставштином путем уговора о наслеђивању без потребне сагласности, онда се овакво располагање сматра завештајним и самим тим је опозиво.¹³⁷⁹

С обзиром да је уговорно располагање за случај смрти (као и завештање) *строго лични* правни посао (*Höchstpersönlichkeit*), заступање уговорних страна приликом закључења уговора о наслеђивању није могуће.¹³⁸⁰ Међутим, изузетно, код уговора о наслеђивању којима се само једна страна обавезује на именовање сауговорача за наследника, сауговорач може бити заступан, јер се закључењем уговора он не обавезује, тј. не чини располагање за случај смрти.¹³⁸¹

Као *строго формалан правни посао*, уговор о наслеђивању се закључује у форми нотарске исправе, уз истовремено присуство обе стране и при чему морају бити испуњени законом прописани услови за пуноважност нотарског тестаента.¹³⁸² Уколико се уговор закључује између супружника, односно вереника, онда се

¹³⁷⁸ Види: чл. 1095. Грађанског законика Француске; § 1250 ABGB; у немачком праву, ово правило се примењује уколико се уговор закључује између супружника, па је један од њих ограничено пословно способан (§ 2275 (2) BGB);

¹³⁷⁹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 253.

¹³⁸⁰ § 2274 BGB, Види: (Leipold, 2002), стр. 180; (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 469, 470; (Hausman – Hohloch, 2010), стр. 648;

¹³⁸¹ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 471, 472; (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 146, 147.

¹³⁸² § 2231, 2232; 2276 (1) BGB. За малолетно лице важе посебни захтеви форме које мора испунити, као што је правило да уговор о наслеђивању може предати једино у отвореном омоту, уз изјаву да је у њему садржана његова последња воља или пак дати изјаву последње воље усмено на записник (§ 2233(1) BGB).

примењују правила прописана за формалну пуноважност брачног уговора.¹³⁸³ ¹³⁸⁴ Строга форма закључивања уговора о наслеђивању предвиђена је због његовог правног значаја, јер се уговорне стране везују својом изјавом воље о именовану наследника (*mortis causa* располагањима), те се упозоравајућа и заштитна функција форме сама по себи намеће. Заштитна функција остварује се и преко нотара као треће неутралне особе која би требало да води подједнако рачуна о интересима обе уговорне стране, упозоравајући их на све правне последице њихових располагања.¹³⁸⁵ Отуда произлази да је у прилог правне сигурности уговорног оставиоца избор форме знатно више ограничен него код тестаментарног располагања, где постоји могућност избора између различитих завештајних форми, од којих су за поједине предвиђени блажи (једноставнији) услови формалности.

Уговор о наслеђивању је *каузални правни посао*. Његов основ (правни циљ) је располагање имовином за случај смрти.¹³⁸⁶ Кауза располагања је дакле иста као и код завештања, с тим да везаност за уговор онемогућава уговорног оставиоца да располаже за случај смрти у корист неког другог лица делом заоставштине који је остављен уговорном наследнику.

Уговор о наслеђивању може бити закључен и *као добротин и као теретан правни посао*.¹³⁸⁷ Отуда ће уговор о наслеђивању бити комутативан, уколико је по

¹³⁸³ § 2276 (2) BGB; Уколико су одредбе уговорног наслеђивања садржане у брачном уговору, оне производе правно дејство ако је испоштована форма која се тражи за закључење брачног уговора, тако да раскид брачног уговора по правилу доводи до престанка уговора о наслеђивању, осим уколико није другачије уговорено – § 2276 BGB-а. У нашем праву је допуштено закључење брачног уговора чији је законски основ члан 29. Породичног законика. Закључењем брачног уговора се искључује законски режим заједничке имовине. Овим уговором супружници по својој вољи уређују брачно-имовински режим, односно имовинско-правне односе у погледу њихове постојеће и будуће имовине. Међутим, брачним уговором се не могу мењати наследноправни односи између супружника. Путем брачног уговора супружник је осигурао свој имовинскоправни положај у случају развода брака, али ће у случају његове смрти његова имовина бити расподељена према правилима наследног права.

¹³⁸⁴ У аустријском праву уговор о наслеђивању мора испуњавати двоструке захтеве форме, захтеве форме нотарског акта који се сачињава од старне јавног бележника подразумевајући и присуство два сведока, или потврду од стране још једног нотара, као и испуњење услове форме нотарског тестаментарног. Не може бити сачињен пред судијом у форми судијског протокола, чл. 1. *Закон о нотарима Аустрије* (Notariatsaktgesetz); У праву Швајцарске, уговор о наслеђивању се сачињава у форми јавног тестаментарног, где уговорне стране истовремено изјављују своју вољу пред јавним службеним лицем, потписујући уговор уз присуство два сведока - чл. 512. ст.1 ZGB; У француском праву уговор о наслеђивању се сачињава у писменом облику, пред једним нотаром, било да је уговор о наслеђивању саставни део брачног уговора - чл. 1349. ст. 1 Грађанског законика Француске, или пак има карактер поклона будућих ствари - чл. 931. Грађанског законика Француске;

¹³⁸⁵ Види: М. Povlakić – D. Softić Kadenić, „Da li je potrebno uvesti nove forme mortis causa u nasljedno pravo u BiH?“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 10 (2012), стр. 183-204.

¹³⁸⁶ (Перић, 1923), стр. 59;

¹³⁸⁷ Изузетак је право Француске где модалитети уговора о наслеђивању имају искључиво карактер добротинских правних послова с обзиром да је реч о поклону будућих ствари, а у праву Мађарске

природи добродиног карактера, односно алеаторан, уколико је закључен као теретни правни посао.¹³⁸⁸ Сврставање уговора о наслеђивању у неку од постојећих категорија уговора (добродини или теретни, једнострано или двостранообавезујући) тежак је задатак, управо због тога што уговор о наслеђивању није по својој природи типичан (облигационоправни) уговор. У упоредној правној теорији је чак и спорно његово поимање као теретног правног посла. Наиме, у *швајцарском праву* уколико код уговора о наслеђивању постоји повезаност обавеза уговарача, тако да уговорни завешталац врши уговорно располагања (за случај смрти), зато што уговорни партнер (сауговарач) врши одговарајућу противчинидбу или се обавезује да ће је извршити, реч је о типичном синалгматичком уговору, који поприма теретни карактер.¹³⁸⁹ С друге стране, уговор о наслеђивању може имати карактер добродиног правног посла када везаност уговорног завештаоца не подразумева противчинидбу сауговарача. У немачком праву (слично и у аустријском),¹³⁹⁰ има теоретичара који заступају став да овај уговор не може имати карактер теретног правног посла. Уколико се уговори нека противчинидба на терет сауговарача (обавеза издржавања, обавеза плаћања доживотне ренте), у том случају се, према мишљењу појединих немачких теоретичара, не ради о јединственом уговорном односу, где би први уговор (тзв. *Verpflichtungsvertrag*) био саставни део уговора о наслеђивању (*Erbvertraga-a*), у смислу § 2274. BGB-а, већ је реч о два независна, међусобно правно повезана уговора од којих је један правни посао *inter vivos*, а други *mortis causa*.¹³⁹¹

с) ПРЕДМЕТ И САДРЖИНА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ.

Уколико је *предмет уговора* о наслеђивању заоставштина оставиоца или њен аликвотни део, тада он представља основ за универзалну сукцесију и самим тим уговорни наследник има положај универзалног сукцесора.¹³⁹² Како уговорни наследник стиче по основу уговора о наслеђивању заоставштину (односно њен аликвотни део), њему могу припасти и она права која уговорни оставилац стекне након закључења уговора, поред оних која већ поседује у тренутку закључења.¹³⁹³ У овом случају,

искључиво теретног карактера, с обзиром да је битан елемент овог уговора обавеза доживотног издржавања.

¹³⁸⁸ Н. Суботић Константиновић, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Том 3, Београд: Службени лист СФРЈ, 1978, стр.557.

¹³⁸⁹ Р. Weimarr, in Berner Kommentar, Die Verfügung von Todes wegen, стр. 69-70.

¹³⁹⁰ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 145.

¹³⁹¹ (Leipold, 2002), стр. 179.

¹³⁹² Види чл. 2776 Нацрта грађанског законика РС.

¹³⁹³ (Ђурђевић, 2011), стр. 205.

предмет уговора о наслеђивању не може бити одређен, већ само одредив, што се управо и наводи у теорији као један од његових недостатака.¹³⁹⁴ Уколико се уговором располаже само одређеном ствари или правом, уместо целокупном заоставштином или њеним делом, реч је о уговорном легату као виду синглуарне сукцесије.¹³⁹⁵ У том смислу не постоје одступања од завештајног наслеђивања.

Када је реч о *садржини уговора* о наслеђивању, њу могу чинити сва располагања својствена завештању. У том смислу, искључење или лишење наследника нужног дела, постављање извршиоца завештања и др., код уговора о наслеђивању имају карактер једностраних располагања и на њих се примењују правила о опозиву тестаментa.¹³⁹⁶ У садржину уговора о наслеђивању улазе и друга располагања за случај смрти својствена завештању (именовање наследника, легатара, одређивање налога) која могу имати имају уговорни карактер и као таква везују уговорног оставиоца, без постојања могућности њиховог једностраног опозива.¹³⁹⁷

Уколико се уговорне стране међусобно именују за наследнике, ова врста двостраног уговора о наслеђивању се означава као реципрочан уговор (*gegenseitigern/reziproken*) *Erbvertrag*).¹³⁹⁸ Уговорна располагања могу бити и међусобно зависна (условљена), када једна страна располаже на одређен начин, јер се и друга страна обавезала на одговарајућу противчинидбу (кореспективни уговор о наслеђивању – *wechselbezüglicher (korrespondenten) Erbvertrag*).¹³⁹⁹ ¹⁴⁰⁰ Важно је нагласити да уговор о наслеђивању мора садржати макар једно уговорно располагање

¹³⁹⁴ Види опширније (Станковић, 2015), стр. 292.

¹³⁹⁵ Треба се подсетити да првобитно у аустријском праву уговорни легат није био допуштен, већ се овакав уговор нормирао као поклон за случај смрти, али је ова одредба 2016. год. стављена ван снаге, Види чл. 956. ранијег Грађанског законика Аустрије; (Marković, 1981), стр. 298.

¹³⁹⁶ § 2253 BGB.

¹³⁹⁷ Двострана располагања односе се на именовање наследника, остављање испорука, као и давање налога, која се аутоматски не сматрају двостраним, већ је њихов карактер одређен вољом завештаоца (Leipold, 2002), стр. 181; (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 474.

¹³⁹⁸ О класификацији уговора о наслеђивању види: (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 338; Класификација уговора о наслеђивању на једностране и двостране значајна је са аспектa њиховог правног десјтва и начина престанка. Код двостраних уговора о наслеђивању претпоставка је да се ради о узјамано условљеним располагањима, осим ако вољом страна уговорница није одређено другачије.

¹³⁹⁹ (Ђурђевић, 2009), стр. 191.

¹⁴⁰⁰ Међутим, ову поделу не треба поистовећивати са једностраним и двостраним правним пословима, јер је уговор увек двострани правни посао (види: (Perović, 1980), стр. 197); једностраност и двостраност не треба поистовећивати ни са једнострано и двострано обавезујућим уговорима у које се не би могао сврстати сваки уговор о наслеђивању, јер се не ради увек о узајамним (реципрочним) располагањима, односно може се десити да кауза располагања једне стране уговорнице није располагање друге стране. Дакле, двостранообавезујући би био само онај уговор о наслеђивању чија су располагања узајамно условљена.

Vertragmäßige verfügungen) да би се могло говорити о уговорној правној природи.¹⁴⁰¹
1402

У погледу стицања наследничког својства, важе исте претпоставке као и код завештајног наслеђивања, те је у том погледу положај уговорног и завештајног наследника изједначен. Наследно право се стиче *ipso iure*, моментом отварања наследства. Наследник мора доживети моменат делације уговорног оставиоца и бити достојан и способан за наслеђивање, како би уговор произвео дејство.¹⁴⁰³ Важно је да није искључен из наслеђа и да га се није одрекао. Такође, уговорни наследник може прихватити или одбити понуду за стицање наследничког својства, баш као што завештајни наследник може дати позитивну или негативну наследничку изјаву. Важно је напоменути да уговорни наследник задржава право да да негативну наследничку изјаву, иако је пристао на закључење уговора о наслеђивању.¹⁴⁰⁴

Подударност слободе тестирања и слободе уговорног именованја наследника такође се огледа у ограничавајућем дејству установе нужног дела која се може посматрати као опште ограничење приватноправне аутономије *mortis causa* постављено конгентним правним нормама.¹⁴⁰⁵ Дакле, у готово свим правним системима у случају уговорног располагања заоставштином, заштићени су интереси нужних наследника,¹⁴⁰⁶ што је позитивна страна уговора о наслеђивању. Изузетак је право Мађарске, где из судске праксе произлази да нужни наследници не уживају правну заштиту у случају да је њихово право на нужни део повређено уговором о наслеђивању. Овакво становиште последица је искључиво теретног карактера уговора о наслеђивању који садржи и елементе уговора о доживотном издржавању.¹⁴⁰⁷

¹⁴⁰¹ (Leipold, 2002), стр. 182,

¹⁴⁰² Како се једностраност, односно двостраност као својство ових уговора односи на именованје наследника, у немачкој правној доктрини се говори о једнострано и двострано именујућим уговорима. Ова терминологија није блиска нашем позитивном наследном праву, па се користе термини једнострани и двострани уговор о наслеђивању.

¹⁴⁰³ (Ђурђевић, 2009), стр. 190.

¹⁴⁰⁴ T. Kipp, H. Conig, Erbrecht, Ein Lehrbuch, Tübingen, 1990, стр. 482 (наведено према: (Ђурђевић, 2009, стр. 190, фуснота 23).

¹⁴⁰⁵ Супротно види: О. Антић, „Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву“, *Анали Правног факултета*, 5 (1986), стр. 512.

¹⁴⁰⁶ § 2303 BGB-a, § 1254. ABGB-a, čl. 481 ZGB-a;

¹⁴⁰⁷ (Csehi, 2011), стр. 187, 188.

d) ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ НА СЛОБОДУ ЗАВЕШТАЊА

И уговорно и завештајно именоване наследника има за последицу отклањање примене правила законског наслеђивања вољом оставиоца.¹⁴⁰⁸ Уговор о наслеђивању као најјачи основ наслеђивања, има примат не само над законским, већ и над завештајним наслеђивањем. То значи да накнадно тестаментарно располагање неће произвести правно дејство уколико по садржини противречи уговору о наслеђивању, односно мења, ограничава или оптерећује правни положај уговорног наследника.¹⁴⁰⁹ Чак и у случају да је завештање сачињено пре закључења уговора о наслеђивању, оно ће бити дерогирано (стављено ван санге) када уговор о наслеђивању произведе правно дејство, уколико је тим располагањем погоршан правни положај уговорног наследника.¹⁴¹⁰

На тај начин, слобода тестатора уговорним располагањем за случај смрти може бити у значајној мери ограничена, с обзиром да уговорни оставилац начелно није у могућности да именује друго лице за наследника на делу заоставштине (или целој заоставштини) којом је уговорни оставилац располагао у корист уговорног наследника. Дакле, уколико не би постојала могућност промене садржине овог уговора у складу са промењеним околностима и његовом измењеном вољом, нити једним правном послом за случај смрти (ни завештањем, ни уговором о наслеђивању), слобода *mortis causa* располагања била би неоправдано сужена, без обзира на форму кроз коју се манифестује. Коначно, могло би се поставити питање сврсисходности оваквог вида располагања за случај смрти које не одговара вољи уговорног оставиоца.

Везујући карактер уговора о наслеђивању произлази из његове уговорне природе и начелне једностране неопозивости самог уговора, због чега он представља и најјачи правни основ наслеђивања.¹⁴¹¹ И управо у везујућем карактеру уговорних располагања за случај смрти огледа се специфичност (сврха) уговора о наслеђивању као правног института.¹⁴¹² Кроз везујући карактер уговора о наслеђивању настоји се заштити уговорни наследник, односно лице које стиче корист по основу уговора, јер било које располагање за случај смрти којим се угрожава право наследника из уговора

¹⁴⁰⁸ Види: (Povlakić – Softić Kadenić, 2012), стр. 188.

¹⁴⁰⁹ (Brox, 2004), стр. 97; (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 152.

¹⁴¹⁰ § 2289 (1) BGB (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 698; (Ђурђевић, 2009), фуснота 73 (Уколико уговорни наследник умре пре уговорног завештаоца, у том случају раније сачињени тестамент неће бити стављен ван снаге, јер није довољно да уговор о наслеђивању буде само закључен, већ и да почне производити правно дејство како би дерогирао раније сачињено завештање).

¹⁴¹¹ (Leipold, 2002), стр. 178,

¹⁴¹² *Ibidem*.

о наслеђивању неважеће је (како претходно тестаментарно располагање, тако и накнадно).¹⁴¹³ Оваква заштита уговорног наследника није потребна уколико се накнадним располагањем за случај смрти положај уговорног наследника побољшава.

С друге стране, уговор о наслеђивању не ограничава уговорну слободу оставиоца, тј. његово право да располаже својом имовином *inter vivos*,¹⁴¹⁴ тако да имовинска располагања остају важећа чак и онда када је угрожен правни положај уговорног наследника (§ 2286 BGB-а). То важи и онда када је поклонима намерно проузрокована штета будућем наследнику, када он има право једино на истицање облигационоправних захтева, али учињено располагање остаје пуноважно (§ 2287, 2288 BGB-а).

е) НАЧИН И ФОРМА ОПОЗИВА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Дејство уговора о наслеђивању на слободу завештања непосредно је везано за питање његове опозивости, односно раскида уговора о наслеђивању, јер управо домашај овог права дефинише степен ограничавања завештајне слободе.¹⁴¹⁵ За разлику од тестаментарних располагања која су једнострано опозива, уговор о наслеђивању садржи обавезујућа (уговорна) располагања која су начелно једнострано неопозива. Управо у том везујућем карактеру огледа се специфичност уговора о наслеђивању као облика располагања *mortis causa*.

Имајући у виду двоструку правну природу уговора о наслеђивању, спорно је у којој мери се правила уговорног права могу применити по питању његовог раскида, односно опозива. Одговор на ово питање зависи од природе располагања. Тако се на опозив једностранних располагања за случај смрти која улазе у садржину уговора о наслеђивању примењују правила тестаментарног права (јер ове одредбе имају завештајну правну природу), док се на опозив двостраних (уговорних) располагања примењују правила уговорног права.

Сходно решењима садржаним у немачком праву, као и сваки уговор, тако и уговор о наслеђивању може бити **раскинут** споразумно, а ово право се гаси смрћу једне

¹⁴¹³ Под угрожавањем подразумева се свако оптерећење или ограничавање права уговорног наследника; (Вгох, 2004), стр. 97.

¹⁴¹⁴ (Вгох, 2004), стр. 98.

¹⁴¹⁵ У упоредном праву (швајцарском, немачком, француском) не говори се о једностраном раскиду уговора о наслеђивању, већ о једностраном одустанку или опозиву уговора о наслеђивању (*rücktritt, révocation*). Реч је о начинима престанка уговора изјавом једностране воље уговорног оставиоца који су по суштини блиски раскиду, али се не могу подвести под стандардни појам раскида у облигационоправном смислу. Овакво схватање последица је становишта појединих теоретичара да уговор о наслеђивању може бити закључен само као добротин правни посао, као и разликовања једностранних и двостраних одредаба у самом уговору. (Станковић, 2015), стр. 371.

од уговорних страна (§ 2290 (1) BGB-a). Он може бити споразумно раскинут сачињавањем новог уговора између истих уговорних страна који ће имати форму уговора о наслеђивању и којим може бити опозван претходни уговор (*Aufhebungsvertrag*). Уговор о наслеђивању такође, може бити опозван сачињавањем заједничког тестаментa (*Gemeinschaftliches Aufhebungstestament*) уколико је закључен између супружника или цивилних партнера (§ 2292 BGB-a), наравно уколико у заједничком тестаменту своју последњу вољу изражавају ова лица. Такође, уколико уговор садржи налог или испоруку, могуће је да их уговорни завешталац путем завештања опозове, уз сагласност уговорног наследника која мора бити дата у форми нотарске исправе, која је као таква неопозива.¹⁴¹⁶ Сви ови начини опозива завештања који су регулисани у немачком праву, могу се подвести под споразумни раскид, будући да се тражи сагласност обе уговорне стране, без обзира у ком облику се она испољава.

Са друге стране, а полазећи од принципа *pacta sunt servanda*, сауговарачи код уговора о наслеђивању не могу једнострано раскинути уговор, што је и логично, будући да се овде ради о уговору, а уговор је закон за уговорне стране, чиме се одступа од својства опозивости као основног обележја тестаментарног располагања имовином за случај смрти. Међутим, ово правило је релативизирано могућношћу једностраног опозива у законом предвиђеним случајевима.¹⁴¹⁷ Уговорни завешталац може једнострано опозвати уговор уколико сауговарач не извршава уговорну обавезу, нпр. уколико му се друга страна обавезала на периодично плаћање у виду издржавања, па је та обавеза отпала пре његове (оставиочево) смрти (чл. 2295 BGB-a). Као што се може видети, када је уговор о наслеђивању теретан, овде се примењују општа правила уговорног права према којима у случају неиспуњења уговорних обавеза једне уговорне стране, страна верна уговору, њега може једнострано раскинути.

Са аспекта остваривања слободе уговарања, посебно је значајна могућност уговорног оставиоца да се ослободи везујућег дејства уговора о наслеђивању уколико је задржао право на опозив,¹⁴¹⁸ што, ако ту могућност искористи, доводи до проширења границе слободе завештања, коју је претходно сам себи лимитирао склапањем уговора о наслеђивању. Допуштеност уговарања овакве резерве израз је аутономије воље уговорног оставиоца. Он може задржати ово право у односу на сва уговорна располагања (пошто су једнострана располагања по природи опозива), или само у

¹⁴¹⁶ § . 2291 BGB; (Brox, 2004), стр. 104.

¹⁴¹⁷ (Leipold, 2002), стр. 183.

¹⁴¹⁸ § 2293. BGB; види: L. Michalski, *BGB-Erbrecht* (Hedielberg: 2010), стр. 102.

односу на поједина уговорна располагања која су тачно прецизирана у уговору. Међутим, уколико би се резерва односила на сва билатерална располагања из уговора, онда би уговору недостајало везујуће дејство и не би се више радило о уговору о наслеђивању, већ о нечем налик тестаменту.¹⁴¹⁹ Дакле, уместо опозива уговора о наслеђивању, дошло би до његове конверзије. У том смислу, по мишљењу појединих теоретичара, уколико би право на једнострани раскид уговора задржао један од уговарача, уговор би био конвертован у завештање, а уколико би ово право резервисале обе уговорне стране, у том случају би дошло до конверзије овог уговора у заједнички тестамент.¹⁴²⁰

Могућност придржаја права на опозив свих билатералних располагања у уговору свакако говори у прилог аутономије воље уговорног оставиоца, али се може поставити питање сврсисходности закључивања једног оваквог уговора, с обзиром да се на овај начин уговор о наслеђивању може у потпуности ставити ван дејства. У одговору на ово питање треба поћи од чињенице да уговор о наслеђивању који иако није типичан (облигационоправни) уговор, ипак представља манифестацију слободе уговорања. Сматрамо да је немачки закондовац предвидео овакву могућност у прилог фаворизовања аутономије воље уговорног оставиоца настојећи да очува опозивост располагања *mortis causa* као његово суштинску одлику, тако што пружа могућност избора уговорним странама да одреде домашај правног дејства уговора о наслеђивању, као израз њихове аутономије воље.

Опозив се врши обавештавањем друге уговорне стране, а изјава мора бити дата у форми нотарске исправе. Заступништво у овом случају није дозвољено, а ограничено пословно способна лица не морају имати сагласност законског заступника приликом опозива (раскида) уговора (§ 2296 BGB-a). У свим ситуацијама у којима је једнострани раскид уговора према закону могућ, завешталац може опозвати уговор о наслеђивању и у форми завештања, након смрти друге уговорне стране (§ 2297 BGB-a).

Када је реч о реципрочном уговору о наслеђивању, ништавост располагања једне уговорне стране повлачи ништавост свих уговорних располагања сауговарача.¹⁴²¹ Уколико је код оваквих уговора задржано право опозива располагања, опозивом једног располагања престаје да важи читав уговор. Право опозива се гаси смрћу друге

¹⁴¹⁹ (Zimmermann, 2007), стр. 131.

¹⁴²⁰ Д Миљковић, *Уговори о наслеђивању по француском, немачком, аустријском и српском законодавству* (Београд : 1913), стр.1003-1004, наведено према (Станковић, 2015), стр. 384.

¹⁴²¹ (Leipold, 2002), стр. 159.

уговорне стране, када је опозив располагања друге стране могућ у форми тестаментa, уколико се она одрекла користи коју би стекла по основу уговора о наслеђивању (§ 2298 BGB-а). Уколико је уговор о наслеђивању закључен између супружника, разводом или поништајем брака престаје и сам уговор, осим уколико уговорне стране нису другачије предвиделе.¹⁴²² У случају престанка важења уговора о наслеђивању важиће претходна и накнадна располагања заоставштином.¹⁴²³ Овакво решење темељи се на принципу хијерархије правних основа наслеђивања и сходно томе даје се примат аутономији воље тестатора у погледу уређивања наследноправних последица за случај смрти над законским наслеђивањем.

Међутим, имајући у виду наследноправни карактер уговора о наслеђивању, у правној теорији је спорно да ли ће се правила уговорног права у потпуности примењивати када је уговор о наслеђивању закључен као двостранообавезујући, теретан правни посао (нпр. правила о еквивалентности узајамних чинидби и прекомерном оштећењу, о раскиду уговора због промењених околности и сл.).¹⁴²⁴ Полазећи од алеатероног карактера теретеног уговора о наслеђивању, где се однос престација у моменту закључења уговора не може одредити јер се не зна шта ће га чинити, које ће ствари и права коначно ући у заоставштину у моменту смрти уговорног оставиоца, о примени принципа *laesio enormis* свакако не може бити речи.

Када је реч о промењеним околностима, оне се такође не наводе као могући законски основ једностраног опозива реципрочног као и теретног уговора о наслеђивању, што се негативно одражава на аутономију воље уговорног оставиоца који није у могућности да у овом случају тражи раскид уговора, иако он више не одговара његовим очекивањима. С обзиром да уговор више није у складу са побудама које су га определиле на закључење уговора, он више не остварује своју срвху, те је његово одржање на снази неправично. Овај недостатак се у правима у којима је уговор о наслеђивању резервисан само за супружнике, може отклонити правилом о престанку уговора услед престанка брака (или ванбрачне заједнице), као у праву Аустрије. Пошто то није случај са правом Немачке, овај недостатак се донекле може ублажити кроз уговарања права једностране измене садржине уговора, које је предвиђено као могућност.¹⁴²⁵

¹⁴²² § 1266 ABGB.

¹⁴²³ (Bartholomeyczik – Schlüter, 1975), стр. 152.

¹⁴²⁴ (Povlakić / D. Softić Kadenić, 2012), стр. 194.

¹⁴²⁵ L. Michalski, *BGB-Erbrecht*, 4th edn (C.F. Müller, 2010.), стр. 102.

Најзад, уговор о наслеђивању неће производити дејство, ако након смрти уговорног оставиоца, постоје околности услед којих уговорни наследник неће или не може да стекне својство универзалног сукцесора. С друге стране, он може престати услед специфичних разлога својствених једино уговорном наслеђивању. Тако ће уговор престати да производи дејство – уколико постоје разлози за искључење будућег наследника из наслеђа, уколико уговорни наследник умре пре оставиоца код нереципрочних уговора, услед недостојности и неспособности за наслеђивање уговорног наследника, као и у случају његовог одрицања од наследства.¹⁴²⁶ Кроз ове узроке недејства предвиђене за раскид уговора о наслеђивању који се темеље на принципима наследног права, одражава се његов наследноправни карактер, а њихова примена је овде нужна будући да је он један од основа наслеђивања, па је поступање у складу са основним наследноправним принципима и овде неопходно. Њиховом применом код уговорног наслеђивања, границе слободе завештања се нити проширују, нити сужавају. Ове норме наследног права код свих основа позивања на наслеђе имају исту функцију – њиме се подржава успостављање правичног поретка сукцесије и поштује принцип добровољности у наслеђивању.

Еластичност и прилагодљивост тестаментарног располагања конкретним околностима, као и могућност прилагођавања његове садржине измењеним приликама везују се за његов опозивни карактер. Код уговора о наслеђивању као негативна страна истиче се немогућност уговорног оставиоца да измени своју вољу у погледу расподеле заоставштине, чији се састав у моменту закључења не може предвиди. Отуда се поставља питање колико уговор о наслеђивању доприноси остваривању праве воље будућег оставиоца, уколико су се измениле околности, а он садржину уговора њима не може прилагодити. Овај аргумент могао би се прихватити уколико би оставиочева слобода располагања предметном имовином била ограничена у потпуности. Међутим, ограничење његове аутономије воље односи се само на располагања *mortis causa*, али не и *inter vivos*, чиме се овај аргумент делимично оповргава.

Неспорно је да је првобитно правно дејство уговора о наслеђивању на слободу тестирања ограничавајуће, с обзиром да је реч о уговорном располагању заоставштином, али овакво дејство уговора о наслеђивању у односу на завештање није увек нужно. Оно може бити релативизовано на различите начине, па се спорном чини ова предност завештања у односу на уговор о наслеђивању и самим тим његово

¹⁴²⁶ Н. Стојановић, „Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права“, у *Грађанска кодификација – Civil Codification* (Ниш, 2003а), стр. 370.

својство неопозивости ослабљује као аргумент против његовог нормирања. У случају да уговором о наслеђивању није обухваћена целокупна заоставштина, слобода тестирања може се реализовати у односу на слободан део заоставштине, било да је реч о претходном или накнадном завештајном располагању, тако да уговорно располагање заоставштином не искључује нужно слободу тестирања. У складу са правилом кумулације правних основа наслеђивања, постоји могућност и уговорног и завештајног располагања различитим деловима заоставштине. Такође, слобода завештања може се манифестовати кроз побољшање наследноправног положаја накнадним завештајним располагањем. И у случају да је уговором о наслеђивању обухваћена целокупна заоставштина, ограничавајуће дејство уговора о наслеђивању може бити релативизирано задржавањем права једностраног опозива уговора од стране уговорног оставиоца, а та је могућност предвиђена у готово свим правима која нормирају овај институт, са изузетком Аустрије.¹⁴²⁷

У аустријском праву везаност уговорних страна за уговорна располагања реалативизирана је правилом да престанком брака овај уговор престаје да производи правно дејство (с обзиром да је резервисан само за супружнике). Такође, утицај неопозивости уговора о наслеђивању на слободу тестирања, ублажен је прописивањем ограничења у погледу опсега имовине којом уговорни оставилац може слободно располагати, а који износи 3/4 од вредности заоставштине. Дакле, 1/4 чисте вредности заоставштине мора остати слободна за завештајно располагање (ако њоме завешталац не располаже, он припада законским наследницима).¹⁴²⁸ Ово ограничење предвиђено је у сврху заштите слободе тестирања (а не интереса нужних наследника), јер је основна претпоставка аустријског законодавца да слобода тестирања може бити само ограничена, али не искључена закључивањем уговора о наслеђивању.¹⁴²⁹ Циљ оваквог приступа јесте успостављање равнотеже између слободе тестирања и уговорног располагања за случај смрти, чиме се потврђује да се ова два начела не морају сматрати нужно супротстављеним, већ да могу паралелно егзистирати.

¹⁴²⁷ Могућност једностраног раскида уговора о наслеђивању постоји само у законом предвиђеним случајевима (§ 1254 ABGB); види: (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 256.

¹⁴²⁸ § 1253. ABGB.

¹⁴²⁹ (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 109, 254.

f) РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ И ЗАВЕШТАЊА

Иако су уговор о наслеђивању и завештање сродни правни послови јер оба имају извориште у вољи будућег оставиоца и производе дејство моментом отварања његовог наслеђа, међу њима постоје и значајне разлике.¹⁴³⁰

Основне разлике између уговора о наслеђивању и завештања проистичу из њихове различите правне природе. За разлику од завештања које је једностранни правни посао, уговор о наслеђивању је двострани правни посао. Дакле, завештање настаје само изјавом воље завештоца, а за настанак уговора о наслеђивању потребна је сагласност двеју воља (јер он настаје као сваки други уговор, чињењем и прихватањем понуде).¹⁴³¹ Отуда, као суштинска разлика између ових правних послова произлази да је уговор о наслеђивању начелно једнострано неопозив, док је завештање увек једнострано опозиво. Такође, завештање је лични правни посао, док уговор о наслеђивању који није реципрочан, наследник може закључити и посредством заступника.¹⁴³²

Још једна од разлика огледа се у томе што завештање представља добротин правни посао, док уговор о наслеђивању може бити закључен не само као добротин, већ и теретан, када се за стицање наследничког својства дугује одговарајућа противчинидба. На страни уговорног наследика могу бити уговорене различите обавезе. Он може бити оптерећен обавезом доживотног издржавања, или плаћања доживоте ренте уговорном оставиоцу и на тај начин се садржина уговора о наслеђивању може модификовати у складу са потребама уговорних страна. У том смислу, долази до изражаја флексибилност овог правног института у односу на завештање, које се често у правној теорији квалификује као еластичнији инструмент *mortis causa* располагања од уговора о наслеђивању.¹⁴³³

g) КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ОГРАНИЧАВАЈУЋЕ ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ЗАВЕШТАЈНУ СЛОБОДУ

Специфичност уговорног располагања за случај смрти у односу на завештајно располагање произлази, пре свега, из његове уговорне правне природе и неопозивости, због чега и представља јачи правни основ наслеђивања у односу на завештање.¹⁴³⁴ Због везаности уговорног оставиоца за уговорно именовање наследника, ограничава се

¹⁴³⁰ (Stojanović, 2003), стр. 164.

¹⁴³¹ *Ibidem*.

¹⁴³² (Станковић, 2015), стр. 241.

¹⁴³³ (Ђурђевић, 2009), стр. 206.

¹⁴³⁴ О. Антић, „Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву”, *Анали Правног факултета*, 5 (1986), стр. 512.

његова слобода тестаментарног располагања имовином која је уговором обухваћена. Међутим, имајући у виду двоструку правну природу уговора о наслеђивању (уговор и располагање за случај смрти), овај уговор се мора посматрати у корелацији (кроз призму односа) уговорне и завештајне слободе. Реч је о специфичном уговору чија је везаност наследноправна, а не облигационоправна. Уколико се пође од сврхе нормирања уговора о наслеђивању, он је као институт првенствено установљен у циљу заштите наследноправних интереса уговорног наследника, и управо ова заштитна функција оправдава његово ограничавајуће дејство на слободу тестирања.¹⁴³⁵ С друге стране, везаност за уговорно располагање заоставштином наводи се као негативна страна уговорног располагања за случај смрти, јер се полази од традиционално укорењеног схватања о опозивости располагања имовином за случај смрти, као основном принципу тестаментарног наслеђивања. Отуда је у правној доктрини остао доминантан негативни став о овом инструменту вољног уређивања наследноправних последица смрти. Уговор о наслеђивању сматра се непотребним, "јер су све потребе задовољене установом интестатског и тестаментарног наслеђивања". Увођење овог института значило би "одрицање од могућности сачињавања тестаamenta који је због своје једностране опозивости еластичнији инструмент од уговора о наслеђивању".¹⁴³⁶ За разлику од завештања, уговор о наслеђивању везује дефинитивно, и у случају измењених прилика, он може бити измењен само пристанком друге уговорне стране.¹⁴³⁷

Ове негативне критике уговора о наслеђивању осликавају друштвене прилике и схватања односног времена, али ови аргументи против уговора о наслеђивању као инструмента планирања наслеђивања, на данашњем степену друштвено-економског развоја немају чврсто упориште. Наиме, у правној теорији се истиче да сваком лицу треба обезбедити да по сопственом нахођењу изрази своју последњу вољу и да мора имати пуну слободу одлучивања и поступања, и да се та слобода може довести у питање уговарањем будућег наследства и будућих наследних права.¹⁴³⁸ Управо овај аргумент који се истиче против уговорног наслеђивања говори у прилог његовом допуштању. Наиме, у домену реализације приватноправне аутономије сваког појединца је његово опредељивање да ли ће и на који начин ће располагати својом имовином за случај смрти, да ли ће се определити за завештање као опозови правни посао, или ће се

¹⁴³⁵ (Ђурђевић, 2009), стр. 198.

¹⁴³⁶ (Константиновић, 1947), стр. 335.

¹⁴³⁷ *Ibidem.*

¹⁴³⁸ (Blagojević, 1983), стр. 303.

пак везати за располагање имовином за случај смрти уговором о наслеђивању и својевољно ограничити своју слободу тестирања.

Дакле, уговорно располагање представља манифестацију аутономије воље, баш као и тестаментарно располагање. Као израз слободе уговарања, на уговорним странама је да одреде интензитет те везаности, уговарањем задржавања права опозива и измене садржине уговора, те прилагођавања његове садржине новонасталим околностима. Даље, ограничење слободе тестирања уговором о наслеђивању не мора бити апсолутно; уговорни завешталац може сам¹⁴³⁹ поставити те границе, тако што неће располагати целокупном заоставштином за случај смрти. У том смислу део заоставштине може остати слободан за законско наслеђивање, односно завештајно располагање. Истовремено постоји могућност одређивања домаћаја слободе *inter vivos* располагања имовином која представља објекат уговора. Од начина регулисања овог уговорног односа зависиће у којој мери је осигуран наследноправни положај потенцијалног наследника, и истовремено мера ограничавања аутономије воље уговорног оставиоца.

Иако се везаност за уговорно располагање заоставштином наводи као негативна страна уговорног располагања за случај смрти, управо је она израз аутономије воље појединца, јер се кроз везујући карактер уговора осигурава наследноправни положај потенцијалног наследника. Не треба губити из вида да уговорни наследник, такође према својим интересима, процењује да ли му закључење уговора о наслеђивању одговара или не и слободно одлучује, по својој вољи, о његовом закључењу. Тако, одлука уговорног наследника да приступи закључењу овог уговора и, уколико је теретан, преузме на себе какву обавезу, представља израз његове аутономије воље.

Иако се слобода уговорног наслеђивања и завештајног наслеђивања најчешће посматрају у својој супротстављености, као теза и антитеза, треба нагласити да је у оба случаја реч о вољно уређивању наследноправних последица смрти, манифестацији аутономије воље за случај смрти неког лица. У том правцу треба посматрати ове инструменте располагања имовином за случај смрти, дакле, као појавне облике приватноправне аутономије за случај смрти, при чему је на титулару ових права да се определи за живота у којој форми и на који начин ће располагати својом заоставштином. Њихово паралелна егзистенција оправдана је са становишта шире аутономије воље у погледу планирања наслеђивања. Предност уговора о наслеђивању у

¹⁴³⁹ Кажемо *сам*, јер полазећи од принципа аутономије воље уговорни завешталац чини понуду за закључење уговора о наслеђивању, а наравно, овај уговор, као и сваки други, настаје сагласношћу воља.

односу на завештајно располагање огледа се у могућности уређења наследноправних последица смрти још за живота, чиме се доприноси флексибилности у расподели заоставштине за случај смрти и прилагођавању конкретним околностима, чији се практични значај посебно огледа у планирању наслеђивања породичних предузећа.

2. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Уговор о наслеђивању различито је регулисан у законодавствима земаља које га признају и различитог је правног домаћаја с обзиром на правну природу уговора и правни циљ нормирања. Слобода уговарања при његовом закључењу трпи бројне лимите: 1) по питању избора уговорног партнера; овај сегмент садржине слободе уговарања није апсолутан - у законодавствима која га допуштају најчешће је ограничен, различито дефинисан круг лица између којих он може бити закључен, као и оних која се могу наћи у улози бенефицијара; 2) по питању садржине уговора – често је ограничен опсег имовине којом се може располагати; 3) по питању начина престанка – да ли је или није дозвољена могућност једностраног раскида, итд. Из ових разлога различитог је интензитета и ограничавајући утицај уговора о наслеђивању на слободу тестирања, у правима која ћемо у даљем тексту анализирати.

а) РОМАНСКА ПРАВА

У француском праву заступљен је *Institution contractuelle* који представља најстарији тип наследноправног уговора конституисан у интересу породице, који се у пракси може јавити у три модалитета. Први модалитет подразумева уговор о наслеђивању који се сачињава у форми брачног уговора од стране трећих лица (предака, побочних сродника супружника и осталих трећих лица) у корист будућих супружника и њихове заједничке деце.¹⁴⁴⁰ Други модалитет уговора о наслеђивању је онај који се сачињава између брачних партнера за време трајања брака (поклон надживелом супружнику – *donation au dernier vivant*).¹⁴⁴¹ Трећи модалитет уговорног наслеђивања подразумева именовања будућег супружника за наследника у форми брачног уговора.¹⁴⁴² Својственост француског концепта уговора о наслеђивању (*institution contractuelle*) произлази из његовог искључиво добротичног карактера, с

¹⁴⁴⁰ Иако учињени у корист супружника, или једног од њих, сматраће се да су поклони учињени у корист деце или потомака из заједничког брака, у случају да супружник у својству поклонадавца надживи супружника у својству поклонопримца (Види: чл. 1082, 1083 Грађанског законика Француске).

¹⁴⁴¹ Чл. 1096 у вези са чл. 943, 947, 1096 Грађанског законика Француске, види: (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 1298-99; (Braun, 2012), стр. 463, 464.

¹⁴⁴² Чл. 1091. Грађанског законика Француске (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 1298-99.

обзиром да се поима као поклон будућих ствари, а основни правни циљ свих поменутих модалитета уговорног наслеђивања јесте уређење брачноимовинског режима супружника *mortis causa*. Отуда произилазе и специфична нормативна решења у односу на типичан уговор о наслеђивању, која се пре свега одражавају у домену његове опозивности. У зависности од форме у којој је овај уговор закључен, зависиће и правила опозива која ће се у конкретном случају применити, а којима се посредно одређује и домашај слободе завештања.

Правила опозива у случају уговарања наслеђивања у форми брачног уговора стрикто су постављена, и самим тим могућност накнадног тестаментарног располагања у знатној мери је ограничена. Прописано је правило да је именовање будућег супружника за наследника од стране другог супружника или трећег лица које се врши у форми брачног уговора неопозиво, а клаузула о придржају права на опозив била би ништава.¹⁴⁴³ Овакво решење француског законодавца може се негативно оценити, јер се у значајној мери ограничава аутономија воље уговорних страна, и самим тим сужава могућност реализације слободе располагања имовином за случај смрти. Опозив је могуће захтевати судским путем само у случају неблагодарности или неизвршења уговорених услова.¹⁴⁴⁴ Уколико је нпр. уговорена „клаузула поновног венчања,“ надживели супружник губи право потраживања по основу овог уговора ако поново ступи у брак након смрти свог супружника.¹⁴⁴⁵ Могућност оваквог условљеног располагања говори у прилог реализације аутономије воље уговорних страна и прилагођавања садржине уговора њиховим интересима.¹⁴⁴⁶ Позитивно се може оценити предвиђена могућност раскида уговора услед неблагодарности према уговорном оставиоцу, јер би у том случају неправично било овакав уговор одржати на снази. Као и код типичног уговора о наслеђивању, и код овог модалитета важи правило да се имовином која је предмет располагања уговорног оставиоца не може располагати бестеретно (осим мањим уобичајеним поклонима и ренумерационим поклонима).¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴³ (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 1299.

¹⁴⁴⁴ Чл. 953, 955 Грађанског законика Француске.

¹⁴⁴⁵ (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 1299.

¹⁴⁴⁶ У случају неиспуњења уговорених услова, право на опозив уговора имају наследници поклонодавца након његове смрти, јер се сматра да до тог тренутка поклонопримац није стекао никакво право. Види: Т. Francoi – L. Yves, *Droit civil – Les successions, Les libéralités* (Paris: 1997), стр. 448. Наведено према: (Н. Стојановић, 2003), 169.

¹⁴⁴⁷ Чл. 1084, у вези са чл. 1083 и 1093 Грађанског законика Француске. ; Види: (Н. Стојановић, 2003), 163-79; Уговор о наслеђивању закључен у форми брачног уговора неће произвести правно дејство уколико не дође до закључења брака између супружника у чију корст је он закључен, чл. 1088 и чл. 1395 Грађанског законика Француске.

Међутим, због немогућности једностраног опозива, поменути модалитет уговорног наслеђивања није често заступљен у пракси, што говори у прилог потребе његовог флексибилнијег нормирања, јер институт уговора о наслеђивању првенствено треба да буде у функцији слободног планирања наслеђавања.

Уколико је пак реч о поклону будућих ствари између супружника, за време трајања брака не важи забрана њиховог бестеретног располагања, а располагање тим добрима од стране поклонодавца узима се као прећутни опозив поклона.¹⁴⁴⁸ Дакле, слобода уговарања шире је постављена у односу на претходна два модалитета уговорног наслеђивања која су позната у француском праву, а која имају форму која се манифестују кроз форму брачног уговора. Посебена ограничења предвиђена су једино у погледу начина и опсега располагања заоставштином путем овог уговора, лимитирајући тако аутономију воље уговорног оставиоца. Наиме, уколико супружник који се налази у улози уговорног оставиоца има потомака (брачних или ванбрачних) његова аутономија воље у погледу располагања заоставштином у корист другог ограничена је правилом да супружнику у чију корист се овај уговор закључује може оставити 1/4 заоставштине у својину, а 3/4 на плодуживање, или пак може установити право плодуживања на целокупној заоставштини.¹⁴⁴⁹ Дакле, циљ оваквих решење јесте осигурање правне заштите наследноправних интереса потомака сауговорача. Уколико супружник нема потомака, начелно може располагати целом заоставштином, при чему треба водити рачуна да право нужних наследника не буде повређено.¹⁴⁵⁰ Како су права нужних наследника посебно заштићена у француском законодавству, у случају чињења поклона било *inter vivos* или у форми завештања, као и код поклона будућих ствари, уговорним располагањем не сме се премашити расположиви део заоставштине чији гарантовани законски минимум износи 1/4 њене укупне вредности.¹⁴⁵¹

Када је реч о располагању објектом уговора теретним правним пословима, слобода уговорног оставиоца у овом домену није ограничена у било ком модалитету уговора о наслеђивању да је реч, а клаузула којом би се обавезао да неће отуђивати предмет његове уговорне обавезе није допуштена, и потпада под забрану уговора о будућем наследству.¹⁴⁵² Овакво решење последица је добродоног карактера уговора о наслеђивању који представља поклон будућих ствари и који је као такав увек опозив

¹⁴⁴⁸ (Francoi – Yves, 1997), стр. 448; Наведено према (Н. Стојановић, 2003), стр. 169.

¹⁴⁴⁹ Чл. 1094-1 Грађанског законика Француске.

¹⁴⁵⁰ Чл. 1094 Грађанског законика Француске.

¹⁴⁵¹ Види чл. 913-914 Грађанског законика Француске.

¹⁴⁵² (Francoi – Yves, 1997), стр. 443, (Н. Стојановић, 2003), 170.

према правилима која важе за опозив поклона *inter vivos*.¹⁴⁵³ Оно што се може упутити као критика оваквом решењу јесте провизорност имовинскоправне заштите уговорног наследника, те се долази до питања правне сврсисходности овог инструмента вољног наслеђивања. Овај порблем нарочито је изражен када је реч о поклону будућих ставри између супружника који је због неограничене слободе располагања предметом уговора и правним пословима *mortis causa* готово у потуности изједначен са завештањем.

У праву Шпаније уговор о наслеђивању је забрањен јер потпада под забрану располагања будућим наследством.¹⁴⁵⁴ Сматра се да његова неопозивост угрожава слободу тестирања, могућност недозвољеног утицаја на вољу завештаоца посебно је наглашена, као и јачање жеље да смрт завештаоца наступи што пре.¹⁴⁵⁵ Међутим, од овог правила постоје изузеци, с обзиром на став судске праксе да се поједини позитивни уговори о наслеђивању сматрају важећим, али само уколико се њима располаже имовином за коју се зна и која постоји у тренутку извршења уговора.¹⁴⁵⁶ У циљу очувања целовитости породичних предузећа предвиђена је могућност закључења уговора „*Protocole Familial*“ којим се предузеће преноси на једног од наследника власника предузећа, при чему је он дужан да нужним наследницима исплати одређену суму новца на име нужног дела.¹⁴⁵⁷ То је изузетак од правила да нужни део не сме бити оптерећен теретима ни условима, нити његова исплата може бити одложена.¹⁴⁵⁸

За разлику од шпанског законодавства, у праву Каталоније традиционално се фаворизује уговорно именоване наследника, а реформама грађанског права које су спорведене 2008. год, нарочити помак учињен је у домену уговорног наслеђивања, које се уређује на флексибилнији начин. Уговорно наслеђивање не везује се више искључиво за уређење брачноимовинског режима, јер није више резервисано само за супружнике, тако форма брачног споразума не представља више његов конститутивни елемент, већ он може бити закључен и као самосталан уговор. Код појединих модалитета уговорног наслеђивања предвиђена је могућност и заживотног преноса предметне имовине, где се може довести у питање њихова квалификација као уговора о наслеђивању.¹⁴⁵⁹ Као основни концепт предвиђен је добротин уговор о наслеђивању, али се оставља уговорним странама да конституишу различите терете у виду обевезе

¹⁴⁵³ Чл. 955. Грађанског законика Француске.

¹⁴⁵⁴ Чл. 1271. Грађанског законика Шпаније

¹⁴⁵⁵ (Anderson – Arroyo i Amayuelas, 2011), стр. 65.

¹⁴⁵⁶ (Lapuente, 2011), стр. 294.

¹⁴⁵⁷ (Станковић, 2015), стр. 159, 160.

¹⁴⁵⁸ Чл. 1056. Грађанског законика Шпаније; Види: (Lapuente, 2011) стр. 289.

¹⁴⁵⁹ (Anderson – Arroyo i Amayuelas, 2011), стр. 65.

старања и сл. Правила о опозову прилично су флексибилно постављена, те уговор може бити опозван стандардно у случају неизвршења уговорених обавеза, због немогућности испуњавања битне сврхе уговора, али и због значајних непредвидивих промена круцијалних околности, као и разлога конкретно утврђених уговором. Ово решење сматрамо прихватљивим, јер се садржина уговора о наслеђивању може прилагодити конкретним околностима и потребама уговорних страна, и на тај начин омогућити ефикасно и сврсисходно планирање наслеђивања, што је у основи правнополитичког циља свих инструмента уговорног наслеђивања.

Поред различитих модалитета уговора о наслеђивању од којих су неки предвиђени у сврху заштите наследноправног положаја заједничке деце, као и оних којима се фаворизују деца из претходног брака, по угледу на белгијско право,¹⁴⁶⁰ у праву Каталоније је такође заступљена врста уговора о наслеђивању која је у функцији унапређења породичног бизниса. Овај уговор се закључује са циљем да се организује, уреди породична економија и сматра се веома корисним инструментом располагања који у значајној мери проширује слободу уређења наследноправне сукцесије. Овај уговор није резервисан само за брачне партнере или чланове породице, већ га могу закључити и невенчана лица као и даљи рођаци, при чему није неопходно да буде уговорена противнакнада од стране лица које се јавља као уговорни наследник. Уговор може бити закључен као реципрочан (обе уговорне стране стичу имовинску корист), а корист може бити установљена у интересу трећег лица које није уговорна страна, нити у било каквим сродничким односима са уговорним странама. Важна карактеристика ових уговора је да они производе правно дејство тек након смрти уговорног оставиоца. Разлози ништавости, модификације, као и опозив овог уговора прилично су екстензивно регулисани, тако да неопозивост овог уговора ни на који начин не може бити апсолутна¹⁴⁶¹. Пошто се овај уговор закључује са циљем управљања компанијом од стране породице, он често садржи посебан документ, тзв. *family business protocol*.

Специфичност решења каталонског права је инкопатибилност правног основа наслеђивања, посебно између овог модалитета уговора о наслеђивању и завештања, уколико је уговором о наслеђивању обухваћена целокупна оставиочева заоставштина. Према важећем законском решењу „универзална сукцесија путем тестаментa могућа је

¹⁴⁶⁰ О врстама уговора о наслеђивању у праву Каталоније, детаљније код: (Станковић, 2015), стр. 182, 183.

¹⁴⁶¹ *Ibidem*.

само уколико завешталац није закључио уговор о наслеђивању¹⁴⁶². То значи да се уговором о наслеђивању опозива претходно сачињен тестамент којим се располагало само делом заоставштине као да располагање није ни учињено, иако је његова садржина компатибилна садржини уговора о наслеђивању.¹⁴⁶³ Дакле, завешталац мора поново сачинити завештање у погледу дела заоставштине који је био предмет претходног завештајног располагања да би располагање било пуноважно. То може учинити и путем неке друге форме *mortis causa* располагања (кодицила, уговора о наслеђивању, поклона за случај смрти), при чему ова располагања производе правно дејство само уколико је претходно сачињен уговор о наслеђивању има превентивни карактер (то значи да је закључен са циљем заобилажења правила законског наслеђивања).¹⁴⁶⁴ Дакле, уговорно наслеђивање готово у потпуности онемогућава реализацију слободе тестирања по основу раније сачињеног завештања, а њену накнадну реализацију предвиђа под врло рестриктивним условима.

Слично шпанском и каталонском праву, италијанско право уводи *patto die fagmilia* као инструмент располагања који је у функцији очувања континуитета породичног бизниса путем заживотног преласка фирме на одређене наследнике оставиоца.¹⁴⁶⁵ Заправо, овим уговором власник или акционар неког предузећа врши за живота пренос својих права на предузећу, и то на једног или више потомака, уз пристанак осталих потенцијалних наследника који полажу право на нужи део и сагласност брачног партнера.¹⁴⁶⁶ Дакле, власнику предузећа омогућено је да путем овог уговора пренесе свој посао у целини на оног потомка за којег сматра да ће најуспешније наставити пословање, искључујући остале могуће законске наследнике из наслеђа.¹⁴⁶⁷ Иако је пренос фирме или удела у фирми бестеретно располагање, лице у чију корист се врши уступање (потомак оставиоца) у обавези је да надокнади одређени износ на име нужног дела осталим потенцијалним наследницима који су учествовали у закључењу уговора, било у натура или у новцу.

У складу са правним циљем ради којег је установљен, *pattio di famiglia* је рестриктивно регулисан не само у погледу круга лица за које је резервисан, већ и у

¹⁴⁶² Чл. 411-3.3 Грађански законик Каталоније; S. N. Navarro, “Freedom of Testation Versus Freedom to Enter Into Succession Agreements – Transaction Costs”, in *Succession Law: Testamentary Freedom, European Perspectives* (Groningen: Europa Law Publishing, 2011), стр. 109.

¹⁴⁶³ Чл. 431-23 Грађанског законика Каталоније;

¹⁴⁶⁴ (Navarro, 2011), стр. 110;

¹⁴⁶⁵ (Braun, 2012), стр. 471.

¹⁴⁶⁶ Чл. 768. Грађанског законика Италије.

¹⁴⁶⁷ (Braun, 2012a), стр. 77.

погледу предмета располагања. Овим уговором омогућава се прелазак права својине на фирми или пренос акција на оставиочеве потомке одмах по његовом закључењу, а не тек у моменту оставиочеве смрти (иако постоји могућност везивање дејства уговора и за неки рок или околност као што је смрт оставиоца), чиме се спречава распарчавање предузећа, што је и његов основни циљ.¹⁴⁶⁸ Отуда се као специфичност овог наследноправног уговора може издвојити његово *inter vivos* правно дејство, која је, уједно, основна тачка диференцијације у односу на уговор о наслеђивању као инструмента *mortis causa* располагања, због чега се не може квалификовати као *patto instuitivo* (уговорно именоване наследника или легатара).¹⁴⁶⁹ Различито правно дејство условљено је различитом каузом ових правних послова, која се код *patto di famiglia* огледа у очувању континуитета породичног бизниса кроз заживотно уређење односа потенцијалних наследника фирме, са крајњим циљем заштита општег економског инетреса.

Овај уговор је врло сложене правне природе, јер садржи елементе уговора о антиципираном одрицању од наслеђа, као и уговора о уступању и расподели имовине за живота. У италијанској правној теорији заступљен је став да он чак и не представља одступање од забране закључивања уговора о будућем наследству која је прокламвона чл. 458 Италијанског грађанског законика, јер се њиме наследници не одричу будућих наследних права које би стекли у моменту смрти власника предузећа, већ се одричу само накнаде у вредности удела у предузећу у моменту његовог преноса.¹⁴⁷⁰ Други пак сматрају да се овим уговором будући наследници власника предузећа антиципитрано одричу наследних права у погледу овог дела његове заоставштине (*patto dispositivo*).¹⁴⁷¹

Из анализе основних обележја *patto die famiglia* неспорно произлази његова значајна подударност са уговором о уступању и расподели имовине за живота, с тим да се разлике огледају у правилима о заштити нужног дела, предмету располагања, те кругу лица између којих се закључује. Због свих поменутих специфичности, може се рећи да *patto di famiglia* представља правни посао располагања имовином *sui generis*, са посредним наследноправним дејством. Ова врста породичног споразума потврђује потребу успостављања нових инструмената планирања наслеђивања као одговор на захтеве савременог правног промета. *Patto di famiglia* у потпуности је прилагођен сврси

¹⁴⁶⁸ D. Živojinović – T. Đurđić, „Inheritance Contract - its Substitutes in European - Serbian Law“, *Revija za Evropsko pravo*, 2-3 (2015), стр. 79.

¹⁴⁶⁹ (Braun, 2012), стр. 472.

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁴⁷¹ *Ibidem*.

ради које је номиран, а то је да се осигура добро пословање предузећа кроз могућност његовог преноса на одређеног потомка као будућег наследника, уз заштиту интереса осталих нужних наследника.

Његов значај са аспекта остваривања слободе располагања за случај смрти огледа се у могућности трансгенерацијског преноса породичне фирме. Флексибилност овог инструмента имовинског располагања огледа се и у могућност његовог опозива од стране уступиоца уколико је ово његово овлашћење уговорено, иначе је овај уговор као такав неопозив. Такође, потомак као стипендијалац фирме по основу овог уговора има право да од њега одустане уколико фирма у наредним годинама не послује тако да остварује просечне приходе.¹⁴⁷²

b) ГЕРМАНСКА ПРАВА

Уговор о наслеђивању је прилично рестриктивно регулисан у *аустријском праву*, почев од круга лица која га могу закључити и која се могу наћи у улози бенефицијара, до обима имовине којом се може располагати. Уговорни наследник може бити једино супружник, јер је овај правни посао установљен управо са сврхом јачања правне позиције надживелог супружника.¹⁴⁷³ Уколико би треће лице било одређено за уговорног наследника, онда би такво располагање имало карактер једнострано опозивог посла за случај смрти, тј. тестамент. Овај уговор не може бити закључен у корист потомака, јер није допуштено уговарање наслеђа у корист трећег. Осим тога, уговор о наслеђивању је једнострано неопозив, и може престати само у законом предвиђеним случајевима.¹⁴⁷⁴ Због својства неопозивости аустријски концепт уговора о наслеђивању иако рестриктиван, у значајној мери се конфронтира слободи тестаментарног располагања. Управо због свог неопозивог карактера, уговор о наслеђивању није нарочито заступљен у аустријског правној пракси, иако престанком брака, начелно, престаје и дејство овог уговора.

У другим германским правима, праву Немачке и праву Швајцарске (немачки концепт је напред био предмет детаљног представљања и анализе) уговор о наслеђивању иако не тако флексибилан као завештање, ипак представља еластичан инструмент располагања имовином за случај смрти, знатно еластичнији него што је

¹⁴⁷² (Fusaro, 2011), стр. 199.

¹⁴⁷³ У аустријском праву уговор о наслеђивању представља двострани правни посао између брачних партнера (као и регистрованих партнера и вереника) којим један партнер другог поставља за наследника, или се узајамно именују за наследнике, с тим што су та располагања једнострано неопозива и највише се може располагати са три четвртине наследства (§. 602, 1249, 1253 ABGB).

¹⁴⁷⁴ §1254. ABGB-a; Види: (Ferrari – Likar-Peer, 2007), стр. 248.

случај са правом Аустрије. Овај правни посао могуће је уговорити у различитим варијантама, комбиновано са *inter vivos* располагањима, као и уз прилагођавање његове садржине потребама уговорних страна (задржавање права опозива, уздржавање уговорног оставиоца од располагања за живота имовином која је предмет уговора и др.). Оно што издваја овај концепт уговора о наслеђивању јесте могућност његовог закључења између било којих лица. У том смислу он представља веома значајан инструмент планирања наследства у немачкој и швајцарској правној пракси.

с) МАЂАРСКИ КОНЦЕПТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

У појединим правима, као што је *право Мађарске*, заступљен је специфичан модалитет уговора о наслеђивању који садржи као обавезне и елементе уговора о доживотном издржавању или доживотној ренти. Овај уговор је широко конципиран у погледу круга лица која га могу закључити, као и имовине у погледу којом се може располагати.¹⁴⁷⁵ Његова мешовита правна природа одређена је уговарањем обавезе доживотног издржавања, и у том домену он производи правно дејство *inter vivos*, док *mortis causa* дејство произлази из уговорног именовања наследника. Дакле, чињеница смрти, која има конститутивни значај за пренос имовине са уговорног оставиоца на уговорног наследника као његовог универзалног сукцесора, управо је критеријум на основу којег се овај модел имовинског располагања може оквалификовати као уговор о наслеђивању. Међутим, одступања од типичног уговора о наслеђивању су бројна, првенствено имајући у виду због чињенице да у овом праву изостаје, чак и као опција, могућност његовог закључивања као добродиног правног посла, што се коси са примарним основом уговора о наслеђивању, који се састоји у намери даривања, карактеристичној за правне послове располагања имовином за случај смрти. Тиме се доводи у питање претпоставка да је примарно обележје уговора о наслеђивању *animus donandi*, као и сваког другог вида *mortis causa* располагања, као и домашај уговорне слободе.

С обзиром да је слобода располагања имовином која представља објекат уговора (било за живота било за случај смрти) потпуно ограничена, у овом домену се уговор о наслеђивању приближава правим облигационоправним уговорима, јер он не само да

¹⁴⁷⁵ У мађарском праву овај уговор може бити закључен између више лица у улози оставиоца (примаоца издржавања), са уговорним наследницима којих такође може бити више. Уговор може бити закључен између супружника као тестатора на једној страни и трећег лица као уговорног наследника на другој страни. У улози уговорног наследника могу бити више лица који се јављају као даваоци издржавања, а то су најчешће супружници. У својству даваоца издржавања може се наћи и правно лице, (Csehi, 2011), p. 186.

везује, већ обавезује уговорног оставиоца. Немогућност једностраног опозива овог правног посла произлази из његове уговорне природе, али је у мађарском коцепту ово правило стриктно постављено. Не постоји никаква законска могућност да се уговор једнострано раскине, осим одлуком суда, по правилу због неизвршења уговорних обавеза. Чак и уколико би прималац издржавања, односно бенефицијар доживетне ренте одбијао да прими извршење обавезе, то не би био разлог за раскид уговора.¹⁴⁷⁶ Дакле, није остављена опција да се домаћај правног дејства овог уговора дефинише другачије, чиме се аутономија воље уговорног оставиоца ограничава како *inter vivos*, тако и *mortis causa*. У том правцу је и ограничавајуће дејство на слободу тестирања исто као и случају закључења било ког облигационог уговора.

Како је конститутивни елемент овог модалитета уговорног наслеђивања обавеза доживотног издржавања, нужно произилазе и подударана са уговором о доживотном издржавању. Отуда ни код уговора о наслеђивању интереси нужних наследника нису заштићени, и уколико је њиме обухваћена целокупна имовина уговорног оставиоца, након његове смрти нужни наследници неће моћи да остваре своје право на нужни део.¹⁴⁷⁷ Ово својство мађарског модела уговора о наслеђивању указије на још веће удаљавање од типичних обележја правога уговора о наслеђивању, што се може узети као његов највећи недостатак.

Уговорни оставилац располаже заоставштином у корист даваоца издржавања као уговорног наследника који мора испуњавати законом прописане услове за стицање наследничког својства. Овакво решење мађарског законодавца може се оценити као позитивно посматрано са становишта практичности и сврсисходности овог уговора, с обзиром да се омогућава уговорном оставиоцу да истовремено уреди наследноправне последице смрти и обезбеди себи негу и издржавање. С друге стране, посматрано у односу на типичан уговор о наслеђивању, имовинскоправни положај уговорног наследника у већој мери је осигуран, јер се предметном имовином не може располагати не само за случај смрти, већ ни за живота, што се обезбеђује уписом права из уговора о наслеђивању у јавне књиге. Међутим, овакав модалитет уговора о наслеђивању споран је са становишта остваривања тестаментарне слободе. Иако немогућност једностраног опозива произлази из његовог двостранообавезујућег, теретног карактера, могућност

¹⁴⁷⁶ (Csehi, 2011), стр. 186-188.

¹⁴⁷⁷ Он може бити поништен уколико је смрт примаоца издржавања као уговорног оставиоца била извесна, те је уговор закључен у циљу стицања имовинске користи, с обзиром на то да је извесно да ће његова обавеза издржавања из уговора трајати веома кратко, због извесности наступања смрти примаоца издржавања; *Ibidem*.

једностраног раскида свакако би морала бити допуштена у случају промењених околности, с обзиром на природу уговорених обавеза.

3. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У СРПСКОМ ПРАВУ – DE LEGE LATA, DE LEGE FERENDA

Према важећем Закону о наслеђивању Републике Србије из 1995. године, у нашем наследноправном уређењу наследно право се стиче на основу закона и на основу завештања.¹⁴⁷⁸ Прописивањем само ова два основа наслеђивања, посредно произлази да је уговор о наслеђивању искључен као основ позивања на наслеђе, а забрана његовог закључивања, односно санкција ништавости у случају закључења изричито је прописана чл. 179. ЗОН-а. У складу са правилом о забрани закључивања уговора о наслеђивању, предвиђена је и ништавост одредбе у уговору о уступању и расподели имовине за живота којом се располаже стварима и правима које се буду затекле у уступиочевој заоставштини.¹⁴⁷⁹ На овај начин се спречава претварање уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о наслеђивању.¹⁴⁸⁰

Међутим, треба напоменути да је уговор о наслеђивању био допуштен у време важења Српског грађанског законика из 1844. године и представљао је један од основа наслеђивања.¹⁴⁸¹ Доношењем Закона о наслеђивању ФНРЈ 1955. године, он бива укинут¹⁴⁸² и истовремено се у српско право уводи уговор о доживотном издржавању.¹⁴⁸³ Посматрано кроз историју па до данас, јасно је да су ова два уговора била готово увек посредно повезана кроз однос искључивости – када је био допуштен један од њих, други је био забрањен, и обратно. И у Нацрту Грађанског законика РС законодавац остаје доследан овој правној традицији, имајући у виду предлог да се у наследно право уведе уговор о наслеђивању између супружника, уз истовремено укидање могућности закључења уговора о доживотном издржавању између ових лица. Као услов пуноважности уговора о наслеђивању предвиђена је сагласност потомака сауговорача који би се појавили као њихови законски наследници. Као алтернативно

¹⁴⁷⁸ Чл. 2 Закона о наслеђивању РС.

¹⁴⁷⁹ Чл. 1825 ст. 2 ЗОН.

¹⁴⁸⁰ (Срнић – Дика и др., 2003), стр. 124.

¹⁴⁸¹ Чл. 394 и 378 *Грађанског законика за Краљевину Србију* (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама). Према чл. 780. уговор о наслеђивању је могао бити закључен између супружника, али је у правној теорији било спорно да ли је овај уговор био резервисан само за супружнике, или су га могла закључити и друга лица (види: *Gradanski Zakonik Kraljevine Srbije, Izvod iz Zbirke zakona, Gojka Niketića, Beograd, 1927*).

¹⁴⁸² Чл. 108 Закона о наслеђивању из 1955. год.

¹⁴⁸³ Чл. 122 Закона о наслеђивању из 1955. год.

решење предлаже се да уговор буде пуноважан у случају да неки од ових потомака сауговараца који би по закону био позван на наслеђе, не да сагласност на закључење уговора.¹⁴⁸⁴

Иако се позитивно може оценити интенција законодавца да прошири аутономију воље за случај смрти кроз увођење новог правног инструмента располагања имовином за случај смрти, предложени концепт уговорног наслеђивања има бројних недостатка. Опредељење законодавца да уговор о наслеђивању резервише само за супружнике, у складу је са тенденцијама упоредног наследног права где се уговор о наслеђивању најчешће закључује као саставни део брачног уговора са циљем уређења брачноимовинског режима и за живота и за случај смрти. Међутим, спорно је што се истовремено предлаже укидање могућности закључења уговора о доживотном издржавању између супружника, што указује на традиционалну негативну условљеност ових института. Дакле, поставља се питање шта је циљ увођења уговора о наслеђивању у наш правни систем. Да ли је то отклањање недостатака уговора о доживотном издржавању, или проширивање аутономије воље у регулисању наследноправних последица смрти увођењем новог основа наслеђивања?

Проблем разграничавања ових правних послова кроз њихову генезу првенствено је настао као последица непрецизно дефинисане каузе уговора о доживотном издржавању његовим првобитним нормативним уобличавањем уговора о доживотном издржавању Закона о наслеђивању ФНРЈ из 1955. године. Ако се пође од начина преноса предметне имовине као накнаде за доживотно издржавање, може се рећи да је овај уговор у значајној мери имао елементе уговора о наслеђивању: имовина која је предмет уговора остављала се у наслеђе (споредна кауза), а могла се преносити и будућа имовина, уколико је формирана заједница живота између даваоца и примаоца издржавања. Отуда се намеће закључак да се нормирањем уговора о доживотном издржавању настојао надоместити недостатак уговора о наслеђивању.¹⁴⁸⁵

Иако је данас позитивноправним прописима уговор о доживотном издржавању прецизније дефинисан, пре свега у погледу предмета, каузе, правног дејства, те јасно разграничен од уговора о наслеђивању, тачку везивања са уговором о наслеђивању и даље представља одложно стварноправно дејство уговора о доживотном издржавању

¹⁴⁸⁴ Чл. 2777 Грађанског законика Републике Србије (радни текст); Комисија за израду Грађанског законика Влада РС, Београд, 2015; доступно на веб адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf/> .

¹⁴⁸⁵ Види опшириније Т. Đurđić, „Ugovor o nasleđivnju i ugovor o doživotnom izdržavanju“, *Pravni život*, br. 10/2017, стр. 626-629.

које се везује за чињеницу смрти примаоца издржавања. Међутим, овде се не може говорити о било каквом преклапању ова два правна института, од којих је један правни посао *mortis causa* и основ универзалне сукције, а други правни посао *inter vivos* и основ сингуларне сукције. Такође, кауза првог правног посла је намера даривања, намера да се неке бестеретно учини каква корист, а код другог чинидба даваоца издржавања и обезбеђивање доживотног издржавања.

Иако је увођење уговора о наслеђивању у српско право по нашем мишљењу потпуно оправдано, посебно са становишта остваривања шире слободе именовања наследника и планирања наслеђивања, ипак сматрамо да питање опсега примене уговора о доживотном издржавању треба сагледавати одвојено од уговорног наслеђивања. Као што смо напред истакли, у питању су два потпуно различита правна посла, како у погледу каузе и предмета располагања, тако и у погледу правних дејстава. У том смислу, уговор о наслеђивању не треба посматрати као средство отклањања негативних страна уговора о доживотном издржавању, већ као нови инструмент планирања наслеђивања који се због своје мултифункционалности издваја од осталих инструмената располагања имовином које познаје наше право.

Условињавање пуноважности уговора о наслеђивању сагласношћу потомака сауговорача који би били позвани на наслеђе као законски наследници, представља такође атипично решење за уговор о наслеђивању. Сличност овог решења постоји са *patto di famiglia* италијанског права, али не у потпуности, јер је овај уговор резервисан за пренос породичних предузећа *inter vivos*, и има потпуно другачију правну сврху. Увођењем елемената уговора о уступању и располи имовине за живота као конститутивних за пуноважност уговора о наслеђивању, уноси се додатна конфузија у погледу одређивања правног циља и правне природе овог уговора који истовремено има обележја и уговора о антиципираном одрицању од наслеђа. Такође се прописивањем овог услова пуноважности уговора о наслеђивању у значајној мери непотребно сужава домашај његове примене и овај институт удаљава од своје правне суштине као манифестације аутономије воље уговорних страна, јер је за његову пуноважност потребна сагласност трећих лица, тј потомака. У том смислу се поставља питање колико он представља инструмент вољног наслеђивања?

Из предложеног концепта уговора о наслеђивања садржаног у Нацрту наслућује се да је интенција законодавца била да се посебно заштите имовинскоправни интереси потомака као потенцијалних нужних наследника, с обзиром да нису прописана посебна

правила о заштити нужног дела приликом његовог закључења. Чини нам се да је сврсисходније било да су редактори Нацрта следили праксу других законодавстава у којима је овај уговор нормиран и која предвиђају правило да право на нужни део нужних наследника не сме бити осујећено. С обзиром да се у Нацрту ништа не помиње у погледу заштите права нужних наследника, овакав концепт уговора о наслеђивању могао би имати за последицу дерогирање правила нужног наслеђивања, што је у супротности са основним својствима уговора о наслеђивању у упоредном праву.

Иако се предложеној регулативи уговора о наслеђивању у Нацрту, могу упутити значајне критике, позитивно се може оценити прописивање могућности закључења уговора о наслеђивању у корист трећег. Наиме, предвиђено је да овај уговор може бити закључен у корист заједничке деце, потомака, усвојеника уговорних страна, или пак у корист деце једног од супружника. На овај начин се омогућава трансгенерацијски пренос имовине, што је једна од функција уговорног наслеђивања и у упоредном праву.¹⁴⁸⁶ Посебну пажњу заслужује чињеница да се овим уговором може располагати у корист деце једног од супружника родитеља, како би се заштитили њихови наследноправни интереси у случају да он склопи нови брак пре закључења новог брака једног од родитеља, што указује на мултифункционалност уговора о наслеђивању.

С обзиром да би се нормирањем уговора о наслеђивању увео нови основ наслеђивања у српско наследно право, овај институт завређује детаљнију и опсежнију регулативу у прилог правне сигурности и извесности. У том правцу би и садржина уговора о наслеђивању морала бити јасније дефинисана у коначној верзији Грађанског законика, јер није јасно шта све може бити уговорено путем овог уговора, да ли он може бити закључен као теретан правни посао, као реципрочни, кореспективни итд. Такође, неопходно је прецизирати да слобода располагања имовином која чини објекат уговора није ограничена *inter vivos* (већ само *mortis causa*). Истовремено треба предвидети могућност одступања од овог правила, уговарањем обавезе уздржавања од располагања правним пословима за живота имовином која је обухваћена уговором, а све у циљу осигурања имовинскоправне позиције уговорног наследника.

Правила о престанку уговора о наслеђивању морају бити прецизно дефинисана, нарочито о раскиду уговора, те могућности његовог једностраног опозива, као посебно значајног са становишта остваривања слободе тестирања (у случају неизвршења уговорених обавеза, промењених околности или постојања разлога за искључење

¹⁴⁸⁶ (Braun, 2012), стр. 468, 470.

нужног наследника из наслеђа). Пошто је, према Нацрту, закључење уговора о наслеђивању резервисано само за брачне партнере, није јасно да ли престанком брака између супружника као сауговорача, због његовог везујућег дејства, остаје на снази или престаје уговор о наслеђивању. Требало би предвидети да престанком брака престаје *ex lege* и уговор о наслеђивању, полазећи од претпостављене намере уговорних страна. Ово посебно што природа брачне везе не оправдава неопозиво именовање брачног партнера за наследника, тим пре што брак добија све чешће карактер привремене, а не трајне заједнице живота. Због тога би, по угледу на немачко право, задржавање права на опозив требало предвидети као опцију која произлази из слободе уговорања, јер се на овај начин омогућава уговорним странама да правни домаћај овог уговора уреде према сопственим потребама и интересима, и у крајњој линији, ускладе садржину уговора са промењеним околностима.

Генерално сматрамо да би интенција законодавца морала бити да се уговор о наслеђивању што флексибилније регулише, како би могао да одговара реалним потребама друштва и био практично сврсисходан, уз потребан степен прецизности у свеобухватној регулативи. У том смислу и слобода тестирања може бити у већој или мањој мери ограничена у зависности од циља који се његовим закључењем жели постићи. Приликом конципирања граница аутономије воље, треба имати у виду да је уговорно располагање за случај смрти израз уговорне слободе појединца који закључењем овог уговора самовољно ограничава своју слободу располагања имовином *mortis causa*, што значи и завештајну слободу. Дакле, реч је о вољном ограничавању завештајне слободе, ограничењу које је у диспозицији завештаоца. Међутим, иако уговор о наслеђивању по својој суштини треба да представља погодно средство планирања наслеђа, никако не треба допустити да буде у функцији трговине наследноправним положајем.

У компаративном посматрању завештајне и уговорне слободе важно је нагласити да обе представљају својеврстан израз аутономије воље. Полазећи од чињенице да ниједна слобода није безгранична и да је свака слобода омеђена неком другом слободом, јасно је да уговорна и завештајна слобода могу бити међусобно супротстављене, али не нужно. Пошто су и слобода завештања и слобода уговорног наслеђивања еманација приватноправне аутономије, могу се посматрати као комплементарне, када се уговором о наслеђивању не располаже целокупном заоставштином. У том случају, у складу са начелом паралелног основа позивања на

наслеђење, постојала би могућност да се део заоставштине наследи по основу уговора о наслеђивању, а део по основу завештања, што потврђује компатибилност ових правних послова.

На крају, из упоредног разматрања поменутих слобода може се закључити да је тачка диференцијације уговора о наслеђивању у односу на завештање, циљ ради којег се уговорно везивање за случај смрти успоставља, а то је осигурање наследног положаја уговорног наследника (бенефицијара). Отуда је начелна неопозивост уговора о наслеђивању у складу са правним циљем овог института. Другачији приступ имао би за последицу брисање разлика између имовинског располагања за живота и за случај смрти.

III. УГОВОРИ О БУДУЋЕМ НАСЛЕДСТВУ И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

1. ВРСТЕ И ЗАСТУПЉЕНОСТ УГОВОРА О БУДУЋЕМ НАСЛЕДСТВУ

Док уговором о наслеђивању уговорни оставилац располаже својом заоставштином, именујући неко лице за уговорног наследника, код уговора о будућем наследству, било да се ради о отуђењу, деоби или одрицању, реч је о располагању будућим наследним правом чије се стицање очекује у будућности, односно, располагање наследном надом.¹⁴⁸⁷ У правној теорији се разликују два његова модалитета:

а) Позитивни уговори о будућем наследству или легату су уговори којима неко лице располаже наследством или легатом односно другом користи којој се нада. У ову категорију спада и уговор о наследству трећег лица које је још у животу.¹⁴⁸⁸ Располагање по правилу подразумева отуђење будућег наследства, а може се односити и на деобу наследства између будућих наследника.

б) Негативни уговор о будућем наследству представља вид одрицања од будућих наследноправних овлашћења, дакле, уговор којим се неко одриче наследства које није отворено.¹⁴⁸⁹ Пошто наследно право које је предмет уговора још није настало, јер није наступио моменат делације, сматра се да је предмет ових уговора располагање

¹⁴⁸⁷ (Н. Стојановић, 2011), стр. 356-358.

¹⁴⁸⁸ У неким правима као што је случај са Швајцарском, овај уговор се сматра врстом уговора о наслеђивању (Marković, 1981), стр. 355.

¹⁴⁸⁹ (Marković, 1981), стр. 354; (Стојановић, 2011), стр. 358.

наследноправним захтевом, односно одрицање од правне заштите у погледу имовине (наследног дела) коју би наследио будући наследник.

У нашем праву је забрањен било какав вид располагања за живота будућим наследством, односно наследном надом.^{1490 1491} Лице које се нада наслеђивању презумтивни је наследник и оно не може располагати својом наследном надом, јер она још није постала право.¹⁴⁹² Није од значаја на који начин се располаже будућим наследством, да ли се оно отуђује, оптерећује или се пак неко лице одриче наслеђа којем се нада. Ирелевантно је и то између којих лица је уговор закључен, у чију корист, да ли је реч о теретном или бестеретном располагању. Наследна нада као таква не ужива правну заштиту и тек моментом делације она се преображава у наследно право које може бити предмет *mortis causa* располагања али и *inter vivos*.¹⁴⁹³ Овакав став се темељи на личном карактеру субјективног наследног права, те се својство наследника не може преносити на неко друго лице.¹⁴⁹⁴

Уговор о будућем наследству није допуштен у земљама германске правне традиције, као ни у романским правима где важи општа забрана закључивања уговора о будућем наследству.¹⁴⁹⁵ Интересантно је напоменути да је он допуштен у мађарском праву и представља именовани уговор који може бити закључен између тестатора и његових потомака.¹⁴⁹⁶

За разлику од позитивног уговора о будућем наследству који готово да није нормиран у савременим правима, уговор о одрицању од неотвореног наследства знатно је заступљенији, пре свега, у земљама германске правне традиције, одакле води порекло. Тако су у немачком праву још за време постглосатора уговор о продаји наслеђа (*pactum successionis acquirendae*), као и уговор о одрицању од наслеђа (*pactum successionis amittendae*), најпре сматрани подврстом уговора о наслеђивању, да би доношењем Немачког грађанског законика, уговор о одрицању од будућег наследства

¹⁴⁹⁰ Чл. 180 ст.1 Закона о наслеђивању РС.

¹⁴⁹¹ „Нема правне важности споразум по коме је један брат, у присуству свог оца, исплатио другом брату одређени износ новца, уз обавезу овога, да после смрти оца не тражи део наслеђа јер је то у ствари отуђење наследства коме се овај нада, односно уговор о наслеђивању трећег лица које је још у животу, а овакви су правни послови ништави“, *Одлука Врховног суда Србије, Гзз. 100/6.* (Стојановић, 2008), стр. 156).

¹⁴⁹² (Marković, 1981), стр. 353.

¹⁴⁹³ (Blagojević, 1983), стр. 305.

¹⁴⁹⁴ (Blagojević, 1983), стр. 303.

¹⁴⁹⁵ Чл. 791 и чл. 1600 Грађанског законика Француске; § 312. BGB, § 879. ABGB.

¹⁴⁹⁶ § 7:53 Грађанског законика Мађарске; уговор о будућем (очекиваном) наследству регулисан у одељку којим се регулише и поклон за случај смрти.

(*Erbverzicht*) био нормиран као засебан уговор у односу уговор о наслеђивању (*Erbvertrag*).

Аустријско (§ 551 ABGB) и швајцарско право познају уговор о одрицању од наследства које није отворено, с тим што га швајцарско право сврстава у уговоре о наслеђивању (чл. 495 ZGB). Такође и скандинавске земље (Шведска, Данска, Норвешка) допуштају уговор о одрицању од будућег наслеђа. Право Велике Британије не познаје ову врсту наследноправног уговора, док у праву САД-а постоји могућност да законски наследник закључи уговор са оставиоцем којим се одриче потенцијалног наследног права (*Assignment of expectancy*).¹⁴⁹⁷

Може се запазити да су реформама наследног права спроведених последњих деценија у земљама романскоправне традиције, који забрањују закључење било каквих уговора који се тичу будућег наследства, уведени нови инструменти планирања наслеђивања који су специфичне правне природе и садрже елементе уговора о одрицању од будућег наследства (*accord successoral mutuel* у праву Белгије и *patto di famiglia* у праву Италије).

Реформом наследног права која је извршена 2006. године, уводи се у право Француске уговор о антиципираном одрицању од наследства - *renonciation anticipé à la réduction cause d'atteinte à la réserve*, којим се за живота оставиоца његов потомак или супружник уколико нема потомака, као наследник *réservataire présumé* одриче свог права да истакне *actio en reductio* у погледу бестеретних располагања тестатора.¹⁴⁹⁸ У француској правној теорији се сматра да се на овај начин потомак не одриче нужног дела, већ се одриче права да утужи поклоне или располагања којима се премашује расположиви део заоставштине.¹⁴⁹⁹ Овим уговором одрицање се врши у корист трећег лица као бенефицијара који моментом закључења овог уговора не стиче наследно право већ стиче само наду да ће наследити тестатора након његове смрти. Пошто није страна у уговорном односу, он не мора бити ни обавештен да је уговор закључен у њгову корист.¹⁵⁰⁰ У француском праву, овај уговор је по својој правној природи једностран и добротин правни посао. Одрицање производи ефекат када буде прихваћено од стране завештаоца, и од тог момента одрицање обавезује наследника који се одриче наслеђа. То што је одрицање добротино, не искључује могућност да наследник који се одриче

¹⁴⁹⁷ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 167.

¹⁴⁹⁸ Чл. 929-935. Грађанског законика Француске.

¹⁴⁹⁹ (Braun, 2012), стр. 465.

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*.

прими поклон од завештаоца, али ова располагања морају бити учињена одвојено.¹⁵⁰¹ Изјава о одрицању је, по правилу, неопозива, осим у изузетним случајевима.¹⁵⁰²

Од земаља у окружењу, изузетак од забране закључења уговора о одрицању од наслеђа предвиђен је у праву Црне Горе¹⁵⁰³, Федерације Босне и Херцеговине и праву Хрватске, а резервисан је првенствено за потомке који се могу одрећи наследства које би им припало после смрти претка. У праву БиХ и Хрватске предвиђена је и могућност одрицања брачног партнера од наследства које би му припало након смрти супружника.¹⁵⁰⁴ За пуноважност уговора предвиђена је писмена форма и овера од стране судије или нотара, који су дужни упозорити претка и наследнике на дејства уговора. По правилу се уговора нека противнакнада у корист лица које се одриче будућег наследства, али одрицање може бити уговорено и бесплатно.¹⁵⁰⁵ Ако другачије није уговорено, одрицање важи и за потомке лица које се одрекло.¹⁵⁰⁶ Одррицање од будућег наследства производи наследноправно дејство тек од момента отварања наследства лица у погледу којег је одрицање од наследних права дато.¹⁵⁰⁷

Слично решење било је предвиђено према раније Савезном закону о наслеђивању из 1955. године, који је важио у Србији. *Уговор о одрицању од наслеђа које није отворено* био је допуштен уколико је био закључен између претка и његових потомака.¹⁵⁰⁸ Наиме, потомак се могао одрећи будућег наследства које би му припало после смрти претка, било да је реч о редовном законском или нужном наследном делу. За пуноважност овог уговора захтевана је писмена форма и овера уговора од стране судије. На овакав вид одрицања од наследства примењивала су се правила која важе за одрицање од отвореног наслеђа, а дејства одрицања су иста као и код сваке изјаве о одрицању: лице које се одрекло не учествује у расподели заоставштине, а одрицање се односи и на његове потомке, осим уколико није другачије уговорено. Неки теоретичари сматрају да се на овај начин одступало од правила да се расподела имовине која чини заоставштину расправља након смрти неког лица.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰¹ *Ibidem*

¹⁵⁰² У француском праву уколико се наследник који се одриче нађе у стању нужде у тренутку отварања наследства, могуће је одрицање у року од годину дана.

¹⁵⁰³ Čl. 135 Zakona o nasljedivanju Crne Gore.

¹⁵⁰⁴ Čl. 167 Zakona o nasljeđivanju FBiH; čl. 134 Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske. .

¹⁵⁰⁵ (Gavella, 2008), стр. 423.

¹⁵⁰⁶ Čl. 135 Zakona o nasljeđivanju Crne Gore.

¹⁵⁰⁷ (Gavella, 2008), стр. 424.

¹⁵⁰⁸ Чл. 140 Zakona o nasljeđivanju из 1955.

¹⁵⁰⁹ Уговор о одрицању од наслеђа које није отворено, иако је закључен у складу са одредбама Савезног закона о наслеђивању, нема никаквог правног дејства у случају кад је наслеђе отворено после ступања на снагу Закона о наслеђивању Србије (Врховни су Србијем Рев, 1161/91, од 28.05.1991.)

Апсолутна забрана ове врсте наследноправног уговора уводи се у наше право Законом о наслеђивању из 1974.¹⁵¹⁰ Овакво решење преузето је и у важећи Закон о наслеђивању РС који санкционише ништавошћу одрицање од наследства које није отворено.¹⁵¹¹ Забрана располагања наследном надом односи се на све основе позивања на наслеђе, све врсте наследника, као и све облике овог располагања (нпр. споразум будућих наследника о деоби заоставштине).¹⁵¹² И према Нацрту грађанског законика РС, уговор о одрицању од наследства које није отворено је апсолутно забрањен, дакле без прописивања било каквих изузетака.¹⁵¹³

2. УГОВОР О ОДРИЦАЊУ ОД НАСЛЕЂА КОЈЕ НИЈЕ ОТВОРЕНО И СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

У циљу детерминисања граница слободе тестирања значајно је анализирати и уговор о одрицању од будућег наследства као врсту негативног наследноправног уговора који има значајан посредни утицај на границе слободе тестирања. У даљим излагањима настојаћемо да потврдимо тезу да се уговорна слобода и слобода тестирања не морају нужно посматрати у односу супротстављености, и да уговорна слобода може чак и афирмативно утицати на слободу тестирања. Како уговор о одрицању од будућег наследства као наследноправни уговор води порекло из германског права, немачки концепт нормирања овог института биће узет као основни у анализи његовог утицаја на слободу тестаментарног располагања.

Уговор о одрицању од наслеђа које није отворено (*Erbverzicht*) је такав уговор којим се будући законски или завештајни наследник антиципирано, дакле пре отварања наследства, одриче свог наследног права на заоставштину оставиоца.¹⁵¹⁴ То је посебан наследноправни уговор чија сврха се огледа у искључењу законског или тестаментарног права наслеђивања, или пак наслеђивања по основу уговора о наслеђивању (код којег се може одрећи само треће лице у чију корист је уговор закључен, али не и уговорне стране).¹⁵¹⁵

Овај уговор се, дакле, закључује за живота оставиоца и њиме се будући наследник одриче права да истиче наследноправне захтеве у погледу имовине које се

¹⁵¹⁰ Чл. 135 Закона о наслеђивању Социјалистичке Републике Србије („Службени Гласник СРС“, бр. 52/74, 1/80).

¹⁵¹¹ Чл. 218 Закона о наслеђивању РС.

¹⁵¹² (Антић, 2009), стр. 334.

¹⁵¹³ Чл. 2818. Нацрта грађанског законика РС.

¹⁵¹⁴ § 2346, 2352 BGB; види: (Врох, 2004), стр. 172;

¹⁵¹⁵ (Leipold, 2002), стр. 197. (Врох, 2004), стр. 175.

одрекао, односно будућег наследства.¹⁵¹⁶ Пошто уговор о одрицању од будућег наследства није правни посао *mortis causa*, тако да се одредбе којима се регулише тестамент или уговор о наслеђивању не могу применити, већ се примењују општа правила грађанског права која се односе на пуноважност *inter vivos* правних послова.¹⁵¹⁷

Овај уговор је формалан, закључује се у писменој форми, и оверава од стране судије или нотара.¹⁵¹⁸ Иако може бити добродиног карактера (што је искључиво случај у француском праву), уговор о одрицању од будућег наследства се закључује као теретан правни посао, јер наследник који се одриче по правилу уговара одговарајућу противнакнаду на име тога. У питању је алеаторан правни посао, јер је однос узајамних чинидби неизвесан (не зна се колика ће бити вредност наследног дела којег се наследник одриче), тако да уговорне стране унапред прихватају могућу несразмеру узајамних чинидби. Због алеаторног карактера уговор се не може поништити услед *lessio aenormis*.

Одрицање се може односити на цело наслеђе или део наслеђа. У германским правима, право на одрицање припада сваком потенцијалном наследнику, али не и држави као императивном законском наследнику.¹⁵¹⁹ Осим будућег наследника, наследства се може одрећи и легатар, као и лице овлашћено на стицање нужног дела. Приликом расправљања заоставштине, за лице које се одрекло наслеђа узима се као да није било живо у тренутку отварања наследства оставиоца.¹⁵²⁰

Правно дејство одрицања проширује се на потомке лица које се одрекло наслеђа, осим уколико другачије није уговорено,¹⁵²¹ одакле произлази да право одрицања од будућег наследства није личног карактера.¹⁵²² Одрицање од законског наследног дела укључује и одрицање од права на нужни део (ако законски наследник спада у круг нужних наследника), осим уколико другачије није договорено, а закон такође предвиђа могућност да се одрицање ограничи само на нужни део (§ 2346 BGB-а). Овај вид одрицања од посебног је значаја за остваривање слободе тестирања, јер оставиоцу даје сигурност да његова завештајна располагања неће бити накнадно оспорена потраживањем нужног дела од стране наследника који се одрекао. Као израз начела

¹⁵¹⁶ (Брох, 2004), стр. 172.

¹⁵¹⁷ (Lange – Kuchinke, 2001), стр. 167; (Burandt – Rojahn, 2011), стр. 886; супротно: (Gavella, 2008), стр. 424.

¹⁵¹⁸ § 2348 и 2352 BGB; чл. 135 (3) ЗОНРЦГ; чл. 134 Закона о наслеђивању Хрватске;

¹⁵¹⁹ § 551 ABGB-а; чл. 2346 и чл. 2352 BGB-а, чл. 496 ZGB-а.

¹⁵²⁰ (Брох, 2004), стр. 172.

¹⁵²¹ Види: чл. 2349 BGB-а, чл. 495 (3) ZGB-а и чл. 551(2) ABGB-а; Види: D. Živojinović, „Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno“, *Pravni život*, 10/200, стр. 416.

¹⁵²² (Н. Стојановић, 2003а), стр. 373.

аутономије воље, одрицање од законског права наслеђивања или права на нужни део може бити опозвано и сачињавањем уговора о поништењу.¹⁵²³

Одрицање наследника или легатара од користи коју ће стећи по основу завештања такође је могуће (§ 2352 BGB-а). Ова одредба има практични значај уколико у међувремену тестватор изгуби завештајну способност, па не може опозвати тестамент. Тада ће он као уговора страна у уговору о одрицању бити заступан од стране законског заступника.¹⁵²⁴ Док је у немачком праву, одрицање у корист трећег лица допуштено код законског наслеђивања,¹⁵²⁵ код завештајног располагања, међутим, није могуће одрицање од наследства у корист трећег (§ 2350 BGB-а).

Са становишта остваривања слободе тестирања значајно је напоменути да одрицање од наследних права не искључује могућност да завешталац касније постави за наследнике или пак за легатаре лица која су се уговором одрекла наслеђа пре његовог отварања, при чему они имају право избора: да прихвате располагање у своју корист чиме се опозива њихова изјава о одрицању од наслеђа или да га не прихвате. То значи да се одрицање од наследних права може односити само на већ сачињено завештање, односно одређена завештајна располагања, а не и на будућа. Отуда уговор о одрицању има дејство опозова само у односу на раније сачињено завештање, односно његове одредбе у корист наследника који одриче користи по овом основу.¹⁵²⁶ Супротно тумачење би значило ограничавање слободе тестватора у погледу доцнијег завештајног располагања, што би произвело правно дејство слично уговору о садржини завештања, што је неприхватљиво. У сваком случају, накнадним завештајним располагањем може бити само побољшан, никако погоршан наследноправни положај наследника у питању.¹⁵²⁷ Ова последица израз је начела *pacta sunt servanda*, по коме овај уговор везује обе уговорне стране, на начин да лице које се одриче наследства овим путем уговор не може једнострано опозвати, а лице у односу на чију заоставштину је одрицање учињено не сме накнадно погоршати наследноправни положај лица које се одрекло. Споразумни раскид, као израз начела слободе уговорања увек је могућ.¹⁵²⁸

¹⁵²³ Види: (Leipold, 2002), стр. 200; За овај уговор важе услови форме и заступања као и за уговор о одрицању од отвореног наследства (čl. 2351 BGB-а).

¹⁵²⁴ (Brox, 2004), стр. 174.

¹⁵²⁵ Čl. 2350 (1) BGB-а

¹⁵²⁶ Н. Branko, „Nasljednopravni ugovori“, у: *Nasljednopravno uređenje*, (Zagreb: Narodne novine, 2003), стр. 129.

¹⁵²⁷ (Antić, 2009), стр. 336.

¹⁵²⁸ (Antić, 2009), стр. 337.

Одрицање од наследства несумњиво иде у прилог ширења аутономије воље потенцијалних наследника, али истовремено, посредно доприноси широј завештајној слободи, јер су лица која су се одрекла наследних права изузета из наслеђивања и не постоји могућност да накнадно оспоре расподелу заоставштине у опсегу у којем су се одрекли. Приликом одрицања, расположиви део заоставштине се повећава и самим тим проширује обим имовине којим завешталац слободно може тестаментарно располагати. Овај модалитет наследноправног уговора потврђује да се увођењем инструмента уговорног располагања у наследно право нужно не мора ограничавати слобода тестирања, већ се може и екстинзивирати, афирмишући на тај начин аутономију воље у планирању наслеђивања.

3. АРГУМЕНТИ *PRO ET CONTRA* УГОВОРА О ОДРИЦАЊУ ОД БУДУЋЕГ НАСЛЕЂА СА СТАНОВИШТА АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ

У домаћој правној теорији се као негативна страна уговора о одрицању од будућег наследства истиче да је у питању хазардни посао, јер се у тренутку закључења не може знати вредност заоставштине које се наследник одриче. Наиме, лице које се одриче наследства не може знати праву вредност имовине која ће ући у заоставштину, а која може бити много већа (али и много мања) након делације оставиоца него што је у моменту одрицања.¹⁵²⁹ Осим тога, наводи се да споразум може бити закључен на нездравим основама и мотивима, на штету лица које се одриче наследства, као и његових потомака, па може бити погодан инструмент за манипулисање (често се потомак под наговором претка као ауторитета одриче наследства, уз симболичну или никакву противнакнаду).¹⁵³⁰ Постоји и опасност од неморалних поступања,¹⁵³¹ нарушавања принципа полне равноправности¹⁵³² и ремећења породичних односа фаворизовањем неког од сродника.¹⁵³³

На другој страни су они правни теоретичари који се позитивно изјашњавају о уговору о одрицању од будућег наследства, истичући као његове предности то: да он уноси ред у наследничке односе и ствара извесност у погледу расподеле будуће заоставштине; да лица која се одричу будућег наследства по правилу не пристају на његово закључење ако не добију одговарајући имовинску корист, те се на тај начин штити економска позиција и њих и њихових потомака; уговорену имовинску корист

¹⁵²⁹ (Blagojević, 1983), стр. 307.

¹⁵³⁰ *Ibidem.*

¹⁵³¹ (Gavella, 2008), стр. 421, 422.

¹⁵³² (Marković, 1981), стр. 356.

¹⁵³³ (Н. Стојановић, 2011), стр. 358.

лице које се одриче добија по закључењу уговора, а не након смрти лица чијег се наследства одриче.¹⁵³⁴ Такође се истиче да ови уговори у усменој форми егзистирају у домаћој пракси, и да се њиховим закључењем још више компликују односи поводом расправаљања заоставштине, јер ови уговори нису правно уобличени.¹⁵³⁵

Треба нагласити да уговор одрицању од будућег наследства представља веома заступљен инструмент планирања наслеђивања у упоредном праву, пре свега у правима у којима има дугу правну традицију (германска права), у којима је и најширег правног домаћаја (могу га закључивати сви наследници, и то без обзира на основ стицања наследних права којих се одричу). И у оним правима у којима је предвиђена начелна забрана закључења уговора о будућем наследствоу, признаје се могућност одрицања од будућег наследства.

Узимајући у обзир изложену аргументацију *pro et contra* уговора о одрицању од будућег наследства сматрамо да аргументи у прилог његовог нормирања имају превагу. Наиме, предности овог уговора су бројне, било да се посматра из перспективе наследника који се наследства одриче, било кроз призму интереса будућег оставиоца у погледу чије заоставштине се даје одрицање. Овај уговор настаје као израз аутономије воље оба саговорача, при чему лице које се одриче будућег наследства као предност ступања у овај уговорни однос види стицање одређене имовинске користи на име одрицања и то одмах; док лице у односу на које се одриче (будући оставилац) може још за живота закључењем овог уговора уредити имовинскоправне односе између будућих наследника у погледу будуће заоставштине. Дакле, овај инструмент располагања будућим наследствоу неспорно доприноси широј аутономији воље у погледу располагања имовином за случај смрти, а самим тим и завештајној слободи, пре свега кроз дерогирање правила нужног наслеђивања.

Ризик од нарашувања принципа равноправности, односно дискриминације по различитим основима која нису у вези са суштином установе наслеђивања, као и фаворизовање неког од наследника по било ком основу, свакако постоји и код других инструмената располагања имовином којима са поредно или непосредно обликују наследноправне последице смрти неког лица (завештање, уговор о уступању и расподелу имовине за живота, уговор о доживотном издржавању и др.). Истовремено, фаворизовање одређених наследника као аргумент против овог уговора може ићи у прилог његовог нормирања. Наиме, околности, а често и врста имовине у питању,

¹⁵³⁴ (Сворцан, 2009), стр. 205.

¹⁵³⁵ (Н. Стојановић, 2011), стр. 359.

налажу неједнак третман наследника. Тако, на пример, будући оставилац често има потребу за фаворизовањем појединих категорија наследника, нпр. потомка са посебним потребама, или пак детета из претходног брака или потомка који се сматра најспособнијим за настављање породичног бизниса. У том циљу пракса ствара нове инструменте располагања имовином који би допринели широј аутономији воље за случај смрти и осигурали једноставније, ефикасније и сигурније планирање наслеђивања. Уговор о одрицању од будућег наслеђа је несумњиво усмерен ка том циљу, било да се јавља у свом изворном облику (попут *Erbverciht-a* у Немачкој, *attribution préférentielle* у Француској), било да се јавља као саставни елемент специфичних модалитета располагања имовином (као што *patto di famiglia* у италијанском, *accord successoral mutuel* у праву Шпаније).

4. О УВОЂЕЊУ УГОВОРА О ОДРИЦАЊУ ОД БУДУЋЕГ НАСЛЕДСТВА У СРПСКО ПРАВО *DE LEGE FERENDA*

Увођењем негативних наследноправних уговора у поменуте правне системе, не само да се проширује аутономија будућег оставиоца у планирању наслеђивања већ и аутономија наследника. Дерогирањем правила о нужном наслеђивању у одређеном обиму, омогућава се уређивање наследноправних последица смрти на много флексибилнији начин, у складу са ставрном вољом диспонента као и стварним потребама чланова породице. Из тих разлога сматрамо да је реинтеграција уговора о одрицању од будућег наследства у српско наследно право пожељна, пре свега са становишта остваривања шире слободе тестирања.

По угледу на законодавна решења земаља у окружењу, сматрамо да би право одрицања од будућег наслеђа требало признати потомцима у односу на претке, и супружницима међусобно, било да се одричу свог будућег наследног права као потенцијални законски или нужни наследници. Као оправдање овако дефинисаног круга лица за које би био резервисан уговор о одрицању од будућег наследства може се навести чињеница да је расподела заоставштине најчешћа између ових наследника.¹⁵³⁶ По угледу на белгијско право, требало би предвидети могућност одрицања једног супружника од будућих наследних права које би имао према другом супружнику, у корист његове деце из претходне брачне или ванбрачне заједнице, што би могло бити правно уобличено као посебна врста уговора о антиципаном одрицању од наслеђа.

¹⁵³⁶ Види: (Н. Стојановић, 2011), стр. 359.

Наследноправне последице одрицања би се огледале у немогућности истицања права на законски и нужни део, осим уколико није уговором другачије предвиђено (да се одрицање односи само на нужни или само на законски наследни део). У случају да је претходно завештањем располагаано у корист лица које се одриче будућег наследства, од стране лица са којим се уговор о одрицању закључује, треба узети да се одрицање односи и на користи из тог завештања, што не би требало да важи у случају доцнијег завештајног располагања. Дакле, споразум о одрицању од будућег наследства, без обзира на основ стицања будућих наследних права на које се одрицање односи, имао би за последицу лишење лица која се одриче од права да захтева нужни део, у случају да накнадним завештајним располагањем сауговорача ово лице буде изостављено. На тај начин се увећава расположиви део заоставштине за онај удео који би на име нужног дела био резервисан за лице које се одриче.¹⁵³⁷ Одрицање треба да важи и за потомке онога који се одриче, уколико уговором није другачије предвиђено.

Овај уговор треба предвидети и као теретан и као доборчин правни посао. За његов пуноважан настанак, поред оштих претпоставки за пуноважност правног посла, треба предвидети форму нотарски потврђене исправе као конститутивног елемента форме. Како је реч о уговорном располагању, могућност једностраног раскида или измене не би била могућа, већ само споразумно. Отуда, у прилог правне сигурности, као важан елемент форме треба предвидети обавезу овлашћеног лица да уговорне стране упозори на правна дејства уговора, посебно у погледу остваривања права на законски и нужни део.

Овакав предлог концепта уговорног наслеђивања *de lege ferenda* сматрамо усклађеним са сврхом института уговора о одрицању од будућег наследства, као флексибилног инструмента планирања наслеђивања који првенствено треба да одговара потребама правног промета и да доприносе широј аутономији воље у располагању заоставштином. Из претходног правнотеоријског сагледавања овог института и његовог утицаја на слободу тестирања, произлази општи закључак да нови инструменти уговорног располагања у наследном праву доприносе проширењу слободе тестирања у материјалноправном смислу, иако због свог амбивалетног дејства као инструмента манифестовања воље представљају и формалноправна ограничења ове слободе. Отуда се потреба за увођењем уговора о одрицању од будућег наследства као инструмента

¹⁵³⁷ (Крећ – Павић, 1964), стр. 463.

уређења наследноправних односа, не може оспоравати аргументом да је уговорна слобода директно суспротстављена слободи тестирања.

ЗАКЉУЦИ

I.

1. Објашњење граница слободе завештајних располагања, по логици ствари, условљено је поимањем саме завештајне слободе, њене природе, садржине и сврхе. Ова директна условљеност, на методолошком нивоу је захтевала да се претходно прихвати једна од већ постојећих дефиниција или изгради сопствена дефиниција слободе завештања. Од тога шта чини завештајну слободу, према теоријском схватању или законској регулативи, какве је природе и које друштвене вредности се њоме штите, зависи објашњење суштине и оправданости сваког њеног ограничења. Будући да смо на бази анализе дефиниција слободе завештања датих у литератури наследног права, закључили да се, и поред веће или мање мере прихватљивости, могу сматрати непотпуним или недовољно прецизним, одлучили смо се да изградимо сопствену дефиницију.

Полазећи од става да слобода завештања представља вид испољавања аутономије воље и да није апсолутна, сматрамо да се може дефинисати на следећи начин: *- Начело слободе завештања представљају овлашћења једног лица установљена јавним поретком и законом једне државе да самостално одлучи хоће ли сачинити завештање и определи се за законом предвиђену форму тестамената, да слободно одреди његову садржину и по својој вољи опозове завештање до своје смрти.*

Из дате дефиниције видљиве су две опште одлике: слобода завештања је начело наследног права и има правне границе. Зато што извире из више правних норми наследног, грађанског и уставног права, и важи за читав низ случајева обухваћених тим нормама, слобода завештања је *основно начело* наследног права и не може се сматрати субјективним правом које припада појединцу. У савременим правним системима приватноправна аутономија није неограничена, па су из тог разлога у дефиницију унете *правне границе*, дате општим изразом да слобода завештања мора бити у складу са „јавним поретком и законом једне државе“. Ова општа одлика по правилу изостаје у анализираним дефиницијама, тако да се завештајна слобода прешироко одређује и може имати значење да важи изван стварних граница.

С циљем да се у потпуности обухвати могући садржај завештајне слободе, у њену дефиницију уврстили смо четири конститутивна елемента: слободу сачињавања завештања, слободу избора форме завештања, слободу одређивања садржине завештања и слободу опозива завештања.

За разлику од наших теоретичара наследног права, слободу избора форме завештања издвојили смо у засебан конститутивни елемент дефиниције. Поред значаја који има форма завештајног располагања, имали смо у виду још два битна разлога која говоре у прилог самосталности овог елемента. Прво, оставилац нема слободу да своју последњу вољу уобличи у неку сопствену форму, по свом нахођењу, већ само може да изабере једну од законом прописаних форми да би завештање било пуноважно. Друго, слобода избора неке од законом прописаних форми тестамена не може се подвести ни под један конститутивни елемент завештајне слободе. Уношењем форме у дефиницију слободе завештања одређује се стварно поље у коме завешталац може пуноважно да распореди своју имовину за случај смрти.

И слободу опозива тестамена уздигли смо на ранг самосталног конститутивног елемента, јер има исти значај као и слобода сачињавања тестамена. Суштински, реч је о једном посебном виду завештајног располагања. То је атрибут без кога би завештање изгубило своју правну природу по којој се разликује од облигационих уговора, па не сме бити изостављено из дефиниције.

2. Ограничења слободе завештања разнолика су по свом пореклу, општости законског основа ограничења, интересу који се ограничењем штити, те правним последицама непоштовања ограничења. Посебно научно интересовање изискују општа ограничења и то због разлике између законске дефиниције и доктринарног схватања јавног поретка. Имајући у виду законске одреднице општих ограничења слободе завештања и учење грађанскоправне теорије, сматрамо да треба разликовати *јавни поредак у ширем смислу*, као појам вишег ранга који обухвата принудне прописе, јавни поредак у ужем смислу и добре обичаје (односно моралне норме), као појмове нижег ранга, који се не могу сматрати „укрштеним појмовима“. *Јавни поредак у ужем смислу* чине сви они принципи садржани у уставним и законским прописима који нису обухваћени конкретним императивним нормама или добрим обичајима. Реч је о правним стандардима којима се судији дају смернице приликом примене грађанскоправних норми. Ради се о духу правног система, што се као правно питање решава у сваком конкретном случају путем систематског и циљног тумачења.

Ако се приоритет да теоријском поимању јавног поретка, постављени проблем могао би се једноставније решити усвајањем одговарајућих нормативних решења уместо примене метода тумачења опште теорије права. Прописивањем општих ограничења слободе завештања тако да се у законској норми изостави појам „јавни

поредак“, отклониле би се разлике у теоријској и законској дефиницији и поједноставило би се правно тумачење. С тим циљем, могло би се прописати да је ништав сваки тестамент „противан уставу, принудним прописима и моралу друштва (односно добрим обичајима)“. На тај начин би сва три вида општег ограничења слободe завештања била инволвирана у појам „јавни поредак“ који је изградила грађанскоправна теорија.

II.

1. Признавање правног субјективитета сваком човеку представља израз цивилизацијског нивоа развоја људских права и слобода. Пословна и завештајна способност, као надградња правне личности, представљају претпоставке остваривања основних људских права и приватноправне аутономије. Слободна воља сваког појединца као његова креативна моћ за заснивање субјективних грађанских права, претпоставка је постојања и тестаментарне слободe. Завештајна способност једна је од претпоставки пуноважног завештајног располагања, чија материјалноправна садржина у значајној мери одређује и правне оквире слободe тестирања. Завешталац мора поседовати одређене личне квалитете за стицање завештајне способности, саобразно њеној волитивној функцији и циљу којем служи.

Основни циљ завештајне способности је да омогући завештаоцу пуноважно располагање имовином за случај смрти путем изјављивања правно релевантне воље, што подразумева способност схватања значаја завештања, које последице производи и да у складу с тим поступа. Она представља способност једног лица да сачини пуноважно завештање или да га пуноважно измени или опозове, а чине је два елемента која морају бити кумулативно заступљена – објективни, старосна доб завештаоца и субјективни, његова способност за расуђивање. Потребан степен разборитости и зрелости који условљава и правно дејство изјављене последење воље, објективизира се у савременом праву везивањем за одређену старосну доб лица. Овакво решење предвиђено је зарад правне сигурности, али се поставља питање да ли се остварује правно-политички циљ усвојене концепције завештајне способности?

2. Наследноправна регулатива, с једне стране, из разлога правне сигурности не уважава чињеницу да је способност свесног и зрелог просуђивања релативна спрам животног искуства и других индивидуалних фактора сваког појединца исте старосне

доби. Једно лице тако, може имати довољан ниво способности за расуђивање примерен за сачињавање тестамент а да буде ускраћено за његово предузимање јер не задовољава објективни критеријум (старосну доб), иако би се у конкретном случају могла остварити суштина овог правног посла као института (институциона функција завештајне способности). С друге стране, правним оснаживањем завештања које је рушљиво због недостатака субјективне компоненте, признаје се дејство изјављеној последњој вољи која не испуњава неопходне критеријуме правне релевантности.

Поред тога, различите процене законодаваца у погледу претпоставке постојања потребне воље и интелектуланих квалитета завештаоца спрам старосне доби, које се предвиђају као довољне да малолетник сачини пуноважно завештање, условиле су и различит домашјај тестаментарне способности, тако да се у појединим правима сматра да лице са навршених четрнаест година живота има потребне квалитете да буде оквалификовано као завештајно способно, а у другим правима прихваћено је да се потребан ниво зрелости за завештајно располагање достиже тек пунолетством. Овако широк распон објективне компоненте завештајне способности и неусклађеност упоредноправних решењења, додатно замагљују правне оквире завештајне способности. Тиме се потврђује наша теза да објективизирање субјективне компенте кроз старосну доб, у значајној мери може релативизирати границе слободе завештања, пошто за одређивање доње старосне границе нема егзактног критеријума којим би се законодавац руководио.

3. Досегнути степен свеукупног развитка друштва и високи ниво модерних технологија омогућавају стицање социјалне зрелости у млађем узрасту, па се из тог разлога јавља потреба преиспитивања објективне компоненте завештајне способности. Са становишта једног кохерентног правног система, приликом прописивања доње старосне границе завештајне способности, треба имати у виду и друге правне области у којима се способност схватања значаја правних радњи и вољног одлучивања такође узима као релеватан фактор за одређивање њиховог правног домашјаја (пословна способност, способност за закључење брака, радна способност, грађанска и казнена одговорност и сл.). Према тим решењима треба одмерити узраст потребан за завештајну способност, имајући у виду природу, значај и ризике завештања као правног посла *mortis causa*. Ови индикатори упућују на потребу снижења доње старосне границе одређене позитивним правом чиме се проширује слобода да се сачини завештање као основна претпоставка у реализацији слободе тестирања. .

4. Реализација идеје о снижавању старосне границе завештајне способности за коју се залажемо, изискује додатну опрезност због недовољне психичке и социјалне зрелости малолетника тог узраста (преосетљивост, невелико животно искуство, поводљивост и сл.). Увођење законског заступника у поступак сачињавања тестаментa, није могуће, па треба пронаћи друго решење. Њега видимо у степеновању завештајне способности малолетника које би било праћено сужавањем избора могућих завештајних форми само на јавне завештајне форме. Овим би се кроз консултатску улогу овлашћеног лица при сачањавању јавних форми завештања и упозоравање на значај и правне последице предузетог правног посла, осигурала довољна гаранција за реализацију слободне воље и истинске намере малолетника који завештајно располаже, истовремено доприносећи и правној сигурности.

5. Право да сачини тестамент треба признати сваком лицу које поседује одговарајући ниво свести и воље за самостално одлучивање и изазивање правних последица које су скопчане са правним послом завештања (волитивна функција завештајне способности) у објективно постављеним границама. У том смислу сматрамо неприхватљивим да се душевно оболелом лицу које није потпуно лишено пословне способности ускрати могућност да реализује своју слободу тестирања у стању привремене способности за расуђивање тј. светлим тренуцима (*lucida intervalla*). Сматрамо да њихову способност за расуђивање треба ценити у сваком конкретном случају, према тренутку сачињавања завештања, и омогућити им да реализују своју последњу вољу, уколико се у утврди да је она правно релевантна. Ограничења Уставом гарантоване слободе не смеју бити дискриминишућа, па самим тим ни слободе тестирања, односно слободе да се сачини завештање која је њен суштински елеменат. У том духу, ни делимично лишење пословне способности не треба да буде одлучујуће за губитак завештајне способности, која се има ценити спрам способности за расуђивање завештаоца потребне за тестаментарно располагање.

Санкција ништавости треба да буде јединствена за све случајеве завештајне неспособности, без обзира да ли је она настала због одсуства њене субјективне или објективне компоненте. Кад је реч о субјективном елементу завештајне способности, треба прописати да је тестамент ништав ако завешталац није био способан за расуђивање, без обзира да ли о томе постоји судска одлука донета у поступку потпуног лишења пословне способности завештаоца. На овај начин би се афирмисао значај обе компоненте завештајне способности, које су једнако важне за формирање правно

релеватне последње воље завештаоца. Сви разлози неспособности за расуђивање завештаоца који постоје у тренутку сачињавања завештања, било да су трајни или привремени, треба да имају исти третман и морају се идентично санкционисати. Неправично је конвалидацијом завештања ширити границе завештајне слободе онима који немају правно релевантну вољу.

6. Тумачењем завештања се проналази прави смисао и домашај тестаментарних одредби, да би се утврдила права намера завештаоца. Оно служи разумевању и утврђивању последње воље завештаоца, а могућа неподударност између изјављене и стварне воље изискује увођење правила допуњујућег тумачења, која би са становишта остваривања слободе завештања морала одражавати настојање да се завештање одржи на снази. Зато се, кад постоји несклад између стварне и изјављене завештаоачеве воље, предност даје правој вољи завештаоца, у складу са теоријом воље.

Позитивноправна регулатива недоследна је у настојању да намера завештаоца буде примарна у свим ситуацијама за које се установљавају допуњујућа правила тумачења. Недостатак је важећих законских правила што садрже унутрашњу противречност – установљено је тумачење према правој намери завештаоца, а супсидијарним правилима предвиђа се тумачење у корист законских наследника, чиме се у знатној мери ограничава завештајна слобода оставиоца и доводи у питање остваривање њене институционе функције. Зато допунска правила треба изменити у правцу фаворизовања тестаментарног а не законског наслеђивања, и за случајеве кад се права намера завештаоачева не може утврдити, прописати да се завештање тумачи у смислу који је повољнији за тестаментарне наследнике. Оваквом концепцијском доследношћу, начело слободе завештања било би адекватно инкорпорисано у одредбе о тумачењу, а закон би добио потребну кохерентност.

III.

1. Формализам завештања настао је као резултат потребе да се заштити слободна воља завештаоца. Иако је начело неформалности правних послова доминантно у савременим правним системима, одступање од овог начела у тестаментарном праву темељи се на *mortis causa* правном дејству завештања. Формалноправна ограничавања тестаментарне слободе узрокована су основним друштвенополитичким циљевима државе ради којих су прописана и као таква усмерена су на остваривање заштитне, доказне и упозоравајуће функције форме. У тим оквирима једино је могуће сагледати

оправданост форме тестаментна као ограничавајућег фактора слободе тестирања. Опсег завештајне слободе у афирмативном смислу одређен је и плуралитетом форми у којима се она може манифестовати, те је њен домаћај неопходно посматрати у контексту овог амбивалентног дејства (утицаја) завештајне форме.

Законско решење тестаментарних форми треба да одговара стварности и потребама човека, у супротном, сама слобода тестирања има само формални значај. На законодавцу је да успостави систем тестаментарних облика који ће одговарати тим савременим потребама друштва, и омогући завештаоцу да у свим приликама оствари зајемчену слободу тестирања. Претерана либерализација формалности ширила би границе завештајне слободе али би довела у питање начело формализма у тестаментарном праву. Зато је минимум формалих захтева императив правне сигурности којој свака прописана завештајна форма треба да служи. Успостављање равнотеже између та два супротстављена захтева, комплексан је задатак који се поставља пред сваког законодавца.

2. Иако је солемнизација завештања превасходно била предвиђена у сврху заштите слободе тестирања, последњих деценија евидентан је тренд ублажавања тестаментарних формалности. Њега следе и земље романске правне традиције, по угледу на земље германске правне традиције које карактерише либералнији приступ у тестаментарном наслеђивању по питању форми завештања. Разлог томе је што завештање као вид *mortis causa* располагања све више губи на значају у практичном смислу због неусклађености са потребама савременог правног промета, те се говори о „кризи завештања“. Отуда је завештајно наслеђивање потиснуто све популарнијим супституцијама завештајног располагања (уговор о наслеђивању, уговор о одрицању од будућег наследства итд.), што је условило актуелно реформисање завештајног права у циљу прилагођавања потребама савременог човека.

Степен сложености и стриктности формалних услова пуноважног настанка завештања, осликава меру ограничавања завештајне слободе. Што су услови форме строжи, то је слобода тестирања у већој мери ограничена. У складу са тенденцијом остваривања шире аутономије воље, ублажавање формалности у тестаментарном праву манифестује се и кроз прописивање санкција ништавости само за неиспуњење најстрожих формалности, док је санкција рушљивости прописана за остале формалноправне недостатке.

3. За привилеговане завештајне форме се у данашње време, нарочито у страниој литератури, сматра да су застареле и да не одговарају потребама савременог правног промета. С тим у вези, отворено је и питање правне сврсисходности усменог завештања и постављен захтев да се преиспита основни концепт ове завештајне форме, пре свега зато што се у пракси ретко примењује јер су захтеви форме тешко остварљиви. И поред критика које јој се упућују, привилегована завештајна форма је оправдана али само у контексту изузетних прилика у којим се сачињава. За реализацију ове идеје пред законодавцем су два задатка, да прецизно одреди стандард изузетних околности, нарочито оних субјективног карактера, како усмено завештање не би изгубило своју сврху. Пожељна либерализација ове форме могла би се остварити кроз предвиђање ниже старосне границе завештајних сведока и одступање од принципа *unitu actu*, што би допринело да ова форма оствари своју друштвену функцију. За конципирање ове форме може се користити и искуство неких законодавстава која су укинула усмено завештање увели завештање у нужди, којим су замењене све до тада важеће ванредне завештајне форме, тако што је остављена могућност завештаоцу да се определи за форму која ће бити најадекватнија спрам конкретних околности и могућности. У својој укупности, сва поменута новелирања, допринела би остварењу друштвене сврхе, правној сигурности, али и афирмацији слободе завештања и проширењу њених граница.

4. Узимајући у обзир степен технолошког развоја и потребе савременог човека, чини се да се практична сврсисходност појединих завештајних форми доводи у питање, као што случај са олографским завештањем. У складу са електронизацијом друштва где је својеручно писање замењено електронским, намеће се потреба за осавременавањем завештајних форми. У том смислу сматрамо да завештаоцу треба признати слободу избора метода (и технике) сачињавања олографског завештања. Превасходно треба предвидети могућност електронског сачињавања тестаментa, а остварење заштитне функције форме осигурати својеручним прописивањем. Овакво решење видимо као прелазну етапу ка признавању електронског завештања са дигиталним потписом.

5. *Јавне завештајне форме* омогућавају најширем кругу лица да реализује своју завештајну слободу (неписменима и хендикепиранима), уз обезбеђивање највећег степена правне сигурности и аутентичности завештаочеве воље. Зато их треба развијати и дограђивати, пре свега нотарско завештање, као најзаступљенији вид

завештајног располагања у савременим законодавствима. Његово увођење у српско право допринело је афирмацији слободе тестирања и треба очекивати да постане доминантна јавна завештајна форма. Такође сматрамо да градација формалности код нотарског завештања прописивањем различитог броја завештајних сведока као елемента форме у законом предвиђеним случајевима није оправдана, и да би ово питање морало бити јединствено регулисано.

IV.

1. Именовање наследника један је од суштинских елемената слободе завештања, јер је у ту сврху она и настала у старом веку. Отуда су и могући и допуштени модалитети именовања наследника претпоставка слободе завештања, али су уједно детерминанте граница слободе одређивања садржине завештања као једног од суштинских елемената у коме се слобода завештања испољава. Постављање ширих законских могућности условног именовања наследника, непосредно се шири домашај слободе завештања. Законске могућности именовања наследника под условом, роком, налогом, са својим разноликим дејством на последице завештајног располагања, афирмишу слободу завештања омогућавајући завештаоцу да извршити расподелу заоставштине по свом нахођењу, у складу са околностима. У законодавствима која допуштају каптаторне услове приликом именовања наследника, па отуда само располагање за случај смрти може бити условљено вољом другог лица, односно везујућег карактера (што долази до изражаја код заједничког завештања, уговора о наслеђивању и др.), аутономија воље ширег је домашаја. У другим законодавствима, попут српског, где је сваки вид условљавања завештаочеве воље забрањен ако је каптаторног карактера, поље завештајне слободе се сужава. Мада је домашај слободе њиме више лимитиран, другопоменути концепцијски приступ може се оправдати природом и суштином самог завештања, будући да се њиме настоји очувати основно својство завештања као личног, једностраног и опозивог правног посла за случај смрти.

2. Детерминанте које одређују правни домашај фидеикомисарне супституције као вида условљеног sukcesивног наслеђивања су круг лица која могу бити постављена за потоњег наследника, број допуштене смене наследника кроз степеновање, те околности које се завештањем могу одредити као супституциони случај. У оним законодавствима која дозвољавају да за супституциони случај може бити одређен услов, рок, али и смрт првопостављеног наследника, слобода тестатора је ширег

домашаја. Ширењу слободе одређивања садржине завештања доприноси и слобода избора лица која могу бити именована за фидеикомисаре, нарочито могућност именовања *nondum conceptus-a* за потоњег наследника. Ограничења постављена у циљу заштите општих интереса кроз ограничени број супституција, тј. могућности степеновања, или временско ограничење успостављања фидеикомисарне супституције, такође оцртавају правне оквире слободе именовања наследника. С тим у вези, резултати истраживања су показали да је најфлексибилнији модел фидеикомисарне супституције заступљен у праву Немачке, где је и слобода тестатора најширег домашаја, а уређена је тако да правна сигурност и извесност нису угрожене. Успостављен је одговарајући баланс између интереса завештаоца и друштвених интереса примереним законским ограничењем најдужега временског периода у коме фидеикомисарна супституција може бити успостављена. У другим правима, као што је швајцарско, фидеикомисарна супституција је ограничена само на једну смену наследника, што на први поглед изгледа као значајно лимитирање слободе тестатора у погледу именовања наследника. Међутим, непрописивање временског лимита за успостављање фидеикомисарне супституције омогућава стварање добара „мртве руке“ за дужи период. Из реченог је видљиво да су услови под којима завешталац може именовати наследнике, или успоставити сукцесивно наслеђивање јасни показатељи домашаја слободе тестирања.

3. Законско ограничавање завештаоачеве слободе у домену фидеикомисарне супституције условљено је заштитом интереса трећих лица, као и општих интереса који се огледа у слободи правног промета и потреби за коначним уређењем преласка заоставштине на наследнике, који се јављају као супротстављени завештајној слободи. Приликом успостављања равнотеже између овако суспротстављених интереса, сваки законодавац се руководи правним и друштвеним значајем одређене правне установе и местом које јој жели признати у датом правном систему. Мишљења смо да на достигнутом степену друштвеног развоја, уважавајући владајуће економске прилике и промене у породичним односима уопште и у нашем друштву, завештаоцу *de lege ferenda* треба ставити на располагање различите правне инструменте који би му омогућили да у складу са конкретним околностима, квалитетом породичних односа и потребом за економском сигурношћу њему блиских лица, изврши *правичну расподелу заоставштине*. У том смислу, фидеикомисарна супституција за случај смрти као временски ограничено, условљено именовање наследника, могла би бити прихватљив

инструмент планирања наслеђивања, усклађен са практичним потребама правног промета и савременог човека, и као такав, у свом најширем домаћају у великој мери би допринео остваривању завештајне слободе и њеног правнополитичког циља. Отуда би увођење у српско право фидеикомисарне супституције за случај смрти фидуцијара био значајан искорак у правцу екстензивирања граница слободе тестирања и осавремењавања наслеђивања, разуме се, уз одговарајућа ограничења која не би била препрека да се оствари друштвена и правна сврха која је и разлог његовог нормирања.

4. У нашем праву фидеикомисарна супституција у ширем смислу као институт није нормирана, али се под овај вид именована наследника може подвести именовање наследника под условом и роком. Дакле, у самом законском тексту није најјасније подвучена граница између допуштених и недопуштених облика фидеикомисарне супституције, што је последица непрецизног појмовног и правнотеоријског одређења овог правног института. Према важећим прописима, као и решењу у Нацрту Грађанског законика РС, прокламована је забрана фидеикомисарне супституције под којом се подразумева одређивање наследника наследнику. Интенција законодавца била је да забрани фидеикомисарну смену наследника услед смрти фидуцијара, као супституционог случаја, и у том правцу ову одредбу треба и тумачити. На тај начин је и слобода тестатора у погледу избора модалитета именовања наследника ограничена.

Решење предложено у Нацрту Грађанског законика којим се предвиђа одступање од ове забране, не доприноси проширењу граница слободе тестирања, јер се предложени концепт своди на већ постојећу установу легата плодоуживања коју признаје српско право. Отуда би, *de lege ferenda*, увођење установе фидеикомисарне смене наследника за случај смрти у српско право, за које се залажемо, требало да омогући ширу реализацију слободе тестирања и као инструмент планирања наслеђивања буде у функцији прилагођавања садржине завештања измењеним околностима, односно очекиваном будућем току ствари. За законско решење којим би се фидеикомисарна супституција везала за једну смену наследника и временски ограничила до 30 година, са могућношћу постављања свих лица за потоње наследнике, дакле и постмортално зачетог детета - сматрамо да је концепт којим би се остварила сврха овог правног института и проширио домаћај слободе завештања у мери која је прихватљива са становишта правног поретка и друштвених интереса. Залажемо се за либерални систем фидеикомисарне супституције у коме би претходни наследник имао делимично ограничену слободу располагања, с тим да се истовремено заштите

интереси потоњег наследника, првенствено правилима о реалној суброгацији. Решење је у интересу оба наследника – претходни наследник разменом добара може увећати вредност наследства, а потоњи би добио добра веће вредности уместо да наследи добра која губе тржишну вредност.

V.

1. У реализацији права опозива завештања као еманације слободе тестирања, прилично уједначена упоредноправна решења у погледу могућих начина опозива завештања говоре у прилог шире слободе тестирања.

Изричитим формалним опозивом завештања у већој мери се осигурава остваривање слободе завештања, јер се тачно може утврдити намера завештаоца и сама садржина завештања. У прилог остварења слободе тестирања говори и прећутно формално опозивање завештања, само са донекле мањим степеном сигурности него изричит опозив. Код формалног начина опозивања завештања, посматрано са становишта пуноважности правног посла *mortis causa*, оправдано је прописивање одговарајућих формалности у случајевима кад се завешталац определи да формалноправно уобличи своју намеру опозива. Да би формални опозив произвео дејство, тестамент мора бити пуноважан, те морају бити задовољени и сви елементи форме тестаментa за коју се завешталац определио. Прописане формалности представљају сврсисходно ограничавање слободе тестирања, чији је крајњи циљ да се она правно реализује.

Могућност неформалног опозива завештања, које познаје и наше право, фаворизује аутономију воље завештаоца, дајући предност суштини, над формом. Код неформалног опозива правни карактер једне фактичке, материјалне радње као што је физичко уништавање завештања, обезбеђује се кроз нужно постојање завештаочеве намере опозива, како би се омогућила правна заштита у реализацији овог субјективног права завештаоца. Слобода накнадног располагања завештајним добрима као други вид неформалног опозива завештања говори у прилог шире слободе тестирања.

2. Законско уређење опозива у позитивном праву утемељено је на идеји омогућавања реализације слободе завештања до последњег момента живота, све док завешталац поседује завештајну способност, али се може оценити да је регулатива у извесној мери непотпуна и недовољно прецизна. Зарад афирмације пуне слободе завештања, законом јасно одређено дејство потоњег на претходно завештање треба

проширити на сва завештања једног завештаоца. Ова идеја треба да буде водиља и приликом уређења опозива опозива. Сврсисходна би била изричита одредба да претходно завештање опозвано доцнијим завештањем остаје на снази у свим случајевима кад доцније завештање буде уништено или на други начин опозвано, осим уколико не произлази другачија намера завештаоца.

4. Законска решења у савременим правима о законском опозиву завештања у корист супружника због промењених породичних прилика, могу послужити као водиља да се осавремени наша наследноправна регулатива, тиме што ће се регулисати утицај престанка брака на наследноправни положај бившег супружника. Развод или поништај брака неминовно утиче на суштинске промене у личним и правним односима између бивших супружника, па се с разлогом доводи у питање опстанак завештања у корист бившег супружника. Реално је закључити да се са разводом или поништајем брака губи мотив да се располаже у корист бившег супружника. Зато треба прописати да дејства завештања у корист ранијег супружника престају у моменту развода или поништаја брака. То значи да се због престанка брака по сили закона ставља ван снаге завештање у корист бившег супружника. Овакво решење служи јачању правне сигурности и рационално је, јер они који су завештајно располагали у корист својих бивших супружника не би морали опозивати своја завештања. Тиме се не ограничава слобода завештања већ штити слободна воља након престанка брака – уколико завешталац и даље жели да завештајно располаже у корист бившег супружника, има могућност да ту своју вољу манифестује сачињавањем новог завештања.

VI.

1. Право на нужни део у свим државама континенталне правне традиције представља правну тековину и уведено је као компромис између слободе тестирања и породичног карактера наслеђивања. Иако је установа нужног дела инструмент у функцији заштите породичног карактера наслеђивања и као таква посматра се првенствено као антитеза слободе тестирања, погрешно је извести закључак да је овлашћење тестатора да слободно регулише наследноправне последице смрти признато из другачијих побуда. Ово овлашћење признато је са циљем успостављања правичног поретка наследноправне сукцесије, правичнијег од оног који се успоставља према правилима законског наслеђивања, и не сме се посматрати као супротни пол према

породичном карактеру наслеђивања, јер су оба принципа усмерена ка правичној расподели имовине завештаоца за случај смрти.

Будући да свако апсолутно право може водити ка неправу, па тако и слобода тестирања, императивана правна правила успостављена су са циљем да се спречи самовоља завештаоца, и допринесе социјалној правичности између чланова његове породице и њиховог једнаког наследноправног третмана. Ту се долази до кључног питања допуштене мере ограничавања слободе тестирања као манифестације приватноправне аутономије појединца, у циљу заштите општих интереса изражених кроз установу јавног поретка, али и одређених друштвених вредности које се посебно штите правним поретком, као што је породица. Приликом правног и нормативног уобличавања слободе тестирања *de lege ferenda* треба настојати да се омогући равнотежа ових (често супротстављених) интереса, у мери у којој је то могуће.

2. Из анализе владајућих објективних концепција нормирања установе нужног дела произлази да се општи законодавни приступ темељи на јединственом стандарду у погледу одређивања круга нужних наследника и њихових нужних наследних квота. Овај стандард униформно се примењује на све ситуације, не уважавајући специфичност односа оставиоца и сваког наследника појединачно, њихово имовино стање и реалне, субјективне потребе сваког наследника понаособ (нпр. однос између оставиоца и нужног наследника може бити знатно поремећен и дисфункционалан; имовно стање деце може бити знатно повољније од имовног стања родитеља; у одређеним случајевима као наследници се јављају деца са посебним потребама која нису способна да се старају о себи и др.). Крут систем нужног наслеђивања донекле се ублажава приклањањем објективно-субјективној концепцији која у већој мери уважава реалне потребе и околности приликом одређивања круга нужних наследника, али величина нужног дела и према овој концепцији остаје фиксно одређена.

Зато се са доктринарног становишта може поставити питање правнополитичког циља нормирања установе нужног дела и његове друштвене сврсисходности, као посебно значајних у утврђивању граница слободе тестирања. У том правцу сматрамо потпуно прихватљивим став о неопходности флексибилнијег концепцијског приступа установи нужног дела који би одговарао социјалном реалитету и стварним потребама лица у чију корист је право нужног дела установљено.

3. Рестриктивније системско уређење установе нужног дела у упоредном праву постиже се сужавањем круга нужних наследника (искључивањем другостепених и

даљих асцедената, као и свих побочних сродника оставиоца), опредељивањем за облигационоправну природу нужног дела (уз извесна одступања у погледу могућности намирења *in natura* када је то објективно оправдано), дефинисањем опсежнијих разлога разбаштињења нужних наследника, скраћивањем рокова за истицање права на нужни део. Посебна законска овлашћења која се успостављају у корист појединих оставиочевих сродника који су живели у заједници са оставиоцем и од њега били зависни, с циљем осигурања њихове имовинскоправне заштите када је то објективно оправдано и нужно, чине се прихватљивим решењем у контексту изградње хармоничнијег односа између слободе тестирања и породичноправног карактера наслеђивања.

4. Анализом позитивноправних решења у нормирању установе нужног дела у српском праву и њиховим компаративним сагледавањем са упоредноправним решењима дошли смо до резултата који делимично потврђују првобитно постављену хипотезу да се нужни део *као наследноправна установа предвиђена когентним правним нормама и највеће ограничење слободе завештајних располагања, у нашем праву прилично широко поставља*. Ова хипотеза је потврђена у погледу круга нужних наследника који је широко постављен, а који у највећој мери и одређује домашај установе нужног дела. У том аспекту потврђена је и претпоставка да је актуелно решење српског законодавца у дисхармонији са законодавном регулативом нужног наслеђивања европских земаља исте правне традиције као што је и српска.

Из упоредне анализе спроведних реформи наследног права произлази да се на међународном плану установа нужног дела реформише у прилог шире слободе тестирања. Запажена је тенденција сужавања круга нужних наследника свођењем на чланове нуклеарне породице (супружнике и потомке), а у појединим правима и само на потомке оставиоца. Колатерали се традиционално не сврставају у категорију нужних наследника у упоредним законодавствима, осим у појединим правима земаља бивше Југославије. Што се тиче оставиочевих предака, они су или у потпуности искључени из права нужног наслеђивања, или се ово право признаје још оставиочевим родитељима, било као асполутним нужним наследницима или као релативним у неким законодавствима која су прихватила објективно-субјективну концепцију нужног наслеђивања.

У складу са поменутиим тенденцијама, реформисање српског права *de lege ferenda* свакако би подразумевало опредељење за концепт ужег круга нужних

наследника који, по нашем мишљењу, треба да обухвата оставиочеве потомке и супружника, као апсолутне нужне наследнике, и оставиочеве родитеље, као релативне. Доследност постојећој објективно-субјективној концепцији нужног дела сматрамо оправданом са аспекта основа нужног наслеђивања који се у овој концепцији огледа у компромису између породичне солидарности и критеријума издржавања. Предложени круг нужних наследника у складу је са измењеним породичним образцима и нуклеаризације породице, као и њеном измењеном функцијом, која више није производна, већ се огледа у финансијској солидарности између оставиоца и одређеног наследника. Како би установа нужног дела оправдала своју друштвену сврху, субјективне критеријуме за реализацију права на нужни треба допунити увођењем издржавања као додатног субјективног услова који мора бити кумулативно испуњен уз већ постојеће (немање нужних средстава за живот и радна неспособност). На тај начин би се успоставио еластичнији правни оквир слободе тестирања, која би била опредељена спрам практичних потреба категорије реалтивних нужних наследника. Ослабио би, посве оправдано, крути концепт нужног наслеђивања какав је тренутно заступљен у нашем праву.

5. Поређењем са упоредноправном регулативом, установили смо да су позитивноправна решења величине нужног дела с њом усаглашена. За величину нужног дела може се рећи да је оптимално одређена јер се успоставља равнотежа између слободе тестирања и нужног наслеђивања, гарантовањем слободе тестаментарног располагања најмање половином укупне вредности заоставштине. Фаворизовање наследноправног положаја потомака и супружника оставиоца, којима се на име нужног дела признаје половина законског наследног дела, у односу на трећину законског дела која је предвиђена за остале нужне наследнике, сматрамо оправданим ако се узму у обзир блискост и квалитет веза оставиоца и сваке од ових категорија нужних наследника.

6. Што се тиче крутости установе нужног дела која произлази из статичних и строгих правних правила (тачно је дефинисано ко може бити нужни наследник, под којим условима и колико наслеђује), у том погледу не може се упутити нека посебна критика нашем законодавцу, јер су ова негативна својства, генерална одлика нужног наслеђивања. Као евентуална смерница за флексибилније нужно наслеђивање могла би се узети посебна законска овлашћења императивног карактера која би првобитно била установљена у корист оних лица која би према решењу које смо предложили *de lege*

ferenda била изопштена из круга нужних наследника. Императивна законска овлашћења као супститути установе нужног наслеђивања такође би ограничавала слободу тестирања, али би била флексибилнија од установе нужног дела (како је сада конципирана) и као таква друштвено сврсисходнија. То би могло бити прелазно решење ка успостављању нових механизма императивне правне заштите најближих оставиочевих сродника, по угледу на англосаксонско право, чиме би се у перспективи тежило конвергенцији наизглед непомирљиво супротстављених правних традиција, евроконтиненталне и *common law*-а.

7. Уколико се хипотеза коју смо поставили о нужном делу посматра с обзиром на правну природу права на нужни део, можемо констатовати да није потврђена, јер смо закључили да је српски законодавац нашао задовољавајуће решење опредељујући се за облигационоправни концепет, што је у прилог шире слободе тестирања, која се додатно фаворизује признавањем права завештаоцу да у завештању најпре определи правну природу права на нужни део. То је у складу са тенденцијом израженом у упоредном праву да облигационоправна концепција нужног наслеђивања све више потискује наследноправну.

8. Што се тиче наследивости права на нужни део, од круга лица којима се признаје ово право, зависиће и мера ограничавања и слобода тестирања. По овом питању, сматрамо да српско решење значајно одступа од оних која преовладавају у упоредном праву, јер је претежно заступљено решење о општој наследивости права на нужни део. Српски законодавац је наслеђивање права на нужни део признао рестриктивно, и резервисао га само за наследнике потомака и усвојеника који као нужни наследници оставиоца нису остварили своје право на нужни део услед наступања смрти пре истека рока у којем су ово право могли реализовати. У правној теорији је затупљено још рестриктивније тумачање одредбе којом се регулише ово питање, те се сматра да стицање права на нужни део путем наследноправне трансмисије треба признати само потомцима оставиочевих потомака и усвојеника који нису захтевали намирење нужног дела у законском року. Овакво тумачање сматрамо оправданим са аспекта шире реализације слободе тестирања, односно слабљења установе нужног дела, и у том правцу треба *de lege ferenda* усмерити реформске захвате.

9. На крају, када је реч о роковима за намирење нужног дела, сматрамо да је њихова дужина у нашем праву примерено одређена са становишта заштите интереса и

нужних наследника и интереса завештаоца, и у складу је са генералном тенденцијом њиховог скраћивања у упоредном праву. Полазећи од преклузивног карактера рокова да се захтева нужни део, сматрамо да одређивање ових рокова као преклузивних такође говори у прилог ширег домашаја слободе тестирања, али и правне сигурности и извесности, те их на тај начин треба тумачити.

VII.

. Слобода тестирања традиционално се поима као основна манифестација аутономије воље за случај смрти, а још увек је синоним за располагање имовином *mortis causa* у законодавствима код којих је тестамент једини инструмент вољног уређивање наследноправних последица смрти. Данас, међутим, услед економских и социјалних кретања, те значајних промена у сфери породичних односа, изражена је потреба савременог друштва за флексибилнијим планирањем наслеђивања и ширењем аутономије воље у домену прометања добара за случај смрти. Ове тенденције условиле су нове инструменте *mortis causa* располагања, пре свега различите модалитете уговорног наслеђивања. То је допринело ширењу аутономије воље за случај смрти и одступање од првобитних доктринарних схватања њене правне суштине.

Приликом постављања хипотеза научног истраживања на овим основама, као кључно, поставили смо питање да ли слободу уговорања и завештајну слободу треба посматрати искључиво као супротстављене установе, што је класично традиционално гледиште, или се могу посматрати као комплементарне, ако се узме у обзир да представљају еманацију истог грађанскоправног принципа - принципа аутономије воље, што је наша полазна претпоставка.

2. Суштина постављеног проблема произлази из чињеница да се нормирањем појединих наследноправних уговора одступа од неких основних принципа тестаментарног наслеђивања, пре свега принципа опозивости из којег произлази и њихово ограничавајуће дејство на слободу тестирања. У дефинисању односа уговорне и тестаментарне слободе свакако треба поћи од врсте наследноправних уговора, јер је утицај ових уговора на слободу тестирања одређен њиховом правном природом. Уговор о наслеђивању може имати лимитирајуће дејство на слободу завештајног располагања, будући да су уговорна располагања за случај смрти која чине садржину овог уговора, начелно, неопозива, мада то ограничење завешталац сам себи, својом вољом намеће. Уговором о будућем наследству такође се ограничава слобода

тестаментарног располагања у погледу дела заоставштине којим будући наследник уговором располаже. Насупрот овим, постоје и одређени наследноправни уговори, као што је уговор о одрицању од будућег наследства, који су у функцији проширења завештајне слободе, с обзиром да се њима врши антиципирано одрицање од будућих наследних права и дерогирају правила нужног наслеђивања, тако да завешталац слободно може располагати делом заоставштине којег се презумптивни наследник антиципирано одрекне. На тај начин се потврђује теза да уговорна слобода и слобода тестирања не морају бити нужно у односу супротстављености, већ да поједини наследноправни уговори доприносе афирмацији слободе тестирања.

3. Када је реч о уговору о наслеђивању као виду уговорног располагања за случај смрти, његово специфично правно дејство условљено је комплексном правном природом која му је својствена. Из уговорне природе и везаности уговорног оставиоца за уговорно именовање наследника произлази и начелна неопозивост овог правног посла која је од пресудног значаја за његово ограничавајуће дејство на слободу тестирања. Међутим, како уговорна слобода и тестаментарна слобода представљају манифестацију истог принципа-принципа приватноправне аутономије, кроз призму њихове комплементарности треба посматрати и однос уговора о наслеђивању и завештања (као инструмената њихове реализације). Дакле, у диспозицији је титулара ових права да се определи у којој форми и на који начин ће располагати својом заоставштином, и да ли ће ограничити своју аутономију воље за случај смрти.

Неспорно је да је првобитно правно дејство уговора о наслеђивању на слободу тестирања ограничавајуће, али уговорно располагање заоставштином не искључује нужно слободу тестирања. Уколико уговором о наслеђивању није обухваћена целокупна заоставштина, слобода тестирања може се реализовати у односу на слободан део заоставштине, било да је реч о претходном или накнадном завештајном располагању. У складу са правилом кумулације правних основа наслеђивања, постоји могућност и уговорног и завештајног располагања различитим делом заоставштине, што потврђује њихову могућност паралелног егзистирања. Такође, слобода завештања може се манифестовати кроз побољшање наследноправног положаја уговорног наследника накнадним завештајним располагањем. Коначно, на афирмацију слободе тестирања утиче могућност уговорног оставиоца да се ослободи везујућег дејства уговора о наслеђивању уколико је задржао право на једнострану опозив овог уговора. Допуштеност уговарања овакве резерве израз је аутономије воље уговорних страна и

представља конкретизацију начела слободе уговарања. У том смислу, у диспозицији је уговорних страна да одреде правни домашај уговора о наслеђивању и степен његове везаности, од чега ће зависити и мера у којој ће бити осигуран наследноправни положај потенцијалног наследника, али и мера ограничавања аутономије воље уговорног оставиоца у домену *mortis causa* располагања.

4. Полазећи од принципа аутономије воље и тенденције њеног фаворизовања у наследном праву, увођење уговора о наслеђивању у српско право, по нашем мишљењу, потпуно је оправдано, посебно са становишта ширења слободе појединца у планирању наслеђивања. Његова предност у односу на завештајно располагање је што омогућава уређење наследнопраних последица смрти још за живота будућег оставиоца и њиховог прилагођавања конкретним околностима и потребама. Путем овог иснтрумента располагања заоставштином може се осигурати наследноправна позиција оставиоцеве ванбрачне деце или деце из претходног брака, као и трансгенерацијски пренос имовине за случај смрти, што је од посебног значаја за пренос породичних предузећа и осигурања континуитета породичног бизниса. Будући да се издваја својом мултифункционалношћу, треба га јасно разграничити од осталих правних послова који у нашем праву имају одређени наследнопрани значај (од уговора о доживотном издржавању, уговора о уступању и расподели имовине за живота).

Уговор о наслеђивању *de lege ferenda* треба уредити тако да одговора правној суштини, без условљавања његове пуноважности сагласношћу трећих лица, тј. потомака сауговорача који би били позвани на наслеђе као законски наследници. Остварење овог циља на нормативном плану захтева прецизне законске формулације и флексибилна правна правила. Прецизним нормирањем осигурала би се правна сигурност и извесност, посебно када је реч о прописивању допуштене садржине и модалитетима у којима се уговор може јављати (доброчин и теретан, узајамно условљавајући итд.). Уговор о наслеђивању треба што флексибилније поставити како би уговорне стране могле уговорна располагања прилагодити сопственим интересима и одредити њихов правни домашај и дејство на слободу тестирања. Посебено значајним сматрамо прописивање могућности уговарања придржаја права једностраног опозива овог уговора, као и ограничавања уговорног оставиоца у погледу *inter vivos* располагања објектом овог уговора. На тај начин би се аутономија воље уговорних страна могла остварити у пуном обиму, уговор о наслеђивању као иснтрумент вољног

располагања имовином за случај смрти испунио би своју правну сврху, а границе завештајне слободе биле би примерене сваком конкретном случају.

5. Уговор о одрицању од наслеђа, који је заступљен у савременим законодавствима, пре свега у германском праву, представља значај инструмент планирања наслеђивања. Овај уговор се најчешће закључује као теретни правни посао, али може бити и доброчиног карактера. Предности овог уговора су многоструке: он уноси ред у наследничке односе и ствара извесност у погледу расподеле будуће заоставштине; лица која се одричу будућег наследства добијају одговарајући имовинску корист (уколико је реч о теретном располагању), чиме им се омогућава да заштите своје економске позиције и својих потомака; лице које се одриче од наслеђа уговорену имовинску корист добија одмах по закључењу уговора.

Кад се посматра на нивоу принципа наследноправне сукцесије, овај инструмент располагања будућим наследством доприноси широј аутономији воље у погледу располагања имовином за случај смрти, а самим тим и завештајној слободи, пре свега кроз дерогирање правила нужног наслеђивања. Општи закључак би био да уговор о одрицању од наслеђа доприноси проширењу слободе тестирања у материјалноправном смислу, иако због свог амбивалетног дејства представља и њено формалноправно ограничење. Због тога се ограничење завештајне слободе не може наводити против увођења овог уговора као новог инструмента уређења наследноправних односа, пошто јој није директно супротстављена.

6. Треба констатовати да се у нашој правној пракси ови уговори закључују али у усменој форми, што компликује расправљање заоставштине, будући да законом нису предвиђени. Уважавајући ту чињеницу, као и поменуте предности овог уговора, сама трамо да нормирањем уговора о одрицању од будућег наследства треба доградити нашу наследноправну регулативу. Сврнисходно би било да се уговор о одрицању од наслеђа предвиди и као теретан и као доборчин правни посао, који се закључује у форми нотарски потврђене исправе. Право одрицања од будућег наслеђа треба признати потомцима у односу на претке, и супружницима међусобно, и то као потенцијалним законским или нужним наследницима, осим ако се сауговорачи другачије не споразумеју. Лице које се одриче будућег наследства губи право да захтева нужни део, без обзира на основ стицања будућих наследних права на које се одрицање односи. Правне последице одрицања важиле би и за потомке лица које се одриче, уколико уговором не буде другачије предвиђено. У циљу правне сигурности,

као елемент форме треба предвидети обавезу овлашћеног лица да уговорне стране упозори на правна дејства уговора, посебно на остваривање права на нужни део. Овако конципиран и нормиран уговор о одрицању од наслеђа био би комплементаран тестаменту, а слобода уговарања и завештајна слобода, међусобно се допуњујући, служиле би приватноправној аутономији.

VIII.

У основи проблема дефинисања граница слободе тестирања јесте успостављање равнотеже између индивидуалних интереса на једној страни, и интереса породице и друштва, на другој страни. Из свеобухвате анализе плуралитета правних ограничења слободе тестирања кроз призму теоријских схватања и законске регулативе у историјском развоју и упоредном праву, потврђена је претпоставка да слобода завештајних располагања треба да буде у *хармонији* с друштвеном сврхом правног уређења наслеђивања. Садржина и правне границе ове слободе требају бити тако дефинисани да омогуће *успостављање равнотеже између циљева* чијем остварењу непосредно служе. Нормативно уређење правних оквира завештајне слободе треба да буде у функцији успостављања кохерентног наследноправног система који ће бити заснован на равнотежи међусобно супростављених захтева који у њему попримају комплементарно дејство. На макро плану, то значи успостављање равнотеже између општих (друштвених) и приватних (појединачних) интереса, а на микро плану у усаглашавању интереса оставиоца и најближих чланова његове породице.

У опредељивању за одговарајући законодавни концепт, треба поћи од основних постулата наследноправног уређења и својинскоправног система, уважавајући правну традицију, али и потребе савременог друштва и изражену тенденцију ширења приватноправне аутономије. То подразумева и либерализацију наследног права у прилог шире слободе уређења наследноправних последица смрти. У том смислу, потреба за реформисањем српског наследног права произлази из становишта *да су правне границе у нашем систему усмерене више ка заштити других друштвених вредности него вредности које се штите слободом завештања*. Ова претпоставка се потврђује: а) у домену слободе да се сачини завештање непризнавањем завештајне способности душевно оболелим лицима у моментима светлих тренутака; правилима тумачења завештања која нису успостављена у правцу фаворизовања тестаментарног наслеђивања; б) у домену слободе избора завештајне форме кроз сложену процедуру

сачињава ванредних завештајних форми; неадекватне формалне захтеве изузетне форме завештања; ограничења технике и метода сачињавања својеручног завештања; неадекватно одређен круг лица која се (не) могу наћи у улози завештајних сведока; неуједначеност решења у погледу потребног броја завештајних сведока код нотарског завештања (када они представљају конститутивни елеменат ове форме); в) у домену слободе да се одреди садржина завештања кроз забрану фидеикомисарне смене наследника услед смрти фидуцијара као супституционог случаја; у погледу обима имовинског располагања за случај смрти кроз широко постављени круг нужних наследника, као и оних у чију корист је признато права наслеђивања права на нужни део; г) у домену реализације аутономије воље за случај смрти кроз забрану закључивања уговора одрицању од будућег наслеђа.

ЛИТЕРАТУРА

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ ПО АБЕЦЕДИ

1. Ačanski, T. (1981) 'Načini sticanja poslovne sposobnosti pojedinca', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1.
2. Albert (1895) *La liberté de Tester*, Paris - Angers.
3. Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas, E. (2011) 'Between Tradition and Modernisation: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform', in: *The Law of Succession- Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Barcelona.
4. Antić, O. (1978.) *Usmeno zaveštanje - magistarski rad*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
5. Antić, O. (1983) *Sloboda zaveštanja i nužni deo - doktorska disertacija*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
6. Antić, O. (1997) 'Tumačenje zaveštanja', *Pravni život*, knj. 437, br. 12.
7. Antić, O. (2006) 'International Encyclopaedia of Laws – Serbia & Montenegro, Blanpain. D. - Colucci, M. (ed.), A country by country Library of national and interantional law, Chapter 3, 'Intestacy', Walters Kluwer / Kluwer Law International.
8. Antić, O. (2009) *Nasledno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
9. Arroyo i Amayuelas, E.- Anderson. M. (2011) 'Between Tradition and Modernisation: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform', in: *The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Groningen/Amsterdam.
10. Avramović, S. (1981) *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu - doktorska disertacija*, Beograd: Broširano.
11. Аврамовић, С. (1993) *Правна историја старог века - Описа историја државе и права, I део*, Београд: Службени лист СРЈ.
12. Bartholomeyczik, H - Schlüter, W. (1975), *Erbrecht- Ein Studien Buch*, München: C.H. Beck'sVerlagsbuchhandlung.
13. Baudry Lacantinerie – Wahl, A. (1907) *Tratié théorique et pratique de Droit civil du Contrat de Louage, Troisiemé édition*, Paris.
14. Bessenich, B. (2003) 'Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht- Zivilgesetzbuch II '; Basel-Genf.

15. Blagojević, B. (1983) *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd: Savremena administracija.
16. Blagojević, B. (1983) 'Oblik međunarodnog testamenta', *Pravni život*, br.1.
17. Braun, A. (2011) 'Testamentary Formalities in Italy', u : *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J., Zimmermann, R. (ed.), Oxford: University Press.
18. Braun, A. (2012) 'Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy', *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, br. 3.
19. Braun, A. (2012a) 'Testamentary Freedom and Its Restrictions in French and Italian Law', u: *Freedom of Testation-Testierfreiheit*, Zimmermann, R. (ed), Mohr Siebeck, Tübingen.
20. Brox, H. (2004) *Grundprinzipien, Erbrecht*, Köln-Berlin-München, Carl Heymanns Verlag.
21. Casman, H. (2009), 'Comparative Law in Belgium', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – Five Perspectives*, Castelein, C., Foque, R., Verbeke, A. (ed), Antwerp / Oxford / Portland, Intersentia.
22. Castelein, C. (2009) 'Introduction and Objective', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – Five Perspectives*, Castelein, C., Foqué, R., Verbeke, A. (ed), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia.
23. Crnić, J., Dika, M., Hrvatin, B. i dr. (2003) *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb: Narodne novine.
24. Csehi, Z. (2011) 'The Law of Succession in Hungary', u: *The Law of Succession: Testamentary Freedom - European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Groningen/Amsterdam.
25. Deeg, P. (2003) *Typenzwang-Testierfreiheit und Typenzwang, Disertation*, Der Juristischen Fakultät der Universität Passau.
26. Đurđević, D. (2009) 'Blagonaklono i dopunjujuće tumačenje testamenta', u *Pravni kapacitet Srbije za Evropske integracije*, knj. 4, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, Centra za izdavaštvo i informisanje.
27. Đurđević, D. (2009a) 'Sloboda testiranja i formalizam olografskog testamenta', *Pravni život*, br.11.

28. Đurđević, D. (2010) 'Fideikomisarna supstitucija u evropskim porecima i u srpskom pravu', u *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije*, knj. 5, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
29. Đurđić, T. (2013) 'Neki aspekti zaveštajne sposobnosti', *Pravni život*, br. 10.
30. Đurđić-Milošević, T. (2012) 'Fideikomisarna supstitucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja', *Pravni život*, br. 10.
31. Đurđić-Milošević, T. (2015) 'Pravna priroda prava na nužni deo', *Pravni život*, br. 10.
32. Dworkin, R. (2001) *Suština individualnih prava*, Beograd/Podgorica: Službeni list SCG – CID.
33. Dyson, H. (2003) *French Property - Inheritance Law: Principles – Practice*, Oxford.
34. Ferrand, F. (2009) 'Réserve héréditaire, ordre public et autonomie de la volonté en droit français des successions', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society - Five Perspectives*, C. Castelein, R. F. - Verbeke, A. (ed.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia.
35. Ferrari, S. - Likar-Peer, G.M. (2007) *Erbrecht- ein Handbuch für die Praxis*, Manzsche Verlags- Universitätsbuchhandlung, Wien.
36. Foqué, R. - Verbeke, A. (2009) 'Towards an Open and Flexible Imperative Inheritance Law', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society - Five Perspectives*, C. Castelein, R. F. - Verbeke, A. (ed.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia.
37. Francoi, T. - Yves, L. (1997) *Droit civil - Les successions, Les libéralités*, Paris.
38. Fusaro, A. (2011) 'Testamentary Freedom in Italy', u: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Groningen/Amsterdam.
39. Gavella, N., Josipović, T., Gliha, I., Belaj, V. - Stipković, Z. (1998) *Stvarno pravo*, Zagreb: Informator.
40. Gavella, N. - Belaj, V. (2008) 'Nasledno pravo', Zagreb: Narodne novine.
41. Gavella, N. (1983) *Pravni položaj nasljednika*, Zagreb: Pravni fakultet, Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom, Čakovec: "Zrinski",
42. Ghestin, J. G., Loiseau, Y. M. Serinet, *La formation du contrat. Tome 1: Le contrat – Le consentement*, Paris 2013,
43. Hagen, W. (2010) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9th edition, München: Verlag C. H. Beck.

44. Hambo, P. (2011) 'The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse's Position - Irrevocable Wills', u: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Groningen/Amsterdam.
45. Haunschmidt, F., (2015) 'Österreich', *Erbrecht in Europa- Süß*, Bonn: Zerb Verlag.
46. Hausman, R. - Hohloch.G., (2010.) *Handbuch des Erbrecht*, Berliner Händbuch: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co.
47. Hegel, G.V.F. (1981) *Pravni i politički spisi*, Beograd: Nolit.
48. Holms, (2012) 'Testierfreiheit und Ihre Grenzen in Deutschland, Österreich und der Schweiz', u: *Freedom of Testation-Testierfreiheit*, Zimmermann, R. (ed), Salzburg.
49. Hrvatin, B. (2003) 'Nasljednopravni ugovori', u: Dika, M. (ed.) *Nasljednopravno uređenje*, Zagreb: Narodne novine.
50. Hutchinson , D. (1989) 'More Light on the Pactum Successorium', *The South African Law Journal*, vol. 106.
51. Hutchinson , D. (2007) 'Succession Agreements in South African - Scots Law', u: *Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, Reid K.G.C., De Waal, M. J., Zimmermann, R, (ed.), Edinburgh University Press.
52. Ivančić-Kačer, B. - Perkušić, B. (2006) '(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori naslednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu', *Pravni vjesnik* , br. 22 (1-2).
53. Jakšić, A. (2003) 'Ustav, Evropska konvencija o ljudskim pravima i autonomija volje stranaka', *Pravni život*, br. 12.
54. Jansen, N. (2011) 'Testamentary Formalities in Early Modern Europe', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press.
55. Kant, I. (1967) 'Metafizika ćudoređa'. Sarajevo: Veselin Masleša.
56. Kipp, T. - Coing, H. (1990) *Erbrecht, Ein Lehrbuch*, Tübingen.
57. Kletečka, A. - Schauer, M. (2010) *ABGB-On, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien.
58. Kolkman, W.D. (2011) 'Testamentary Formalities in the Netherlands', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J., Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press.

59. Krajcer. S., Philadelphy. V., (2009), Pflichtteilsrecht in Europa, *Die Reform des Osterreichischen Erbrecht*, Welsler, R. (ed.), Manzsche Verlags-Universitätsbuchhandlung, Wien.
60. Kreč, M. – Pavić. Đ. (1964) *Komentar Zakona o nasljeđivanju : (sa sudskom praksom)*, Zagreb: Narodne novine.
61. Krešić, B. (2010) 'Ugovor o nasljeđivanju - ne/opravanost normiranja u Zakonu o nasljeđivanju, *Pravna misao*, br. 5-6.
62. Kroppenbergh, I. (2008) *Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs-und zivilrecht Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden (Jus Privatum)*, Tübingen: Mohr Siebeck.
63. Lange. H - Kuchinke, K. (2001) *Erbrecht*, München: C.H.Beck.
64. Lapuente, C. (2011) 'Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights – Public Order under Spanish Law', *The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Private Law, Groningen/Amsterdam.
65. Lapuente, S.C. (2007) 'Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1, <https://www.ejcl.org/111/art111-17.pdf>
66. Lapuente, S.C. (2011a) 'Testamentary Formalities in Spain', in: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J., Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press.
67. Larombière (1885) *Théorie et pratique des obligations*, Paris.
68. Leipold, D. (2010) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9th edition, München: Verlag C. H. Beck.
69. Leipold, D. (2002) *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen: Mohr Siebeck.
70. Marković, (1978) 'Može li postavljenje nasljednika testamentom biti uslovljeno izdržavanjem zaveštaoca i njegovog bračnog druga', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 18.
71. Marković, S. (1970) 'Ko može da traži smanjenje raspolaganja tesatmentom i vraćanje poklona kojima nje povređen nužni deo?', *Zbornik radaov Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 9.

72. Marković, S. (1974) 'Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 13.
73. Marković, S. (1976) 'Tumačenje testamenta', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 16.
74. Marković, S. (1980) 'Međunarodni testament', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 20.
75. Marković, S. (1981) *Nasledno pravo*, Beograd, Službeni list SFRJ.
76. Michalski, L. (2010) *BGB-Erbrecht*, Hedielberg.
77. Miller C.D.L., Zimmermann, R. (1997) *The Civil Law in European codes, The Civilian Tradition and Scots Law*, Berlin: Duncker & Humblot.
78. Milo, J. M. (2011) 'Aquisition of Property by Succession in Dutch law', in: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Pivate Law, Groningen/Amsterdam.
79. Mitić, M. (1960) 'Svojeručni testament', *Pravni život*, br. 3-4.
80. Mitić, M. (1969) 'Testamentarna sposobnost maloletnika', *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 5-6.
81. Mitrović, D. (2010) *Uvod u pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
82. Monteskje (1989) *O duhu zakona I*, Beograd: Filip Višnjić.
83. Mourk, M.J.A.v. (2009) 'Comparative Law-The Netherlands', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Sociaty – Five Perspectives*, Castelein, C., Foque, R., Verbeke, A. (ed), Antwerp / Oxford / Portland- Interesentia.
84. Musielak, H.-J. (1982) *Münchener Kommentar - Bürgerliches Gesetzbuch, B-6 (Erbrecht)*, München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
85. Navarro, S. N. (2011) 'Freedom of Tetstation Versus Freedom to Enter Into Succession Agreements - Transaction Costs', u: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Pivate Law, Groningen/Amsterdam.
86. Niedree, J (2001) *Testierfreiheit und deren Grenzen- Eine Untersuchung der Rechtslage in Deusschl- unter Berücksichtigung der Family Provision Gesetzgebung in England - Disertation*, Salzburg.
87. Nikolić, D. (1997) *Fragmenti pravne istorije*, Niš: Pravni fakultet.
88. Perović, (2006) 'Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak', *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 56.

89. Perović, S. (1964) *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd: Naučna knjiga.
90. Perović, S. (1980) *Obligaciono pravo*, Beograd: Privredna štampa.
91. Perović, S. (2001) 'Granice svojinske slobode', *Pravni život*, br. 5-6.
92. Perović, S. (2007) 'Autonomija volje i prinudni propisi', *Pravni život*, br. 5-6.
93. Petranović, B. (1873) 'O pravu nasljedstva kod Srba', *Rad JAZU*, br. 23.
94. Pintens, W. (2011) 'Testamentary Formalities in France and Belgium', u: *Comparative Succession Law*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.), *Volume I, Testamentary Formalities*, Oxford University Press.
95. Pintens, S.S.W. (2009) 'Comparative Law-Germany', u: *Imperative Inheritance Law in a Late Modern Society – Five Perspectives*, Castelein, C., Foque, R., Verbeke, A. (ed), Antwerp / Oxford / Portland- Interesentia.
96. Pintens, W. (2011a) 'Need and Oportunity of Convergence in European Succession Laws', u: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Pivate Law, Groningen/Amsterdam.
97. Povlakić, M. - Softić Kadenić, (2012) 'Da li je potrebno uvesti nove forme mortis causa u nasljedno pravo u BiH?', *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 10.
98. Puhan, I. (1974) *Rimsko pravo*, Beograd: Naučna knjiga.
99. Rajačić, (1958) *Teorija nasleđivanja kao pravne ustanove - doktorska disertacija*, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
100. Rajačić, Č. (1956) *Stvarno pravo - predavanja (skripta)*, Zagreb.
101. Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, (2011) 'Testamentary Formalities in Historical - Comparative Perspective', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J., Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press.
102. Rodin , M. (2013) 'Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora', *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2.
103. Roth, W., Hannes,F., Mielke, H. (2010) *Vor - und Nacherbschaft*, München: Verlag C:H. Beck-München.
104. Rötzel, A., "Law of Sucesion and Testamentary Freedom in Germany", u: *The Law of Succession, Testamentary Freedom – European Perspectives*, Anderson, M. - Arroyo i Amayuelas (ed), European Studies in Pivate Law, Groningen/Amsterdam.

105. Růfner, T. (2011) 'Testamentary Formalities in Roman Law', u: *Comparative Succession Law - Testamentary Formalities, Volume I*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.) Oxford University Press.
106. Šarkić, S. - Popović, D. (1996) *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd: I. K. Draganić.
107. Sawyer, C., (1995) *Succession, Wills & Probate*, London.
108. Schlüter, W. (2000) *Ebrecht*, München.
109. Silajdžić, A. (1964) *Nasljedno pravo*, Sarajevo: Univerzitet u Sarajevu.
110. Skalise, R.J. (2011) 'Testamentary Formalities in United States of America', in: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.), Oxford University Press,
111. Skibbe, M. (ed.) (1982), in *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6-Erbrecht*, München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
112. Spajić, V. (1961) *Osnovi građanskog prava - opšti deo*, Sarajevo.
113. Speckert, T. (1951) *Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag*, Zürich: Juris Verlag.
114. Stanković, M. (2013) 'Ugovorno nasleđivanje u francuskom pravu', u: *Uvod u pravo Francuske*, Nikolić, O., Petrović, V., (ur.), Beograd: Institut za uporedno pravo.
115. Stanojević, O. (2000) 'Rimsko pravo' Srpsko Sarajevo: Pravni fakultet.
116. Stojanović, N. - Krstić, N. (2008) 'Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda', u: *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, , Niš: Pravni fakultet u Nišu.
117. Stojanović, N. (2003) 'Zašto je ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu', *Pravni život*, br. 10.
118. Stojanović, N. (2011.) 'Uloga javnih beležnika u naslednopravnim stvarima', *Pravni život*, br. 12.
119. Stojanović, N. (2012) 'Gde su granice slobode zaveštajnih raspolaganja', *Pravni život*, br. 10.
120. Stojanović, N. (2012) 'Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije i nasleđivanje, LXII', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 62.
121. Stojanović, N. (2013) 'Ustanova nasleđivanja u Dušanovom zakonodavstvu', *Pravni život*, br. 10.

122. Stojanović, N. (2015) 'Šta donose nove izmene i dopune Zakona o nasleđivanju Republike Srbije', *Pravo-teorija i praksa*, br. 7-9.
123. Stojčević, D. (1983) *Rimsko privatno pravo*, Beograd: Savremena administracija.
124. Süß, R. (2015) 'Serbien', *Erbrecht in Europa*, Bonn: Zerb Verlag.
125. Svorcan, S. (2004) *Komentar Zakona o nasleđivanju Srbije: sa sudskom praksom*, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
126. Tanck, M. (2015) 'Zur Sittenwidrigkeit von Wiederverheirungsklausel in gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen', *ZErb –Erbrechtspraxis*, no. 15.
127. Ubert, G. - Hochmuth, J. (2003) *Erbrecht*, München.
128. V. Vodinelić, (2012) *Građansko pravo : uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
129. Vajs, A. - Kandić, L. (1986) *Opšta istorija države i prava*, Beograd.
130. Valeries – Sommières, Les lois d' ordre public et la dérogation aux lois, *Revue de Lille*, 1899; Duguit, Études de droit public, t. I, 1901
131. Vidić Trninić, J. (2012) 'Position of the Forced heirs in the Countries of Roman Legal Tradition', *Facta Universitatis - Law nad Politics*, no. 2.
132. Vidić, J. (2010) *Naslednopravne posledice odnosa srodstva, bračne i vanbračne veze – doktorska disertacija*, Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
133. Vodinelić, V. (1999) 'Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika', *Pravo: teorija praksa*, br. 3.
134. Wallinga, T. (2011) 'The Common History of European Legal Scholraship', *Erasmus Law Review*, vol. 4, No. 1.
135. Weimarr, P. (2008) 'Die Verfügung von Todes wegen', in: Hermann., Hausheer, H., Hans, P.W., Meier-Hayoz, A. (ed.) *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben*, Bern.
136. Wékás, L. (2011) 'Testamentary Formalities in Hungary', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J., Zimmermann, R. (ed.) Oxford University Press.
137. Welser, R. (2007) *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, Wien: Manz Verlag.
138. Welser, R. (2009) *Die Reform des Ostereichischen Erbrecht*, Manzsche Verlags-Universitätsbuchhandlung, Wien.

139. Wendehorst, C.C. (2011) 'Testamentary Formalities in Austria', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.) Oxford University Press.
140. Werkmüller, S. (2002) *Rechtspolitische und Rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts-Univer.Diss.*, Bonn: Peter Lang.
141. Wiedemann, M.G.C. (2015) 'Italien', *Erbrecht in Europa-Süß*, Bonn: Zerb Verlag.
142. Wolf, S., Dorjee-Good, A. (2015) 'Sweiz', *Erbrecht in Europa-Süß*, Bonn: Zerb Verlag.
143. Zalucki, M. (2014.) 'Testamentary Succession, New Technologies - Recodification: on the Research That Needs to be Conducted', *Societas et Iurisprudentia*, volume II, issue 2.
144. Zankl, W. (2008) *Erbrecht*, Wien: Facultas.
145. Zimmermann, R. (2011) 'Testamentary Formalities in Germany', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.), Oxford: University Press.
146. Živojinović, (2003) 'Uticaj mentalne rezerve na punovažnost zaveštanja', *Pravni život*, br. 10.
147. Živojinović, (2009a) 'Prestanak braka i zaveštanje', *Pravni život*, br. 11.
148. Živojinović, D. - Đurđić, T. (2015) 'Inheritance Contract - its Substitutes in European and Serbian Law', *Revija za Evropsko pravo*, br. 2-3.
149. Živojinović, D. - Đurđić, T. (2017) 'Fideicommissary Substitution as Manifestation of Testamentary Freedom', *Efektive Protection of Human Rights - Liberties: Reality or Ideal_Ohrid School of Law*, Ohrid.
150. Živojinović, D. (2000) 'Ugovor o odricanju od nasleđa koje nije otvoreno', *Pravni život*, br. 10.
151. Živojinović, D. (2001) 'Testamentarna (zaveštajna) i poslovna sposobnost', *Pravni život*, br. 10.
152. Živojinović, D. (2002) 'Granice slobode zaveštanja', *Pravni život*, br. 10.
153. Živojinović, D. (2003) *Nevažnost zaveštanja - doktorska disertacija*, Kragujevac.
154. Živojinović, D. (2009) *Pravni položaj nerođenog deteta*, Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke.
155. Živojinović, D. (2010a) 'Odnos prethodnog i potonjeg zaveštanja u slučaju opoziva', *Pravni život*, br. 10.
156. Živojinović, D. (2011) 'Istorijski razvoj i pravni osnov prava supružnika na izborni (nužni) deo u SAD', *Pravni život*, br. 10.

157. Zoll, F. (2011) 'Testamentary Formalities in Poland', u: *Comparative Succession Law, Volume I, Testamentary Formalities*, Reid, K.G.C., De Waal, M.J. - Zimmermann, R. (ed.), Oxford: University Press.
158. Zupančić, K. (2005) *Dedovanje z uvodnim pojasnili*, Ljubljana.

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ ПО АЗБУЧНОМ РЕДУ

1. Аврамовић, С. (1993) *Правна историја старог века - Опишта историја државе и права, I део*, Београд: Службени лист СРЈ.
2. Аврамовић, С., Станимировић, В. (2015) *Упоредна правна традиција*, Београд: Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информисање.
3. Антић, О. (1986) 'Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву', *Анали Правног факултета*, бр. 5.
4. Антић, О. (2013) 'Морал (етика) у грађанском праву', у: Марковић, Бајаловић, Д., (ур.) *Хармонизација грађанског права у региону*, Источно Сарајево, Правни факултет.
5. Антић, О., Балиновац, З. (1996) *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд: Номос-Београд.
6. Антић, О., Ђурђевић, Д. (2009.) *Приручник за Наследно право*, Београд: Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво.
7. Бабић, И. (1998.) 'Правна природа права на нужни део - Глоса поводом решења Закона о наслеђивању', у: Сворцан, С., (ур.) *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке.
8. Бабић, И. (2005) *Коментар Закона о наслеђивању: са судском праксом, шемама, обрасцима, регистрима и Законом о ванпарничном поступку*, Београд: Службени лист СЦГ.
9. Бранковић, С. (1953.) 'Заједнички тестамент', *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 4.
10. Видић Трнинић, Ј. (2014) 'Сличности и разлике у положају нужних наследника на простору бивше СФРЈ', *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4.

11. Видић Трнинић, Ј. (2014) 'Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе', *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68.
12. Видић Трнинић, Ј. (2016) 'Олографски и алографски тестамент у српском и упоредном праву', *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 .
13. Видић, Ј. (2005.) *Нужно наслеђивање у домаћем и упоредном праву – магистарски рад*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
14. Вотсон, А. (2000) *Правни транспланти*, Београд: Правни факултет, Институт за упоредно право.
15. Гамс, А. (1961) *Основи стварног права*, Београд: Научна књига.
16. *Грађански законик Републике Србије, четврта књига - Наслеђивање* (2011), Београд: Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика.
17. Дучић, Н. (1895) *Књижевни радови Нићифора Дућића, књига 4*, Београд: Државна штампарија Краљевине Србије.
18. Ђорђевић, А. (1903) *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд: Штампарија Савића и Компаније.
19. Ђорђевић, В. (1997) *Наследно право*, Ниш: Правни факултет, Институт за правна и друштвена истраживања.
20. Ђурђевић, Д. (2004) *Апсолутна ништавост завештања : докторска дисертација*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
21. Ђурђевић, Д. (2004) 'Утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa', *Анали Правног факултета у Београду*, 3/4.
22. Ђурђевић, Д. (2007) 'Утицај делимичног лишења пословне способности на завештајну способност', у: Табароши, С., (ур.) *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ : прилози Пројекту*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар.
23. Ђурђевић, Д. (2009) 'Увођење уговора о наслеђивању у српско право', *Анали*, бр. 2.
24. Ђурђевић, Д. (2011) *Институције наследног права*, Београд: Службени гласник.
25. Ђурђевић, Д. (2011а) 'Правни положај претходног наследника', *Анали правног факултета у Београду*, бр. 1.
26. Ђурђевић, Д. (2014) *Јавнобележничка делатност*, Београд: Досије - студио.
27. Ђурђевић, М. - Павић, Д. (2016) 'Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву', *Право и привреда*, бр. 7-9.

28. Ђурђевић, М. (2011) 'Уговор о поклону за случај смрти', *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1.
29. Ђурђић, Т. (2016) 'Законске границе слободе именованја наследника', у: Стојановић, Н., Крстић, Н., (ур.) *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш: Правни факултет Универзитета, Центар за публикације.
30. Ђурђић-Милошевић, Т. (2013) 'Правни положај завештајног наследника постављеног под условом или роком', Влашковић, Б., (ур.) *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ-зборник радова*, Крагујевац: Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке.
31. Живојиновић, Д. (2007) 'Слобода завештања у средњовековној Србији', у: Мићовић, М., (ур.) *Српско право - некад и сад*, Крагујевац: Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке.
32. Живојиновић, Д. (2009) *Правни положај нерођеног детета*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке.
33. Живојиновић, Д. (2010) 'Опозив завештања', *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 56.
34. Живојиновић, Д. (2014) 'Завештајна неспособност као разлог неважности завештања', у: Ђорђевић, С., (ур.) *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније - Књ. 2*, Крагујевац, Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке.
35. Живојиновић, Д. (2016) 'Завештајна (не)способност de lege lata de lege ferenda', у: Стојановић, Н., Крстић, Н., (ур.) *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш: Правни факултет, Центар за публикације.
36. Зорић, П. (2006) „Законоправило Светог Саве и правни транспланти“, Правни факултет Универзитета у Београду, <https://www.scribd.com/doc/150858061/Zakonopravilo-Svetog-Save>
37. Јовановић, А. (1888) *Наследно право у старих Срба*, Београд: Краљевска српска државна штампарија.
38. Ковачевић Куштримовић, Р. (2008) *Увод у грађанско право*, Ниш: Пунта.
39. Константиновић, М. (1947) *Опште напомене уз Тезе за предпројекат закона о наслеђивању*, Београд.

40. Крстић, Н. (2012) 'Концептуална мимоилажења у регулисању нужног наслеђивања у Републици Србији и Републици Српској', *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 59.
41. Крстић, Н. (2015) *Повреда и заштита права на нужни део - докторска дисертација*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
42. Крстић, Н. (2016.) 'Изузетне прилике као услов пуноважности усменог завештања', у: Стојановић, Н., Крстић, Н., (ур.) *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш: Правни факултет Универзитета, Центар за публикације.
43. Лукић, Р. (1992) *Систем филозофије права*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
44. Лукић, Р. (1995) *Теорија државе и права II. Теорија права*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
45. Марковић, С. (1973) 'Важе ли тестаментална располагања у корист брачног друга и за случај развода, поништења и проглашења брака непостојећим', *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 12.
46. Марковић, С. (1981) *Наследно право*, Београд: Службени лист СФРЈ.
47. Миљковић, Д., *Уговори о наслеђивању по француском, немачком, аустријском и српском законодавству* (Београд : 1913),
48. Митић, М. (1969) 'Тестаментална способност малолетних лица под стрателством', *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 2.
49. Стојановић, Н. (2002) Налог у завештању, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, бр. 42.
50. Николић, Д. (2014) *Историја права – Стари и Средњи век*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
51. Павловић, М. (2013) *Српско право од VII до XX века*, Крагујевац: Погледи.
52. Перић, Д. (1997) *Црквено право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
53. Перић, Ж. М. (1923) *Специјални део Грађанског права, Наследно право*, Београд.
54. Перовић, (1976) 'Установа јавног поретка у савременом уговорном праву', *Правни живот*, бр. 1.
55. Перовић, С. (1980) *Облигационо право, Књига прва*, Београд: Привредна штампа.
56. Петковић, И. Д. (1939), *Грађански законик (објашњен одлукама Касационог суда у Београду)*.

57. Петровић, М. *О Законоправилу или Номоканону Светог Саве* (Београд: Култура, 1990),
58. Петровић, З. (1990) 'Насљедно-правни уговори', *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 7-8.
59. Пешуновић, (1923) 'Уговорно наслеђивање по нашем праву', *Архив за правне и друштвене науке*, бр 1.
60. Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, 2012.
61. Радбрух, Г. (2006) *Филозофија права*, Београд: Правни факултет у Београду.
62. Рајачић, (1958) *Теорија наслеђивања као правне установе, докторска дисертација*, Загреб.
63. Сворцан, С. (2009) *Наследно право*, Крагујевац: Правни факултету Крагујевцу.
64. Сворцан, С., Ђорђевић, В. (1992) *Наследно право*, Београд: Савремена администрација.
65. Соловјев, А. (1998) *Историја словенских права - Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд: Службени лист СРЈ.
66. *Специјални део Грађанског права - Наследно право (по предавањима Ж. М. Перића)* (1923), Београд: Банкарска штампарија.
67. Станковић, М. (2015) *Уговорно наслеђивање између супружника (докторска дисертација)*, Правни факултет у Београду.
68. Станковић, М. (2017) 'Да ли је завештање било нормирано у Хамурабијевом законик', *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3.
69. Станојевић, О. (2000) *Римско право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
70. Стојановић, Д. (2004) *Увод у грађанско право*, Београд: Народна књига.
71. Стојановић, Д. - Орлић, М. (1990) *Стварно право*, Пето измењено и допуњено издање, Београд: Службени лист СФРЈ.
72. Стојановић, Д. (1963) *Позитивно-правна ограничења приватне својине*, Институт за упоредно право, Београд,
73. Стојановић, Д. (1998) *Стварно право*, Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.
74. Стојановић, Д. (2004) *Увод у грађанско право*, Београд, Правни факултет.
75. Стојановић, Н. - Ћирић, З. (2010) 'Правни и психијатријски апсект завештајне способности', у: Петровић М, Стојановић Н., (ур.) *Актуелне тенденције у развоју и*

- примени европског континенталног права*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
76. Стојановић, Н. (1996) 'Искључење из наслеђа по новом Закону о наслеђивању Републике Србије', *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 36/37.
77. Стојановић, Н. (1997) 'Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследно-правних уговора', у: Станковић, Г., Петрушић, Н., (ур.) *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш: Правни факултет, Удружење за грађанско и процесно право.
78. Стојановић, Н. (2003а) 'Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права', у: *Грађанска кодификација – Civil Codification*, Ниш, Правни факултет у Нишу.
79. Стојановић, Н. (2007) 'Облици завештања у српском праву некада и сада', у: Мићовић, М., (ур.) *Српско право – некад и сад*, Крагујевац, Правни факултет, Институт за правне и друштвене науке.
80. Стојановић, Н. (2008) *Практикум за наследно право*, Ниш, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације.
81. Стојановић, Н. (2011) *Наследно право*, Ниш, Правни факултет Универзитета, Центар за публикације.
82. Стојановић, Н. (2014) 'О наслеђивању у Законоправилу светог Саве', *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1.
83. Н. Стојановић, 'Проблем неуједначености судске праксе у сфери наследноправних односа', у: Стојановић, Н., Крстић, Н., (ур.) *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Ниш: Правни факултет Универзитета, Центар за публикације.
84. Стојчевић, Д. (1983) *Римско приватно право*, Београд: Савремена администрација.
85. Суботић Константиновић, Н. (1978) 'Уговор о наслеђивању', у: *Енциклопедија имовинског права и удруженог рада*, Београд: Службени лист СФРЈ.
86. Гарановски, Т. (1996) *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд: Службени лист СРЈ.
87. Трпеновска, Лј. С. - Мицковић, Д. - Ристов, А. (2011) *Наследувањето во Европа*, Скопје: Блесок.
88. Шаркић, С. (1995) *Опита историја државе и права*, Београд: Драганић.

ПРАВНИ ПРОПИСИ

1. (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015),
<https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2015/87> ,
2. Adoption and Children Act 2002 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/section/47>);
3. Charter of Fundamental Rights of the European Union (2010/C 83/02);
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:EN:PDF>
4. Грађански законик Немачке, "Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist";
<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> ;
5. Грађански законик Француске : *Code Civil* - Version consolidée au 20 mars 2017
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=450290;
6. Грађански законик Мађарске (2013) Грађански законик Мађарске, из 2013. године (*Polgári Törvénykönyv*),
http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV;
7. Грађански законик Холандије (<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>);
8. Грађански законик Шпаније: *Codigo Civil*
(<https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-civil-de-espana.pdf>);
9. Грађански законик Аустрије (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch –Fassung von 2018*), (<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>)
10. Грађански законик Пољске (<https://www.global-regulation.com/translation/poland/10092092/act-of-23-april-1964-civil-code.html>)
11. Грађански законик Белгије (<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11668>)
12. Грађански законик Швајцарске (*Code civil suisse*), approved by Royal Decree of July 24, 1889, and amended up to Law No. 4/2017 of June 28, 2017;
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16289>
13. Грађански законик Италије - *Codice civile* (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262, e come modificato dalla Decreto 7 dicembre 2016, n. 291);
<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16608>;
14. Грађански законик Чешке <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>.

15. Грађански законик Русије: Гражданский кодекс. (<http://base.garant.ru/10164072/>);
16. Commission Recommendation of 7 December 1994, on transfer of small and medium-seized enterprises (96/1069/EC), <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1d7cc83-a0ca-45e2-aeaa-26d0e3b0588c/language-en>
17. Convention for the Protection on Human rights,
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf,
18. Directive 2000/31/EC of the European Parliament - of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'); <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=en>,
19. Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmjenjena u skladu s Protokolom br.11 ("Službeni list SCG" - Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005, "Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 12/2010, 10/2015), у даљем тексту: *Konvencija*.
20. Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière,
<http://www.ejustice.just.fgov.be>,
21. Obiteljski zakon Hrvatske („Narodne novine“, br. 103/2015);
22. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, iz 1888. godine;
23. Porođični zakon Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 35/2005 i 31/2014).
24. Provision for Family and Dependants Act 1975,
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>
25. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities - its Optional Protocol (A/RES/61/106), <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>,
26. Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (Universal Declaration on Human Rigts, 1948), <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>,
27. Zakon o dedovanju Slovenije („Uradni list SRS“, br. 15/1976, 23/1978, „Uradni list RS“, 13/1994-ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001-OZ, i 31/2013 – Odl. US); <http://zakonodaja.gov.si/>, август, 2013;
28. Zakon o nasljeđivanju Crne Gore („Službeni list CG“, br. 74/2008);
29. Zakon o nasljeđivanju Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH“, br. 80/2014);

30. Zakon o nasljeđivanju Hrvatske („*Narodne novine*“, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 i 33/2015);
31. Zakon o obveznim odnosima Hrvatske („*Narodne novine*“, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011 i 78/2015);
32. Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti Slovenije („*Uradni list RS*“, br. 65/2005);
33. Zakon o vanparničnom postupku Crne Gore („*Službeni list CG*“, br. 27/2006);
34. Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola Hrvatske („*Narodne novine*“, br. 92/2014);
35. Вашингтонска конвенција о форми међународног завештања (Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will (Washington, D.C., 1973)
<http://www.unidroit.org/instruments/international-will>,
36. Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување Македоније („*Службен весник на РМ*“, бр. 37/2008, 164/2013 и 149/2014);
37. Закон за вонпарнична постапка Македоније („*Службен весник на РМ*“, бр. 9/2008);
38. Закон за наследувањето Македоније („*Службен весник на РМ*“, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон);
39. Закон о ванпарничном поступку Аустрије, из 2003. године (*Außerstreitgesetz AußStrG*
<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047> ;
40. Закон о ванпарничном поступку Републике Србије („*Службени гласник СРС*“, бр. 25/1982 и 48/1988 и „*Службени гласник РС*“, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014 , 6/2015 и 106/2015);
41. Закон о ванпарничном поступку Републике Српске („*Службени гласник Р. Српске*“, бр. 36/2009);
42. Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије („*Службени гласник РС*“, бр. 106/2015, 106/2016 (*Аутентично тумачење*), 113/2017 (*Аутентично тумачење*));
43. Закон о јавном бележничтву Републике Србије („*Службени гласник РС*“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015, 106/2015);
44. Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи ("Службени гласник РС", бр. 40/2017, 113/2017 – други закон),
45. Закон о наследувању Бугарске: (<http://lex.bg/bg/laws/ldoc/2121542657>);

46. Закон о наслеђивању Норвешке, из 1972. године,
<http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19720303-005-eng.pdf> ;
47. Закон о наслеђивању Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015);
48. Закон о наслеђивању СР Србије („Службени гласник СРС“, бр. 52/1974, 1/1980 и 25/1982 – др. закон);
49. Закон о наслеђивању ФНРЈ („Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/1965 и 47/1965);
50. Закон о наслеђивању Републике Српске („Службени гласник Р. Српске“, бр. 1/2009);
51. Закон о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003-Уставна повеља);
52. Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије („Службени лист СФРЈ“, бр. 6/1980 и 36/1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/1996 и „Службени гласник РС“, бр. 115/2005 – др. закон);
53. Закон о парничном поступку Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014);
54. Закон о поступку у породичним стварима и о ванпарничном поступку Немачке, из 2008. године (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*), <http://www.gesetze-im-internetde/bundesrecht/famfg/gesamt.pdf> ;
55. Закон о промету непокретности Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015);
56. Закон о регистрованом животном партнерству Немачке, из 2001. године (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-)*), <http://www.gesetzeim-internet.de/bundesrecht/lpartg/gesamt.pdf>;
57. Закон о регистрованом партнерству Мађарске, из 2008. године (*Act on Registered Partnership*);
58. Закон о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије, из 1934. године („Службене новине“, бр. 45-175/1934);

59. Закон о уређењу судова Републике Србије („Службени гласник РС“, бр16/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 40/2015, 106/2015, 13/2016, 108/2016, 113/2017);
60. Законик Граждански за Књажевство Србско обнародован на Благовести 25. 03. 1844.
61. Конвенција о правима особа са инвалидитетом («Службени гласник РС Међународни уговори», број 42/2009),.
62. Нацрт Грађанског законика Републике Србије – радни текст, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, мај, 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>,
63. Породични закон Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015);
64. Породични законик Бугарске: <http://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/2135637484>);
65. Породични законик Русије: Семейный кодекс (<http://www.semkodeks.ru/>);

СУДСКА ПРАКСА

- Врховни суд Србије Рев. 1255/05 од 27.12.2005.
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховни суд Србије Рев. 1957/59, Правосудни билтен
- Врховни суд Србије, Рев. 2488/96
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховни суд Србије, Рев. 4212/03 од 24.12.2003.
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховни суд Србије, Рев. 4910/02 од 11.12.2002.
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховни суд Србије, Рев.142/97 од 06.05.1997.
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховни суд Србије Рев. 1045/99 од 25.8.1999.
http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Врховног суда Србије у Београду, Рев. 3551/07 од 08. 05. 2008. Intermex
<http://www.propisionline.com/Practice/Decision/29719>
- Одлука Врховног суда Словеније П. 1239/67, од 14.11.1969, Правник, бр. 4-6/1970, стр. 61-62.
- Одлука Врховног суда Србије, Гзз. 100/6. Билтен Врховног суда Србије
- Одлука Врховног суда НР Хрватске, Гзз 108/57, од 17. 10. 1957, Збирка судских одлука, 1957, књ. II, sveska 3, br. 614;
- Одлука Врховног суда Србије, Гж. 3101/63, Билтен Врховног суда Србије
- Одлука Савезног врховног суда, Рев. 13443/62, од 22. 06. 1962. Збирка судских одлука, 1962, књига VII, sveska 2, str. 36.
- Одлука Савезног уставног суда Немачке, 22. 03. 2004., бр. BvR 2248/01,
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, РС, Гж.609/13, од 21.05.2013.
<https://www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/461-gz-609-13-> , фебруар, 2018.
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1842/93, Зборник судске праксе из области имовинског права, Београд, 1995, стр 214.
- Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 7282/11 од 02. фебруара 2012. године - Билтен Апелационог суда у Београду, број 4/2011, Intermex
- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2226/10 од 22.07.2010, Intermex
- Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж. 3199/2017 од 27.02.2018, Intermex

- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 2965/10 од 01.02.2011. године) - Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 2/2011, Intermex.
- Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж 2282/2014 од 26. фебруара 2015. год., Intermex <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/49563> .
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1654/99 од 03.05.2000. године, http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1842/93, Зборник судске праксе из области имовинског права, Београд, 1995,
- Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2306/08 од 09.04.2009. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуда Окружног суда у Београду, Гж . 2352/95 од 16.03. 1995. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1161/2004(1) од 30.08.2004. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1448/2006 од 21.12.2006. године http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуда Савезног врховног суда, од 14. 12. 1962. Рев. 1290-62, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 2, Београд;
- Пресуде Окружног суда у Београду, Гж. 1376/03 од 11.9.2003. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж 7928/2015(2) од 20.7.2016. Параграф.
- Пресуду Савезног врховног суда, од 14. 12. 1962. Рев. 1290-62, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 2,
- Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1940/2012(1) од 05.06.2012. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Решење Вишег суда у Београду Гж бр. 10043/12 од 22.01.2014. Решење Врховног суда Србије, Рев. 1179/08 од 27.05.2009. http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Решење Окружног суда у Београду, Гж. 2005/97 http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf
- Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 496/05 од 14.04.2005., http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.3.%20NASLEDNO%20PRAVO.pdf

- Решење Основног суда у Краљеву О. 1078/08 од 31.5.2010. године и решење Вишег суда у Краљеву ЗГж. 1049/10 од 6.10.2010. године - Билтен Вишег суда у Краљеву, број 4/2010, Intermex.