

**УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ДВАДЕСЕТ ГОДИНА
ЗАКОНА О НАСЛЕЂИВАЊУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Ниш, 2016.

ОКРУГЛИ СТО
ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О НАСЛЕЂИВАЊУ
Правни факултет Универзитета у Нишу, 23. септембар 2016.

ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу
Центар за публикације

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан Факултета

Рецензенти

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу
Др Драгица Живојиновић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
Др Јелена Видић Трнинић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Коуредници

Проф. др Наташа Стојановић
Доц. др Новак Крстић

Лектура

Александра Гојковић, дипл. филолог

Техничка обрада

Ненад Милошевић

Дизајн корица

Владимир Благојевић

Штампа

Медивест Ниш

Тираж

100

ISBN 9778-86-7148-226-4

ПРЕДГОВОР

Публикација која је пред Вама представља Зборник радова у коме су садржани реферати саопштени на округлом столу „Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије“ који је, у организацији Центра за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, одржан на Правном факултету Универзитета у Нишу дана 23. септембра 2016. године.

Организовање овог Округлог стола и настанак Зборника радова определили су не само обележавање једног значајног јубилеја у животу Закона о наслеђивању, његових двадесет година примене, већ и потреба да се критички сагледају његове одредбе, укаже на њихову делотворност у животној свакодневници, да се истакну добре стране његових решења, али и недостаци и ограничења који су уочени у теорији и пракси. Свеобухватна анализа решења садржаних у Закону о наслеђивању нарочито добија на тежини, ако се узме у обзир чињеница да су већина његових правила преузета и чине посебну целину у оквиру Нацрта грађанског законика Републике Србије, за који се надамо да ће у ближој будућности, бити основни извор за регулисање грађанскоправних односа.

Овим Зборником јавност упознајемо са резултатима креативног напора двадесет једног аутора и изражавамо наду да ће он својом садржином и богатством идеја допринети даљем развоју и афирмацији научног и стручног стваралаштва у комплексној области грађанског права, као и то да ће бити подстицај за продубљенију сарадњу посленика правне мисли и правника практичара.

Узимајући за полазну основу систематику текста Закона о наслеђивању, сви реферати у Зборнику радова су распоређени у пет целина: „Опште одредбе“; „Наслеђивање на основу закона“; „Наслеђивање на основу завештања“; „Уговори у наследном праву“ и „Прелазак заоставштине на наследнике“. На крају ове публикације налази се део под насловом „Поступак у наследним стварима“ који садржи радове са тематиком из процесног дела наследног права.

Уредници

САДРЖАЈ

Др Наташа Стојановић, ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О НАСЛЕЂИВАЊУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	3
Др Милош Станковић, ОБИМ ПРИМЕНЕ АУСТРИЈСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА У СРПСКОМ ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ – СЛУЧАЈ КОМОРИЈЕНАТА	33
Александра Васић, ПРАВО НАСЛЕДНИКА ПО ОСНОВУ МОРАЛНИХ ОВЛАШЋЕЊА АУТОРА	53
Милица Ковачевић, НЕДОСТОЈНОСТ ЗА НАСЛЕЂИВАЊЕ	65
Др Слободан Сворцан, НАСЛЕДНА ПРАВА ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА.....	83
Др Олга Јовић Прлаиновић, БРАК И СРОДСТВО У ДОМЕНУ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА.....	91
Љубица Јанић, ПРАВО ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА СУПРУЖНИКА, ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА И ПАРТНЕРА ИЗ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У СРПСКОМ ПРАВУ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA	109
Ивана Евтимов, МОГУЋНОСТ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА ДА ЗАХТЕВАЈУ ПРЕОБРАЖАЈ ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ОБЛИГАЦИОНОПРАВНЕ ПРИРОДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО.....	127
Др Драгица Живојиновић, ЗАВЕШТАЈНА (НЕ)СПОСОБНОСТ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA	151
Др Александар Ђорђевић, ЗАВЕШТАЊЕ У ДУШАНОВОМ ЗАКОНОДАВСТВУ	167
Др Димитрије Ђеранић, ВОЈНО ЗАВЕШТАЊЕ	177

Др Новак Крстић, ИЗУЗЕТНЕ ПРИЛИКЕ КАО УСЛОВ ПУНОВАЖНОСТИ УСМЕНОГ ЗАВЕШТАЊА.....	195
Тамара Ђурђић, ЗАКОНСКЕ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА.....	219
Др Дејан Јанићијевић, ПОРОДИЧНИ СПОРАЗУМ У ИТАЛИЈАНСКОМ ПРАВУ.....	237
Др Јелена Видић Трнинић, УГОВОР О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА – ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ.....	251
Радмила Миленковић, ГДЕ СУ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА КОД УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ?	271
Др Анђелија Тасић, ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ПОНИШТАЈ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ СА ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ОСНОВНОГ СУДА У НИШУ	289
Др Гордана Станковић, Др Милена Трговчевић Прокић, УПРАВИТЕЉ НАСЛЕДСТВА.....	303
Др Гордана Станковић, ПОВЕРАВАЊЕ ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ	321
Др Невена Петрушић, РЕЖИМ РЕШАВАЊА ПРЕТХОДНИХ ПИТАЊА У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ У КОНТЕКСТУ НАЧЕЛА ЕФИКАСНОСТИ.....	341
Др Владимир Боранијашевић, ПРОГЛАШЕЊЕ ТЕСТАМЕНТА У ПОСТУПКУ ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ	359
Др Наташа Стојановић, ПРОБЛЕМ (НЕ)УЈЕДНАЧЕНОСТИ СУДСКЕ ПРАКСЕ У СФЕРИ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА.....	375

Уводно излагање

Др Наташа Стојановић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О НАСЛЕЂИВАЊУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Апстракт: У раду аутор, поводом двадесетогодишње примене Закона о наслеђивању Републике Србије, разматра његову генезу, развојни пут и основне карактеристике. Посебну пажњу аутор посвећује осветљавању разлика између решења садржаних у раније важећим прописима о наслеђивању и оних у актуелном Закону о наслеђивању и даје критички осврт на новине које су „заштитни знак“ овог законског текста. У раду се указује на потребу усаглашавања материјалноправних и процесноправних прописа у сфери наслеђивања и на неопходност измена и допуна појединих решења садржаних у важећем Закону о наслеђивању Републике Србије.

Кључне речи: установа наслеђивања, наследноправни прописи, право Републике Србије.

1. Уводне напомене

У Републици Србији установа наслеђивања правно је уређена Законом о наслеђивању. Овај законски текст донет је 31. октобра 1995. године, објављен је у „Службеном гласнику РС“, од 4. новембра 1995. године, а ступио на правну снагу и почео да се примењује 5. маја 1996. године.¹ Овако дуг *vacatio legis* узрокован је значајем и широком применљивошћу решења садржаних у новом Закону о наслеђивању и потребом да их грађани детаљно упознају, пре почетка његове примене.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета Универзитета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1 Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015. У продужетку рада, у напоменама, биће употребљавана скраћеница ЗНРС.

Закон о наслеђивању који је сада у примени на нашим просторима за узор је имао савезни Закон о наслеђивању из 1955. године² и републички Закон о наслеђивању из 1974. године.³

Иако је, дакле, пре Закона о наслеђивању из 1995. године, Република Србија имала Закон о наслеђивању, увидело се да овај, генерално квалитетан законски текст, појединим прописима не одговара променама у нашем социјалном и правном миљеу, у првом реду, јачању приватне својине и приватног предузетништва, а да, опет, друга решења, у најмању руку не одговарају духу начела правичности (Антић, Балиновац, 1996: предговор).

Због тога је Министарство правде формирало Комисију у саставу: др Оливер Антић, професор Правног факултета Универзитета у Београду, председник Комисије, др Владислав Ђорђевић, професор Правног факултета Универзитета у Нишу, члан, др Слободан Сворцан, професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, члан, др Хамди Вранићи, доцент Правног факултета Универзитета у Приштини, члан, Зоран Балиновац, саветник у Министарству правде, члан, и Роса Кулић, запослена у Министарству правде, члан, са задатком да припреми Нацрт закона о наслеђивању. У коначној редакцији овог законског текста, такође, учествовали су и мр Аранђел Маркићевић, тадашњи министар правде у Влади Републике Србије, као и Марија Милисављевић и Вукашин Станишић, судије Врховног суда Србије. Интензивни рад на изради овог Нацрта трајао је више од годину дана.

У односу на савезни Закон о наслеђивању, који обухвата материјално-правне, процесноправне и колизионе норме, и Закон о наслеђивању из 1974. године, који је састављен од материјалног и процесног дела наследног права, важећи Закон о наслеђивању садржи само материјалноправна правила. Процесноправне норме, које се односе на састављање и чување завештања и поступак за расправљање заоставштине, саставни су део Закона о ванпарничном поступку,⁴ а колизионе норме садржане су у Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља.⁵

2 Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, 20/1955; *Службени лист СФРЈ*, 19/1965 и 42/1965. У наставку рада, за овај Закон биће у напоменама коришћена скраћеница СЗН.

3 Закон о наслеђивању Социјалитичке Републике Србије, *Службени гласник СРС*, 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988. У продужетку рада, за овај законски текст биће у напоменама употребљавана скраћеница ЗНСРС.

4 Закон о ванпарничном поступку Републике Србије, *Службени гласник СРС*, 24/1982, 48/1987; *Службени гласник РС*, 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015. У наставку рада, за овај Закон биће у напоменама коришћена скраћеница ЗВПСР.

5 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије, *Службени гласник СФРЈ*, 43/1982, 72/1982; *Службени лист СРЈ*, 46/1996; *Службени гласник*

Закон о наслеђивању из 1995. године је према броју чланова (укупно 239 чланова) обимнији и садржајно богатији законски текст у односу на материјални део савезног Закона о наслеђивању (153 члана од укупно 242 члана) и раније важећег републичког Закона о наслеђивању (148 чланова од укупно 235 чланова).

У односу на француско, аустријско и немачко право, домаћи Закон о наслеђивању који је у примени, међутим, не представља обимну законодавну творевину, будући да Француски грађански законик садржи укупно 380 чланова,⁶ Аустријски грађански законик 327 параграфа,⁷ а Немачки грађански законик 463 параграфа⁸ који се непосредно односе на установу наслеђивања. Насупрот томе, Грађански законик Руске Федерације, са 75 чланова којима се регулишу наследноправни односи,⁹ сиромашнији је правни извор у односу на наш Закон о наслеђивању.

По угледу на своје претходнике, савезни Закон о наслеђивању и Закон о наслеђивању из 1974. године, и важећи наследноправни прописи настављају правни континуитет и олакшавају сналажење у њиховој примени тако што целокупну материју коју регулишу деле на целине – главе, према следећем редоследу: опште одредбе; наслеђивање на основу закона; наслеђивање на основу завештања (тестамент, последње воље); уговори у наследном праву и прелазак заоставштине на наследнике.

Сваки члан актуелног Закона о наслеђивању Републике Србије представља посебну мисаону целину, састављену од највише четири става. Сваки став пак састоји се само од једне реченице. У Закону, по правилу, нема позивања на друге чланове, садржане било у самом законском тексту, било у другим законима.¹⁰ У овом законском тексту приметна су

РС, 46/2006 – други закон).

6 Видети: чл. 720–1100 Грађанског законика Републике Француске (Code civil из 1804. године, version consolidée au 9 décembre 2014).

7 Видети: пар. 531–858 Грађанског законика Републике Аустрије (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch из 1811. године, JGS Nr. 946/1811, закључно са изменама и допунама од 21. јануара 2015. године, BGBl. I Nr. 25/2015).

8 Видети: пар. 1922–2385 Грађанског законика Републике Немачке (Bürgerliches Gesetzbuch из 1896. године, RGB1 I S. 195, закључно са изменама и допунама од 22. јула 2014. године, BGBl. I S. 1218).

9 Видети: чл. 1110–1185 Грађанског законика Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации, први део од 30. новембра 1994. године, N 51-ФЗ, други део од 26. јануара 1996. године, N 14-ФЗ, трећи део од 26. новембра 2001. године, N 146-ФЗ и четврти део од 18. децембра 2006. године, N. 230-ФЗ, са последњим изменама и допунама од 23. јуна 2014. године).

10 Одступања од овог правила нису бројна, али постоје. Видети: чл. 13–14, чл. 17–18 и чл. 20 ЗНРС.

чак и понављања појединих законских решења, у целисти или у појединим деловима.¹¹

У важећем Закону о наслеђивању Републике Србије одредбе су једним делом формулисане у облику кратких директива општијег карактера, а другим делом коришћена је техника казуса, која подразумева прецизна решења за конкретна питања.

Употреба правних стандарда типа: „имовно стање“, „недостатак нужних средстава за живот“, „способност за привређивање“, „заједница живота“, „трошкови издржавања“, „изузетне прилике“, доприноси краткоћи законског текста и отвара врата креативној улози судова у деловању. С друге стране, коришћење јасних и прецизних решења, за сваки случај понаособ, омогућава избегавање спорова које неодређеност законског текста редовно изазива (тако и: Константиновић, 1969: 9).

Не мењајући ништа у вишедеценијској законодавној техници, српски нормотворац и у важећем Закону о наслеђивању, ради боље прегледности прописа, готово за сваки члан има маргинални наслов.

Будући да је текст Закона о наслеђивању који је у примени, а што је својствено и његовим претходницима, у претежном делу састављен од речи српског језика са неизмењеним значењем (о томе опширније: Стојановић, 2006а: 322–326) и да је за већину стручних термина дато појашњење,^{12 13} он је приступачан и разумљив широком броју људи.¹⁴

Одступајући од традиционалне правне терминологије, утемељене још у римском праву, редактори Закона о наслеђивању у примени, у односу на савезни Закон о наслеђивању и раније важећи републички Закон о наслеђивању, унели су у његов текст, поред већ, могло би се рећи, одомаћених израза: „тестамент“, „легат“, „сублегат“ итд., и њихове српске еквиваленте: „завештање“, „испорука“, „подиспорука“ и слично.¹⁵

11 Видети, на пример: чл. 51 и чл. 72, чл. 52 и чл. 73, чл. 184 и чл. 195 ЗНРС.

12 Неки стручни изрази, међутим, нису појашњени. Наводимо само, примера ради, два израза: „заинтересовано лице“ и „лице са правним интересом“.

13 Посебно обележје технике српског законодавца у Закону о наслеђивању јесте свакако и коришћење дефиниција за одређивање значења употребљених правно-техничких израза. Реч је, како о формалним нормативним (легалним) дефиницијама (нпр. дефиниција нужног дела, поклона, завештања), тако и тзв. имплицитним дефиницијама, које својим волуменом одређују само битне елементе одређених појмова (такав је случај нпр. са дефиницијом заоставштине, права представљања, искључења из наслеђа, лишења нужног дела, испоруке, уговора о уступању и расподели имовине за живота). О дефиницијама у праву детаљније видети код: Visković, 1989: 32–40.

14 У правној литератури је још поодавно примећено да је недостижна химера да закон буде „лак“ за свакога. О томе детаљније видети код: Мауровић, 1932: 2–3.

15 О (не)оправданости увођења ових термина у наш правни систем, видети: Антић, Балиновац, 1996: 25; Бабић, 2001.

Одредбе Закона о наслеђивању који је у примени обележава и виши степен формалности у односу на одговарајуће одредбе прописа садржаних у савезном Закону о наслеђивању и раније важећем републичком Закону о наслеђивању. То, несумњиво, потврђују одредбе посвећене писменом завештању пред сведоцима и усменом завештању, као и правила о форми уговора о уступању наследног дела.¹⁶

Двадесетогодишњу примену Закона о наслеђивању из 1995. године обележава постојаност. Наиме, до сада на овом законском тексту нису вршени крупни „нормативни захвати“, у правцу измена или допуна његових одредаба.¹⁷

Доношење Закона о јавном бележничтву¹⁸ и увођење, после више деценија паузе, јавних бележника у правни живот Републике Србије,¹⁹ изнедрили су потребу за изменама и допунама, прво Закона о ванпарничном поступку, а потом и самог Закона о наслеђивању.

2. Опште одредбе

У односу на своје претходнике, савезни Закон о наслеђивању и Закон о наслеђивању из 1974. године, који у општим одредбама пажњу фокусирају на оно што може бити предмет наслеђивања, на начело равноправности у наслеђивању, правне основе позивања на наслеђе, начело ограничене слободе завештајних располагања, наследноправни положај странаца и заоставштину која нема наследнике, Закон о наслеђивању који је у примени има унеколико другачији приступ.²⁰ Наиме, српски нормотворац, поред одређивања појма заоставштине, акценат ставља на добра која не чине њен имовински супстрат, а који се према раније важећим прописима издваја

16 Упоредити: чл. 85, чл. 110, чл. 231, ст. 2 ЗНРС, чл. 69, чл. 78, чл. 149, ст. 2 СЗН, чл. 64, чл. 73 и чл. 144, ст. 2 ЗНСРС.

17 Уставни суд Републике Србије је, 25. септембра 2003. године, одлучио да одредба, садржана у чл. 4, ст. 5 Закона о наслеђивању: „војни обвезник који је напустио земљу да би избегао дужност њене одбране, а до смрти оставиоачеве не врати се у земљу“ није у сагласности са Уставом. Исто важи и за део одредбе чл. 5. овог Закона, „изузев војном обвезнику који је напустио земљу да би избегао дужност њене одбране“. Ова решења законодавца у Републици Србији престала су да важе даном објављивања Одлуке Уставног суда у *Службеном гласнику Републике Србије*, 101/2003.

18 Закон о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

19 На подручју Краљевине Југославије, Законом о јавним бележницима из 1930. године (*Службене новине КЈ*, 220/1929) први пут је уведена ова јавна служба у наш правни систем. Овај законски текст може се наћи код: Никетић, Г, 1930: 11–134.

20 Упоредити: чл. 1–8 СЗН, чл. 1–8 ЗНСРС са чл. 1–7 ЗНРС.

из заоставштине,²¹ и на способност и недостојност за наслеђивање, који, опет, у савезном Закону о наслеђивању и Закону о наслеђивању из 1974. године представљају саставни део главе посвећене преласку заоставштине на наследнике.²²

Иако се из садржине општих одредаба Закона о наслеђивању који је у примени не може видети јасна намера српског законописца у прилог примене начела равноправности у наслеђивању, какав је случај, као што смо рекли са савезним Законом о наслеђивању и раније важећим републичким Законом о наслеђивању, таква његова воља, нема сумње, не само да проистиче из одговарајућих одредаба Устава Републике Србије,²³ већ и целокупне садржине наследноправних прописа.

Оно што ниједан од поменутих законских текстова у уводном делу не садржи јесте регула која даје одговор на питање када се отвара наслеђе, као један од основних услова за постојање установе наслеђивања.²⁴

3. Законско наслеђивање

Попут својих претходника, савезног Закона о наслеђивању из 1955. године и Закона о наслеђивању из 1974. године, важећи Закон о наслеђивању у креирању правила законског наслеђивања полази од парентеларно-линеарног система груписања крвних сродника, у коме првенство у примени припада праву представљања, а ако је то немогуће, онда се примењује право прираштаја.

Као и у раније важећим прописима из домена наслеђивања, у Закону о наслеђивању који је данас у примени, крвно сродство, грађанско сродство и брачна веза са оставиоцем су три одлучујуће чињенице на којима је утемељена конструкција законских наследних редова.

Ванбрачна веза са оставиоцем, ни у једном до сада важећем законском тексту о наслеђивању, нема утицаја у сфери законског наслеђивања, иако су ванбрачне заједнице, поготово данас, широко распрострањена социјална појава и према породичноправним прописима изједначене са брачним заједницама, нарочито у домену издржавања и имовинских односа.²⁵

21 Видети: чл. 37 и чл. 38 СЗН, као и чл. 32 и чл. 33 ЗНСРС.

22 Видети: чл. 130–132 СЗН и чл. 125–127 ЗНСРС.

23 Видети: чл. 21, ст. 1 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006.

24 За разлику од тога, рецимо, хрватски законодавац пружа одговоре на постављена питања у свом уводном делу. Видети: чл. 5, ст. 2 *Zakona o nasljeđivanju Republike Hrvatske, Narodne novine*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015. У наставку рада, за овај Закон биће у напоменама коришћена скраћеница ZNRH.

25 Видети: чл. 152 и чл. 191, у вези са чл. 168–190 Породичног закона Републике Србије *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015. У продужетку рада, за

Такође, ни чињеници већ датог издржавања од стране оставиоца у корист одређеног лица не придаје се значај.^{26 27}

У односу на Закон о наслеђивању из 1974. године који у трећем законском наследном реду ограничава примену права представљања на децу дедова и баба и онемогућава наслеђивање даљих предака оставиоца, важећи Закон о наслеђивању враћа се на решење садржано у савезном Закону о наслеђивању, проширујући круг законских наследника на све потомке дедова и баба и на остале претке оставиоца.^{28 29}

Попут својих претходника, савезног Закона о наслеђивању и раније важећег републичког Закона о наслеђивању, Закон о наслеђивању који је у примени прописује могућност повећања наследних делова деце оставиоца, уз испуњење стриктно одређених услова.

За разлику од савезних наследноправних прописа, који тим путем привилегују само брачну децу оставиоца, републички наследноправни прописи штите интересе све деце оставиоца. Осим тога, за савезног законодавца примена ове одредбе долази у обзир увек када су постављена два кумулативно постављена услова – постојање деце из претходних бракова оставиоца и имовине надживелог супружника која је већа од онога што би добио поделом заоставштине на једнаке делове, наслеђујући са децом оставиоца, док Закон о наслеђивању из 1974. године и Закон о наслеђивању који је сада у примени цене, на основу околности конкретног случаја, оправданост повећања наследних делова све оставиоцеве деце. Повећан степен креативности у раду судова нарочито пружа важећи Закон о наслеђивању који прописује да се наследни део деци може повећати до два пута, а не, као раније, искључиво два пута.³⁰

Како наследноправни прописи који су били у важности, тако и Закон о наслеђивању који је сада у примени не одређују јасно да ли о повећању наследних делова првостепених потомака суд води рачуна по службеној дужности или на захтев овлашћених лица, што је као дискутабилно потврдила и правна теорија (Тодоровић, Кулић, 1996: 42;

овај законски текст у напоменама биће употребљавана скраћеница ПЗРС.

26 О овој правно релевантној чињеници видети опширније код: Стојановић, 2006б: 13–15.

27 О другим правно релевантним чињеницама које, додуше, не могу бити темељ за стицање наследничког својства, али могу допринети величини наследних делова законских наследника који *in concreto* наслеђују, видети детаљније код: Стојановић, 2011: 78.

28 Упоредити: чл. 9, ст. 1 СЗН, са чл. 9, ст. 1 ЗНСРС и чл. 8, ст. 1 ЗНРС.

29 О аргументима за и против оваквог решења, видети код: Стојановић, Крстић, 2008: 180–182.

30 Упоредити: чл. 12 СЗН, чл. 12 ЗНСРС и чл. 9, ст. 3 ЗНРС.

Антић, Балиновац, 1996: 132; Вуковић, 1997: 43; Ђорђевић, 1997: 152; Бабић, 2005: 50). Такође, ниједан од поменутих законских текстова не респектује потребе, могућности и интересе осталих наследника овог наследног реда и опцију повећања њихових наследних редова (детално: Стојановић, 1998–1999: 63–65).

Закон о наслеђивању који је у примени, остајући веран правној традицији утемељеној још савезним Законом о наслеђивању и настављеној Законом о наслеђивању из 1974. године, нормира могућност повећања наследног дела супружника и родитеља оставиоца, услед недостатка нужних средстава за живот.³¹ Међутим, за разлику од решења садржаних у раније важећим наследноправним прописима, којима је омогућено повећање наследних делова супружника и родитеља оставиоца само у својинском облику, Закон о наслеђивању из 1995. године прописује, као правило, могућност повећања наследног дела ових субјеката у форми доживотног уживања. Као додатак овој новини, прописује се, под одређеним условима, могућност преиначења доживотног плодуживања у доживотну ренту, па и њиховог укидања, али само у случају када се повећава наследни део супружника.^{32 33}

Оно што се може сматрати побољшањем законског текста, у правцу повећања наследних делова супружника и родитеља оставиоца у односу на раније важеће прописе о наслеђивању, јесте да садржи правило о једногодишњем, преклузивном року у коме се може захтевати повећање наследног дела и да максимално уважава чињеницу дужине трајања заједнице живота између умрлог супружника и надживелог супружника.³⁴

Код повећања наследног дела родитеља оставиоца, Закон о наслеђивању који је у примени, у односу на раније примењиване наследноправне прописе, респектује кривицу за престанак њихове заједнице живота и условљава њено постојање (не)могућношћу истицања захтева за повећање наследног дела.³⁵ Ова чињеница, примера ради, у нашем праву није релевантна код развода брака по тужби.³⁶

У односу на савезни Закон о наслеђивању и раније важећи републички Закон о наслеђивању, важећи наследноправни прописи прецизирају

31 Видети: чл. 28, чл. 29 СЗН, чл. 23, чл. 24 ЗНСРС, чл. 23 и чл. 31 ЗНРС.

32 Видети: чл. 25 ЗНРС.

33 О оправданости оваковог решења видети: Сворцан, 1998: 160; Стојановић, Крстић, 2008: 222.

34 Видети: чл. 23, ст. 1 и 3, чл. 31, ст. 1 и чл. 32 ЗНРС.

35 Видети: чл. 31, ст. 2 ЗНРС.

36 Видети: чл. 41 ПЗРС.

ненаследивост права на повећање наследног дела уколико пре остварења права умре овлашћено лице.³⁷

Оно што не предвиђају раније важећи прописи о наслеђивању, а што регулише Закон о наслеђивању из 1995. године јесте могућност смањења наследног дела супружника као наследника другог законског наследног реда. Наиме, да би дошло до одређене корекције у величини наследних делова наследника другог законског наследног реда потребно је да више од половине посебне имовине оставиоца чине наслеђена добра, да заједница живота између оставиоца и супружника није трајала дуже време, и да неко од наследника захтева смањење наследног дела супружника. Уколико су испуњени прописани услови, наследни део преживелог супружника може бити, према слову закона, смањен до четвртине заоставштине.³⁸

Иако је очигледна намера српског законодавца да овом регулом, с једне стране, умањи штетне последице закључивања бракова из рачуна, и, с друге стране, да добра старине остану у широј породичној заједници (тако: Антић, Балиновац, 1996: 169–170; Сворцан, 1996: 103), она има доста празнина које могу бити широко интерпретиране. Прво, како оквирно тумачити правни стандард „заједница живота која није трајала дуже време“ између оставиоца и његовог супружника? Друго, ако се надживели супружник определи да, уместо смањеног дела у својину (до 1/4), изабере 1/2 заоставштине на плодоживање, коме припада својински вишак?³⁹ Треће, да ли преци и побочни сродници из једне лозе имају право да захтевају смањење наследног дела супружника, чак и ако више од половине наслеђених добара не долазе из лозе којој припадају?

Када је реч о наслеђивању грађанских сродника, Закон о наслеђивању који је у примени регулише како наследноправне последице заснивања потпуног, тако и непотпуног усвојења. Раније важећи наследноправни прописи регулишу само наследноправни положај адоптивних сродника из непотпуног усвојења, што се већим делом може правдати чињеницом да је у Републици Србији тек Законом о усвојењу из 1976. године⁴⁰ уведено потпуно усвојење у наш правни систем. Иако Породични закон признаје и регулише само потпуни облик адопције, одредбе о наследноправном положају грађанских сродника из непотпуног усвојења садржане у важећем Закону о наслеђивању примењиваће се све дотле док у Србији има таквих сродника.⁴¹

37 Видети: чл. 24 и чл. 33 ЗНРС.

38 Видети чл. 26 ЗНРС.

39 О овом питању у правној литератури постоје различита мишљења. Видети: Антић, Балиновац, 1996: 183–185; Сворцан, 1999: 105–106; Ђурђевић, 2001: 167–170; Бабић, 2005: 78.

40 Закон о усвојењу, *Службени гласник СРС*, 17/1976.

41 Видети: чл. 358, ст. 1 ПЗРС.

Упоређујући решења посвећена наследноправном положају усвојеника из непотпуног усвојења, она се поклапају у сва три анализирана законска текста.⁴²

Разлика је, међутим, јасна када је у питању наследноправни положај усвојиоца из непотпуног усвојења. Према савезном Закону о наслеђивању, он никако не може наследити усвојеника. Закон о наслеђивању из 1974. године је у том погледу напреднији, омогућавајући усвојиоцу да наследи усвојеника уз испуњење два кумулативно постављена услова: недостатак нужних средстава за живот и постојање важних разлога. Притом, приликом процењивања постојања другог услова за суд су меродавни посебно имовинске прилике и способност за привређивање усвојица. Уколико усвојиоцу буде признато право наслеђа у односу на усвојеника, он онда добија у наслеђе део који одговара наследном делу једног од родитеља.⁴³

Важећи Закон о наслеђивању, у начелу, не даје право наслеђа усвојиоцу у односу на усвојеника. Изузетно, ако усвојеник нема наследнике првог наследног реда, а усвојилац нема нужних средстава за живот, може захтевати у року од једне године од отварања наслеђа усвојеника део његове заоставштине на плодуживање. При томе, његово потенцијално право у односу на усвојеникову заоставштину може остати нереализовано уколико је усвојенику, приликом заснивања усвојења, ускраћено право да наслеђује усвојиоца. Колико ће усвојилац, поред испуњења наведених услова заиста добити из заоставштине умрлог усвојеника, то зависи и од других параметара: дужине трајања усвојења, обима усвојеникових права, имовинских прилика свих наследника који у конкретном случају наслеђују и вредности заоставштине.⁴⁴ Раније важећи републички Закон о наслеђивању питање наследноправног реципроцитета уопште не узима у обзир, а и не прецизира да ли усвојилац треба да тражи признање права наслеђа или да о томе одлучује суд по службеној дужности. Дискутабилно је такође у овом Закону и да ли усвојилац, уколико испуни потребне услове, постаје наследник усвојеника и искључује из права наслеђа родитеље усвојеника или не.⁴⁵

4. Нужно наслеђивање

Када је реч о кругу нужних наследника, важећи Закон о наслеђивању поставља најшире границе, будући да у односу на савезни Закон о наслеђивању уврштава усвојиоца, како из потпуног, тако и непотпуног

42 Видети: чл. 25, ст. 1 СЗН, чл. 20, ст. 1 ЗНСРС и чл. 35, ст. 1 ЗНРС.

43 Видети: чл. 25, ст. 3 СЗН и чл. 20, ст. 3 и 4 ЗНРС.

44 Видети: чл. 38 ЗНРС.

45 У том правцу, видети: Благојевић, Антић, 153; Јанковић, 1981: 142.

усвојења, а у односу на раније важећи републички Закон о наслеђивању и трећестепене и остале претке оставиоца.⁴⁶

За разлику од својих претходника, раније важећих прописа о наслеђивању, Закон о наслеђивању који је у примени не употребљава термин „расположиви део заоставштине“ и ближе га не дефинише, иако он *de facto* постоји увек када оставилац има нужне наследнике који хоће и могу да остваре своје право.⁴⁷

Премда Закон о наслеђивању из 1995. године ништа не мења у погледу величине нужних делова нужних наследника у односу на раније важеће прописе о наслеђивању,⁴⁸ он решава судбину нужног дела ослобођеног претензија одређеног нужног наследника, правилом да такав „слободан“ нужни део не прираста осталим нужним наследницима,⁴⁹ већ се поново израчунавају нужни делови нужних наследника, што може изнедрити различите процесне ситуације.⁵⁰ Попут раније важећих наследноправних прописа, и актуелни Закон о наслеђивању не нормира утицај повећања или смањења наследних делова наследника првог и другог законског наследног реда на величину нужног дела (детаљније: Стојановић, Крстић, 2008: 225).

Важећи Закон о наслеђивању у Републици Србији, у односу на раније примењиване наследноправне прописе, садржи одредбу о редоследу намирења нужних наследника из заоставштине, као и ослобођењу од одговорности за дугове оставиоца до вредности нужног дела.⁵¹

Вишегодишња законодавна пракса на нашим просторима о третирању права на нужни део као наследноправног овлашћења доживљава радикалну промену у Закону о наслеђивању из 1995. године, правилом да је право на нужни део облигационо овлашћење, а да му се може променити правна природа, ако то захтева сам нужни наследник, одлуком суда, претпостављамо (иако то у Закону изричито не стоји), када он нађе да је такав захтев основан, или ако вољу о правној природи права на нужни део као наследноправног овлашћења сам завешталац изрази у завештању.^{52 53}

46 Упоредити: чл. 30 СЗН и чл. 25 ЗНСРС са чл. 39 ЗНРС.

47 Видети: чл. 31, ст. 3 СЗН и чл. 26, ст. 3 ЗНСРС.

48 Видети: чл. 31, ст. 2 СЗН, чл. 26, ст. 2 ЗНСРС и чл. 40, ст. 2 ЗНРС.

49 Видети: чл. 40, ст. 3 ЗНРС.

50 О томе детаљније, видети код: Стојановић, 2011: 155.

51 Видети: чл. 41 ЗНРС.

52 Видети: чл. 32 СЗН, чл. 27 ЗНСРС и чл. 43 ЗНРС.

53 О предностима правне природе права на нужни део као облигационог права, детаљније видети код: Антић, Балиновац, 1996: 231–232; Бабић, 1998: 45–47; Рачић,

У зависности од тога да ли нужни наследник захтева намирење права на нужни део као облигационог права или као стварног права, српски законодавац је нормирао одговарајуће правне механизме.⁵⁴

Побољшање текста важећег Закона о наслеђивању у односу на његове претходнике огледа се у томе што садржи правила о нужном делу са теретом и праву избора нужног наследника (*cautela Socini*).⁵⁵

Код утврђивања обрачунске вредности заоставштине, као рачунске категорије за израчунавање појединих нужних делова, Закон о наслеђивању који је у примени, у начелу, не одступа много од савезног Закона о наслеђивању и раније важећег републичког Закона о наслеђивању. Разлике су, ипак, присутне. Док раније важећи наследноправни прописи код утврђивања пасиве заоставштине говоре о трошковима сахране, Закон о наслеђивању који се данас примењује је прецизнији, употребљавајући израз „убичајени“ трошкови сахране.⁵⁶

Тежња српског законодавца да у важећем Закону о наслеђивању буде што прецизнији у погледу круга законских наследника чији поклони улазе у обрачунску вредност заоставштине није уродила плодом и да се исто, као из садржине одредаба савезног Закона о наслеђивању и Закона о наслеђивању из 1974. године, не може извести јасан закључак да ли су саставни део обрачунске вредности заоставштине поклони само оних законских наследника који *in concreto* наслеђују или свих наследника, без обзира да ли су позвани на наслеђе.⁵⁷

Код поклона који никако не улазе у обрачунску вредност заоставштине, Закон о наслеђивању који је у примени, такође, чини одступање од раније важећих прописа о наслеђивању, будући да под ту ставку подводи она имовинска добра која су стечена на основу уговора о уступању и расподела имовине за живота, а не узима у обзир поклоне дароване друштвено-политичкој заједници, друштвено-политичкој организацији или неком удружењу грађана.⁵⁸

У погледу одређивања вредности поклона који улазе у обрачунску вредност заоставштине, важећи Закон о наслеђивању, такође, одступа од својих предака, савезног Закона о наслеђивању и Закона о наслеђивању из 1974. године, будући да се она процењује у време када се утврђује

1998: 107-114; Сворцан, 2004: 129-130.

54 Видети: чл. 44-46 и чл. 53-57 ЗНРС.

55 Видети: чл. 47 ЗНРС.

56 Упоредити: чл. 33, ст. 3 СЗН, чл. 28, ст. 3 ЗНСРС и чл. 48, ст. 2 ЗНРС.

57 Видети: чл. 33, ст. 4 СЗН, чл. 28, ст. 4 ЗНСРС и чл. 48, ст. 3 ЗНРС.

58 Видети: чл. 33, ст. 6 СЗН, чл. 28, ст. 6 ЗНСРС и чл. 49 ЗНРС.

обрачунска вредност заоставштине, а не у време отварања наслеђа оставиоца.⁵⁹

У односу на раније важеће наследноправне прописе који предмете домаћинства мање вредности и допринос оставиоцевих потомака у повећању његове заоставштине третирају као њен саставни део, али их, са циљем заштите одређених категорије субјеката, издвајају из заоставштине и, самим тим, утврђивања обрачунске вредности заоставштине, Закон о наслеђивању који је у примени има другачији приступ, те прописује да та добра не чине заоставштину, већ у време отварања наслеђа припадају онима које је Закон привилеговао.^{60 61}

Осим ове крупне разлике у нормирању предмета домаћинства мање вредности, актуелни наследноправни прописи у односу на своје претходнике проширују круг субјеката који имају право на ову привилегију и на родитеље оставиоца, али и прецизирају облик својине – заједничка својина која за овлашћена лица настаје тренутком отварања наслеђа на тим добрима.⁶²

За разлику од савезног Закона о наслеђивању и раније важећег републичког Закона о наслеђивању који само нужне наследнике којима је повређено право на нужни део овлашћују да могу захтевати његово намирење, у одређеним роковима, Закон о наслеђивању који је у примени регулише и питање наследивости права на нужни део извесним ограничењима која су обојена нотом неправичности (опширније: Стојановић, Крстић, 2008: 227–228), прописујући да се та привилегија односи само на наследнике потомка (биолошког или грађанског) оставиоца који такав захтев није истакао у законом прописаном року, а у међувремену умре.⁶³ У актуелном Закону о наслеђивању нема одговара на питање да ли на универзалне сукцесоре било ког нужног наследника који је пре своје смрти захтевао намирење нужног дела прелази ово право.⁶⁴

Када је реч о искључењу из наслеђа, Закон о наслеђивању из 1995. године садржи поједине новине које у битном одступају од онога што је деценијама био „заштитни знак“ овог института на нашим просторима. У првом реду, важећи прописи о наслеђивању регулишу само један узрок

59 Упоредити: чл. 35 СЗН, чл. 30 ЗНСРС и чл. 51 ЗНРС.

60 Упоредити: чл. 37 и 38 СЗН, чл. 32 и 33 ЗНСРС и чл. 1, ст. 2 и 4 ЗНРС.

61 О предностима и недостацима решења садржаног у важећем ЗНРС видети код: Стојановић, 2004а: 282–284; Стојановић, 2004б: 162–166.

62 Видети: чл. 1, ст. 3 ЗНРС.

63 Видети: чл. 45 СЗН, чл. 40 ЗНСРС и чл. 60 ЗНРС.

64 У том правцу се, рецимо, изричито изјашњава хрватски законодавац. Видети: чл. 83, ст. 2 ZNRH.

искључења из наслеђа, теже огрешење о завештаоца повредом неке законске или моралне обавезе, који се ближе појашњава са три подразлога, не остављајући простора да се применом аналогije подводе под узроке искључења неке друге повреде законских дужности или моралних обавеза, осим: увредљивог или грубог одношења према завештаоцу; са умишљајем учињеног кривичног дела према завештаоцу, његовом детету, усвојенику, супружнику или родитељу, и одавања нераду и непоштену животу.⁶⁵

⁶⁶ Савезни Закон о наслеђивању и Закон о наслеђивању из 1974. године нормирају, на готово исти начин, четири узрока искључења из наслеђа, који су у појединим сегментима знатно шире конципирани у односу на оно што прописује Закон о наслеђивању у примени, јер узимају у обзир као узрок теже огрешење о завештаоца (а према раније важећем републичком Закону о наслеђивању и према његовом супружнику), повредом било које законске дужности или моралне обавезе; као и извршено кривично дело, усмерено на подривање народне власти, независности државе, њене одбрамбене снаге и социјалистичке изградње. У појединим сегментима узроци за искључење из наслеђа су уже постављени, будући да само теже кривично дело, учињено са умишљајем према завештаоцу, његовом супружнику, детету или родитељу може бити разлог за разбаштињење, за разлику од важећих прописа о наслеђивању који узимају у обзир било које кривично дело, извршено са умишљајем, осим поменутих лица и против усвојеника.⁶⁷

Изузев квалитативно другачијег конципирања узрока за искључење из наслеђа, значајна разлика се огледа и у томе што Закон о наслеђивању у примени инсистира на томе да узрок за искључење мора да постоји у време отварања наслеђа, док су раније важећи наследноправни прописи у фокусу пажње имали тренутак састављања завештања.⁶⁸

На пољу урачунавања поклона и испорука у наследни део, Закон о наслеђивању који је у примени у начелу задржава основна решења којима је уређен овај институт пре више деценија на нашим просторима.

65 Видети: чл. 61, ст. 1 ЗНРС.

66 Формулација узрока искључења из наслеђа, у теорији се, међутим, различито интерпретира. Према једном мишљењу, у питању су три групе узрока искључења из наслеђа (тако сматра: Сворцан: 160–162). Други сматрају да се узрок искључења из наслеђа „теже огрешење о завештаоца повредом неке законске или моралне обавезе”, ближе одређује подразлозима, који су *exempli causa* наведени (тако закључује: Антић, 2007: 183).

67 Упоредити: чл. 47, ст. 1 СЗН, чл. 42, ст. 1 ЗНСРС и чл. 61 ЗНРС.

68 Упоредити: чл. 62, ст. 3 ЗНРС са чл. 48, ст. 2 СЗН и чл. 43, ст. 2 ЗНСРС.

Одступања, ипак, има. Закон о наслеђивању из 1995. године не регулише натурално урачунавање добротиних давања у наследни део за разлику од раније важећих наследноправних прописа.⁶⁹

Осим тога, према Закону о наслеђивању у примени, приликом спровођења урачунавања у наследни део *in valoris* полази се од вредности коју је покљоњено добро имало у то време, а не у време отварања наслеђа оставиоца, како је прописано савезним Законом о наслеђивању и Законом о наслеђивању из 1974. године.⁷⁰

Разлика је, такође, присутна и у погледу круга законских наследника којима се могу урачунавати у наследни део оставиочева добротина давања. Према актуелном Закону о наслеђивању, уколико лице даровано од оставиоца не може или не жели да наслеђује, без обзира на разлог, то што је примљено, редовно је предмет урачунавања у наследни део наследнику који наслеђује уместо њега. За разлику од овог решења, раније важећи наследноправни прописи разграничавају ситуације када се врши урачунавање у наследни део универзалном сукцесору који наслеђује уместо лица које је умрло пре оставиоца или се одрекло наслеђа, а не врши колација када другопозвани наследник наслеђује због недостојности за наслеђивање, искључења из наслеђа или лишења права на нужни део првопозваног наследника.⁷¹

Ниједан од закона о наслеђивању који су важили или важи на нашим просторима не садржи одредбу до када се може захтевати урачунавање добротиних давања у наследни део.

5. Завештајно наслеђивање

Одредбе о завештајном наслеђивању садржане у актуелном Закону о наслеђивању Републике Србије у појединим сегментима остале су доследне вишедеценијским решењима савезног Закона о наслеђивању и раније важећег републичког Закона о наслеђивању. Има, међутим, доста новина, као и измена и допуна у односу на стање какво је било пре почетка примене Закона о наслеђивању из 1995. године.

У првом реду, важећи наследноправни прописи, за разлику од претходника, савезног Закона о наслеђивању и Закона о наслеђивању из 1974. године, дефинишу завештање као правни основ позивања на наслеђе.⁷² Иако дефиниција не обухвата сва битна обележја завештања, јер се не спомиње да је то увек добротини правни посао, чињеница је да

69 Видети: чл. 56 СЗН и чл. 51 ЗНСРС.

70 Упоредити: чл. 72 ЗНРС, чл. 57 СЗН и чл. 52 ЗНСРС.

71 Упоредити: чл. 71 ЗНРС, чл. 61 СЗН и чл. 56 ЗНСРС.

72 Видети: чл. 78 ЗНРС.

је овом одредбом учињен квалитативан помак у нормирању завештања и његовом разграничењу од других правних послова којима се, такође, располаже за случај смрти.

Затим, у односу на раније важеће прописе о наслеђивању на нашим просторима који као најнижу старосну границу за састављање завештања постављају узраст од 16 година, Закон о наслеђивању из 1995. године, када је реч о завештајној способности, инсистира на навршених 15 година живота.⁷³

Према раније важећим прописима о наслеђивању, губитак способности за расуђивање нема никаквог утицаја на већ састављено завештање. Закон о наслеђивању који је у примени, у начелу, прихвата то решење, али чини и знатно одступање од њега. Наиме, он прописује да, уколико се битно промене прилике које су његовом творцу у време састављања завештања биле одлучујућа побуда да га тако креира, онда суд може, на захтев овлашћених лица, такво завештање или поједине одредбе у њему да стави ван снаге, ако то није могао да учини сам завешталац због губитка способности за расуђивање.⁷⁴

Акуелни Закон о наслеђивању у Републици Србији, у односу на своје претходнике, савезни Закон о наслеђивању и раније важећи републички Закон о наслеђивању, јасно, прецизно и недвосмислено одређује које квалитете воља завештаоца за састављање завештања мора да има.⁷⁵

Када је реч о облицима завештања, важећи наследноправни прописи остају верни правној традицији утемељеној јој савезним Законом о наслеђивању и настављеној Законом о наслеђивању из 1974. године, и регулишу: својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима, судско завештање, конзуларно завештање, бродско завештање, војно завештање и усмено завештање.⁷⁶

Ако оставимо по страни термилошке разлике у означавању појединих облика завештања, Закон о наслеђивању који је примени, у односу на изворне текстове раније важећих наследноправних прописа, садржи одредбе о међународном завештању, што је сасвим разумљиво, будући да је овај облик завештања уведен у наше право на основу Закона о ратификацији Конвенције о једнообразном закону о облику међународног тестаментa из 1977. године.⁷⁷

73 Видети: чл. 64, ст. 1 СЗН, чл. 59, ст. 1 ЗНСРС и чл. 79 ЗНРС.

74 Видети: чл. 80 ЗНРС, чл. 64, ст. 3 СЗН и чл. 59, ст. 3 ЗНСРС.

75 Видети: чл. 81 и 82 ЗНРС.

76 Видети: чл. 84–88, чл. 91, чл. 108–111 ЗНРС, чл. 68–71, чл. 75–78 СЗН, чл. 63–66 и чл. 70–73 ЗНСРС.

77 Видети: чл. 92–107 ЗНРС.

Измене и допуне актуелног Закона о наслеђивању, извршене 2015. године, за разлику од свог изворног текста, па и раније важећих наследноправних прописа, прописују могућност изјављивања последње воље о распореду заоставштине у форми јавнобележничког завештања.⁷⁸ Српски законописац једном штуром одредбом одређује да јавни бележник саставља јавнобележничко завештање у форми јавнобележничког записа. Све остало, који јавни бележник овај облик завештања може саставити, какву садржину оно мора да има, према правилима ког поступка се саставља, решавају неки други законски текстови, новелирани Закон о јавном бележништву и новелирани Закон о ванпарничном поступку.⁷⁹

Осим тога, актуелни Закон о наслеђивању, претпостављамо под утицајем великог броја спорних предмета у вишедеценијској судској пракси, везаних за писмено завештање пред сведоцима и усмено завештање, усложњава услове за њихову пуноважност. За писмено завештање пред сведоцима, поред осталог, захтева се да завешталац, у присуству два завештајна сведока, изјави не само да је то његово завештање (што су садржавили и раније важећи наследноправни прописи), већ и да саопшти да је састављено писмено завештање прочитао. Притом, не инсистира се на томе, што је била ранија законодавна пракса, да је писмено у коме је садржана изјава последње воље завештаоца саставило неко друго лице, већ то може бити и сам завешталац.⁸⁰ Код усменог завештања, сада се за његову пуноважност захтева присуство три завештајна сведока, уместо два, како је прописано савезним Законом о наслеђивању и републичким Законом о наслеђивању из 1974. године.⁸¹

Када је реч о лицима која могу бити завештајни сведоци и условима које морају испунити да би могли имати то својство, Закон о наслеђивању који се данас примењује готово да ништа не мења у односу на решења раније важећих наследноправних прописа, осим што инсистира на вишем степену прецизности када прописује да сведоци код писменог завештања пред сведоцима и међународног завештања морају да знају и језик на коме завешталац изјављује да је то његова изјава последње воље и да је упознат са садржином исте.⁸²

У погледу субјеката који не могу бити завештајни сведоци, изворни текст важећег Закона о наслеђивању ништа не мења у односу на решења садржана у савезном Закону о наслеђивању и републичком Закону о

78 Видети: чл. 111а ЗНРС.

79 О јавнобележничком завештању, опширније видети код: Стојановић, 2015: 11–14.

80 Упоредити: чл. 69, ст. 1 СЗН, чл. 64, ст. 1 ЗНСРС и чл. 85, ст. 1 ЗНРС.

81 Упоредити: чл. 78, ст. 1 СЗН, чл. 73, ст. 1 ЗНСРС и чл. 110 ЗНРС.

82 Упоредити: чл. 73, ст. 1 СЗН, чл. 68, ст. 1 ЗНСРС и чл. 112 ЗНРС.

наслеђивању из 1974. године, прописујући да у положају завештајних сведока не могу бити: сви крвни и грађански потомци завештаоца, његови преци и усвојоци, сродници у побочној линији, закључно са четвртим степеном сродства, супружници свих ових лица, као и супружник завештаоца.⁸³ Ова забрана једино не важи за усмено завештање, што није било садржано у раније важећим прописима о наслеђивању.

Измене и допуне чл. 113, ст. 1 важећег Закона о наслеђивању, извршене 2015. године, међутим, из ове формулације бришу брачне другове свих побројаних лица, осим завештаоца, а додају његове тазбинске сроднике, закључно са другим степеном сродства, бившег супружника, ванбрачног партнера, бившег ванбрачног партнера, стараоца, бившег стараоца,штићеника или бившег штићеника. Оно што ће, верујемо, бити камен спотицања у пракси јесте да новелирани Закон о наслеђивању и новелирани Закон о ванпарничном поступку прописују различита решења у погледу лица која не могу имати положај завештајних сведока код састављања судског и јавнобележничког завештања.⁸⁴

Код нормирања могуће садржине завештања, актуелни Закон о наслеђивању, у односу на своје претке, савезни Закон о наслеђивању и републички Закон о наслеђивању из 1974. године, садржи бројна, детаљна и прецизна правила која се односе на ограничење наследноправних овлашћења условом, роком и налогом. Нарочиту пажњу заслужују одредбе које се тичу одређивања наследника под одложним условом, односно почетним роком и раскидним условом, односно завршним роком.⁸⁵ Такође, садржајно су богатија правила која се тичу испоруке (легата), као облика сингуларног стицања *mortis causa*. Тако Закон о наслеђивању који је у примени, у односу на раније важеће прописе о наслеђивању, дефинише подиспоруку (сублегат), регулише испоруку остављену завештаочевом повериоцу, када је предмет испоруке имовинско добро идентично предмету првобитног потраживања (*legatum debiti*), испоруку остављену завештаочевом дужнику, испоруку потраживања завештаоца, као и испоруку ствари одређених по роду.⁸⁶

Попут савезног Закона о наслеђивању и републичког Закона о наслеђивању из 1974. године, важећи прописи о наслеђивању за недовољно јасне и разумљиве одредбе у завештању примењују субјективни метод тумачења, где је у фокусу проналажење праве намере оставиоца о распореду своје заоставштине. Ниједан од законских текстова о наслеђивању нема,

83 Видети: чл. 73, ст. 2 СЗН, чл. 68, ст. 2 ЗНСРС и чл. 113, ст. 1 ЗНРС.

84 Упоредити: чл. 113, ст. 1 ЗНРС и чл. 182, ст. 3 ЗВПРС.

85 Видети: чл. 119–134 ЗНРС, чл. 88 СЗН и чл. 83 ЗНСРС.

86 Видети: чл. 142, чл. 150, ст. 2 и чл. 151–153 ЗНРС.

као додатак, правило о тумачењу *favor testamenti*, већ у ситуацији да се не може пронаћи права намера завештаоца нејасне одредбе у завештању треба тумачити у смислу који је повољнији за законске наследнике оставиоца или лица оптерећена каквим обавезама.⁸⁷ Недостатке општих правила тумачења завештања, једним делом, ублажава актуелни Закон о наслеђивању, одредбама о десет посебних правила тумачења завештања.⁸⁸

Закон о наслеђивању из 1995. године, уважавајући темељне разлике између ништавих и рушљивих правних послова, посебно нормира ништава и рушљива завештања у једну посебну целину у оквиру завештајног наслеђивања. За разлику од овог законског текста, прописи о наслеђивању који су били у примени пре почетка његове примене, под „капу ништавости“ завештања несистематски нормирају, комбиновано, разлоге за ништавост и разлоге за рушљивост завештања и последице које се тичу завештања као рушљивог правног посла.⁸⁹

У односу на актуелни Закон о наслеђивању који санкционише ништавост сваког располагања завештањем у корист овлашћених лица и завештајних сведока, као и у корист њихових супружника, потомака, предака, браће и сестара, раније важећи наследноправни прописи тај круг проширују и на супружнике свих побројаних сродника.⁹⁰ Измене и допуне Закона о наслеђивању извршене 2015. године мењају постојећу формулацију у правцу да се ништавост таквих одредаба везује и за јавног бележника, односно завештајне сведоке код јавнобележничког завештања, укључујући и све наведене сроднике.⁹¹

Када је реч о реализацији изјаве последње воље, Закон о наслеђивању из 1995. године, у односу на раније важеће прописе о наслеђивању, овлашћује суд да може, ако завешталац није одредио извршиоца завештања, или ако се одређени извршилац завештања не прихвати дужности, да га сам постави, нарочито ако у завештању има услова, рокова или налога.⁹²

6. Уговори у наследном праву

Закон о наслеђивању Републике Србије из 1995. године, остајући доследан уверењима савезног законодавца, испољеним у Закону о наслеђивању из 1955. године, на потпуно идентичан начин уређује

87 Видети: чл. 135 ЗНРС, чл. 90 СЗН и чл. 85 ЗНСРС.

88 Видети: чл. 136–140 ЗНРС.

89 Упоредити: чл. 155–170 ЗНРС, чл. 64, ст. 2, чл. 65–66 и чл. 82 СЗН, као и чл. 59, ст. 2, чл. 60–61 и чл. 77 ЗНСРС.

90 Упоредити: чл. 160, ст. 1 и 2 изворног текста ЗНРС, са чл. 74 СЗН и чл. 69 ЗНСРС.

91 Видети: чл. 160, ст. 1 и 2 новелираног ЗНРС.

92 Видети: чл. 172, ст. 4 ЗНРС.

тзв. наследноправне уговоре: уговор о наслеђивању, уговор о будућем наследству или испоруци и уговор о садржини завештања.^{93 94} Изузетак представља уговор о одрицању од наслеђа које није отворено, сачињен између будућег оставиоца и његових потенцијалних наследника – потомака, чије закључење савезни Закон о наслеђивању дозвољава, а раније важећи републички Закон о наслеђивању, као и актуелни Закон о наслеђивању га санкционишу ништавошћу.⁹⁵

Ако оставимо по страни правну дилему, да ли је уговору о уступању и расподели имовине за живота, као уосталом и уговору о доживотном издржавању, место у наследноправним прописима, будући да су у питању правни послови којима се располаже имовином, а не заоставштином (детаљно: Стојановић, 2003: 367–368), за први наведени уговор важи да готово ништа није променио од своје правне физиономије у односу на раније важеће наследноправне прописе.

Мора се, ипак, признати да је систематика одредаба посвећених уговору о уступању и расподели имовине за живота, садржаних у актуелном Закону о наслеђивању квалитетније постављена у односу на прописе о наслеђивању који су раније били у примени, као и да су ближе уређене правне последице његовог закључења, задужења судије који га „оверава“, као и последице за непоштовање тих правила.⁹⁶

За разлику од овог правног посла, уговор о доживотном издржавању је у актуелном Закону о наслеђивању, у односу на раније важеће наследноправне прописе, доживео значајне измене и допуне у регулисању.

Пре свега, Закон о наслеђивању који је у примени јасно дефинише је уговор о доживотном издржавању, за разлику од савезног Закона о наслеђивању и републичког Закона о наслеђивању из 1974. године, који су деценијама, својим одређењем уговора о доживотном издржавању, остављали стручну јавност у недоумици да ли се ту ради о уговору о наслеђивању или уговору о доживотном издржавању.⁹⁷

Затим, важећи прописи о наслеђивању децидирано омогућавају издржавање више прималаца издржавања, као и закључење уговора о доживотном издржавању у корист трећих лица.⁹⁸

93 Видети: чл. 179–181 ЗНРС, чл. 108–110 СЗН и чл. 103–105 ЗНСРС.

94 О аргументима *pro et contra* за увођење уговора о наслеђивању у наше право, видети детаљно: Станковић, 2015: 414–447.

95 Видети: чл. 140 СЗН, чл. 135 ЗНСРС и чл. 218 ЗНРС.

96 Упоредити: чл. 182–193 ЗНРС, чл. 111–121 СЗН и чл. 106–116 ЗНСРС.

97 Упоредити: чл. 194 ЗНРС, чл. 122 СЗН и чл. 117 ЗНСРС.

98 Видети: чл. 197 и чл. 198 ЗНРС.

У односу на своје претходнике, савезни Закон о наслеђивању и републички Закон о наслеђивању из 1974. године, Закон о наслеђивању који је данас у примени не нормира споразумни раскид уговора о доживотном издржавању, као и раскид услед неизвршења уговорених обавеза и не условљава раскид овог правног посла, због поремећених односа, заједницом живота уговорних страна.⁹⁹

Актуелни Закон о наслеђивању, за разлику од раније важећих наследноправних прописа, нормира могућност поништаја уговора о доживотном издржавању због одсуства алеаторности, као битног обележја овог правног посла. Осим тога, нормиран је и посебан случај ништавости уговора о доживотном издржавању којим се санкционише давалац издржавања, физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности стара о примаоцу издржавања, а да сагласност за закључење таквог правног посла није добио од надлежног органа старатељства.¹⁰⁰ У вези првог наведеног разлога неважности уговора о доживотном издржавању, камен спотицања јесте сама законска формулација која се може различито интерпретирати, са медицинског и правног становишта и, самим тим, различито применити у пракси судова (детално: Ћирић, Стојановић, 2002: 609–613).

Заједничка нит која је повезивала ова три законска текста, а која се тичала форме за закључење уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању, прекинута је са изменама и допунама Закона о наслеђивању извршеним 2015. године. Наиме, новелирани Закон о наслеђивању одређује да се ова два правна посла морају закључити у форми јавнобележнички потврђене исправе, чиме се чини радикалан заокрет у погледу овлашћеног лица – судије надлежног суда, које је до поменутих новела Закона о наслеђивању било задужено да спроведе поступак потврђивања садржине ових правних послова.¹⁰¹

7. Прелазак заоставштине на наследнике

Закон о наслеђивању који је данас у примени пету и своју последњу главу, посвећену преласку заоставштине на наследнике, у неколико сегмената квалитативно другачије уређује у односу на раније важеће прописе о наслеђивању.

У првом реду, са становишта систематике, овај део Закона више не чине одредбе које се односе на способност за наслеђивање и недостојност

99 Видети: чл. 125 СЗН, чл. 120 ЗНСРС и чл. 201 ЗНРС.

100 Видети: чл. 203 и чл. 196 ЗНРС.

101 Упоредити: чл. 112, ст. 2 и 3, чл. 122, ст. 4 СЗН, чл. 107, ст. 2 и 3, чл. 117, ст. 4 ЗНСРС, као и чл. 184, ст. 1 и чл. 195, ст. 1 изворног и новелираног текста ЗНРС.

за наслеђивање. Те одредбе су, како је већ речено, саставни део општих одредаба овог законског текста.¹⁰²

Актуелни Закон о наслеђивању, осим тога, другачије нормира тренутак отварања наслеђа лица које је проглашено умрлим. То је сада, ако он није назначен у решењу о проглашењу несталог лица умрлим, први дан по истеку рокова прописаних Законом о ванпарничном поступку,¹⁰³ а не дан када је та одлука постала правноснажна.¹⁰⁴

Када је реч о заоставштини чији наследници нису познати, важећи Закон о наслеђивању другачије конструише пут до циља у коме држава стиче заоставштину. Наиме, после протекла рока у коме овлашћена лица могу да се појаве и истакну наследноправне претензије према конкретној заоставштини, она се прво предаје на уживање Републици Србији, да би, истеком рокова прописаних за стицање права својине одржајем за покретне и непокретне ствари, држава коначно постала власник. За разлику од тога, према раније важећим прописима о наслеђивању, заоставштина без наследника се одмах предавала надлежној скупштини општине, с могућношћу наследника који се накнадно појави да захтева своје наслеђе, у прописаним роковима.¹⁰⁵

Закон о наслеђивању који је у примени, за разлику од раније важећих наследноправних прописа, уређује могућност постављења стараоца заоставштине, на захтев поверилаца оставиоца, испорукопримаца и корисника налога.¹⁰⁶

У обради института одрицања од наслеђа и пријема наслеђа, важећи Закон о наслеђивању приступа са нарочитом пажњом, водећи посебно рачуна о сигурности правног промета. Тако, према актуелним наследноправним прописима, одрицање од наслеђа могуће је до окончања првостепеног поступака за расправљање заоставштине, а не, како је савезним Законом о наслеђивању и републичким Законом о наслеђивању из 1974. године, прилично неодређено, формулисано, до окончања расправе заоставштине.¹⁰⁷

Закон о наслеђивању који је данас у примени ближе одређује правне последице одрицања од наслеђа и пријема наслеђа под условом или роком, за разлику од раније важећих прописа о наслеђивању који само једном

102 Упоредити: чл. 130–132 СЗН, чл. 125–127 ЗНСРС и чл. 3–5 ЗНРС.

103 Видети: чл. 57 ЗВПРС.

104 Упоредити: чл. 207, ст. 1 ЗНРС са чл. 129, ст. 1 СЗН и чл. 124, ст. 13 ЗНСРС.

105 Видети: чл. 209 ЗНРС, чл. 133, ст. 2 СЗН и чл. 128, ст. 2 ЗНСРС.

106 Видети: чл. 210, ст. 2 ЗНРС.

107 Упоредити: чл. 213, ст. 1 ЗНРС, чл. 136, ст. 1 СЗН и чл. 131, ст. 1 ЗНСРС.

општом формулацијом указују на немогућност одрицања од наслеђа под условом.¹⁰⁸

У односу на раније важеће наследноправне прописе који нормирају једино немогућност одрицања од наслеђа услед претходног располагања наслеђеним добрима, Закон о наслеђивању из 1995. године регулише све случајеве који спречавају наследника да се одрекне наслеђа, формулацијом да се не може одрећи наслеђа наследник који изричито или прећутно прихвати наслеђе.¹⁰⁹

Као и републички Закон о наслеђивању из 1974. године, и Закон о наслеђивању који је данас у примени инсистира на личном дејству дате изјаве о одрицању од наслеђа, за разлику од савезног Закона о наслеђивању који дозвољава и одрицање од наслеђа у име својих потомака.¹¹⁰

Закон о наслеђивању из 1995. године наставља правну традицију утемељену раније важећим републичким Законом о наслеђивању, одредбом да одрицање од наслеђа које није отворено нема никаквог правног ефекта, у односу на савезне наследноправне прописе који у ограниченом виду дозвољавају такву могућност, на основу споразума између будућег оставиоца и његовог потпуно пословно способног потомка који би био позван да га наследи.¹¹¹

У односу на своје претходнике, савезни Закон о наслеђивању и републички Закон о наслеђивању из 1974. године, Закон о наслеђивању који је у примени, када је реч о одрицању од наслеђа у корист одређеног наследника, даје „појашњење“ односа између онога ко уступа и ко прима наслеђе, правилом да за тај однос важе правила о поклону, наравно ово под претпоставком ако уступање наследног дела није извршено са надокнадом (примедба аутора).¹¹²

Деценијама уназад је на нашим просторима била законодавна пракса да је могућност остваривања права наслеђа ограничена институтом застарелости наследничког захтева у законом прописаним роковима. Актуелни Закон о наслеђивању чини радикалан потез правилом да је наследнички захтев незастарив, али да протек времена, уз испуњење других услова, може омогућити стицање својине путем одржаја, од невласника или допринети застарелости потраживања.¹¹³ Ова новина је

108 Упоредити: чл. 214, ст. 1 и чл. 220, ст. 1 ЗНРС, чл. 139, ст. 1 СЗН и чл. 134, ст. 1 ЗНСРС.

109 Упоредити: чл. 138, ст. 1 СЗН, чл. 133, ст. 1 ЗНСРС и чл. 217 ЗНРС.

110 Видети: чл. 131, ст. 2 ЗНСРС, чл. 213, ст. 2 ЗНРС и чл. 136, ст. 2 СЗН.

111 Видети: чл. 135 ЗНСРС, чл. 218 ЗНРС и чл. 140, ст. 2 СЗН.

112 Упоредити: чл. 139, ст. 2 СЗН, чл. 134, ст. 2 ЗНСРС и чл. 216, ст. 2 ЗНРС.

113 Видети: чл. 144 СЗН, чл. 139 ЗНСРС и чл. 221 ЗНРС.

више у складу са правном природом субјективног наследног права као апсолутног овлашћења.

Код одговорности наследника за оставиочеве дугове, важећи Закон о наслеђивању ништа не мења у односу на раније примењиване наследноправне прописе.¹¹⁴ Осим старе празнине која се тиче редоследа намирања оставиочевих дугова, али и дугова отвореног наслеђа, актуелни Закон о наслеђивању не даје ни појашњење да ли лица која стичу плодоуживање за случај смрти на основу закона, одговарају за дугове из заоставштине у вредности тог дела (о томе детаљније: Стојановић, 2005: 676–677).

Када је у питању наследничка заједница, Закон о наслеђивању из 1995. године готово ништа не мења у односу на раније важеће прописе о наслеђивању. Одступање се тиче немогућности управитеља наследства да располаже наслеђеним добрима ако је таква била воља завештаоца, што не одговара слободи завештајних располагања, већ само на основу одлуке суда и то са циљем отклањања ненадокнадиве штете и исплате трошкова.¹¹⁵

Код деобе наследства исплатом, важећи прописи о наслеђивању посебан акценат стављају на упозоравање наследника – пољопривредника који је живео или привређивао у заједници са оставиоцем да може, ако има других наследника, заоставштину поделити и на тај начин.¹¹⁶

У односу на раније важеће наследноправне прописе који код уступања наследног дела инсистирају на мањем степену формалности, прописујући да такав уговор мора бити судски оверен, изворни текст Закона о наслеђивању који је данас у примени, уместо тога, прописује оверу од стране судије.¹¹⁷ Измене и допуне овог законског текста, извршене 2015. године, нормирају да уговор о уступању наследног дела мора бити закључен у форми јавнобележнички потврђене исправе.¹¹⁸ Међутим, српски нормотворац не одређује ближе на које правне последице јавни бележник мора да упозори уговорне стране, као код уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању (детаљно: Стојановић, 2015: 19–20).

114 Упоредити: чл. 222–227 ЗНРС, чл. 140–141 ЗНСРС и чл. 145–146 СЗН.

115 Видети: чл. 148, ст. 4 СЗН, чл. 143, ст. 3 ЗНСРС и чл. 230 ЗНРС.

116 Видети: чл. 233 ЗНРС

117 Видети: чл. 149, ст. 2 СЗН, чл. 144, ст. 2 ЗНСРС и чл. 231, ст. 2 ЗНРС.

118 Видети: чл. 231, ст. 2 новелираног ЗНРС.

8. Закључна разматрања

Сврха доношења једног закона јесте да својим решењима која одговарају духу времена и потребама субјеката у правном промету обезбеди правну сигурност.

Без претеривања може се рећи да је Закон о наслеђивању Републике Србије врло близу постављеног циља.

То несумњиво потврђује континуирана примена актуелних наследноправних прописа пуних двадесет година, са минималним изменама и допунама, које су више последица усаглашавања са другим законима.

Ако се томе дода да је Закон о наслеђивању који је у примени знатан број решења практично преузео из раније важећих наследноправних прописа, следи да се одређена наследноправна правила на нашим просторима у континуитету примењују више од 60 година, што је доказ њиховог квалитета, али и потврда правне сигурности у сфери наследноправних односа.

Простора и оправдања за мењање постојећих законских решења и уношење новина у текст Закона о наслеђивању свакако има. Српски законописац не само да мора да ослушкује потребе социјалног реалитета, већ и да прати деловање виших судских инстанци у Републици Србији, како би својим решењима у будућности предупредио или смањιο број спорних случајева из домена наслеђивања.

Литература

- Антић, О. (2007). *Наследно право*. Београд: Народна књига, Алфа.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Бабић, И. (2005). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Службени лист Србије и Црне Горе.
- Бабић, И. (2001). О „новим“ (архаичним) изразима у Закону о наслеђивању. *Правни живот*. Тематски број „Право људске вредности“. 10. Београд: Удружење Правника Србије. 137–149.
- Бабић, И. (1998). Правна природа права на нужни део – *Glosa* поводом решења Закона о наслеђивању. У Сворцан, С. (ур.). *Зборник радова Новине Закона о наслеђивању Србије*. Крагујевац: Правни факултет. 45–57.
- Благојевић, Б. Антић, О. (1991). *Наследно право*. Београд: Номос.
- Visković, N. (1989). *Jezik prava*. Zagreb: ITRO Naprijed.
- Вуковић, С. (1997). *Коментар Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку (део о оставинском поступку, са судском праксом, регистром појмова и обрасцима)*. Београд: Пословни биро, Д.О.О.

Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.

Ђурђевић, Д. (2001). Смањење наследног дела супружника у другом наследном реду до једне четвртине. *Правни живот*. Тематски број „Право људске вредности“. 10. Београд: Удружење Правника Србије. 151–172.

Јанковић, М. (1981). *Коментар Закона о браку и породичним односима*. Београд: Привредна штампа.

Константиновић, М. (1969). *Облигације и уговори. Скица за Законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Савремена администрација.

Мауровић, И. (1932). Дух и језик закона. *Архив за правне и друштвене науке*. 1. 1–5.

Никетић, Г. (1930). *Збирка закона, протумачених и објашњених судском и административном праксом*. Београд: Штампа ауторова. 11–134.

Рачић, Р. (1998). Правна природа права на нужни део. У Сворцан, С. (ур.). *Зборник радова Новине Закона о наслеђивању Републике Србије*. Крагујевац: Правни факултет. 107–114.

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет.

Сворцан, С. (1999). *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*. Крагујевац: Правни факултет.

Сворцан, С. (1998). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет.

Сворцан, С. (1996). Стицање својине и плодуживања путем наслеђивања – Наследно-правни положај брачног друга. *Правни живот*. Тематски број „Право и хумана будућност“. 10. Београд: Удружење правника Србије. 93–104.

Станковић, М. (2015). *Уговорно наслеђивање (докторска дисертација)*. Београд: Правни факултет.

Стојановић, Н. (2015). Шта доносе ново измене и допуне Закона о наслеђивању Републике Србије? *Право, теорија и пракса*. 7–9. 10–24.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.

Стојановић, Н. Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у праву Републике Србије de lege lata и de lege ferenda. У: Ковачевић Куштримовић, Р. и Лазић, М. (ур.). *Зборник радова Актуелна питања грађанске кодификације*. Ниш: Правни факултет. 215–231.

Стојановић, Н. (2006а). Језик Закона о наслеђивању Републике Србије. У Мићовић, М. (ур.). *Зборник радова Право и језик*. Крагујевац: Правни факултет. 321–336.

Стојановић, Н. (2006б). Осврт на поједина решења садржана у Породичном закону и Закону о наслеђивању Републике Србије. У Станковић, Г. (ур.). *Зборник радова Новине у породичном законодавству*. Ниш: Правни факултет. 7–20.

Стојановић, Н. (2005). Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона. *Правни живот*. Тематски број „Право и универзалне вредности“. 10. Београд: Удружење правника Србије. 665–681.

Стојановић, Н. (2004а). Правни режим стицања предмета домаћинства. *Правни живот*. Тематски број „Право и културне разлике“. 10. Београд: Удружење правника Србије. 273–292.

Стојановић, Н. (2004б). Заоставштина и нови Закон о наслеђивању Републике Србије. У Ковачевић Куштримовић, Р. (ур.). *Зборник радова Грађанска кодификација*. Св. 4. Ниш: Правни факултет. 151–166.

Стојановић, Н. (2003). Наследноправни уговори у будућој кодификацији грађанског права. У Ковачевић Куштримовић (ур.). *Зборник радова Грађанска кодификација*. Св. 2. Ниш: Правни факултет. 367–377.

Тодоровић, В. Кулић, Р. (1996). *Наследно право и ванпарнични поступак у пракси*. Београд: Службени гласник.

Тирић, З. Стојановић, Н. (2002). Неке дилеме око поништаја уговора о доживотном издржавању. *Правни живот*. Тематски број „Право и светски поредак“. 10. Београд: Удружење правника Србије. 607–619.

Одабрани правни извори

Грађански законик Републике Аустрије (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch из 1811. године, JGS Nr. 946/1811, закључно са изменама и допунама од 21. јануара 2015. године, BGBl. I Nr. 25/2015).

Грађански законик Републике Немачке (Bürgerliches Gesetzbuch из 1896. године, BGB I S. 195, закључно са изменама и допунама од 22. јула 2014. године, BGB1. I S. 1218).

Грађански законик Републике Француске (Code civil из 1804. године, version consolidée au 9 décembre 2014).

Грађански законик Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации, први део од 30. новембра 1994. године, N 51-ФЗ, други део од 26. јануара 1996. године, N 14-ФЗ, трећи део од 26. новембра 2001. године, N 146-ФЗ и четврти део од 18. децембра 2006. године, N. 230-ФЗ, са последњим изменама и допунама од 23. јуна 2014. године).

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 24/1982, 48/1987; *Службени гласник РС*. Бр. 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон.

Закон о јавном бележничтву Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

Закон о наслеђивању Социјалитичке Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988.

Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20/1955; *Службени лист СФРЈ*. Бр. 19/1965 и 42/1965.

Закон о наслеђивању Републике Хрватске. *Народне новине*. Бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије. *Службени гласник СФРЈ*. Бр. 43/1982, 72/1982; *Службени лист СРЈ*. Бр. 46/1996; *Службени гласник РС*. Бр. 46/2006 – други закон.

Закон о усвојењу Социјалистичке Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 17/1976.

Породични закон Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98/2006.

Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

TWENTY YEARS OF THE LAW ON INHERITANCE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the paper, the author on the occasion of the twentieth anniversary of the application of the Law on Inheritance of the Republic of Serbia, considers its genesis, development path and basic characteristics. A special attention is dedicated to highlighting the differences in the solutions contained in the formerly valid regulations on inheritance and the current Law on Inheritance and a critical review of the novelties that are the “trademark” of this legal text is made. The paper points out the need for the harmonisation of substantive-and-legal and procedural-and-legal regulations in the sphere of inheritance and the necessity to amend individual solutions contained in the current Law on Inheritance of the Republic of Serbia.

Key words: *institute of inheritance, inheritance-law regulations, law of the Republic of Serbia.*

Опште одредбе

Др Милош Станковић*
 Доцент Правног факултета,
 Универзитет у Београду

ОБИМ ПРИМЕНЕ АУСТРИЈСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА У СРПСКОМ ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ – СЛУЧАЈ КОМОРИЈЕНАТА

Апстракт: Аутор у раду опредељује појам, правну природу и услове за примену института коморијената, па се анализира постојање и врста наследно-правно релевантне везе између лица која треба да изгубе живот или да буду проглашена за умрла поводом истог догађаја, тако да се редослед њихових смрти не може утврдити. Потом се расправља о четири различита упоредноправна приступа правним последицама овог проблема и истичу се предности и недостаци сваког од њих. Најзад, чини се осврт на правила предратног права, као и на општа правна правила, која равноправно могу да представљају основ за регулисање случаја коморијената у српском праву *de lege lata* и *de lege ferenda*.

Кључне речи: коморијенти, редослед смрти, правна претпоставка, начело правичности, Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, Српски грађански законик, Аустријски грађански законик.

1. Појам коморијената

Коморијенти су два или више лица између којих постоји наследно-правно релевантна веза, која су изгубила живот или су проглашена за умрла поводом истог животног догађаја, а при томе није могуће

* milos.stankovic@ius.bg.ac.rs.

Посебну захвалност за помоћ у изради рада и на чињеници да ми је омогућила да прибавим недостајућу литературу дугујем др Наташи Стојановић, редовном професору Правног факултета Универзитета у Нишу.

утврдити тачан редослед њихових смрти. Оваква и сличне дефиниције коморијената једнодушно су дате у послератној југословенској и српској правној литератури (Антић, 2011: 65; Стојановић, 2011: 43; Ђурђевић, 2010: 59–60; Бабић, 2008: 25–26; Marković, 1978: 49–50; Blagojević, 1964: 40–42; Станковић et al. 2007: 56; Стојановић et al. 2004: 140–141; Антић et al. 1996: 542). Пошто ову правну установу на готово идентичан начин дефинишу и страни аутори (видети нпр. Roeleveld, 1970: 31; De Beer, 2012: 6; Maury, 2009: 29; Malaurie et al.: 2008, 42; Meston, 2008: 24; Grimaldi, 2001: 79–80), може се извући закључак да институт коморијената има универзално значење, чак и у различитим правним системима.

Међутим, ако у упоредном праву не постоји разлика на плану дефинисања института коморијената, она је уочљива на терену одређења правних последица до којих случај коморијената доводи. У том смислу, искристалисала су се четири различита приступа на основу којих се разрешава проблем међусобног наслеђивања лица која су изгубила живот или су проглашена за умрла поводом истог катастрофалног догађаја. Специфичност српског права се састоји у томе што установа коморијената није била регулисана прописима донетим након Другог светског рата, као што није предвиђена ни у Нацрту Грађанског законика Републике Србије. Па ипак, иако српска јуриспруденција као да нема дилему како би требало поступати у оваквим случајевима, поставља се питање правног основа за примену института коморијената у нашем праву, као и одмеравања предности и мана различитих могућности које су се уобличиле у страним правима, а које би требало имати у виду и приликом примене ове правне установе и у домаћем праву.

Из тог разлога, у наредним редовима најпре ће бити анализирани услови да би уопште наступио случај коморијената, затим ће се анализирати могућа законска решења оваквих случајева у упоредном праву, да би се потом размотрило становиште српског права по овом питању.

2. Услови за примену института коморијената

Да би конкретан догађај представљао случај коморијената, потребно је да кумулативно буду испуњена три услова: 1) да су у њему учествовала лица између којих постоји наследно-правно релевантна веза; 2) да су умрла или су проглашена за мртва поводом тог истог догађаја; 3) да се не може утврдити тачан редослед смрти лица која су у том догађају изгубила живот или су поводом њега проглашена за умрла.

Први услов треба тумачити тако да је неопходно да се ради о лицима која би по неком основу могла да се позивају на наслеђе једно другог. То значи да би лица која су настрадала у истој несрећи морала да буду једно другом

законски, завештајни или уговорни наследници, или да само једно лице буде законски, завештајни или уговорни наследник другог лица.¹ У првом случају би се радило о „узајамној (двостраној)“, а у другој о „једностраној вези“ између коморијената (Стојановић, 2011: 43; Marković, 1978: 50).² Но, да би овај услов био испуњен, нужно је да ова лица *in concreto* буду именована за наследнике од стране лица, или законом одређена за наследнике другог лица са којим су у истој ситуацији изгубила живот, односно, да до тренутка несрећног догађаја имају наследну наду према том лицу. Примера ради, то би био случај ако би супружници и деца погинули у саобраћајној несрећи, при чему нико од њих није претходно сачинио завештање, или ако би у истој таквој несрећи живот изгубили ванбрачни супружници који су сачинили узајамно завештање или уговор о наслеђивању (нпр. у немачком праву), или је само један од њих тестаментом одредио оног другог за свог наследника. Са друге стране, под коморијентима у наследно-правном смислу се не би подразумевала лица која би настрадала у саобраћајној несрећи, ако у конкретним околностима једно или више њих само улазе у круг законских наследника неког или свих других лица, али се неки од њих или сви, не би *in concreto* позивали на наслеђе оног другог. Рецимо, ако у истом удесу изгубе живот родитељи и њихов син који има супругу и једно или више деце који могу и желе да га наследе, неће се радити о случају коморијената, јер овде неће бити релевантна чињеница крвног сродства, као једна од три правно-релевантне чињенице (уз брак и адоптивно сродство) за утврђивање лица која улазе у круг законских наследника погинулог, већ ће се применити принцип искључивости и следореда између наследних редова.³ Наравно, супротно би било ако би у наведеном примеру супруга и деца дали негативне наследне изјаве, па би се на наслеђе позвали синовљеви родитељи као припадници другог наследног реда.

Други услов је оличен у нужности да лица, која би у конкретном случају могла једно друго да наслеђују, или би само једно могло да наслеђује оно друго, изгубе живот у истом догађају, у истој животној прилици, тј. у

1 У француском праву је раније по овом питању постојао изузетак, те је за примену правила о коморијентима било неопходно да се ради о законском наслеђивању између лица која задеси трагични догађај. Roeleveld, 1970: 39.

2 За разлику од садашње формулације чл. 725-1 Француског грађанског законика, пре законодавне измене из 2001. године, чланом 722 је као нужан услов за настанак случаја коморијената био предвиђен услов да се лица узајамно позивају на наслеђе. Grimaldi, 2001: 82.

3 Предмет разматрања у овом раду није случај коморијената „у ширем смислу“, односно свака ситуација у којој више лица одједном изгуби живот, независно од тога да ли би међусобно могли да се наслеђују. Антић et al. 1996: 542.

истој животної опасности. При томе није од значаја да ли је овакав догађај очекиван или није, да ли је индукован људском радњом, или представља последицу квара на машинама, или је производ природних појава, што значи да може да буде и последица више силе. То, примера ради, може да буде саобраћајна несрећа (аутомобилска или шинска), пад авиона, потапање брода, пожар, земљотрес, поплава, цунами, оркан, ерупција вулкана, одрон, терористички напад, бомбардовање или оружани сукоб. Важно је, дакле, да животна опасност у којој коморијенти изгубе живот или поводом које буду проглашени за умрле буде „иста, а не једновремена“ (Радоман, 1958: 4). Ако је опасност „једновремена“, како је то погрешно прецизирао Српски грађански законик, онда се једино може узети да су коморијенти једновремено и изгубили живот, али ако је опасност „иста“, то значи да она може да траје дуже или краће време, а то даље подразумева могућност да у току тог трајања и коморијенти изгубе живот у различитим, сукцесивним тренуцима (Радоман, 1958: 49), али је важно да је реч о једном истом догађају.⁴ То је био став и француске судске праксе, јер се „јединство догађаја схватало као јединство непосредних узрока“ (Grimaldi, 2001: 82).

Са друге стране, у француском праву није било дилеме да макар и истовремена смрт лица, али у два одвојена и узроцима независна догађаја не чини ова лица коморијентима (Grimaldi, 2001: 82). Ипак, упркос оваквим ставовима који преовлађују у послератној југословенској и у ранијој француској литератури (Антић, 2011: 65; Стојановић, 2011: 43; Ђурђевић, 2010: 59–60; Бабић, 2008: 25–26; Marković, 1978: 49–50; Blagojević, 1964: 40–42; Станковић et al. 2007: 56; Стојановић et al. 2004: 140–141; Антић et al. 1996: 542; Maury, 2009: 29; Malaurie et al.: 2008, 42; Grimaldi, 2001: 82), постоји и другачије мишљење, које је било заступљено у немачком и у предратном српском праву. По овом гледишту, под коморијентима ће се сматрати и она лица која би међусобно могла да се наслеђују или би само једно могло да наслеђује оно друго или друга лица, а чији редослед смрти не може да се утврди, независно од тога да ли су живот изгубила у једном или у два или више одвојених и различито проузрокованих догађаја. Другим речима, сматрало се да би до случаја коморијената дошло и ако лица нису умрла поводом једног истог догађаја, под условом да не може да се утврди редослед њихових смрти.⁵ Чини се да овакво гледиште има више оправдања

4 Чл. 725-1 Француског грађанског законика.

5 Аргумент из пар. 52. Српског грађанског законика: „... У случају неизвесности, држи се, да је онај пре умро, који је у ранијој опасности био; ако су пак у једновременој опасности били, онда се узима, да је млађи старијега, и мушка глава женску преживела...“. За немачко право се наводи пример према коме случај коморијената постоји и ако би супруг погинуо на фронту између 24. 8. 1943. и 26. 8. 1943. године, а супруга у авионској несрећи 25. 8. 1943. године. Roeleveld, 1970: 42.

у савременом праву јер је примереније данашњим животним приликама. Наиме, једно од најопштијих начела наследног права јесте да једно лице може да буде нечији наследник само ако га надживи. У супротном, оно неће моћи да буде ни универзални ни сингуларни сукцесор оставиоца, независно од тога да ли је живот изгубило истовремено са њим или пре њега, као и да ли је до тога дошло у истом или у два одвојена догађаја. Нема разлога да се ово опште правило не примењује и на коморијенте.

Најзад, последњи услов који треба да се оствари да би се радило о коморијентима јесте да ниједним расположивим доказним средством није могуће утврдити тачан редослед смрти између лица која повезује наследно-правно релевантна веза, тј. да се не зна ко је чији наследник ако је реч о двострано релевантној вези између коморијената (Marković, 1978: 50). При томе, није од значаја да ли је реч о лицима која су изгубила живот у неком догађају, тако што ни у минутима није могуће одредити ко је кога надживео, или је реч о лицима која су проглашена за умрла, па суд у решењу није у могућности да прецизира ни тачан дан, ни одређени час њихове смрти, па се за дан њихове смрти узима први дан по истеку рокова предвиђених законом.⁶

3. Правне последице случаја коморијената

Када се остваре услови за примену института коморијената прибегава се примени правних претпоставки о томе како ће се разрешити проблем смрти лица која су настрадала у истој опасности, а која би међусобно могла да се наслеђују или би само нека од њих могла да наслеђују она друга. Дакле, сваки законодавац немогућност суда да сазна одлучујуће чињенице за примену материјалног права компензује постављањем одговарајућих правних пресумпција које имају супсидијарни карактер (Roeleveld, 1970: 39). По својој природи, то су обориве правне претпоставке (Аранђеловић et al. 1940: 9; Марковић, 1912: 98. О оборивим правним претпоставкама, детаљније: Станковић et al. 2007: 232), јер их је могуће обарати, тј. доказивати супротно правној пресумпцији усвојеној у закону којом се оваква ситуација разрешава и то доказивањем следоредом смрти између лица која повезује наследно-правно релевантна веза, јер је суд ионако дужан да у сваком конкретном случају предузме све потребне мере не би ли ипак утврдио редослед смрти настрадалих лица (Антић, 2011: 65; Стојановић, 2011: 43; Ђурђевић, 2010: 59–60; Бабић, 2008: 25–26; Marković, 1978: 49–50; Благојевић, 1964: 40–42; Станковић et al. 2007: 56; Стојановић et al. 2004: 140–141; Антић et al. 1996: 542; Мауру, 2009: 30). Такво доказивање

⁶ Видети чл. 56–71 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012 и 45/2013 – др. закон.

је у српском праву могуће како у фази пре правоснажности оставинског решења, тако и након наступања правоснажности оставинског решења. Заједничко за оба случаја је то да би успешно доказивање редоследа смрти између лица која би могла међусобно да се наслеђују, или би само нека могла да наследе она друга, значило да се у конкретном случају заправо и не ради о коморијентима (Harder/Kroppenberg, 132; U. v. Lübtow, Нб II, 637/638, наведено према: Ђурђевић, 2010: 59), те би непримењива остала и законска претпоставка за решавање ове ситуације, која чини суштину установе коморијената.

Разуме се, у првом случају, такво доказивање у српском праву не би спроводио оставински, већ парнични суд, након што би поступајући судија или сарадник прекинуо оставински поступак у коме би се као спорно поставило овакво чињенично питање и упутио наследника, чије је право мање вероватно, а то ће бити онај чији би се наследно-правни положај побољшао у случају да се не примењује претпоставка о коморијентима, да то своје право докаже у парничном поступку.⁷

Другом случају, који би наступио након правоснажности оставинског решења, претходила би примена правне претпоставке којом сваки поједини правни систем разрешава случај коморијента. У упоредном праву су се издвојиле четири групе легислатура, зависно од тога какву правну пресумпцију постављају у случају смрти поводом истог догађаја два или више лица повезаних неком наследно-правно релевантном релацијом, а између којих није могуће одредити временску сукцесију у погледу наступања њихове делације.

Прву групу правних система краси, или боље рећи красило је, одређење да се и коморијенти могу међусобно наслеђивати, те сваки законодавац поставља претпоставке на основу којих се прецизира ко кога наслеђује, иако лица које повезује наследно-правна веза страдају у истој животной опасности и иако се не може утврдити редослед њихових смрти. Особеност овог приступа се не састоји у томе што се тврди да лица која једновремено умру могу да се наслеђују, већ у томе што сваки правни систем у таквим ситуацијама поставља правило, тј. једну „фикцију

7 Чл. 119 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012 и 45/2013 - др. закон. Антић, 2011: 393-396. Чланом 2, ст. 2 IV књиге Холандског грађанског законика нормирано је занимљиво решење: „Ако се, услед околности на које лице нема утицаја, заинтересовано лице суочи са потешкоћама у доказивању редоследа смрти, суд му може продужити рок једанпут или више пута у мери у којој се може разумно очекивати да ће такав доказ бити прибављен у тако продуженом року.“ *Inheritance Law Legislation of the Netherlands - A translation of Book 4 of the Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation*, 2005: 3.

о приоритету смрти“ (Marković, 1978: 50; Blagojević, 1964: 41),⁸ према којој се, зависно од различитих критеријума, опредељује ко ће кога наследити, односно, које је лице за потребе разрешења случаја коморијената фиктивно надживело неко друго лице (Марковић, 1912: 98). Разуме се да постављање претпоставке о приоритету смрти коморијената није од значаја за њих саме, већ искључиво за њихове наследнике (Gavella et al. 2008: 91, фн. 52). Ово решење, које је у савременим правима скоро сасвим ишчезло, води порекло из римског права. Међутим, ни у њему никада није био искристалисан сам појам „коморијената“, већ су правне последице смрти лица која би могла међусобно да се наслеђују, а умрла су у истом догађају, биле различито регулисане у различитим изворима римског права, зависно од личних квалитета лица која би страдала у истом догађају.⁹

Српским грађанским закоником је било предвиђено „да је млађи старијега и мушка глава женску преживела“.¹⁰ Слично решење, засновано на комбинацији четири различите претпоставке, било је предвиђено члановима 720–722 Француског грађанског законика, који су важили до 2001. године. Тако, уколико су сви коморијенти били млађи од 15 година, узимало се да је преживео најстарији међу њима; ако су сви били старији од 60 година, узимало се да је надживео најмлађи од њих; ако је један имао мање од 15 година, а други више од 60, млађи је увек надживљавао независно од пола; ако су сви били стари између 15 и 60 година, опет се узимало да су надживљавали млађи, при чему је мушкарац имао предност у односу на жену ако је разлика у њиховој старости износила мање од годину дана (Grimaldi, 2001: 80). Међутим, чак и у том периоду, законом постављене претпоставке су у француском праву имале само супсидијарни карактер, што је водило њиховој реткој примени. Наиме, судови су се радо руководили индицијама о редоследу смрти у конкретном случају, а оне су биле засноване на личним квалитетима и способностима коморијената. Тако је рецимо, француски суд могао да одлучи, да је у случају бродолома шездесетогодишњак надживео шестомесечну бебу, али не зато што би противуречио законом постављеној пресумпцији, него са образложењем да је човек, за разлику од бебе, знао да плива (Grimaldi, 2001: 83). Дакле, и чињенице пола и година које су биле нормиране претпоставкама, а

8 Радоман је назива и „претпоставка надживелости“ (Радоман, 1958: 3).

9 О коморијентима у римском праву видети: Hamza, 2008: 2–14.

10 Пар. 52. Српског грађанског законика: „Само онај, који преживи другога, може у овога права, на случај смрти њему припадајућа, ступити. Кад двојица заједно у исти тренутак умру, онда не може речи о пренашању права с једнога на другога бити. У случају неизвесноти, држи се, да је онај пре умро, који је у ранијој опасности био; ако су пак у једновременој опасности били, онда се узима, да је млађи старијега, и мушка глава женску преживела; докле се год противно не докаже.“

које судовима јесу представљале ограничење, тумачиле су се прилично еластично.¹¹

Не може се порећи да је претпоставка према којој једна лица надживљују друга, бар у делу у коме поставља приоритет заснован на старосном узрасту, заснована на перцепцији и антиципацији природног тока и следа ствари (Станковић et al. 2007: 56), „у поретку фактичких чињеница“ (Blagojević, 1964: 41), баш као и систем законског наслеђивања у коме се предност даје млађима кроз комбинацију начела искључивости и следореда и примену права представљања (Радоман, 1958: 5). У свакодневном животу млађи заиста обично надживљују старије.

Међутим, већ су се у српској предратној правној науци и пракси критиковале овакве пресумпције, а јавила се и дилема о томе како би требало разрешити ситуацију у којој су коморијенти нпр. отац и ћерка, или син и мајка. Стало се, ипак, на становиште, да би тумачећи праву намеру законодавца, требало узети за приоритетни критеријум старосну доб, а тек потом пол коморијената, што по мишљењу појединих аутора, проистиче већ из самог редоследа којим су у Српском грађанском законнику биле наведене ове претпоставке (Урошевић, 1917: 59–60). Том логиком идући, у првом случају би ћерка надживела оца, а син мајку, а ако су лица једнаких година, онда увек мушкарац жену, јер „се има претпоставити, да је јача издржљивост била на страни млађега, а тек ако би комуранти били подједнаких година, да се има претпоставити да је лице мушког пола, као издржљивије и јаче, надживело лице женског пола – што се слаже и са самом природом ствари и здравим разумом.“ (Урошевић, 1917: 60).

Постављање оваквих претпоставки данас ипак изгледа анахроно, како у погледу давања приоритета отпорности мушком над женским полом (Радоман, 1958: 5), тако и у погледу шанси мале деце да под једнако опасним условима надживе старије људе (Blagojević, 1964: 42). Зато се не може пренебрегнути и констатација да су „све ове претпоставке о приоритету смрти произвољне“ (Blagojević, 1964: 42. Слично: Маугу, 2009: 29; Grimaldi, 2001: 81), јер „ванредни догађаји (опасности) не поштују ни пол ни животно доба, па редовног тока ствари овде нема“ (Станковић et al. 2007: 56. Слично: Стојановић et al. 2004: 140), односно, „не постоји ниједан разлог да се претпостави да је шестомесечно дете надживело тромесечно дете, а човек од двадесет година човека од тридесет година“ (Grimaldi, 2001: 81). Најзад, могло би да дође и до ситуације у којој би се као коморијенти нашла лица истог пола и исте старости, што би у одсуству других постављених

11 Иако је у пракси било доста случајева коморијената, рестриктивним тумачењем дела претходне формулације Наполеоновог кодекса о „умрлим у истом догађају“, судови практично нису ни примењивали претпоставке о приоритету смрти. Маугу, 2009: 29–30.

критеријума, какав је случај у Српском грађанском закону, на крају ипак значило примену критеријума својственог другој групи права, да се има узети да су сва лица умрла у истом тренутку (Радоман, 1958: 4).

Према решењу које је прихваћено у другој групи правних система, претпоставља се да су лица, која су изгубила живот или су проглашена за умрла поводом истог животног догађаја, умрла истовремено, те да иако њих могу да наслеђују трећа лица (Стојановић, 2011: 43), они једни друге не могу да наслеђују. То је становиште немачког,¹² аустријског¹³, швајцарског,¹⁴ данског (Qviste of Ronne & Lundgren, 2002: 187), шведског (Herslow, 2002: 465), холандског,¹⁵ ирског,¹⁶ луксембуршког¹⁷ и, што је најзанимљивије, француског права, и то након законодавних измена од 3. децембра 2001. године, и после дугих настојања у француској судској пракси да се претходно постојећа пресумпција измени.¹⁸ Ово решење, које

12 Пар. 46 Закона о несталим лицима (Verschollenheitsgesetz, RGBL. I S. 1186) од 15. јула 1939. године, брисан је пар. 20 Немачког грађанског законика, којим је раније био регулисан случај коморијената. Међутим, суштина правне претпоставке о коморијентима није измењена, тако да је пар. 11 Закона о несталим лицима предвиђено да ће се у случајевима у којима не може да се докаже да је од неколико умрлих лица или више лица која су проглашена за умрла једно лице умрло пре других, узети да су сва ова лица умрла истовремено. Leipold, 2010: 11; Michalski, 2010: 14.

13 Установа коморијената је раније била регулисана пар. 25 Аустријског грађанског законика, који је опозван ступањем на снагу Закона о проглашењу лица умрлим (Todesklärungsgesetz 1950, öBGBL. Nr. 23/1951). Међутим, и у пар. 11 овог закона је предвиђено идентично решење, по коме се претпоставља да су коморијенти умрли у истом тренутку, иако се може доказивати и супротно. Zankl, 2008: 104.

14 Чл. 32 Швајцарског грађанског законика: „Било које лице, које се у вршењу права, ослони на чињеницу да је неко друго лице живо или мртво или је било живо у одређеном тренутку или је надживело друго лице мора за то да пружи доказ. Ако не може да буде доказано, да је у групи од неколико умрлих лица једно надживело друго, сматраће се да су сва умрла у исто време.“

15 Чланом 2, ст. 1 IV књиге Холандског грађанског законика предвиђено је следеће: „Када редослед смрти два или више лица не може да се одреди, сматраће се да су умрли истовремено тако да нико од њих не може да стекне никакву корист из заоставштине другог или других лица.“ Inheritance Law Legislation of the Netherlands – A translation of Book 4 of the Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation, 2005: 3.

16 Одељак 5 Закона о наслеђивању Ирске из 1965. године, наведено према: Meston, 2008: 24.

17 Чл. 720 Луксембуршког грађанског законика: „Када више лица, од којих је једно позвано на наслеђе другог, умру тако да се не може утврдити ко је умро први, претпоставља се да су умрли у истом тренутку.“

18 Malaurie et al.: 2008, 42; Grimaldi, 2001: 81. Чл. 725-1 Француског грађанског законика сада гласи: „Када два лица, од којих се једно могло позвати на наслеђе

се заснива на правичности, сматрали су „бољим и логичнијим“ још поједини предратни српски правни писци, „јер кад су два лица била у заједничкој опасности, најприродније је узети да су једновремено и изгубила живот“ (Марковић, 1912: 98). Ипак, чини се да овде право на извештан начин ипак капитулира пред немогућношћу утврђивања чињеница. Такође, претпоставка о истовремености смрти не треба у савременом добу да буде *a priori* прихватљивија од претпоставке о приоритету смрти, јер је и она продукт феудалних права, какво је и право Аустријског грађанског законика (Радоман, 1958: 5). Најзад, уверљив је и аргумент истакнут у старијој италијанској науци, да је време неограничено дељива категорија, па је просто немогуће да више лица изгубе живот у буквално истом тренутку (Roeleveld, 1970: 43, са упућивањима).

У трећој групи правних система предвиђено је мешовито решење које се заснива на комбинацији претходна два решења, што значи да се први или други модел примењују зависно од тога ко су лица која су коморијенти, као и од тога који је њихов међусобни основ позивања на наслеђе. Тако је Одељком 31 Закона о наслеђивању Шкотске из 1964. године најпре предвиђена општа претпоставка да млађе лице надживљава старије, док је посебном претпоставком, која се односи само на супружнике, предвиђено да се, ако они изгубе живот у истој несрећи где се не може утврдити ко је кога надживео, има узети да нико никога није надживео и да се брачни другови не могу међусобно наслеђивати. У шкотском праву, посебна претпоставка се примењује и на завештања, зависно од располагања која су у њима садржана (наведено према: Roeleveld, 1970: 43). Готово идентично је решење енглеског права у коме је најпре, одељком 184 *Property Act* из 1925. године, прописана претпоставка да ће се за потребе распореда заоставштине сматрати да су млађи надживели старије, чак и ако је њихова смрт била истовремена. Потом је, изменама овог закона из 1952. године, предвиђен изузетак за лице које није сачинило завештање за живота и његовог супружника, те се сматра да су они изгубили животе у истом тренутку и да не могу међусобно да се наслеђују. У сваком случају, ове законске претпоставке је могуће искључити изричито изјављеном вољом у завештању (Roeleveld, 1970: 44–45). Такође, према канадском *Survivorship Act* из 1939. године, сматра се да млађи надживљава старијег

оног другог, умру у истом догађају, учиниће се сваки покушај да се утврди редослед њихових смрти. Када тај редослед није могуће утврдити, заоставштина сваког од њих се расправља без позивања оног другог као наследника. У сваком случају, ако иза једног од коморијената остану потомци, они могу да га представљају у наслеђивању другог коморијента, онда када је репрезентација дозвољена.“ Слично решење, према коме је и у случају коморијената могуће право представљања, предвиђено је чланом 722 Луксембуршког грађанског законика.

у свим случајевима истовремене смрти, осим ако се ради о завештајном наслеђивању, када постоји претпоставка истовремене смрти завештаоца и наследника (Roeleveld, 1970: 48). Најзад, према америчком *Uniform Simultaneous Death Act* из 1940. године, када нема доказа који би говорили супротно чињеничном стању према коме су лица умрла истовремено, заоставштина сваког од њих се расправља као да је он надживео све друге, односно, ако би неки од коморијената иначе требало да наследи другог коморијента, а не би могло да се докаже да га је надживео бар 120 сати, претпоставиће се да га није надживео, изузев, ако би то водило законском наслеђивању државе. Такође, изузетак постоји и у погледу заједнице имовине супружника, која ће се у оваквим случајевима поделити на једнаке делове између потомака оба супружника (De Beer, 2012: 13; Roeleveld, 1970: 47).

Овакав приступ не само да у себи кумулира недостатке претходна два модела, већ се чини и да врлине које су својствене претходним моделима овде падају у други план пред неконзистентношћу и неодлучношћу законодавца да се дефинитивно определи за један од два класична приступа. Заиста, не види се ваљана аргументација због чега би од субјективних карактеристика коморијената или њиховог опредељења за један од три основа позивања на наслеђе, који су при томе равноправни, зависила примена једне или друге претпоставке о коморијентима. То је карактеристичан пример ситуације у којој се и оставиоци и њихови наследници, у истоврсним правно-релевантним ситуацијама, оним које узрокују смрт, доводе у неједнак положај.

Најзад, постоји и четврта група правних система, попут јужноафричког, енглеског права пре 1926. године, права САД пре 1940. и канадског права пре 1939. године, а која не садрже никаква правна правила и претпоставке по овом питању, те се случај коморијената разрешава применом општих правних правила и начела правичности, али и настојањима суда да у сваком конкретном случају открије све релеватне околности о редоследу смрти настрадалих лица (Roeleveld, 1970: 49–50). Међутим, истиче се да такви судски поступци подразумевају велики утрошак времена и новца, нарочито имајући у виду чињеницу да у читавом низу случајева јужноафрички судови *de facto* одлучују да су коморијенти умрли истовремено (De Beer, 2012: 14–16).

Ако би се оставински поступак окончао применом једне од наведених правних пресумпција, а након правоснажности оставинског решења би се појавиле нове чињенице на основу којих би заоставштина могла другачије да се распореди, лице које је учествовало у оставинском поступку, за време чијег трајања те чињенице није знало нити је могло знати, било би овлашћено у српском праву да поднесе наследничку тужбу против лица одређених за наследнике у оставинском решењу. Једино ограничење које

би му у том смислу стајало на путу састојало би се у томе што би морало да води рачуна о одржају, стицању од невластника и евентуалној застарелости потраживања.¹⁹

4. Решење српског права

Институт коморијената није регулисан Законом о наслеђивању Србије из 1995. године, као што није био поменут ни Савезним законом о наслеђивању из 1955. године, нити Законом о наслеђивању СР Србије из 1974. године. Ова правна установа није нашла своје место ни у Нацрту Грађанског законика Републике Србије. Ипак, наши правни писци су готово једнодушни у гледишту да се има узети правна претпоставка да су коморијенти изгубили живот у истом тренутку и да се не могу међусобно наслеђивати (Антић, 2011: 65; Стојановић, 2011: 43; Ђурђевић, 2010: 59–60; Бабић, 2008: 25–26; Marković, 1978: 49–50; Blagojević, 1964: 40–42; Станковић et al. 2007: 56; Стојановић et al. 2004: 140–141; Антић et al. 1996: 542).²⁰ За овакво становиште се аргументација налази у тврдњи да „претпоставка према којој су коморијенти настрадали истовремено нема никакво самостално значење, пошто се и без ње долази до истог резултата; довољно је да није постављена претпоставка о надживљавању, која једина има самостално значење“ (Станковић et al. 2007: 56). Међутим, чини се да се овакво резонување не може прихватити. Из чињенице да наше право не садржи никакву претпоставку нити правила о коморијентима, могло би се само закључити да је слично јужноафричком, и у српском праву суд дужан да примењује општа правна правила и разрешава овај проблем на основу правичности, начела савесности и поштења²¹ и начела о забрани дискриминације,²² али пре свега тако што ће свим расположивим средствима покушати да утврди чињенично стање и редослед смрти лица која би могла међусобно да се наслеђују, или би само једно лице могло да наслеђује оно друго. Иако такво поступање суда може да резултира одлуком о истовременој смрти и немогућности наслеђивања коморијената, то није нужно и једино могуће решење.

С друге стране, аргументује се да се правна празнина која поводом коморијената постоји у нашем праву има поунити применом пар. 25

19 Чл. 221 Закона о наслеђивању Србије, *Службени гласник РС*, бр. 46/95 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

20 За супротно решење се залагао се Душан Радоман. Радоман, 1958: 5.

21 Сходна примена чл. 12 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 57/89 и *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља).

22 Чл. 15 и чл. 21 Устава Србије (*Сл. гласник РС*, 98/2006); Закон о забрани дискриминације (*Сл. гласник РС*, 22/2009).

Аустријског грађанског законика (Ђурђевић, 2010: 59). Наиме, до краја Другог светског рата, на простору данашње Републике Србије постојала су три наследноправна подручја. На територији Краљевине Србије важио је Српски грађански законик, на територији Војводине (осим Срема) је важило мађарско обичајно право, а Аустријски грађански законик се примењивао у срезовима Алибунар, Бела Црква и Панчево (Станковић et al. 1996: 30; Стојановић et al. 2004: 72–73). После завршетка рата, 23. 10. 1946. године, донет је Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације,²³ којим су правни прописи донети за време окупације проглашени непостојећим, док су предратни прописи изгубили правну снагу.²⁴ У чл. 4 овог закона прописано је да се „правна правила садржана у законима и другим правним прописима поменутих у чл. 2 овог закона, која у смислу чл. 3 овог закона нису проглашена обавезним, могу примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа нове државе, као и са начелима уставног поретка Федеративне Народне Републике Југославије и њених покрајина“. Дакле, за примену правних правила садржаних у законима и другим правним прописима који су били на снази 6. априла 1941. године, потребно је да предметни правни однос није уређен важећим прописима и да правна правила предратног права која уређују такав однос нису у супротности са уставним начелима и прописима донетим после Другог светског рата. То значи, да би позивањем на Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, чија правна важност никада није дерогирана доношењем неког каснијег закона у нашем праву, српски судови о коморијентима могли да одлучују на основу решења Српског грађанског законика или Аустријског грађанског законика, односно, или применом претпоставке по којој млађи надживљава старијег, а мушкарац жену, или на основу пресумпције о истовременој смрти коморијената, што би даље значило да ова лица не могу међусобно да се наслеђују.

Међутим, различита предратна правила о коморијентима не представљају препреку да се за територију Србије установи јединствено правило у вези са институтом коморијената. По мишљењу Михаила Константиновића, правна сигурност, извесност и јединственост правног система представљају ослонац судовима да воде рачуна о правним правилима свих, а не само једног подручја. Ако су правила са различитих

23 Сл. лист ФНРЈ, 86/46, 105/46 и 96/47.

24 В. чл. 1 и чл. 2 Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.

правних подручја различита, судија има могућност да примени оно правило за које сматра да најбоље одговара данашњим потребама, али би то у сваком конкретном случају требало да аргументује и да поткрепи одговарајућим доказима (Константиновић, 1982: 544). Осим тога, „законско-обавезна снага тог правила не црпи се из старог законодавства, него из закона о неважности правних прописа“ (Gams et al. 1991: 50), јер државним органима није остављено овлашћење да своје одлуке заснивају непосредно на правним правилима предратног права, већ само на Закону о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. Чини се да се из тога може извући закључак да Закон о неважности правних прописа може да буде трансмитент само за правила која су била на снази на дан 6. априла 1941. године и да их у том смислу „конзервира“, што значи да се чињеница што је пар. 25 Аустријског грађанског законика опозван не односи и на српско позитивно право. Исто тако, и хипотетичка ситуација, у којој би се у Аустрији *pro futuro* променио начин регулисања института коморијената, не би се односила на српско позитивно право. У Србији и даље може и моћи ће и убудуће да се примењује или претпоставка о истовременој смрти или претпоставка постављена Српским грађанским закоником, баш због тога што је у Србији, за оне правне институте који нису регулисани правним правилима донетим након Другог светског рата, извор права Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, а не АГЗ и СГЗ. У случају коморијената, избор аустријског решења је на први поглед логичан, јер не дискриминише старије у односу на млађе и жене у односу на мушкарце.

Питање је међутим, у којој мери је оправдано данас, а нарочито у којој мери ће имати смисла примена правила Аустријског грађанског законика и након ступања на снагу Грађанског законика Републике Србије. Иако аустријско право не може и не представља непосредни извор српског права и премда до општеприхваћене и у нашем праву одомаћене претпоставке о истовременој смрти коморијената може доћи и на основу примене општих начела српског јавног поретка (иако не нужно), неопходно је да ово питање најзад буде експлицитно регулисано у будућем српском грађанском праву. Разлог оваквом залагању лежи и у томе што тврдње о дискриминаторном карактеру претпоставке о приоритету неких коморијената из предратног српског права све више добијају идеолошки а не правни карактер, посебно ако се има у виду да су до пре петнаестак година постојале у француском праву, а да их у модификованом, комбинованом моделу и данас прихвата значајан део (углавном англо-саксонских) правних система.

5. Закључак

Коморијенти су лица која повезује нека наследно-правно релевантна веза, а која изгубе живот или буду проглашена за умрла поводом истог животног догађаја тако да се не може утврдити редослед њихових смрти. Чини се да нема препрека да се под коморијентима сматрају и лица која би могла међусобно да се наслеђују или би само једно могло да наслеђује оно друго, чак и ако изгубе животе или буду проглашена за умрла поводом различитих животних ситуација, само ако не може да се утврди ко је кога надживео. Институт коморијената у нашем праву није регулисан ниједним прописом донетим после Другог светског рата, а није нормиран ни Нацртом Грађанског законика Републике Србије. Међутим, интересантно је да је поводом установе коморијената Српски грађански законик за свој узор имао Наполеонов кодекс, а не Аустријски грађански законик (Радоман, 1958: 3), што баца још једно светло на тезу да српска грађанскоправна кодификација представља много више од превода аустријске кодификације грађанског права, посебно у сфери наслеђивања.

Случај коморијената је могуће разрешити тако што ће законодавац поставити претпоставке на основу којих ће, углавном зависно од личних квалитета коморијената или њиховог међусобног основа позивања на наслеђе, бити фингирано ко кога надживљава, или тако што ће се одредити оборива поретпоставка да су ова лица умрла истовремено и да се не могу међусобно наслеђивати. Међутим, могуће је и комбиновати ове две главне врсте пресумпција, или чак разрешити овај проблем применом општих правних правила и начела правичности, без нормирања посебних правила и пресумпција о коморијентима. Ипак, све ове правне претпоставке којима се регулише случај коморијената представљају израз зависности правних од чињеничних питања и доказ да право без чињеница представља само голу љуштуру. Такође, у сваком случају ће се отворити онолико оставинских поступака колико је и лица погинуло или је проглашено за умрла поводом истог фаталног догађаја. Разлика је само у томе што се у случају претпоставке о истовременој смрти сви оставински поступци воде независно један од другог и заоставштине се расправљају као да је сваки од коморијената умро пре оног другог, односно, као да онај други није ни постојао (Maury, 2009: 30), док у случају претпоставки да нека лица надживљују друга долази до наследноправне трансмисије (Blagojević, 1964: 41–42).

Иако обе главне врсте правних пресумпција којима се регулишу правне последице случаја коморијената имају своје предности и мане, те мада би и једна и друга могле да нађу своју примену у српском позитивном праву на основу примене Закона о неважности правних

прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, односно на основу правила Аустријског грађанског законика и Српског грађанског законика, превагу би требало дати аустријском решењу, по коме коморијенти не могу међусобно да се наслеђују. Оно је практично једино присутно у савременим европско-континенталним правним системима, којима припада и српско право, с тим што би у нашем праву оно могло да нађе своје место и на основу општих правних правила и начела правичности. Ипак, то би и изричито требало предвидети будућим Грађанским закоником Републике Србије, јер онога часа када буде престала правна важност Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, српски судови неће имати други правни основ за регулисање правних последица коморијената од општих правила грађанског права. Тада, они неће бити везани правилом о истовременој смрти коморијената, као само једним могућим исходом примене општих правних начела на овај случај, а могуће различито и неуједначено поступање судова по овом питању може да представља немали извор правне несигурности.

Литература

- Антић, О. (2011). *Наследно право*. Београд.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд.
- Аранђеловић, Д. Беговић, М. (1940). *Наследно право по грађанском закону Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права*. Београд.
- Бабић, И. (2008). *Наследно право*. Београд.
- Влагојевић, В. (1964). *Nasledno pravo SFRJ sa osvrtom na prava drugih država*. Београд.
- De Beer, S. (2012). Simultaneous death: arbitrary fact?, Преузето 20. 10. 2016. године,
https://www.academia.edu/10641432/SIMULTANEOUS_DEATH_ARBITRARY_FACT?auto=download
- Gams, A. Ђуровић, Лј. (1991). *Uvod u građansko pravo*. Београд.
- Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb.
- Grimaldi, M. (2001). *Droit civil - Successions*. Paris.
- Ђурђевић, Д. (2010). *Институције наследног права*. Београд.
- Zankl, W. (2008). *Erbrecht. Mit Beispielen und aktueller Judikatur*. Wien.

- Константиновић, М. (1982). Стара „Правна правила“ и јединство права. *Анали Правног факултета у Београду*. 3–4. Београд.
- Leipold, D. (2010). *Erbrecht*. Tübingen.
- Malaurie, P. Aynès, L. (2008). *Les successions, les libéralités*. Paris 2008.
- Марковић, Л. (1912). *Грађанско право, прва књига – Општи део и Стварно право*. Београд.
- Marković, S. (1978). *Nasledno pravo u Jugoslaviji*. Beograd.
- Maury, J. (2009). *Successions et libéralités*. Paris.
- Meston, M. (2008). The Law of Succession in Scotland and Ireland. U Andro- ulidaki-Dimitriadi, I. Klamaris, N. K. Spyridakis I. S. (Ur.). *European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union*. Athens-Komotini.
- Michalski, L. (2010). *BGB – Erbrecht*. Heidelberg.
- Inheritance Law Legislation of the Netherlands – A translation of Book 4 of the Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation. (2005). Sumner, I. Warendorf, H. (Прир.). Antwerp-Oxford.
- Qviste of Ronne & Lundgren, J. Denmark. (2002). U Hayton, D. (Ur.). *European Succession Laws*. Bristol.
- Радоман, Д. (1958). Две претпоставке о коморијентима. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 9. Нови Сад.
- Roeveld, L. (1970). Questions concerning simultaneous death. *Acta Juridica*. 31.
- Станковић, О. Водинелић, В. (1996). *Увод у грађанско право*. Београд.
- Стојановић, Д. Антић, О. (2004). *Увод у грађанско право*. Београд.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш.
- Урошевић, Л. (1917). *Грађански законик за Краљевину Србију са коментаром*. Београд.
- Hamza, G. (2008). Réflexions sur les présomptions relatives aux comou- rants (commorientes) en droit romain, *Alan Watson Foundation, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet*, преузето 20. 10. 2016. године.
- Herslow, L. Sweden. (2002). U Hayton, D. (Ur.). *European Succession Laws*. Bristol.

Закони

- Француски грађански законик. Преузето 20. 10. 2016. године. <http://codes.droit.org/cod/civil.pdf>
- Швајцарски грађански законик. Преузето 20. 10. 2016. године. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-com-pilation/19070042/201604010000/210.pdf>
- Луксембуршки грађански законик. Преузето 20. 10. 2016. године. http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/Code-Civil_PageAccueil.pdf

Немачки грађански законик. Преузето 20. 10. 2016. године.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Српски грађански законик. Преузето 20. 10. 2016. године.

<http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>

Закон о ванпарничном поступку (*Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012 и 45/2013 – др. закон).

Закон о забрани дискриминације (*Сл. гласник РС*, 22/2009).

Закон о наслеђивању Србије, *Службени гласник РС*. бр. 46/95 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. *Службени лист ФНРЈ*. бр. 86/46, 105/46 и 96/47.

Закон о несталим лицима (*Verschollenheitsgesetz*, *RGBl. I S. 1186*). Преузето 20. 10. 2016. године.

<https://www.gesetze-im-internet.de/verschg/BJNR011860939.html>

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 57/89 и *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља.

Устав Србије (*Сл. гласник РС*, 98/2006).

Закон о проглашењу лица умрлим (*Todesklärungsgesetz 1950, öBGBI. Nr. 23/1951*). Преузето 20. 10. 2016. године.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1951_23_0/1951_23_0.pdf

Miloš Stanković, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE EXTENT OF APPLICATION OF THE AUSTRIAN CIVIL CODE IN SERBIAN POSITIVE LAW – CASE OF COMMORIENTES

Summary

The author defines the notion, legal nature and conditions for the implementation of the institute of commorientes in particular case. The author also analyses the occurrences and the types of legal and hereditary relations between persons about to lose their lives or be declared dead on the same occasion, in cases when the order in which they died cannot be determined.

The author then discusses four different comparative legal approaches to the legal consequences of this problem, and states the advantages and flaws of each approach.

*Finally, the author reflects on the legal rules which applied before World War II in our country, as well as the general legal rules, which can equally represent the basis for the regulation of the case of commorientes in Serbian law *de lege lata* and *de lege ferenda*.*

Key words: *commorientes, order of dying, legal presumption, principle of fairness, Law on Invalidity of Legal Regulations Enacted prior to April 6, 1941 and during the Occupation, Serbian Civil Code, Austrian Civil Code.*

Александра Васић*
 Асистент Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ПРАВО НАСЛЕДНИКА ПО ОСНОВУ МОРАЛНИХ ОВЛАШЋЕЊА АУТОРА**

Апстракт: Питање правне судбине ауторског права после смрти аутора је значајно како са теоријског тако и са практичног становишта. Будући да се субјективно ауторско право састоји из личноправних и моралноправних овлашћења, на која се по питању наслеђивања примењује дуални правни режим, потребно је одговорити на низ питања која се у пракси тим поводом могу појавити. Циљ рада је да укаже на различиту правну судбину овлашћења из корпуса ауторског субјективног права, као и на обим личноправних (моралноправних) овлашћења којима наследници аутора располажу након смрти аутора.

Кључне речи: правна природа ауторског права, личноправна и имовинскоправна овлашћења аутора, наслеђивање ауторског права, садржина ауторског права након смрти аутора.

1. Уводне напомене

Субјективна права интелектуалне својине су овлашћења која физичка и правна лица стичу на основу норми објективног права. Будући да се као предмети заштите јављају нематеријална, духовна добра и њихова вредност, субјективна права интелектуалне својине све више постају предмет интересовања домаће правне теорије. Субјективно право је правно овлашћење субјекта ради заштите сопствених материјалних или моралних интереса. Ова права припадају појединцима или правним лицима као субјектима у праву, и својим титуларима омогућавају

* aleksandra@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

слободну сферу понашања (Ковачевић-Куштримовић, 1983: 182). Под правом интелектуалне својине у објективном смислу подразумевамо скуп правних правила којима се уређују друштвени односи поводом духовних творевина. С обзиром на то да право интелектуалне својине представља део грађанског права из кога је и настало, титулари права интелектуалне својине црпе своја овлашћења из садржине субјективног права и из општих норми грађанског права.

Субјективно ауторско право је јединствено, *sui generis* право, које штити аутора поводом његовог дела, односно које штити личноправне и имовинскоправне интересе аутора (Марковић, 1999: 107). Стога садржину ауторског права чине две групе овлашћења која се међусобно разликују по својим особинама и правној природи. У домаћој правној теорији, а и у позитивном законодавству, сва овлашћења из корпуса ауторског субјективног права деле се у две категорије: личноправна (морална) и имовинскоправна овлашћења.¹ Имовинскоправним овлашћењима штите се материјални интереси аутора у вези са његовим делом, док морална овлашћења штите личне интересе. Термин моралноправна овлашћења аутора потиче од француског израза „*droit moral*“ и односи се на право аутора да контролише судбину своје интелектуалне творевине. Концепт моралних права се ослања на везу између аутора и његовог дела. Обим моралноправних овлашћења која се признају аутору поводом његовог дела је различит у појединим правним системима. Тако се код континенталне доктрине „*droit moral*“ сматра да творац ауторског дела има неотуђиво право да спречава друге особе да, између осталог, модификују или на било који други начин ометају интегритет његовог дела – чак и онда када отуђи примерак свог дела (Cotter, 1997: 33). Земље чији правни системи припадају англосаксонском правном систему углавном у своје законодавство нису имплементирале одредбе које се тичу заштите личноправних овлашћења аутора уз образложење да су та овлашћења одувек била заштићена по одредбама општег права личности, а касније и права о сузбијању нелојалне конкуренције. Међутим, у последњих тридесетак година нешто слабија верзија доктрине „*droit moral*“ почела је да продира у законодавство Сједињених Америчких Држава, што је кулминирало усвајањем *Visual Artists Rights Act*-а 1990. године, којим су ауторима призната поједина личноправна овлашћења (Esworthy, 1997). И у другим земљама англосаксонског правног система се последњих деценија придаје све већи значај заштити личноправних овлашћења.²

1 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, 99/11.

2 У Аустралији је 2000. године измењен закон који се односи на област ауторског права. Ауторима су призната три личноправна овлашћења: право на признање ауторства, право на назначење имена и право на заштиту интегритета ауторског дела. (Wijesena,

Личноправна овлашћења су установљена ради заштите личних, неимовинских интереса субјекта права – аутора дела. Карактеристике их апсолутно дејство (делују *erga omnes*), по правилу су неотуђива и непреносива, њихова вредност се не може изразити у новцу.³ У највећем броју земаља које припадају континенталном правном систему, трају неограничено. Због чињенице да се субјективно ауторско право састоји из овлашћења која се међусобно разликују по својој природи, ауторско право је врло комплексно што доводи до различитих теоријских неслагања и проблема у пракси. Једно од најзначајних питања је и проблем преносивости субјективног ауторског права *inter vivos* и *mortis causa*.

2. Правна природа ауторског субјективног права

Теорије о правној природи ауторског права су бројне и датирају од настанка ауторског права. Иако о овом проблему постоји велики број теорија које нуде одговоре о правној природи ауторског субјективног права, нарочито су значајне монистичка и дуалистичка теорија, које су данас најзаступљеније (Спаић, 134: 1983). Теоријска разматрања о овом проблему се углавном разликују по томе што ауторско право посматрају као јединствено или га раздвајају на личноправну и имовинскоправну компоненту. У различитим државама је институт преносивости овлашћења из корпуса ауторског субјективног права различито регулисан у зависности од тога да ли је у конкретном законодавству и правној теорији прихваћена монистичка или дуалистичка теорија о правној природи ауторског субјективног права. Према дуалистичкој теорији, која је прихваћена у Француској, ауторско субјективно право састоји се из два права: личних и имовинских.⁴ Ауторска морална права и ауторска имовинска права су различите и самосталне, иако међусобно повезане, компоненте једног

Copyright, 2013). У Великој Британији личноправна овлашћења трају колико и имовинска, чак поједина трају и краће – за живота аутора и двадесет година након његове смрти (Bently, Sherman, 2014: 184).

У правној теорији и даље постоје неслагања између заговорника чврсте и нешто блаже верзије „*droit moral*“ доктрине – намеће се питање да ли робусна верзија ове доктрине која је усвојена у континенталном праву намеће значајан ризик од гушења уметничке иновације.

3 Пресуда Врховног суда Србије, П. Рев. 625/96 од 13. 11. 1996.

4 Морална права су изричито укључена у Бернску конвенцију за заштиту књижевних и уметничких дела 1928. године. Члан 6 Конвенције дефинише та права на следећи начин: „Независно од имовинских права аутора, па чак и након преноса наведених права, аутор има право на признање ауторства, право да се супротстави свакој врсти повреде интегритета дела које би биле могле да вређају његову част или углед.“ Из овакве дефиниције је јасно да је Бернска конвенција фаворизовала дуалистички приступ.

субјективног права. Дакле, ради се о концептуално одвојеним правима, која формирају неку врсту двоструког права која је сједињена у личности аутора (Rahmatian, 51: 2011). Оно што дуалистичку теорију суштински разликује од концепата који су прихваћени у другим земљама је то што она предвиђа могућност наслеђивања моралних права аутора и њихово неограничено трајање.⁵ Као реакција на дуалистичку теорију, у немачком праву настала је монистичка теорија о правној природи ауторског субјективног права, која је данас и најшире прихваћена. Према овој теорији, ауторско право је једно јединствено субјективно право којим се штите лични и имовински интереси аутора, што значи да ауторско право као јединствено право има моралне и имовинске елементе. Ради се о јединственом праву посебне врсте које није ни чисто имовинско, ни искључиво лично право. Моралноправна овлашћења су превасходно усмерена на заштиту моралних интереса аутора, али њиховом повредом аутору може бити проузрокована и материјална штета. С друге стране, имовинскоправна овлашћења су у тесној вези са личним интересима аутора (Марковић, 1999: 105). Морални и имовински интереси аутора су, сагласно монистичком начелу, толико испреплетани да их је тешко строго одвојити. Иако већина теоретичара сматра монистички концепт исправним и прихватљивим, у пракси он доводи до многих противречности, нарочито онда када се ради о питању преносивости субјективног ауторског права и о његовом трајању. Због тога се већина законодаваца одлучује за успостављање различитих правних режима за личноправна и за имовинскоправна овлашћења аутора.

Наш Закон о ауторском и сродним правима решава проблем правне природе ауторског субјективног права тако што, сагласно монистичком концепту, користи метод експлицитног набрајања моралних и имовинских права, односно врши поделу ауторског субјективног права на две врсте овлашћења, моралноправна и имовинскоправна.⁶

3. Садржина ауторског права након смрти аутора

Наслеђивање се може дефинисати као пренос духовних и материјалних вредности са предака на потомке, временска веза међузависности

5 Неограничено трајање моралноправних овлашћења аутора и могућност наслеђивања истих доприноси заштити културног наслеђа.

6 С обзиром на то да Закон усваја монистички концепт по питању правне природе ауторског субјективног права, мишљења смо да усвојена законска терминологија није примерена монистичкој теорији, ако имамо у виду прихваћено учење о субјективним правима, по коме се иста дефинишу као правна овлашћења гарантована субјектима ради заштите њихових материјалних или моралних интереса. (Ковачевић-Куштримовић, 1983: 182). Сматрамо да би било примереније да законодавац користи термине моралноправна и имовинскоправна овлашћења аутора.

свих генерација, ланац континуитета (Антић, 2011: 23). Будући да Закон о наслеђивању прописује да се наслеђује заоставштина која представља скуп права и обавеза оставиоца, односно целокупну активу и пасиву оставиоца која је подобна за наслеђивање, ауторска права улазе у заоставштину и представљају предмет наслеђивања.⁷ С обзиром на то да домаћи законодавац полази од монистичког концепта о правној природи ауторског права, који ауторско право објашњава као јединствено право које се састоји из имовинскоправних и личноправних овлашћења, ауторско право се у целини не може преносити са једног субјекта на други. Примена општих принципа грађанског права о непреносивости неимовинских и преносивости имовинских права за последицу има примену два правна режима у погледу наслеђивања ауторског права. Предмет интересовања у овом раду биће превасходно личноправна овлашћења и права наследника по основу ових овлашћења.

Будући да су личноправна овлашћења везана за личност субјекта, она су, по правилу, ненаследива. Дакле, не долази до правне сукцесије након смрти титулара, што значи да наследници не могу постати носиоци овлашћења која штите личност њиховог претка. Али у праву интелектуалне својине, а нарочито у ауторском праву, ово правило трпи одређене модификације. Полазећи од усвојене монистичке концепције о правној природи ауторског права, субјективно ауторско право се, због чињенице да његову садржину чине и личноправна овлашћења која су везана за титулара, не може у целини преносити са једног субјекта на други. Међутим, уколико би се строго придржавали напред наведеног правила, ризикујемо да ауторско субјективно право након смрти аутора остане без личноправне компоненте. Управо се због тога прибегава правној конструкцији у циљу очувања ауторског субјективног права, а без нарушавања општих принципа грађанског права. Према правној конструкцији коју законодавац користи, личноправна овлашћења се након смрти аутора трансформишу, односно долази до промене обима ових овлашћења, а све то у циљу заштите успомене на личност аутора и заштите ауторског дела као културног добра (Марковић, 2000: 187). Дакле, задатак моралноправних овлашћења је да заштите интегритет ауторског дела и да обезбеде поштовање личности аутора тако што штите само ауторско дело.

Домаћи законодавац је аутору признао следећа моралноправна овлашћења: 1) овлашћење на патернитет; 2) овлашћење на назначење имена; 3) овлашћење на објављивање дела; 4) овлашћење за заштиту интегритета дела и 5) овлашћење на супротстављање недостојном

⁷ Чл. 1 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/03 и 6/15.

искоришћавању дела. Поред ових моралноправних овлашћења која имају апсолутни карактер, Закон о ауторском и сродним правима регулише и друга неимовинска овлашћења која, с обзиром на то да се могу истицати само према власнику примерка ауторског дела, немају апсолутни карактер и неће бити предмет разматрања у овом раду.

Овлашћење на патернитет је право аутора да иступи против свакога ко његово ауторство оспорава.⁸ На основу овог овлашћења аутор се може супротстављати сваком плагијату свог дела. Сва лица која користе туђе ауторско дело дужна су да на одговарајући начин назначе аутора дела, осим ако аутор не изјави да не жели да буде назначен. Дакле, повредом патернитета се сматра присвајање ауторства на туђем ауторском делу (плагијат), као и оспоравање ауторства неком лицу. Након смрти аутора, вршење овлашћења на заштиту патернитета прелази на наследнике, односно на удружење аутора коме је аутор припадао.

Овлашћење на назначење имена представља право аутора да дело које је створио означи на начин који сам одабере. У том смислу аутор има искључиво право да његово име, псеудоним или знак буду назначени на сваком примерку дела, односно буду наведени приликом сваког јавног саопштавања дела, изузев ако је то, с обзиром на конкретни облик јавног саопштавања дела, технички немогуће или нецелисходно.⁹ Дакле, аутор има могућност избора да дело уопште не обележи (анонимно дело) или да га обележи на начин да сачува свој идентитет, под псеудонимом. Будући да се ради о личноправном овлашћењу које у себи садржи и позитивне и негативне прерогативе, на наследнике аутора би прешло вршење овог овлашћења у суженом обиму. Наиме, у случају да трећа лица користе ауторско дело без навођења имена њиховог претка, наследници би имали право да се томе супротставе. У обрнутом случају, ако је аутор за живота дело објавио као анонимно или под неким псеудонимом, наследници не би били овлашћени да дело назначе личним именом аутора. Такође, у овом случају, би се могли и успротивити навођењу имена аутора од стране трећих лица, ако је аутор желео да остане анониман.

Овлашћење на објављивање дела је искључиво овлашћење аутора да одлучује о томе да ли ће објавити своје дело и на који начин ће то учинити.¹⁰ Такође, аутор је једини овлашћен да, уколико дело није објавио, обавештава јавност о садржини дела или да дело описује.¹¹ Ово се нарочито односи на књижевна, научна или музичка дела са којима се јавност и на

8 Чл. 14 Закона о ауторском и сродним правима.

9 Чл. 15 Закона о ауторском и сродним правима.

10 Чл. 16, ст. 1 Закона о ауторском и сродним правима.

11 Чл. 16, ст. 2 Закона о ауторском и сродним правима.

овај начин може упознати, те би неовлашћено објављивање садржине дела представљало повреду личноправних овлашћења аутора. Ово овлашћење се може посматрати у позитивном и у негативном смислу. Наиме, аутор је слободан да одлучи да ли ће своје дело учинити доступним јавности (позитивни интерес) или ће дело остати необјављено (негативни интерес). Чак и у случају када је аутор, или лице које је за то овластио, објавио дело, аутор се може користи тзв. правом покајања које му омогућава дискреционо право да одлучује о даљој судбини дела (Миладиновић, 2009: 14). Везано за права наследника аутора која се тичу овлашћења на објављивање дела, домаћи законодавац прописује да наследници могу објавити дело свог претка, али само под условом да он то за живота није забранио, односно под условом да није исцрпео негативан интерес из овог овлашћења.¹² С обзиром на то да ни наследници не могу након смрти аутора објавити дело уколико је аутор то за живота забранио, то неминовно задире и у наслеђена имовинскоправна овлашћења која наследници тада не могу реализовати, с обзиром на то да се економски може искоришћавати само дело које је објављено (Радовановић, 2004: 215). У правној теорији је заступљен став да наследници могу вршити позитиван аспект овог личноправног овлашћења и у случају када је аутор завршио дело, али га је изненадна смрт спречила у објављивању дела, јер је разумљиво претпоставити да је намера аутора била да дело објави. Ово овлашћење би наследници могли да остваре само у случају да је дело било спремно за објављивање, без дирања у сам интегритет дела (Марковић, 2000: 271).

Овлашћење на заштиту интегритета дела је, у смислу Закона, искључиво право аутора да се супротстави изменама свог дела од стране неовлашћених лица, јавном саопштавању дела у измењеној или непотпуној форми и преради дела без његове дозволе.¹³ Ове облике повреде интегритета дела законодавац егземпларно наводи, што значи да до повреде интегритета може доћи и на друге начине. Аутор је, сходно чл. 6bis Бернске конвенције, који садржи и одредбу да је творац дела овлашћен да се супротстави свакој деформацији и преиначавању дела, овлашћен и да се супротстави свим евентуалним изменама које би на делу извршио власник јер се ради о апсолутном овлашћењу које делује *erga omnes*. У том смислу, овлашћење аутора на заштиту интегритета дела донекле ограничава право својине власника примерка ауторског дела. Након смрти аутора вршење негативног аспекта овог личноправног овлашћења прелази на наследнике или удружења аутора, што значи да су наследници овлашћени да се супротстављају изменама дела, али не и да дело мењају. Једино у

12 Чл. 58, ст. 1 Закона о ауторском и сродним правима.

13 Чл. 17 Закона о ауторском и сродним правима.

случају прераде дела би наследници, евентуално, могли да врше позитивни аспект овог овлашћења, будући да право на прилагођавање, аранжирање и друге измене дела спада у корпус имовинскоправних овлашћења која могу бити предмет наслеђивања.¹⁴

Овлашћење аутора на супротстављање недостојном искоришћавању дела се састоји у искључивом праву аутора да се супротставља искоришћавању свог дела на начин који угрожава или може угрозити његову част или углед.¹⁵ Ово личноправно овлашћење аутора требало би разликовати од овлашћења на заштиту интегритета дала јер се ради, иако на први поглед сродним, посебним овлашћењима. Наиме, у случају повреде интегритета дела долази до коришћења дела у промењеном облику, док се недостојно може искоришћавати дело у интегралном, непромењеном облику. Карактеристично је и то што је ову забрану врло тешко применити уколико се дело искоришћава без присуства јавности, на пример у приватним просторијама. Будући да се ради о овлашћењу које има само негативне прерогативе, не постоје никакве сметње да, након смрти аутора, оно у свом пуном обим пређе на наследнике или удружење аутора коме је оставилац припадао.

Мишљења смо да се личноправна овлашћења након смрти аутора трансформишу у толиком обиму да би било теоријски оправдано да се она и законски преформулишу. Наиме, у Закону о ауторском и сродним правима, у оквиру наслова „пренос наслеђивањем“, налазимо два члана. Први прописује да наследници аутора могу вршити овлашћења која се тичу моралних права аутора, осим права на објављивање необјављеног дела ако је аутор то забранио и права на измену дела.¹⁶ Други члан који се односи на пренос ауторског права наслеђивањем прописује да се имовинска права аутора наслеђују.¹⁷ Уколико приступимо језичком тумачењу садржаја, ове норме видимо да наследници аутора могу вршити овлашћења која се тичу моралних права аутора, а не и наслеђивати та права. Када говори о преносу наслеђивањем, законодавац то везује за имовинска права аутора која се наслеђују. Дакле, законодавац јасно, након смрти аутора, одваја судбину моралноправних овлашћења од имовинских.

Полазећи од чињенице да имовинска овлашћења трају за живота аутора и седамдесет година након његове смрти, а да личноправна овлашћења трају и након истека имовинскоправних овлашћења, тј. имају тенденцију ка вечности, законодавац из практичних разлога, ради

14 Чл. 39 Закона о ауторском и сродним правима.

15 Чл. 18 Закона о ауторском и сродним правима.

16 Чл. 58 Закона о ауторском и сродним правима.

17 Чл. 59 Закона о ауторском и сродним правима.

очувања представе о континуитету субјективног ауторског права током целог рока његовог трајања, прибегава једној правној конструкцији по којој су та овлашћења иста и пре и после смрти аутора. Мишљења смо да ово решење за које се законодавац опредељује није прихватљиво и да неминовно доводи до проблема у пракси. Наиме, иако то законодавац изричито не наводи, из садржаја појединих овлашћења произлази да су наследници овлашћени да врше тзв. негативни аспект личноправних овлашћења. То значи да они могу да се супротстављају радњама других лица којима се вређа неко од личноправних овлашћења, али не могу да врше позитивни аспект тих овлашћења. Тако, наследник се може супротставити изменама дела од стране других лица, али нема право да сам мења дело. Једино личноправно овлашћење чији позитивни аспект наследник сме да врши јесте објављивање дела, али само под условом да аутор то није за живота забранио. Наравно, постоје личноправна овлашћења која имају само негативне прерогативе па их наследници након смрти аутора могу вршити у пуном обиму (овлашћење на супротстављање недостојном искоришћавању дела, на пример).

Дакле, из садржине појединих моралноправних овлашћења произлази да су права наследника знатно ужа у односу на права њиховог претка. Постојеће решење може довести до појединих проблема у пракси. Тако, на пример, у случају да друга лица користе ауторско дело на начин којим се повређују личноправна овлашћења аутора (нпр. повреда интегритета дела његовим коришћењем јавним саопштавањем у непотпуној форми), може доћи до проблема у смислу могућности да се наследницима призна право на накнаду неимовинске штете. Поједини наши судови су усвајали тужбене захтеве наследника у погледу накнаде неимовинске штете, што је по нашем мишљењу неприхватљиво.¹⁸ Накнада неимовинске штете представља лично право које престаје смрћу титулара ауторског права, па наследници умрлог могу остваривати ову накнаду само ако је правоснажно досуђена или утврђена уговором са штетником у писменој форми.¹⁹

Несумњиво је да је намера законодавца приликом прописивања оваквог решења била да се личноправна овлашћења аутора заштите и после његове смрти, а не да се иста наследе. Управо због тога се овлашћење на вршење личноправних овлашћења из корпуса ауторског субјективног права преноси на наследнике, јер се полази од претпоставке да су управо наследници у позицији да се најбоље и најпотпуније старају о моралним интересима свог претка. Међутим, законодавац и проширује овај круг

18 Пресуда Окружног суда у Новом Саду, П. 43/03.

19 Члан 204, ст. 1 Закона о облигационим односима, *Сл. гласник СФРЈ*, 29/78.

субјеката. Наиме, у пракси је могуће да се догоди да поједини наследници, из било којих разлога, занемаре да се старају о личноправним овлашћењима свог претка, па самим тим постоји опасност од повреде јавног интереса да се ауторско дело заштити као културно добро. Због тога законодавац прописује да, поред наследника, личноправна овлашћења могу вршити удружења аутора, као институције из области науке и уметности, а поред тих субјеката, и свако лице има право да штити патернитет и интегритет дела, као и да се супротстави сваком облику недостојног искоришћавања ауторског дела.²⁰ У циљу свестраније заштите законодавац уводи могућност подизања *actio popularis* и даје могућност сваком физичком и правном лицу да штити поједина морална ауторска овлашћења.

4. Закључак

Према важећем Закону о ауторском и сродним правима Републике Србије, ауторско субјективно право као целина не може бити предмет наслеђивања. Ово произилази из чињенице да српски законодавац, премда прихвата монистички концепт о правној природи ауторског субјективног права, успоставља дуални правни режим за ауторскоправна овлашћења. Наиме, прописано је да имовинскоправна овлашћења, која трају за живота аутора и седамдесет година након његове смрти, могу бити предмет наслеђивања, те након смрти аутора она прелазе на наследнике у пуном обиму. С друге стране, личноправна овлашћења, по слову Закона, не могу бити предмет наслеђивања већ на наследнике аутора прелази право да врше личноправна овлашћења, али у суженом обиму. Међутим, из садржине појединих моралноправних овлашћења несумњиво произилази да су овлашћења наследника знатно ужа у односу на овлашћења њиховог претка. Из тог разлога сматрамо да правна конструкција коју законодавац користи и по којој је садржина личноправних овлашћења иста у смислу Закона и пре и после смрти аутора, није добро решење јер може довести до различитих тумачења и проблема у пракси. Обим овлашћења чије вршење, након смрти аутора, прелази на наследнике је знатно ужи од оног који је припадао аутору те би, по нашем мишљењу, било целисходно да законодавац на детаљан начин уреди ово питање, било да то учини у Закону о наслеђивању или пак у Закону о ауторском и сродним правима, који се по питању наслеђивања ауторског субјективног права примењује као *lex specialis*.

20 Чл. 58, ст. 2 Закона о ауторском и сродним правима.

Литература

- Антић, О. (2011). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Bently, L., Sherman, B. (2014). *Intellectual Property Law*. Oxford University Press.
- Esworthy, C. (1997). *A Guide to the Visual Artists Rights Act*. (Electronic version). Преузето 20. 9. 2016. са http://www.law.harvard.edu/faculty/martin/art_law/esworthy.htm
- Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник РС*. Бр. 104. 2009.
- Закон о облигационим односима. *Службени гласник СФРЈ*. Бр. 29. 1978.
- Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46.1995. 103. 2003. 6. 2015.
- Ковачевић-Куштримовић, Р. (1983). Подела субјективних права и њен значај. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 23. 181–198.
- Марковић, С. (1999). *Ауторско право и сродна права*. Београд: Службени гласник.
- Марковић, С. (2000). *Право интелектуалне својине*. Београд: Службени гласник.
- Миладиновић, З. (2009). Раскид ауторског уговора због промењених схватања аутора - право покајања. *Право и привреда*. 5–8. 13–23.
- Rahmatian, A. (2011). *Copyright and Creativity - The making of Property Rights in creative Works*. Northampton. Edward Edgar.
- Спаић, В. (1983). *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*. Загреб: Правни факултет у Загребу.
- Одлука Врховног суда Србије, П. Рев. 625/96 од 13. 11. 1996.
- Пресуда Округног суда у Новом Саду П.43/03 од 8. априла 2004.
- Радовановић, С. (2004). Ауторско право након смрти аутора. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 28. 201–224.
- Cotter, T. (1997). Pragmatism, Economics and the Droit Moral. *North Carolina Law Review Association*.
- Wijesena, S. Currey R. (2013). *Copyright and moral rights: Take it personally*. (Electronic version). Преузето 20. 9. 2016. са <http://www.mondaq.com/australia/x/265880/Copyright/Copyright+and+moral+rightsTake+it+personally>

Aleksandra Vasić, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

HEIRS' RIGHTS BASED ON AUTHOR'S MORAL RIGHTS

Summary

The question of legal fate of copyright after the author's death is significant both from the theoretical and practical aspect. Since the subjective copyright consists of personal legal and moral legal powers, where, in terms of inheritance, a dual legal regime is applied, it is necessary to answer a series of questions that, in practice, may arise on the occasion. The aim of this work is to point out different legal fate of authorization from the area of subjective copyright and the scope of personal legal (moral legal) powers that the author's heirs have after the author's death.

Key words: *true nature of copyright, personal legal and property legal powers of the author, inheritance of copyright, content of copyright after the author's death.*

Милица Ковачевић,*
 Сарадник у настави Правног факултета,
 Универзитет у Новом Саду

НЕДОСТОЈНОСТ ЗА НАСЛЕЂИВАЊЕ

Апстракт: Недостојност је изузетно комплексна установа која, да би се у потпуности објаснила и схватила, мора се посматрати из више углова. Како такав задатак превазилази оквире једног чланка, у њему ћемо се ограничити само на поједине аспекте недостојности. Укратко ћемо изложити нека од правних дејстава установе. Затим, у светлу Нацрта Грађанског законика Србије који је до скоро био предмет јавне расправе, а којим је предложена измена постојећих разлога недостојности, у раду ће сажето бити приказани како разлози који по позитивном праву Републике Србије доводе до недостојности, тако и могући нови основи предвиђени Нацртом. У закључним разматрањима аутор чланка заузима став у погледу тога којим решењима би у будућности требало дати правну снагу и у којој мери би наведена решења могла унапредити саму установу.

Кључне речи: недостојност, разлози за недостојност, реформа, Нацрт Грађанског законика Републике Србије.

1. Увод

Једна од идеја која прати расподелу заоставштине јесте и та да се заоставштина подели на што праведнији начин. Уколико би се наследницима дозволило да остваре своја права и након што предузму законом забрањене или пропусте да предузму законом прописане радње, остварење саме тежње било би тешко замисливо. У том светлу постављен захтев за правичношћу директно се наслања на правило по коме нико не може засновати право, а тиме ни стећи корист на основу свог непоштења.¹ Примена правила је тим пре оправдана ако се у обзир узме чињеница

* m.kovacevic@pf.uns.ac.rs

1 Правило датира још из римског права, а гласи *nemo de improbitate sua consequitur actionem*, Ulpijan, D. 47, 2, 12, 1 (Чавошки, Васић. 1996: 181).

да су лица на која заоставштина најчешће прелази чланови оставиочеве породице. Породица поред материјалне улоге која се може остварити наслеђивањем, њиме остварује можда и важнију, духовну (нематеријалну) улогу. Поред материјалних добара, на наследнике прелазе моралне вредности цењене у кругу породице чиме се пред наследнике поставља захтев за очувањем и даљим неговањем тих вредности (Ђурђевић. 2015: 28). Уколико наследник својим понашањем прети да неку од напред наведених идеја наследног права угрози, постоји потпуно оправдање да он буде санкционисан. Санкционисање се врши путем установе недостојности.

2. Појам и правна дејства недостојности

Недостојност за наслеђивање (*indignitas*) је наследноправна установа која једно лице, које би по редовном току ствари могло постати наследник, *ex lege* лишава свих његових наследноправних овлашћења у односу на конкретно одређеног оставиоца и то „због кривице или зле воље“ (Благојевић, Антић. 1991: 80) лица у питању. На основу наведене дефиниције могу се уочити правне одлике установе недостојности које уједно одређују њена правна дејства.

Установа недостојности је установа општег карактера,² која погађа све универзалне сукцесоре, у том смислу законске, нужне и завештајне наследнике, али и све сингуларне сукцесоре. На основу ње се не може добити никаква корист из заоставштине. Има искључиво и чисто лично дејство. Наиме, односи се на тачно одређеног оставиоца³ и погађа само недостојно лице, за које се узима да није ни доживело моменат делације јер наступа фикција смрти. Отуда, недостојност не погађа и не смета другим лицима, у првом реду, потомцима недостојног лица да наследе.⁴ Да би друга лица наследила недостојног наследника потребно је да они сами буду достојни, а која ће то лица у конкретном случају бити зависи

2 Недостојност за наслеђивање има релативно дејство једино у односу на неспособност за наслеђивање. Релативност дејства недостојности произилази из њеног личног карактера, јер су и оставилац и наследник одређени индивидуално, за разлику од апсолутних дејстава неспособности за наслеђивање.

3 У литератури је присутан став по коме се недостојност односи на немогућност наслеђивања одређеног оставиоца, односно *имовине која је иза њега остала*. Ово мишљење се не може прихватити, јер недостојност делује само у односу на конкретног оставиоца, не и у односу на његову имовину. Имајући у виду ове околности, та иста имовина ипак може прећи у руке недостојног лица уколико је она предмет наслеђивања другог оставиоца, у погледу кога је лице достојно (Силајчић, 1959: 567. Наведено према: Станковић, 2009: 887).

4 Вид. чл. 6 Закона о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник РС*, 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15. У даљем тексту: ЗОН.

од тога да ли је недостојни наследник био законски или завештајни наследник. Следећа битна одлика недостојности јесте њено *ex lege* дејство. Чим се на страни неког лица стекну услови који воде недостојности оно ће бити проглашено недостојним. Управо због тога је оставински суд дужан да на недостојност наследника пази по службеној дужности⁵ током целог оставинског поступка, све до правноснажности решења о наслеђивању. Судија у оставинском поступку треба заправо да утврди да ли постоји неки од законом предвиђених разлога недостојности, односно прецизније, да провери и утврди да ли се понашање конкретног наследника може подвести под један од поменутих разлога. То му даје овлашћење да прикупља доказе, чешће на основу података добијених од учесника поступка, али нема сметње да се и сам упусти у испитивање оних чињеница које сматра релевантним. Уколико пак дође до спора између учесника поступка, у којима он спор не може самостално да реши, дужан је да странке упути на парницу. Како су у једном броју случајева основи за наступање недостојности кривична дела поставља се питање њиховог доказивања за потребе оставинског поступка. Према Закону о парничном поступку парнични суд је везан осуђујућом пресудом донетом у кривичном поступку.⁶ Међутим, у литератури постоје различита мишљења у погледу тога да ли и ослобађајућа пресуда донета у кривичном поступку обавезује парнични суд или је суд овлашћен да питање реши другачије. Исто питање се нужно намеће и када се у кривичном поступку пресуда не може донети због наступања процесних сметњи. Мишљења смо да би и ослобађајућа пресуда требало да обавезује парнични суд на исти начин као и осуђујућа, јер се из саме пресуде сазнаје да ли је учињено дело кривично дело према одредбама КЗ, да ли је учињено са умишљајем или из нехата, да ли је учињено у крајњој нужди или нужној одбрани, а сва та питања су нам битна због утврђивања постојања установе недостојности (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 83). Што се тиче ситуације у којој нема пресуде, сматрамо да је парнични суд надлежан да питање реши самостално, са тим да би своју одлуку требало да унесе у образложење, а не у изреку пресуде, како би се она односила само на тај случај.⁷ ЗОН чланом 5 предвиђа и могућност престанка недостојности у виду опроштаја од стране оставиоца, који мора бити дат у форми завештања. Најзад, битна карактеристика недостојности је њена субјективна компонента која се огледа у томе што на страни наследника мора постојати његова кривица. Понашања која воде недостојности

5 Вид. ст. 2 чл. 4 ЗОН.

6 Вид. чл. 13 Закона о парничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, 72/11,49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС и 55/14. У даљем тексту: ЗПП.

7 Вид. чл.12 ЗПП.

прописана су ЗОН и чине разлоге за њено наступање. У већини правних система који познају установу недостојности, правна дејства су махом истоветна, док разлике постоје у самим разлозима недостојности. Свака држава, у зависности од конкретних историјских и културних токова, вреднује морална начела и одређује оне чије непоштовање санкционише недостојношћу за наслеђивање (Антић, Балиновац, 1996: 106).

3. Разлози недостојности према позитивном праву Србије

Приликом нормирања разлога треба бити посебно пажљив. С једне стране, њима се морају обухватити сви случајеви који изискују наступање последица установе, али са друге стране, како су те последице тешке, приликом нормирања не сме се претерати у прописивању броја случајева који њој воде (Сворцан, 2000: 209, 212). Сматрамо да је најоптималније решење примена принципа енумерације приликом прописивања разлога недостојности, за шта се и сам законодавац определио.⁸ Прописати законом тачно одређена понашања и ситуације које воде недостојности, без могућности ширег, произвољног тумачења, одговара у потпуности сврси института. Разлози су своје место нашли у члану 4 ЗОН којим су обухваћена четири случаја недостојности.

3.1. Умишљајно усмрћивање и покушај усмрћивања оставиоца

Први разлог који води недостојности наследника је заправо разлог због ког је ова установа уведена (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 83), те отуда не треба да чуди чињеница што он данас представља један општеприхваћени разлог у упоредном праву. Формулација из ЗОН указује на убиство као лишавање живота другог лица, предвиђеног Кривичним закоником.⁹ Међутим, убиство је само једно кривично дело предвиђено главом XIII, те се поставља питање да ли је интенција легислатора била да недостојност ограничи само на убиство то јест на основни облик убиства или у обзир долазе и друга кривична дела поменуте главе. Уколико је недостојност прописана за основни облик убиства, сматрамо да интензитет правног и моралног престапа, до кога долази у ситуацији када постоји тешко убиство, недвосмислено говори да недостојност треба да обухвати и тешко убиство, као квалификовани, тежи облик.¹⁰ Даљом анализом може се указати на

8 Примену принципа *numerus clausus* приликом регулисања разлога налазимо у упоредним правима, на пример у немачком, холандском, аустријском и другим правним системима.

9 Вид. чл. 113 Кривичног законика Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14. У даљем тексту скраћено: КЗ.

10 Вид. чл. 114 КЗ. Као пример наводимо решење Основног суда у Новом Саду, посл. бр. О 5314/13 од 24. 9. 2013. године у коме је лице проглашено за недостојно на основу

могућност проширења случајева недостојности на још нека кривична дела. Код убиства на мах¹¹ специфично је стање јаке раздражености у које је доведен наследник (као потенцијални недостојни), међутим како и тада постоји умишљај (*dolus repentinus*) на страни наследника, сматрамо да и ово кривично дело повлачи за собом недостојност. Затим, недостојност ће постојати и код кривичног дела убиства детета при порођају¹² и кривичног дела недозвољеног прекида трудноће.¹³ Чедоморство може извршити само мајка детета, те је неспорно да ће она бити недостојна спрам тог детета. Међутим, у свим ситуацијама када мајка не делује као извршилац, већ као саучесник, оправдано је сматрати да постоји недостојност. Става смо да би недостојност морала да погоди и свако друго лице које се јавља као саучесник у чедоморству, а које може да наследи дете које се лишава живота, јер је то у складу са сврхом саме санкције. Једино што та лица не би одговарала за чедоморство, већ за тешко убиство, али би свакако била недостојна (Стојановић, Перић, 2009: 20).¹⁴ Друго кривично дело постоји када до прекида трудноће дође противно прописима о вршењу прекида трудноће.¹⁵ Уколико било који од законом прописаних услова није испуњен, постојаће поменуто кривично дело, а са њим и недостојност уколико се лице које га је извршило може појавити као наследник плода.¹⁶ Мишљења смо да би оправдано било претпоставку о наследним правима насцитуруса проширити и на овај случај. Иако су наследна права насцитуруса условљена испуњењем једног одложног услова, а то је да се насцитурус роди жив,

осуђујуће пресуде Вишег суда у Новом Саду за кривично дело тешког убиства свога оца.

11 Вид. чл. 115 КЗ.

12 Вид. чл. 116 КЗ.

13 Вид. чл. 120 КЗ.

14 Као пример наводимо: Уколико би оставилац удовац, чији син је нестао и као такав, протоком законских рокова проглашен за умрлог, оставио целу своју заоставштину нерођеном унуку, а његову рођену сестру својим завештањем искључио из наслеђа, дете би, под условом да се роди живо, наследило целу заоставштину. Уколико би мајка, уз помоћ кћерке, извршила детеубиство како би добила ту имовину, обе би према детету биле недостојне. Једна као извршилац чедоморства, друга као саучесник у тешком убиству.

15 Вид. детаљније Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Сл. гласник РС*, 16/95 и 101/05 – др. закон.

16 За неке ситуације постојање кривичног дела и недостојности је потпуно оправдано и јасно. Рецимо када се прекид трудноће врши у породичној кући од стране лица која су медицински лаици. Међутим, постоје ситуације када је тешко утврдити да ли је неиспуњење услова прописаних закона довољно озбиљна повреда да повуче строге санкције, као што су кривична санкција у првом реду, а потом и недостојност уколико између лица у питању постоје сроднички односи. Овде се пре свега мисли наиспуњеност услова прописаних за прекид трудноће након десет недеља трудноће.

сматрамо да би у духу наведеног правила и наследног права уопште било узети да је тај услов и овде наступио, па плоду гарантовати наследна права уколико су други наследници мотивисани побољшањем својих наследноправних положаја окончали трудноћу. Недостојна би била сва лица која су на било који начин учествовала у извршењу кривичног дела, а која би могла наследити лице да се оно родило живо.¹⁷

Даље, чланом 117 КЗ еутаназија је прописана као кривично дело.¹⁸ На основу законске формулације произилази да се ово кривично дело може извршити само са умишљајем, као и да је радња извршења иста као код кривичног дела убиства. Дакле, и у ситуацији када наследник лиши живота оставиоца из самилости биће недостојан за наслеђивање (Сворцан, 2004: 26). Оправдање за овакво мишљење лежи у чињеницама да би се у супротном отворио пут многобројним злоупотребима. Поред свег свог напретка, медицина и даље не успева да да одговор на сва питања, па се дешава да оздраве и болесници који за то нису имали никакве шансе. Посебно проблематичан би био гранични случај, када би наследник деловао из самилости, али у исто толикој мери мотивисан побољшањем свог наследноправног положаја (Станковић, 2009: 917). Слично као у претходном случају, недостојан ће бити наследник који наводи оставиоца на самоубиство или му помаже да оно буде покушано или извршено.¹⁹ Да би наступила недостојност неопходно је да постоји узрочна веза између радњи недостојног лица и самоубиства, у смислу да је наследник својим радњама изазвао или учврстио одлуку оставиоца да изврши самоубиство или је својим радњама допринео самом извршењу самоубиства (Стојановић, Перић, 2009: 27). Недостојности води и покушај ових кривичних дела.

Овим се исцрпљују кривична дела поменуте главе која могу довести до недостојности наследника. Додуше нека од преосталих могу довести до недостојности, али по другом основу.²⁰ За кривична дела лаке и тешке телесне повреде није предвиђена последица недостојности. Разлог за то лежи у умишљају. Различито се вреднује деловање са умишљајем за

17 Као пример наводимо случај у коме би оставилац (деда) својим завештањем оставио све свом нерођеном унуку, на основу чињенице његовог зачећа, а родитељи плода одлуче, управо да би себи прибавили поменуто наследство, да окончају трудноћу и то противно закону, иако је мужу регулатива добро позната, с обзиром на то да је по струци гинеколог.

18 Вид. чл. 117 КЗ.

19 Вид. чл. 119 КЗ.

20 Кривична дела, као што су излагање опасности из чл. 125, напуштање немоћног лица из чл. 126, непружање помоћи из чл. 127 КЗ, могу олакшати доказивање постојања недостојности из тач. 4 ст. 1 чл. 4 ЗОН Србије и то дела који се односи на непружање нужне помоћи оставиоцу.

наношење телесне повреде и деловање са умишљајем за лишавање живота. Из истог, напред наведеног разлога, ни нехатно лишење живота из чл. 118 КЗ неће водити недостојности. Недостојност погађа наследника, само уколико постоји умишљај на његовој страни.²¹ Да би недостојност могла да наступи, потребно је такође да постоје сви елементи бића кривичног дела (Крећ, Павић, 1964: 427). Уколико нема противправности, не може се говорити о кривичном делу, бар не у смислу домаћег кривичног права. Стога, ако постоји неки основ који искључује противправност, нема ни недостојности. Најзад, да би довела до недостојности, сва ова кривична дела која смо напред навели, морају бити усмерена искључиво против оставиоца. Недостојним за наслеђивање сматраће се не само извршилац кривичног дела, већ и лице које дела као саучесник, дакле као саизвршилац, подстрекач, помагач или прикривач.

3.2. Навођење оставиоца принудом, претњом или преваром да сачини или опозове завештање или неку његову одредбу или спречавање у томе

Недостојан ће бити онај наследник који противправно утиче на оставиочеву вољу на начин да оставилац не може да изјави своју последњу вољу слободно то јест онако како по садржини стварно одговара његовој унутрашњој вољи (Благојевић, Антић, 1991: 83). Законом је прописано да наследник може утицати на оставиочеву вољу принудом, преваром или претњом, при чему сама средства могу бити врло различита и њихова врста ирелевантна је за постојање овог разлога недостојности. Такође, ово је могуће учинити приликом састављања, измене или опозивања завештања, или једног његовог дела.

Под принудом треба разумети употребу физичке силе према оставиоцу. На пример, овај случај постоји када наследник узме оставиочеву руку, па сам напише завештање у оставиочево име, или када дода или измени одредбе у постојећем завештању, када свакодневно туче оставиоца или када упери пиштољ или нож према њему. Код овог случаја битно је само да је принуда таква да јој се оставилац није могао озбиљно одупрети.

Под претњом треба разумети стављање у изглед чињења неког зла, према оставиоцу или њему блиским лицима, што доводи оставиоца у ситуацију у којој он своју последњу вољу не изражава у складу са својом стварном вољом, већ у складу са захтевима наследника. Претња мора бити

21 Супротно решење, по ком и нехатно лишење живота води недостојности, налазимо у француском праву. Вид. чл.727 Француског грађанског законика. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CA943A36DC0D26142760385E4104F61B.tpdila07v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165513&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160930, датум посете: 20. 10. 2016. године.

подобна да изазове код оставиоца „озбиљан“ страх. Приликом процене да ли је наступио такав страх, у обзир се узима личност конкретног оставиоца, а не неки „просечан човек“ и његово поимање страха (Антић, Балиновац, 1996: 109).

Под преваром треба разумети изазивање оставиочеве заблуде, лажним приказивањем или прећуткивањем чињеница. Уколико се оставилац већ налази у заблуди, независно од радњи самог наследника, наследник ће бити недостојан уколико ту заблуду одржава или појачава и тако утиче на оставиочеву вољу.

У свим горепомнутим случајевима говорили смо о активном понашању оставиоца, као последице предузете принуде, преваре или претње. С друге стране, могуће је и пасивно понашање оставиоца, када он намерава да сачини, промени или опозове цео или део завештања, али је под дејством принуде, преваре или претње спречен да тако нешто уради (Антић, Балиновац, 1996: 110). На постојање недостојности нема утицаја то што, евентуално, касније оставилац успе да анулира учинке понашања наследника и слободно изрази своју вољу, ма у ком смеру она ишла (Антић, Балиновац, 1996: 108).

3.3. Уништење, сакривање или фалсификовање оставиоцевог завештања у намери спречавања оставиоцеве последње воље

За постојање овог разлога недостојности најбитнија је намера за уништењем, сакривањем или фалсификовањем завештања. Отуда, случајно уништење или уништење са допуштењем оставиоца не води недостојности за наслеђивање. Важећим законом промењена је формулација поменуте тачке у односу на раније донете законе. Раније донети закони правили су јасну разлику између наследника који су уништили, односно сакрили оставиочево завештање и наследника који су завештање фалсификовали.²² Док је код уништавања и сакривања завештања наступање недостојности било условљено постојањем једног субјективног елемента – намере спречавања остварења оставиоцеве последње воље, код фалсификовања постојање такве намере било је ирелевантно. Важећи закон не прихвата такво разликовање. Формулација тачке 3 члана 4 наводи на закључак да је и недостојност онога ко је фалсификовао оставиочево завештање условљена постојањем његове намере да спречи остварење последње воље оставиоца (Ђурђевић, 2015: 73). Наследник који фалсификује оставиочево завештање да би допринео остваривању његове последње воље не треба да

²² Вид. чл. 131 савезног Закона о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије, *Службени лист ФНРЈ*, 20/55; *Службени лист СФРЈ*, 42/65, 47/65 и чл. 126 Закона о наслеђивању Социјалистичке Републике Србије, *Службени гласник СР Србије*, 52/74, 1/80, 25/82 – др. закон.

буде недостојан за наслеђивање, као ни наследник који је случајно, па чак и намерно, уништио завештање, али не у намери спречавања оставиоачеве последње воље, већ, рецимо, ради отклањања неке опасности која прети оставиоцу (Антић, 2010: 78).²³

Радње којима се врши уништење и сакривање завештања могу бити врло различите, при чему је њихова врста неважна за наступање санкције. Недостојност изазива и делимично уништење завештања. Поред лица која су непосредно предузела било коју радњу, недостојна ће бити и лица која су, на било какав начин, свесно учествовала у њима.

3.4. Теже огрешење о законску обавезу издржавања оставиоца или ускраћивање нужне помоћи оставиоцу

Да би последњи разлог наступио потребно је да наследник у питању има обавезу издржавања према оставиоцу, коју без оправданог разлога одбија да испуни. Обавеза издржавања регулисана је породичним законодавством.²⁴ Међутим, у литератури су се јавила супротна мишљења у погледу тога шта треба схватити под законском обавезом издржавања. По првом мишљењу, под „законском“ обавезом треба сматрати све оне обавезе које се могу судским путем принудно извршити (Крећ, Рајић, 1964: 426). Дакле, ту би спадале и оне обавезе које су засноване на неки други допуштен начин, осим закона, као на пример уговором о доживотном издржавању (Благојевић, 1964: 53). По другом мишљењу, једино повреда, породичним правом конституисане обавезе издржавања, води недостојности. У прилог другом мишљењу истиче се да је недостојност један изузетак у наследном праву, који сувише тешко погађа наследника да би се закон екстензивно тумачио и да је уговорна обавеза издржавања супсидијарна у односу на законску, те да се, у смислу ове тачке, не треба и не може подводити под законску (Антић, 2010: 79). Када ће постојати теже огрешење о обавезу издржавања је једно фактичко питање које суд мора у сваком конкретном случају ценити, узимајући у обзир читав сплет околности, објективних и субјективних, како на страни наследника тако и на страни оставиоца.

23 Супротно мишљење има Слободан Сворцан који наводи: „...да када је наследник знао да одређено писмено представља оставиоачево завештање па га је уништио намерно, онда се увек мора претпоставити да га је уништио са намером да спречи остварење оставиоачеве последње воље. Ово мора бити необорива претпоставка, јер би другачије решење могло довести до озбиљних злоупотреба. Уосталом, ако неко зна да је писмено које поседује нечије завештање, па га намерно уништи, једина озбиљна и логична претпоставка је да је то урадио са намером да спречи његово дејство“ (Сворцан, 2004: 29–30).

24 Вид. чл. 151–158 Породичног закона Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Недостојност ће тим пре постојати уколико постоји правноснажна кривична пресуда за кривично дело недавања издржавања.²⁵ Међутим, недостојност може да постоји и када није извршено кривично дело.

ЗОН не даје одредницу о томе шта обухвата појам нужне помоћи, нити шта ускраћивање исте. Под нужном помоћи у смислу ове тачке треба разумети ону помоћ коју оставиоцу коме је живот у непосредној опасности, треба да пружи наследник, ако је у могућности да то учини без опасности по себе или неко друго лице. Није од значаја како је оставилац дошао у ситуацију непосредне опасности. Као и код издржавања, недостојност ће постојати када постоји правноснажна кривична пресуда за кривично дело непружања помоћи,²⁶ али се недостојност тим случајем не исцрпљује.

Посебно интересантно питање код овог основа недостојности јесте питање да ли суд пази по службеној дужности на њега или само на захтев заинтересованог лица. Становиште већег броја теоретичара гласи да суд ипак поступа искључиво на захтев заинтересованих лица (Благојевић, Антић, 1991: 85; Крећ, Рајић, 1964: 430; Стојановић, 2011: 61, Ђурђевић, 2015: 75).²⁷ Пошто се питање тако тумачи у теорији, а врло вероватно и у пракси сматрамо да би требало поменуто разликовање уврстити у сам законски текст, поготово ако се има у виду да законска решења бивших држава Југославије садрже наведено решење.²⁸

4. Разлози недостојности према Нацрту Грађанског законика Републике Србије

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије изнела је на јавну расправу Нацрт²⁹ од 29. маја 2015. године којим је предвиђен значајан број измена у односу на важеће законодавство. Измене се односе и на разлоге недостојности. Чланом 2598 наводи се да би недостојан био:

25 Вид. чл. 195 КЗ.

26 Вид. чл. 127 КЗ.

27 Насупрот овом мишљењу, истичу неки да је такво разликовање у супротности са одредбом из става 2 члана 4 ЗОН. У поменутој одредби се ова разлика не прави те се не виде основи за доношење оваквог закључка. Наводи се да то није била интенција законодавца, иначе би разлика била наведена у поменутој одредби. Даље се тврди да из разликовања произилази да су једни разлози мање важни од других, јер једне суд мора сам утврђивати, а друге не мора (Сворцан. 2000: 211, 212).

28 На пример вид. чл. 127 Закона о наслеђивању Републике Црне горе, *Службени лист ЦГ*, 74/08; затим чл. 126 Закона о наслеђивању Републике Хрватске, *Народне новине*, 48/03.

29 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/gadne-verzije-propisa.php>, датум посете: 20. 10. 2016. године. У даљем тексту скраћено: НГЗ Србије.

1) онај ко је умишљајно усмртио оставиоца, или је то покушао; 2) онај ко је принудом, претњом или преваром навео оставиоца да сачини или опозове завештање или неку његову одредбу, или га је у томе спречио; 3) онај ко је кривичним делом са умишљајем довео оставиоца у стање сталне неспособности за сачињавање завештања; 4) онај ко је у намери спречавања оставиочеве последње воље уништио или сакрио његово завештање, или га је фалсификовао; 5) онај ко је онемогућио или покушао да онемогући остварење оног реда наслеђивања који је оставилац одредио или хтео да одреди или са којим је рачунао; 6) онај ко се теже огрешио о законску обавезу издржавања оставиоца, или му је ускратио нужну помоћ; 7) онај ко је умишљајно учинио теже кривично дело, а до смрти оставиоцеве се није вратио у земљу; 8) онај ко је кривичним делом са умишљајем стекао повољнији наследноправни положај.

Новину дакле представљају решења под бројем 3) и 5) као и последњи, алтернативно постављен разлог 7). Сва три предлога се већ налазе у примени у упоредном праву, у мањем или већем броју земаља и сваки од њих има своје добре и не тако добре стране. Умишљајно довођење оставиоца у стање сталне неспособности за састављање завештања свој узор налази у Швајцарском³⁰ и Немачком грађанском законнику.³¹ Познато је да је састављање завештања условљено одређеним узрастом и способношћу за расуђивање. Уколико би неки од сродника утицао на оставиочеву способност за расуђивање тиме би утицао и на његову способност за сачињавање завештања. Неспособност за расуђивање нужно за собом повлачи и неспособност за састављање завештања.³² Како предлагач решења стање неспособности за сачињавање завештања не ограничава на неки вид, душевни или телесни, става смо да оба случаја могу и требало би да воде недостојности. Оно што је предлагач решења несумњиво изразио јесте да последица и стање такве неспособности морају бити стални.³³ Ако

30 Вид. чл. 540 Швајцарског грађанског законика (Schweizerisches zivilgesetzbuch) <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a80>, датум посете: 20. 10. 2016. године.

31 Вид. ст. 1 чл. 2339 Немачког грађанског законика (Köhler. 2015: 122).

32 Лишење пословне способности може бити потпуно и делимично. Док се способност може степеновати и док се може правити разлика између потпуне способности и делимично нарушене, неспособност са друге стране не може бити степенована. Отуда смо мишљења да само потпуни недостатак способности за расуђивање може претпоставити стање сталне неспособности за састављање завештања, те тако само када је кривицом наследника наступио потпуни недостатак неспособности за расуђивање може бити речи о његовој недостојности.

33 У ст. 1 § 2339 Немачког грађанског законика наводи се да је трајно стање оно стање које непрекидно траје све до смрти самог оставиоца. С обзиром на то да постоји простор да се основи недостојности у нашем праву прошире, поготово на наведени

наследник доведе оставиоца у стање привремене телесне или душевне неспособности из које се оставилац протоком одређеног, дужег или краћег, временског периода може опоравити, нема места примени наведеног члана. Даљом анализом поменутог предлога новог разлога недостојности изводи се закључак да разлог може наступити само када наследник дела активно, односно када предузима радње у смеру да оставиоца доведе у стање трајне неспособности за сачињавање завештања. Тако, пасивно држање оставиоца неће водити недостојности. Сродник који би тровао оставиоца како би код њега изазвао душевну болест или му тешко нарушио здравље тако да он остане до краја живота неспособан за расуђивање, а самим тим и неспособан за састављање завештања, био би недостојан. Међутим, сродник који би намерно пропуштао да даје лекове душевно оболелом оставиоцу, како би спречио његово оздрављење и тиме га држао до краја живота у стању неспособности за сачињавање завештања не би био недостојан (Ђурђевић, 2009: 218). Евидентно је да ово решење није правично, стога сматрамо да би требало променити формулацију тако да се норма односи и на радње нечињења сродника, уколико пасивна држања могу резултирати трајном неспособношћу за сачињавање завештања. Само умишљајно извршена кривична дела могу довести до недостојности. Није прецизирано која кривична дела могу бити основ недостојности, али би по логици ствари то била дела уперена против најважнијих добара човека, као што су његов психички и физички интегритет.³⁴

Другу новину представља санкционисање случајева у којима се онемогућава или се покушава онемогућавање остварења реда наслеђивања који је оставилац одредио или је хтео да одреди или је на такав ред наслеђивања рачунао. Одмах се може закључити да је разлог постављен доста широко и да управо због своје апстрактности и непрецизности може донети потешкоће приликом тумачења и примене. Наиме, под редом наслеђивања има се схватити сваки редослед позивања на наслеђе (Ђурђевић, 2009: 220), што обухвата и законска правила наслеђивања, завештајна располагања оставиоца, али и све друге његове одлуке у вези са сопственом заоставштином. Посебно би захтевно било за судове да утврде и докажу који је оставилац ред наслеђивања хтео или са којим је рачунао. Уколико не постоје чврсти докази који произилазе из завештања или неке друге изјаве оставиоца, или уколико недостатак завештања не сведочи да је оставилац рачунао на законска правила наслеђивања, сматрамо мало

случај, не би било лоше приликом формулисања законског текста прецизирати стање „сталне“ неспособности за сачињавање завештања онако како је то учињено у Немачком грађанском законнику.

34 Глава XXIII КЗ, Кривична дела против здравља људи. На пример, чл. 259 КЗ – тешка дела против здравља људи.

вероватним да суд, али и сви други учесници оставинског поступка могу да тврде и на крају крајева утврде шта је била права воља оставиоца. Као пропуст се може истаћи и што се, за разлику од других разлога, не спомиње, па самим тим и не захтева, да сродник делује са неком врстом умишљаја или бар намере да себи обезбеди повољнији положај. То би значило да би недостојности по овом основу водила и нехатно учињена дела, што је у супротности са важећим и устаљеним схватањима саме установе недостојности у националном праву. Најзад, као главна замерка предлогу истиче се његова непотребност. Наиме, случајеви који би довели до примене овог разлога већ су „покривени“ позитивним правом и то тачкама 2 и 3 става 1 члана 4 ЗОН, те би прописивање овога разлога довело до недоумица и на крају дуплирања разлога недостојности (Стојановић, 2012: 193). Из свега напред реченог, сматрамо да би најцелисходније било од конкретног предлога у потпуности одустати.

Напослетку, редактор текста предочио је две алтернативно постављене могућности. Полазећи од тога да су један другом алтернатива, могао би се извести логичан закључак да би, као такви, морали бити слични. Међутим, већ на први поглед може се уочити њихова различитост. У првом случају противправна радња наследника не мора бити у непосредној вези са оставиоцем, може бити усмерена на било које лице и на било које вредности и заштићена добра у друштву. Једна од главних карактеристика свих осталих разлога недостојности, постојећих, али и новопредложених, јесте управо чињеница повезаности, односно усмерености противправног акта према оставиоцу и његовој слободи завештања (Стојановић, 2012: 194). Дакле, недостојно за наслеђивање конкретног оставиоца биће лице које није ништа скривило према том истом оставиоцу, али је морална осуда друштва чињеницом његовог одбијања да се врати у земљу довољна да му се ускрати право наслеђивања. Заправо у вези са овим разлогом отвара се иста она полемика коју је својевремено изазвало укидање разлога недостојности предвиђеног тачком 5 става 1 члана 4 ЗОН. Тада је одлуком Уставног суда Србије³⁵ стављена тачка на све расправе по том питању, па не знамо колико је у интересу правне сигурности поново отворати иста питања и предвиђати сличне разлоге недостојности ако су они у нашем праву већ једном укинута.

Друго алтернативно постављено решење нам се чини далеко бољим пошто је до сада само умишљајно убиство оставиоца могло бити разлог оглашења једног лица недостојним, а овим разлогом би се дејства недостојности проширила и на неке друге, по нама, потпуно оправдане

35 Вид. одлуку Уставног суда Републике Србије, ИУ број 358/95 од 25. септембра 2003. године (*Службени гласник РС*, 101/2003, од 17. октобра 2003. године).

случајеве.³⁶ Такође, разлог би могао да обухвати теже и лакше телесне повреде, које до сада нису могле довести до недостојности. Тиме би увођењем овог разлога недостојности била отклоњена велика мана која сада у пракси може да постоји јер би се домен домашаја недостојности проширио на случајеве који се можда чешће срећу у пракси, а који до сада нису, због принципа *numerus clausus*, могли бити обухваћени недостојношћу.³⁷

5. Закључак

Анализом броја и врста разлога предвиђених домаћим правом дошли смо до закључка да они представљају један ефикасан и прихватљив начин регулисања недостојности. Ипак, може се уочити простор за унапређење. Што се тиче законске формулације, овакве каква је сада, сматрамо да би прецизније одређивање појма „законске“ обавезе издржавања од стране законодавца, у смислу огрешења о законску обавезу издржавања од стране наследника према оставиоцу, спречило различита тумачења у пракси и довела до уједначеног одлучивања по основу овог разлога. Затим и с обзиром на то да је став по коме суд о горе поменутом разлогу води рачуна само на захтев заинтересованих лица широко прихваћен, сматрамо да би такво решење требало уврстити у законски текст. С друге стране, мишљења смо да постоји и простор за проширење постојећих разлога. За узор би требало узети решења из других правних система, уз довољно уважавање специфичности наследног права у Србији. Рад на томе отпочет је пре пар година у оквиру Комисије за израду Грађанског законика Србије, при чему сматрамо да не треба стати са радом и одустати од реформе разлога недостојности, већ неке од тих предлога треба конкретизовати и дати им правну снагу. Недостојност би се могла унапредити увођењем разлога по коме би наследник био недостојан када би умишљајно довео или умишљајно одржавао оставиоца у стању

36 Као оставилац се појављује лице које има сина и унука. Оставилац не жели да сачини завештање те ће се по његовој смрти заоставштина распорити применом законских правила наслеђивања. Син ће као једини наследник добити целу заоставштину. Унук је рецимо ангажовао адвоката који му је објаснио да он у тој ситуацији не наслеђује ништа, те да би евентуално могао да наследи по принципу права представљања само ако његов отац (а оставиочев син) није жив. То сазнање може навести унука да пре смрти оставиоца усмрти свог оца и себи тако обезбеди наследни део. Пример наведен према: Ђурђевић, 2009: 215, 216.

37 У прилог томе говоре резултати истраживачког дела завршног рада чији резултат су свега 3 случаја недостојности од укупно 22.424 отворена оставинска поступка у периоду од 2013. године до 2015. године на нивоу Ванпарничног одељења Основног суда у Новом Саду. Посл. бр. О 3824/13, О 103/13, О 5314/13.

неспособности за састављање завештања, при чему стање неспособности мора да траје све до смрти оставиоца. Даље, разлог по ком би недостојан био и наследник када би умишљајним кривичним делом обезбедио или побољшао себи наследноправни положај има своје оправдање, јер би њиме била обухваћена и нека друга кривична дела која заслужују осуду недостојности, а која позитивним правом не предвиђају недостојност као последицу. Преостала предложена решења захтевају додатни рад и појашњења, јер у суштини не унапређују саму установу.

Литература

- Антић, О. (2010). *Наследно право*. Београд: Службени гласник.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Благојевић, Б. Антић, О. (1991). *Наследно право*. Београд: Номос.
- Благојевић, Б. (1964). *Наследно право СФРЈ са освртом на права других држава*. Београд: Завод за издавање уџбеника СРС.
- Ђорђевић, В. Сворцан, С. (1997). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.
- Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- Ђурђевић, Д. (2009). О реформи разлога недостојности за наслеђивање. *Гласник адвокатске коморе Војводине*. 6. 211–227.
- Köhler, H. (2015). *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: Dtv Verlagsgesellschaft.
- Крећ, М. Павић, Ђ. (1964). *Коментар Закона о наслеђивању*. Загреб: Народне новине.
- Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању Србије, са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет Крагујевац.
- Сворцан, С. (2000). Немогућност наслеђивања по сили закона. *Правни живот*. 10. 209–223.
- Станковић, М. (2009). Умишљајно убиство или покушај убиства оставиоца као основ недостојности за наслеђивање. *Правни живот*. 11. 887–922.
- Стојановић, Н. (2012). Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 62. 191–206.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- Стојановић, З. Перић, О. (2009). *Кривично право посебни део*. Београд: Правна књига.

Чавошки, К. Васић, Р. (1996). *Увод у право II*. Београд: Драганић.

Прописи

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 46 (1995).

Закон о наслеђивању Социјалистичке Републике Србије. *Службени гласник СР. Србије*. Бр. 52 (1974).

Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20 (1955).

Закон о парничном поступку Републике Србије. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 72 (2011).

Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 16 (1995).

Закон о наслеђивању Републике Црне Горе. *Службени лист ЦГ*. Бр. 74 (2008).

Закон о наслеђивању Републике Хрватске. *Народне новине*. Бр. 48 (2003);

Кривични законик Републике Србије. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 85 (2005).

Одлука Уставног суда Републике Србије. ИУ број 358/95. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 101 (2003).

Нацрт Грађанског законика Републике Србије

<http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

Породични закон Републике Србије. *Службени гласник Р. Србије*. Бр. 18 (2005).

Француски грађански законик

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CA943A36DC0D26142760385E4104F61B.tpdila07v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006165513&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160930

Швајцарски грађански законик

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a80>.

Milica Kovačević,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

UNWORTHINESS TO INHERIT

Summary

The author provides analysis of the institute of unworthiness. More specifically subject of the author's interest in this paper are grounds which lead to above mentioned sanction. New solutions regarding unworthiness are proposed in the Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia. Comparing the existing provision and the new ones proposed in the Draft of the Serbian Civil Code, the author points their advantages and disadvantages. In conclusion author give opinion saying that some of the proposed solutions are highly valuable and that they should become legally-binding measures. It primarily refers to the legal provisions regulating cases where heir intentionally places or keeps testator in a state whereby the testator is incapable until his death of erecting or abolishing his last will or some part of it and on the case where heir intentionally commits criminal act in order to ensure better position. Other solutions still need additional consideration and caution when it comes to their legal enforcement.

Key words: *unworthiness, reform, grounds of unworthiness to inherit, Draft of the Serbian Civil Code.*

Наслеђивање на основу закона

Др Слободан Сворцан,
 Редовни професор Правног факултета,
 Универзитет у Крагујевцу

НАСЛЕДНА ПРАВА ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА

Апстракт: У раду аутор даје критички осврт на решење српског законодавца да ванбрачни партнери не могу, ни под каквим условима, наслеђивати једно друго, у својству законских наследника. Аутор кроз анализу друштвеног односа који настаје успостављањем ванбрачне заједнице и упоређивањем истог са брачном везом, указује на њихове специфичности, али и на нити које их нераскидиво повезују. Према схватању аутора, а полазећи од друштвене реалности, ванбрачна заједница мора бити једна од правно релевантних чињеница у конструкцији законског наслеђивања. Аутор у раду аргументовано образлаже услове које ванбрачни партнери морају испунити да би могли, на основу закона, узајамно наслеђивати једно друго, водећи посебно рачуна о томе да ли они имају заједничке деце или не.

Кључне речи: ванбрачна заједница, ванбрачни партнери, наследно-правни положај ванбрачног партнера.

1. Уводне напомене

Према Закону о наслеђивању Републике Србије, који је донет 1995. године, а који је још увек на снази, ванбрачни партнер не може се појавити као законски наследник на заоставштини свог ванбрачног партнера, ни под којим условима.

Од доношења Закона па до сада ретко се ко бавио овим питањима,¹ па се стиче утисак да наследноправни положај ванбрачног партнера не интересује ни правнике који се баве теоријом права, ни правнике који раде у законодавној области. Овакав однос према овом питању треба оштро критиковати, јер су ванбрачне заједнице у Србији врло бројне, а сваким

1 Објављена је једна монографија 1999. године на ову тему под називом: "Наследна права брачног и ванбрачног партнера". Аутор монографије је проф. др Слободан Сворцан, а издавачи су Правни факултет у Крагујевцу и Предузеће „Принт промет“ из Краљева.

даном се повећава њихов број, па ове чињенице намећу потребу да се хитно свестрано анализира ово питање.

Приликом израде Нацрта Закона о наслеђивању неки чланови Комисије су предлагали да се признају наследна права ванбрачном партнеру, под одређеним условима, али ти предлози нису прихваћени.

2. Анализа друштвеног односа који настаје заснивањем ванбрачне заједнице

Да би одређени друштвени однос могао бити ваљано правно уређен, неопходно је да исти буде детаљно анализиран.

Пошто ванбрачна заједница практично замењује брачну заједницу, најбоље је да се прво анализира садржина друштвеног односа који настаје заснивањем брачне заједнице, па да се потом изврши упоређивање ова два друштвена односа.

Два лица супротног пола ступају у брачну заједницу ради: задовољења полног нагона, обезбеђења животног сапутника са којим се успоставља емоционална заједница, рађања и подизања деце, обезбеђења лица које ће пружати потребну негу за случај болести или дубоке старости и обезбеђења лица са којим се организује економска заједница (Сворцан, 1999: 16).

Задовољавање полног нагона представља једну од најважнијих животних потреба у дужем периоду човековог живота (Бакић, 1975: 81; Поповић, 1982: 73 и 74; Стјепановић-Захаријевски, 1992: 1 и 12; Курдулија 77: 17; Цвејић-Јанчић, 1995: 79 и 80).

Заснивањем брачне заједнице формира се и одређена емоционална заједница (Митић, 1967: 6; Младеновић 1963: 168), која је од изузетног значаја за психичку стабилност брачних партнера.

Два лица супротног пола заснивају брачну заједницу и ради рађања и подизања деце, јер је рађање и подизање деце једна од врло значајних животних потреба човека (Голубовић, 1981: 471; Бакић, 1975: 37). Скоро сваки човек се плаши да се може тешко разболети и да ће му бити потребна туђа нега и помоћ, па заснивањем брачне заједнице настоји да обезбеди лице које ће му пружати такву помоћ (Суџум, 1977: 39).

Формирањем брачне заједнице брачни партнери истовремено формирају и одређен економску заједницу у којој се врши подела рада и у којој се стичу економска добра којима се обезбеђује егзистенција чланова те заједнице (Бакић, 1975: 38; Czapski, 1958; Цвејић-Јанчић, 1995: 182).

Погледајмо сада зашто ванбрачни партнери заснивају ванбрачну заједницу. Може се поуздано закључити да ванбрачни партнери заснивају ванбрачну заједницу ради: задовољавања полног нагона, обезбеђења

животног сапутника са којим се успоставља одређена емоционална заједница, рађања и подизања деце, обезбеђења лица које ће пружити потребну негу и помоћ у случају тешке болести или дубоке старости и обезбеђења лица са којим се организује одређена економска заједница (Сворцан, 1999: 162).²

Дакле, сасвим је јасно да заснивањем брачне заједнице и заснивањем ванбрачне заједнице настају друштвени односи који су по својим обележјима потпуно исти. Једина разлика између брачне и ванбрачне заједнице је у начину њиховог настанка. Заснивању брачне заједнице претходи закључивање посебног свечаног уговора, који се закључује у законом одређеној форми, који се региструје у посебним јавним књигама, док ванбрачни партнери ступају у ванбрачну заједницу на основу усменог уговора који се не региструје у јавним књигама.

Да бисмо могли извести поуздано закључке о ванбрачној заједници, потребно је анализирати ванбрачну заједницу и са становишта општих моралних принципа и са становишта општих правних принципа.

Да би један друштвени однос могао бити ваљано оцењен са становишта моралних принципа, неопходно је поћи од основних карактеристика тог односа, а истраживач мора бити ослобођен свих предрасуда и не сме бити опседнут правним формализмом, јер право не сме бити само себи сврха. Циљ права мора бити остварење правде,³ а не уклапање у постојеће правне шеме.⁴

Ванбрачна заједница је вековима сматрана заједницом која је супротна моралу. Овакав однос према ванбрачној заједници потпуно је погрешан и неприхватљив.

2 У израелском праву се говори о „животног сапутнику из слободног брака“ (видети: Марковић, 1981: 148).

Да се у ванбрачним заједницама често рађају деца, види се из неких статистичких података. Наиме, у СФРЈ је у 1958. години рођено 38.661 ванбрачно дете, у 1961. 35.655, а у 1966. години 33.231 дете. У периоду од 1950. до 1973. године у Југославији је укупно рођено нешто више од 600.000 ванбрачне деце. Иако сва ова деца нису рођена у оформљеним ванбрачним заједницама, сигурно је да велики број ове деце потиче баш од лица која су била оформила ванбрачну заједницу (о овоме више: Младеновић, 1973: 243).

3 „Право је стварност чији је смисао да служи правди“ (Радбрех, 1980: 48).

4 Критикујући правни формализам и недовољно уважавање стварности А. Маслов каже: “Моја критика наших традиционалних образовних метода гласи да су исувише заокупљени интелектуалном анализом и стицањем укалупљених обавештења. Мислим да, уствари, пропуштамо да ојачамо навике конкретне цењења појединачних чињеница у њиховој међуигри вредности које се помаљају, и једино наглашавамо апстрактна обавештења која предвиђају овај вид међу игре разних вредности“ (Маслов, 1982: 260).

Ако пажљиво анализирамо друштвени однос који настаје заснивањем ванбрачне заједнице, доћи ћемо до поузданог закључка да овај однос ни у чему није супротан основним моралним принципима нашег друштва. „Нису супротни моралним принципима ни мотиви на којима почива ванбрачна заједница, ни односи који настају формирањем ванбрачне заједнице, а ни сам начин заснивања ванбрачне заједнице...“ (Сворцан, 1999: 167). Мотиви на којима се заснива ванбрачна заједница потпуно су исти као и мотиви на којима се заснива брачна заједница. Односи који настају у ванбрачној заједници исти су као и односи који настају у брачној заједници. Како онда брачна заједница може бити сматрана заједницом која је у складу са моралним принципима а ванбрачна заједница као заједница која је супротна моралним принципима?

Заснивање ванбрачне заједнице није супротно императивним прописима, јер ниједан императивни пропис не забрањује заснивање ванбрачне заједнице.

Заснивање ванбрачне заједнице није у складу са нормама правног поретка, јер наш правни поредак предвиђа да се заједнице овакве садржине заснивају након претходно закљученог формалног уговора, који се уписује у јавне књиге, па је ово једина замерка која се објективно може упутити ванбрачним заједницама.

Након предњих констатација намеће се питање: да ли је оправдано да се због наведене замерке која се може упутити ванбрачној заједници не признају ванбрачном партнеру никаква наследна права? Наравно да није. Зато треба, што пре, унети измене у Закон о наслеђивању Србије и ванбрачном партнеру признати право да наследи, по закону, свог ванбрачног партнера, под одређеним условима.

3. Предлози решења која треба унети у Закон о наслеђивању Републике Србије

Пошто ванбрачни партнери не закључују формални уговор о заснивању ванбрачне заједнице, често се не зна када је заснована ванбрачна заједница а када је престала да постоји. Такође, некад је спорно у каквим су односима два лица супротног пола која нису склопила брак, као и то да ли би тим лицима било дозвољено да склопе брак да су они то хтели. Зато се не може свака љубавна веза између два лица супротног пола сматрати ванбрачном заједницом у којој ванбрачни партнер може да наследи свог ванбрачног партнера по закону.

Треба законом одредити да ванбрачни партнер може бити законски наследник свог ванбрачног партнера ако су испуњени ниже наведени услови:

а) ако је та ванбрачна заједница по својим карактеристикама у свему изгледала као брачна заједница;

б) ако је та ванбрачна заједница постојала у моменту смрти ванбрачног партнера;

в) ако је та ванбрачна заједница трајала непрекидно најмање три године пре смрти ванбрачног партнера, уколико су ванбрачни партнери имали заједничке деце, односно ако је трајала непрекидно, најмање седам година пре смрти ванбрачног партнера, уколико ванбрачни партнери немају заједничке деце;

г) ако су ванбрачни партнери постали пунолетни и пословно способни у моменту када су почели да теку рокови из тачке в);

д) ако ванбрачни партнери нису у крвном сродству до одређеног степена сродства;

ђ) ако ванбрачни партнери нису у сродству по тазбини до одређеног степена сродства,

е) ако ванбрачни партнери нису у грађанском сродству, и

ж) ако ниједан од ванбрачних партнера није био у браку у моменту када су почели да теку рокови из тачке в) и у току трајања тих рокова све до момента смрти ванбрачног партнера, или, ако брак није разведен, да је била трајно престала заједница живота између ванбрачног партнера и лица са којим је он био у браку у моменту почетка рокова из тачке в), те да је такво стање постојало у току трајања тих рокова до смрти ванбрачног партнера (деталније: Сворцан, 1999: 172 и даље).

Ванбрачна заједница мора имати све основне карактеристике брачне заједнице и то тако да она изгледа као брачна заједница у очима лица која окружују те ванбрачне партнере. То значи да су ванбрачни партнери били засновали емотивну и економску заједницу на неодређено време и да су стално одржавали сексуалне односе.⁵

Ванбрачна заједница мора да је постојала у моменту смрти ванбрачног партнера. Ако је ванбрачна заједница била трајно престала пре момента смрти ванбрачног партнера, онда овај услов није испуњен.

Ванбрачна заједница треба да је трајала, непрекидно, најмање три године, рачунато од момента смрти уназад, ако су ванбрачни партнери имали заједничке деце.⁶

⁵ Бројни аутори истичу да је за право од значаја само она ванбрачна заједница која је иста као брачна заједница (Цвејић-Јанчић, 1995: 213; Миловић, 1966: 45).

⁶ И римско право је придавало велики значај дужини трајања ванбрачне заједнице. Жени која је живела у ванбрачној заједници са мушкарцем, као његова супруга, непрекидно годину дана, признавана су одређена наследна права на заоставштину њеног ванбрачног партнера (Гај, 1982: 61).

Ванбрачна заједница треба да је трајала, непрекидно, најмање седам година, рачунато од момента смрти уназад, ако ванбрачни партнери нису имали заједничке деце.⁷

Ванбрачни партнери треба да су постали пунолетни и пословно способни најкасније на дан када су почели да теку рокови из тачке в). Ако су они засновали ванбрачну заједницу пре него су постали пунолетни, то време проведено у ванбрачној заједници не треба узимати у обзир.

Ванбрачну заједницу не могу да заснивају лица која су у крвном сродству до одређеног степена сродства. Ванбрачна заједница неће производити никакве наследноправне последице ако су је засновала ниже наведена лица, и то: крвни сродници у правој линији до било ког степена сродства; рођени брат и сестра; брат и сестра по оцу или по мајци; тетка и братанац; тетка и сестрић, и деца рођене браће и сестра и браће и сестара по оцу или мајци.

Ванбрачну заједницу не могу заснивати лица која су у грађанском сродству. Зато неће производити никаква наследноправна дејства ванбрачна заједница коју су засновали усвојилац и усвојеник или усвојилац и неки усвојеников потомак, ако се ради о непотпуном усвојењу. Уколико се ради о потпуном усвојењу, усвојеник из потпуног усвојења има положај рођеног детета, па овде не могу заснивати ванбрачну заједницу сва она лица која не могу заснивати ванбрачну заједницу због крвног сродства, рачунато као да је усвојеник усвојичево дете.

Сродство по тазбини може бити сметња за заснивање ванбрачне заједнице. Тако, неће производити никаква наследноправна дејства ванбрачна заједница коју су засновала следећа лица, и то: свекар и снаха; зет и ташта; очух и пасторка, и маћеха и пасторак.

Ниједан од ванбрачних партнера не сме бити у браку са трећим лицем у моменту када почињу да теку рокови из тачке в) и све време тог рока до смрти ванбрачног партнера.

Али, ако брак између ванбрачног партнера и трећег лица није разведен, али је била трајно престала њихова заједница живота пре почетка тока рокова из тачке в) и такво стање је трајало до смрти ванбрачног партнера, онда треба узети да је и овај услов испуњен.

Сви напред наведени услови морају бити кумулативно испуњени.

Ако су испуњени сви напред наведени услови, ванбрачном партнеру треба признати право да буде законски наследник свог ванбрачног партнера.

Када ванбрачни партнер стекне статус законског наследника свог ванбрачног партнера, његов наследноправни положај треба да буде исти као и наследноправни положај супружника.

⁷ Римско право је придавало велики значај постојању деце у ванбрачној заједници, па је ванбрачни партнер женског пола на основу ове чињенице могао да постане законски наследник свог ванбрачног партнера (Гај, 1982: 183).

4. Закључак

У праву Републике Србије ванбрачни партнер не може да буде законски наследник свог ванбрачног партнера. Овакав став законодавца потпуно је неприхватљив.

Ванбрачна заједница ни у чему није супротна основним моралним начелима, нити императивним правним нормама.

Ванбрачном партнеру треба признати право да буде законски наследник свог ванбрачног партнера уколико су испуњени одређени услови везани за саму ванбрачну заједницу и за ванбрачне partnere.

Ванбрачни партнер треба да има исти наследноправни положај као и супружник.

Литература

- Бакић, В. (1975). *Породично право*. Београд: Савремена администрација.
- Гај (1982). *Институције*. Београд: Нолит.
- Голубовић, З. (1981). *Породица као људска заједница*. Загреб: Напријед
- Курдулија, М. (1977). Устав и брак и породица. *Правни живот*. 11.
- Марковић, С. (1981). *Наследно право*. Београд: Савремена администрација.
- Маслов, А. (1982). *Мотивација и личност*. Београд: Нолит.
- Миловић, Ж. (1966). Застаревање тражбина из неоснованог обогаћења насталог радом у ванбрачној заједници. *Правни живот*. 2.
- Митић, М. (1967). Реформа породичног законодавства. *Правни живот*. 3.
- Младеновић, М. (1963). *Породица и породични односи*. Београд.
- Младеновић, М. (1973). *Увод у социологију породице*. Београд: Савремена администрација.
- Поповић, М. (1982). *Породично право*. Београд: Савремена администрација.
- Радбрух, Г. (1980). *Филозофија права* (издање на српском). Београд: Нолит.
- Сворцан, С. (1999). *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу и Принт промет.
- Стјепановић-Захаријевић, Д. (1992). Породица као животно средиште. *Хуманитас*. 1–4.
- Суџум, Р. (1977). Карактеристике облигационог уговора који закључују брачни другови међусобно. *Правни живот*. 5.
- Цвејић-Јанчић, О. (1995). *Породично право*. Нови Сад: Правни факултет.
- Сзарски, Г. (1958). Холандски закон о поправљању положаја удате жене. *Страни правни живот*. 11.

Slobodan Svorcan, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

COHABITANTS' SUCCESSION RIGHTS

Summary

In the law of the Republic of Serbia cohabiting partner may not be a legal heir to his live-in partner. This position of the legislator is completely unacceptable. Concubinage is in no way contrary to the basic principles of morality, nor the imperative legal norms. Cohabitant should recognize the right to be a legal heir to his cohabitant if certain conditions are met related to the very common-law marriage and cohabiting partners. Cohabitant should have the same legal position as the spouse.

Key words: *concubinage, cohabitants, the legal position of cohabitants.*

Др Олга Јовић Прлаиновић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

БРАК И СРОДСТВО У ДОМЕНУ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Апстракт: Ауторка се у раду бави теоријскоправном анализом чињенице брака и чињенице сродства и њиховог доминантног утицаја у формулисању правила законског наслеђивања у домаћем наследном праву. За разлику од већине савремених правних система, у српском наследном законодавству, ванбрачна заједница, међутим, не представља правно релевантну чињеницу у сфери законског наслеђивања. Будући да сродство и брак представљају једине чињенице које одређују законског наследника у конкретном случају, положај супружника као наследника, у конкуренцији са оставиоцевим потомцима и крвним сродницима, може бити повољнији или неповољнији.

Кључне речи: брак, сродство, ванбрачна заједница, супружник као наследник, законско наслеђивање.

1. Уводне напомене

Закон, као један од основа позивања на наслеђе, поред уговора о наслеђивању, у правима у којима је овај уговор дозвољен, и завештања, не заснива се на вољи оставиоца. Заоставштина ће бити распоређена по закону тек уколико не постоји уговор о наслеђивању нити завештање (Сворцан, 2009: 35). У литератури се законско наслеђивање сматра основним и уобичајеним и до њега долази у следећим случајевима: када оставилац није сачинио завештање; када је завештање непуноважно; када завештањем није обухваћена целокупна заоставштина; када је завештањем обухваћен само сингуларни а не и универзални сукцесор; када завештајни наследник не може (није доживео тренутак делације,

* olga.jovic@pr.ac.rs

недостојан је за наслеђивање) или неће да се прихвати наслеђа (Антић, 2001: 53). Правила о наслеђивању по основу закона имају диспозитивни карактер јер могу бити дерогирана оставиочевом вољом, будући да је завештање јачи правни основ наслеђивања од закона (Антић, Балиновац, 1996: 99).¹

Брак и сродство (крвно и грађанско) су, дакле, чињенице које имају одлучујући значај на формулисање правила законског наслеђивања. За разлику од брачне везе, чињеница ванбрачне заједнице, међутим, у српском наследном законодавству није релевантна у области законског наслеђивања. Ванбрачни партнери не улазе у круг законских наследника, упркос преовлађујућој тенденцији у упоредном праву у којима ванбрачна заједница представља правно релевантну чињеницу у домену законског наслеђивања. У свим савременим системима, у наследноправном смислу, брак и сродство се, по значају, налазе у истој равни. Супружник учествује у расподели заоставштине заједно са оставиочевим сродницима у два наследна реда, па је сходно томе, положај супружника у наследном праву специфичан и јединствен.

2. Сродство као друштвена и правна појава

Иако Породични закон Републике Србије² не садржи општу дефиницију сродства, нити појединих видова сродства која имају правни значај (крвно, тазбинско и грађанско), сродство увек представља друштвени однос независно од основа настанка. Сродство се одређује као однос два или више лица заснован природним и правним путем који мора бити друштвено потврђен да би представљао правну везу (Поњавић, 2014: 70). Са правног аспекта, сродство је правом признати природни и/или друштвени однос између два или више лица, на основу којег се између њих заснивају одређена права и дужности (Драшкић, 2014: 60). Чињенице на којима се заснива сродство, а које су од значаја у нашем праву су: рођење, склапање брака и усвојење (Ковачек-Станић, 2014: 57). Крвно сродство представља правни однос између два или више лица која потичу једно од другог или од заједничког претка, заснива се искључиво рађањем, а

1 У српском наследном праву постоје само два основа наслеђивања: закон и завештање. Трећи основ, уговор о наслеђивању, код нас је изричито забрањен, па не може бити основ ни за универзалну ни за сингуларну сукцесију. У нашем праву могућа је кумулација основа позивања на наслеђе, односно на истој заоставштини могу постојати и законски и завештајни наследници, а такође, постоји и паралелизам основа позивања на наслеђивање у случају када једно лице може на различитим деловима заоставштине бити наследник и на основу закона и на основу завештања.

2 Породични закон Републике Србије (у даљем тексту ПЗС), *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

начин утврђивања је детерминисан чињеницом рођења у браку или ван брака, мада су правна дејства истоветна. За разлику од крвног сродства које настаје природним путем, рађањем у браку или ван брака, тазбинско сродство настаје склапањем брака и представља однос једног супружника и крвних сродника другог супружника (Цвејић-Јанчић, 2009: 64). Грађанско сродство успоставља се правним актом, заснивањем усвојења, тако што се формира однос сродства између усвојитеља и њихових сродника, с једне стране, и усвојеника и његових потомака, с друге стране. Како је у националном породичном законодавству предвиђен само један облик усвојења – потпуно усвојење, отуда произилази да је правни значај грађанског сродства уподобљен крвном сродству.³ По правилу, све три врсте сродства представљају трајну везу међу сродницима која не престаје ни смрћу ни престанком брака, с тим да сродство засновано усвојењем може престати једино у случају његовог поништења (чл. 106 ПЗС).

Осим у породичном праву,⁴ сродство је основ за стицање или вршење многих права и обавеза и у другим гранама права.⁵ У наследном праву

3 Када је реч о усвојењу и успостављању сродничког односа, одређене специфичности постојале су пре усвајања Породичног закона Србије из 2005. године, када су била предвиђена два облика усвојења: потпуно и непотпуно усвојење. Непотпуним усвојењем заснивао се сроднички однос између усвојитеља и усвојеника и његових потомака. Усвојеник том приликом није прекидао односе са биолошким родитељима и осталим крвним сродницима.

4 Чл. 19–21, 92–93, 154–159 ПЗС.

5 У Кривичном законнику (*Сл. гласник РС*, 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/2012, 104/2013 и 108/2014), одредбама чл. 187–197 прописана је група кривичних дела против брака и породице, односно кривична дела везана за сродство (запуштање и злостављање малолетног лица, насиље у породици, недавање издржавања, родоскрвњење). Према Законнику о кривичном поступку (*Сл. гласник РС*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014) судија или судија-поротник биће изузет од судијске дужности у предмету ако му је окривљени, његов бранилац, тужилац, оштећени, њихов законски заступник или пуномоћник: брачни друг или лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота или сродник по крви у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена, а по тазбини до другог степена (чл. 37, ст. 2). У Закону о становању (*Сл. гласник РС*, 50/92, 76/92, 84/92 – испр., 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 – испр., 48/94, 44/95 – др. закон, 49/95, 16/97, 46/98, 26/2001, 101/2005 – др. закон и 99/2011), чл. 9, ст. 2 и 4 у случају смрти закупца, чланови породичног домаћинства, који су са закупцем становали у истом стану настављају са коришћењем тог стана, с тим што уговор о закупу закључује лице који они споразумно одреде. Чланом породичног домаћинства закупца стана сматрају се: брачни друг, дете (рођено у браку или ван брака, усвојено или пасторак), родитељи закупца и његовог брачног друга, као и лице које је купац по закону дужан да издржава. Законом о пензијском и инвалидском осигурању (*Сл. гласник РС*, 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014

сродство (крвно и грађанско) представља основ законског наслеђивања, тј. основ за груписање сродника у наследне редове. На основу закона, оставиоца наслеђују његови потомци, његови усвојеници и њихови потомци, његов брачни друг, његови родитељи, његови усвојиоци, његова браћа и сестре и њихови потомци, његови дедови и бабе и њихови потомци и његови остали преци.⁶

Правила о рачунању крвног сродства служе да се у сваком конкретном случају сродници рангирају према томе колико је блиско њихово крвно сродство. Близина или удаљеност крвних сродника једног од другог или заједничког претка утврђује се по степенима (грађанско рачунање сродства – колико рођења, толико степена) (Драшкић, 2014: 61–62, фн 187).⁷

У складу са културним и историјским чиниоцима свако друштво ствара одговарајући редослед позивања сродника на законско наслеђе, што је условљено разликама у схватању породице, рачунања сродства, поделе сродника, схватања о имовини и својини, те у том контексту постоје три основна система груписања сродника као законских наследника: систем заједнице крви, систем степена сродства и сложени систем (Антић, Балиновац, 1996: 119). У праву Србије сродници су груписани у колена или парантеле, а затим се групишу по линијама. Колено или парантелу

и 142/2014) прописано је ко се сматра чланом породице умрлог осигураника, односно лица која имају право на породичну пензију: брачни друг, деца (рођена у браку или ван брака или усвојена, пасторчад коју је осигураник, односно корисник права издржавао, унуцад, браћа и сестре и друга деца без родитеља, односно деца која имају једног или оба родитеља који су потпуно неспособни за рад, а коју је осигураник, односно корисник права издржавао), родитељи (отац и мајка, очух и маћеха и усвојиоци) које је осигураник, односно корисник права издржавао (чл. 28, ст. 2, 3, 4). У грађанско-процесном праву сродство представља разлог за искључење судије (чл. 67, ст. 3 Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014). Према одредби чл. 54, ст. 1, т. 2 Закона о јавном бележничтву (*Сл. гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015) јавни бележник не може поступати у предметима ако му је странка или законски заступник странке или пуномоћник странке сродник по крви у правој линији до било ког степена, а у побочној линији до четвртог степена, или му је супружник, ванбрачни партнер или сродник по тазбини до другог степена, без обзира да ли је брак престао или није.

⁶ Чл. 8, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије (у даљем тексту ЗоН), *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

⁷ За разлику од грађанског рачунања крвног сродства, канонско право познаје тзв. природни начин рачунања сродства, а разлике постоје само у побочној линији будући да се броје рођења само са једне стране линије, тако да су рођени брат и сестра у првом степену побочне линије код природног рачунања, а у другом код грађанског начина рачунања сродства.

сачињава група лица која потичу од истог претка или од истог пара предака: прво колена је колена потомака; друго колена је колена родитеља; треће колена је колена баба и дедова; четврто колена је колена прадедова и прабаба (Цвејић-Јанчић, 2009: 60). Парентеле су скупови сродника који потичу од родоначелника који су према оставиоцу истог ранга, тако да се парентеларни систем заснива на комбинацији хијерархијског позивања сродника на наслеђе, узимајући у обзир поделу сродника на потомке, претке и побочне сроднике, близину степена сродства и, примену правила о прираштају и/или представљању. Према односу примене права представљања и права прираштаја, парентеларни систем се дели на: парентеларно-градуелни и парентеларно-линеарни систем (Антић, 2001: 56). У националном наследном законодавству, крвни сродници распоређени су у интестатске наследне редове између којих постоји одређена хијерархија, тј. сродници ближег наследног реда искључују из наслеђивања сроднике даљих наследних редова, што зависи не само од степена сродства са оставиоцем већ и од примене права представљања и права прираштаја (Стојановић, 2006: 9).

3. Значај сродства – наследноправне последице

На формулисање правила законског наслеђивања одређене чињенице су имале и још увек имају одлучујући значај, а њихов број и врсте су биле различите у појединим правним системима, али и неједнаког значаја у појединим временским раздобљима. Један број ових чињеница од пресудног је значаја за регулисање законског наслеђивања у свим савременим правним системима, попут крвног и грађанског сродства са оставиоцем, брачне везе. Током прошлог века, и друге чињенице попут трајне заједнице живота, издржавања, ванбрачне заједнице са оставиоцем, у појединим правима добијају значај приликом формулисања правила законског наслеђивања.

У нашем праву, према Српском грађанском законнику из 1844. године, законско наслеђивање било је искључиво засновано на крвном сродству. Овај принцип је познат као „начело крвног сродства“ (Марковић, 1930: 77). Поред сродства, постојала је још само једна правно релевантна чињеница, на којој је било засновано законско наслеђивање, а то је чињеница брачне везе. Српски грађански законик је утемељио основно начело српског наследног права које је спроведено кроз цео тадашњи наследни систем (Марковић, 1930: 108). На наслеђе се позивао широк круг крвних сродника, уз постојање начела првенства мушке лозе над женском, а у оквиру исте лозе и првенства мушких сродника над женским, док је надживели супружник, као законски наследник, могао наслеђивати у својину само

онда када није било ниједног сродника из круга законских наследника (Видић, 2010: 49). Сходно томе, наследноправни положај супружника је био изузетно неповољан јер није могао искључити ниједног сродника из наслеђивања, што је имало за последицу да надживели супружник готово никада није могао наследити у својину (Видић, 2010: 55–56).⁸

Усвајањем савезног Закона о наслеђивању 1955. године круг законских наследника био је одређен чињеницом сродства и брака. Према овом закону правно релевантне врсте сродства су крвно и адоптивно сродство. Када је реч о брачној вези, као правно релевантној чињеници, на којој су била заснована правила законског наслеђивања, овај закон је, у складу са карактером послератног наследног права, знатно побољшао наследноправни положај супружника. Укинут је удовички ужитак, као форма законског наслеђивања, тако да се искључиви вид остваривања наследноправних овлашћења брачног друга огледао у наслеђивању у својину. Такође, и према Закону о наслеђивању Србије из 1974. године законско наслеђивање је било утемељено на сродству и брачној вези, завршавало се у трећем наследном реду уз примену права представљања само према првостепеним потомцима родоначелника трећег колена (оставиоца су наслеђивали дедови и бабе, стричеви, тетке, ујаци, али не и њихови потомци) (Антић, Балиновац, 1996: 123). И важећи Закон о наслеђивању (1995) као једино правно релевантне чињенице за законско наслеђивање признаје брак и сродство. Тиме је настављена правна традиција из раније постојећих законских решења који су донети у периоду након ослобођења наше земље (Видић, 2010: 102). Овакво уређење представља законску рефлексију чињенице да су сродство и брак у нашој земљи представљали и представљају два најснажнија основа законског наслеђивања. На основу изложеног се може закључити да сродство јесте мост између генерација чији се правни значај ни у једном правном систему, па ни у нашем, није доводио у питање (Видић, 2010: 102).

Кроз временску димензију посматрано у оквирима националног права, друга правнорелевантна чињеница – брачна веза, прошла је кроз дуг период преиспитивања као основ законских наследних права. Промењени

8 Да би се отклонила ситуација да након смрти мужа жена остане без материјалних средстава за живот, а с обзиром на то да је њена егзистенција зависила од мужа, надживелој супрузи је било признато право удовичког ужитка. На тај начин је наследноправни положај жене, у одређеном смислу, повољнији од наследноправног положаја мужа. Конкретан обим удовичког ужитка зависио је од тога ко се од сродника, у конкретном случају, појављивао као наследник. Уколико су се на наслеђе позивали наследници првог или другог наследног реда, удовици је, на име удовичког ужитка, припадао део, једнак наследном делу оставиоцевих наследника из споменутих наследних редова. У конкуренцији са наследницима из трећег или било којег даљег наследног реда, удовица је имала право ужитка на целој заоставштини.

друштвено-економски односи, јачање положаја жене у породици и друштву, утицали су на то да чињеница брака буде паралелна и равноправна са чињеницом сродства као основом позивања на наслеђивање по закону.

3.1. Крвно сродство са оставиоцем у домену законског наслеђивања

Крвни сродници оставиоца деле се у три групе: оставиочеве потомци (деца, унуци, праунуци), оставиочеве преци (родитељи, дедови и бабе, прадеде и прабабе) и оставиочеве побочни сродници (браћа и сестре и њихови потомци). Потомци оставиоца су лица која потичу од оставиоца и као најближег заједничког претка имају самог оставиоца. Они у свим правним системима имају најповољнији положај у законском наслеђивању јер, по правилу, искључују из наслеђа остале оставиочеве сроднике. Када је реч о прецима оставиоца, најбољи наследноправни положај уживају родитељи оставиоца, док у групи побочних сродника (лица која са оставиоцем потичу од истих предака) браћа и сестре имају најповољнији наследноправни положај (Сворцан, 2009: 97).⁹ Потомци, преци и побочни сродници оставиоца, односно његови крвни сродници могу бити брачни или ванбрачни. При томе, основна карактеристика домаћег наследног права огледа се у поштовању принципа равноправности у наслеђивању, без обзира да ли су наследници истог или различитог пола, да ли су у питању брачни или ванбрачни сродници и да ли наслеђују домаћи или страни држављани (Стојановић, Крстић, 2008: 216).

3.1.1. Брачно сродство

Крвно сродство, како је већ напоменуто, заснива се искључиво рађањем у браку или ван брака. Брачно сродство са оставиоцем је било основна чињеница на којој је утемељено законско наслеђивање, док су све остале чињенице имале улогу допунских фактора који су кориговали основна правила законског наследног реда (Сворцан, 2009: 98). У важећем Закону о наслеђивању брачно сродство је, такође, најзначајнија чињеница за одређивање правила законског наслеђивања, али је круг сродника који могу бити законски наследници ограничен. Ограничења се односе на претке и побочне сроднике оставиоца, и не тичу се његових потомака.

У породичном праву универзално је прихваћено правило да дете које је зачето и рођено у браку има статус брачног детета. Рођењем детета

⁹ Уколико крвни сродници (браћа и сестре) потичу од пара заједничких предака називају се путородни побочни сродници, а уколико имају само једног заједничког претка (полубраћа и полусестре) називају се полуродни побочни сродници. Ако је отац различит а мајка иста називају се једноутробним, односно ако потичу од заједничког оца и различите мајке називају се једнокрвним.

успоставља се фактички однос заснован на биолошкој вези која постоји између детета и родитеља. Биолошка веза између мајке и детета (ношење и рађање) видљива је и, са становишта права несумњива, а ипак недовољна чињеница. Ради успостављања правног материнства неопходно је да, поред рођења, жена која је дете родила буде уписана у матичну књигу рођених као мајка детета.¹⁰ Брачно порекло се увек претпоставља за сва лица која се у браку роде. Када је дете рођено у браку, брачно очинство се утврђује на основу правне претпоставке о очинству мужа мајке.¹¹ Функција ове претпоставке огледа се у успостављању трајног сродничког односа између детета и оца и свих његових сродника. Правна регулатива друштвених односа потврђује оно што је у животу уобичајена појава: људи склапају брак у којем се рађају деца, а деца коју рађају мајке у браку, у највећем броју случајева, заиста биолошки потичу од њеног мужа.¹² Када је дете зачато или рођено у браку, односно у року од триста дана од дана престанка брака смрћу мужа, ако мајка није склопила нови брак, по закону, сматра се да је отац детета муж мајке. Супротно томе, уколико се биолошка основа порекла и правно стање не поклапају, претпоставка брачног очинства може се обарати доказивањем да муж мајке детета није његов природни отац једино и искључиво у судском поступку.

3.1.2. Ванбрачно сродство

У наследноправном смислу брачно и ванбрачно сродство имају исти утицај на формулисање правила законског наслеђивања. Правни поредак само различито вреднује чињеницу рођења детета на основу разлике између брака и ванбрачне заједнице. Однос ванбрачног оца према детету ПЗС не уређује, тако да права и дужности оца и његових сродника према детету рођеном у ванбрачној заједници постоје само онда када је утврђено порекло детета, признањем или правноснажном судском одлуком.¹³ Дејство утврђеног ванбрачног очинства огледа се у томе да дете стиче сва

¹⁰ Према одредби чл. 43, ст. 1 ПЗС, уколико жена која је родила дете није уписана у матичну књигу рођених као мајка, њено материнство се може утврдити једино правноснажном судском одлуком. Пријава рођења је административни поступак тако да се уписом активира оборива правна претпоставка да је мајка детета жена уписана у матичну књигу рођених.

¹¹ Чл. 45, ст. 2 ПЗС.

¹² На овај начин право поједностављује питање утврђивања порекла детета од оца, јер за разлику од ношења и рађања детета, чињеница биолошког порекла детета од оца није тако очигледна.

¹³ Видети чл. 45, ст. 4 ПЗ Србије. Одступање које је у том погледу учињено, односи се на утврђивање ванбрачног очинства у случају зачећа детета уз биомедицинску помоћ. Чл. 58, ст. 2 ПЗС гласи: "Оцем детета које је зачато уз биомедицинску помоћ сматра се и

права која закон признаје брачном детету према оцу и очевим сродницима: право на наслеђивање,¹⁴ право на издржавање, право на име, право на одржавање личних контаката, односно сва породична права и обавезе, те права и обавезе у свим осталим гранама права.

Наиме, дете, које је рођено ван брака, самим рођењем ступа у сродничке односе са својом ванбрачном мајком и њеним крвним сродницима, а да би биолошко сродство производило правна дејства и у односу са оцем, односно његовим крвним сродницима, оно мора бити установљено на један од законом предвиђених начина – признањем или судском одлуком. Дакле, у нашем праву, брачно и ванбрачно крвно сродство производе у потпуности иста наследноправна дејства, али само онда када је ванбрачно сродство на одговарајући начин утврђено.

ванбрачни партнер мајке, под условом да је за поступак биомедицински потпомогнутог оплођења дао писани пристанак.“

14 Пракса Европског суда за људска права је богата примерима правног разликовања у погледу наслеђивања ванбрачног детета, заснованом на чињеници рођења ван брака. По уверењу Суда, поштовање породичног живота подразумева постојање правних механизма у националном праву који ће обезбедити да дете од тренутка свог рођења ужива могућност потпуне интеграције у своју породицу. Такав став Суд је заузео у следећим одлукама.

У случају *Camp and Bourimi v The Netherlands*, Суд је једногласно одлучио да је дошло до кршења чл. 14 а у вези са чл. 8 Европске конвенције о људским правима (право на поштовање породичног живота). Суд своју одлуку образлаже о следећи начин: Софијан, који није имао правно признате везе са својим оцем док није проглашен законитим судском одлуком две године након рођења, није могао да наследи свог оца за разлику од детета које има овакву могућност било зато што је рођено у браку или зато што га је отац признао. Ово несумњиво доводи до разлике у третирању лица у сличним ситуацијама, базираним на рођењу. У складу са праксом овог суда, за различит однос који се темељи на рођењу ван брака, оправдани разлози морају раније постојати како би били компатибилни са Конвенцијом. Видети *Camp and Bourimi v The Netherlands*, 28369/95 [2000]ECHR 444 (3 October 2000), <http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/340.html>.

У том смислу видети и пресуду Европског суда за људска права у случају *Marckx v Belgium*, 6833/74 од 13. јуна 1979. Видети и одлуку у случају *Vermeire v Belgium*, 12849/87 од 29. новембра 1991. године. Одлука Европског суда за људска права у случају *Vermeire v. Belgium* заснована је на пресуди у случају *Marckx v Belgium*. Правно разликовање ванбрачне од брачне деце у погледу наслеђивања, по уверењу Суда, представља кршење чл. 14 а у вези са чл. 8 Европске конвенције о људским правима. Видети и пресуду у случају *Mazurek v France*, 34406/97 од 1. фебруара 2000. <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1979/2.html>.

Међутим, пре уједначавања праксе по овом питању, двадесетак година раније Европски суд за људска права је у случају *Rasmussen v Denmark*, 8777/79 од 28. новембра 1984. године заузео супротан став:

<http://www.bgcentar.org.yu/documents/RASMUSEN%20v.%20Danska.doc>.

3.2. Грађанско сродство

Грађанско сродство засновано је на правној вези. Усвојењем се заснива сроднички однос између усвојитеља и свих њихових сродника, са једне стране, и усвојеника и његових потомака, с друге стране. Како је већ напоменуто, Породични закон Србије нормативно уређује само потпуно усвојење (чл. 88–109 ПЗС), за разлику од раније важећег закона о браку и породичним односима (1980), који је, осим потпуног, предвиђао и непотпуно усвојење. Непотпуно усвојење данас не може да буде засновано, међутим, још увек има правни значај у односу на раније заснована непотпуна усвојења (чл. 358, ст. 1 ПЗС). То значи да се у области законског наслеђивања примењују одредбе о наследноправном положају грађанских сродника из потпуног усвојења, док се правила о наследним правима сродника из непотпуног усвојења примењују само докле овај облик усвојења постоји на нашем правном подручју (Стојановић, 2006: 10).

Потпуно усвојење има за последицу признавање истих наследних права сродницима из потпуног усвојења која су призната и крвним сродницима, јер усвојеник у потпуности ступа у породицу усвојитеља прекидајући све односе са својим биолошким родитељима и крвним сродницима. Наследноправни значај непотпуног усвојења је знатно мањи, с обзиром на то да се код непотпуног усвојења сродство заснива само између усвојитеља и усвојеника и његових потомака, а сродници усвојитеља не ступају ни у какве правне везе са усвојеником и његовим потомцима. Усвојеник из непотпуног усвојења не прекида везе са својим биолошким родитељима и осталим крвним сродницима (Цвејић-Јанчић, 2009: 67). Зато је стицање наследних права од стране усвојеника и његових потомака према усвојитељима условљено чињеницом да приликом заснивања непотпуног усвојења наследна права нису била ограничена или сасвим искључена. Непотпуно усвојење нема утицаја на наследна права усвојеника и његових крвних сродника.

4. Наследноправне последице брака – значај брака код законског наслеђивања

У круг потенцијалних законских наследника оставиоца, према одредби чл. 8 ЗоН-а, улази супружник чије се наследно право изводи из чињенице брака. Наследноправни положај супружника током историје је пролазио кроз различите фазе: на почетку, од потпуног занемаривања наследних права супружника, преко постепеног јачања, и на крају, наследна права супружника изједначена су са оставиочевим потомцима, односно првостепеним сродницима.

Брак је институт за који су услови настанка, трајање и начини престанка изричито законом предвиђени. Имајући у виду да правно оправдање наследног права супружника представља постојање брака у тренутку смрти оставиоца, то је неопходан услов законског наслеђивања постојање пуноважног брака у моменту смрти оставиоца. Другим речима, лице које је са оставиоцем било у браку, али је тај брак разведен или поништен за живота оставиоца није ни овлашћен да га наслеђује по основу закона. ЗоН у чл. 22 предвиђа три разлога услед којих преживели супружник неће бити законски наследник: ако је оставилац за живота поднео тужбу за развод брака, а након његове смрти се утврди да је тужба била основана; други случај када супружник може изгубити законско право да наследи постоји у случају да је брак поништен након смрти оставиоца, ако је преживели супружник био несавестан приликом склапања брака. Да би супружник изгубио наследно право, потребно је да је брак правноснажном пресудом поништен, када није од значаја ко је поднео тужбу, разлог због кога је брак поништен, нити да ли је поступак за поништај брака отпочео после оставиоцеве смрти. Трећи случај, када је заједница живота преживелог супружника са оставиоцем трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем. По правилу, престанак брака смрћу или проглашењем несталог лица за умрло не дира у законско наслеђивање супружника, а величина супружничког наследног дела зависи од наследног реда у коме се супружник налази и других околности (Антић, Балиновац, 1996: 151).¹⁵

Сродство и брачна веза у свим правима јављају се као чињенице које одређују законског наследника у конкретном случају, а њихов међусобни однос може бити координирајући, супсидирајући и искључујући, па сходно томе говоримо о повољнијем или неповољнијем положају супружника као наследника у конкуренцији са оставиоцевим потомцима, тј. крвним сродницима. *Координирајући* – када се преживели супружник позива на наслеђе заједно са осталим сродницима добијајући као законски наследник у својину једнак, већи или мањи део заоставштине, какав је случај, рецимо у нашем праву. Ово правило је релативизовано постојањем друга два правила. Било који потомак, као једини преостали наследник овог наследног реда може наследити целу заоставштину у својину, док то није истовремено и случај са супружником оставиоца, који у оквиру првог наследног реда има најбољи наследноправни положај онда када му на наслеђе конкурише само један потомак оставиоца, у ком случају

15 Супружник губи право на законско наслеђивање у свим оним случајевима када то право губи било који други законски наследник (неспособност, недостојност, искључење). У том случају супружник не може наследити и када је брак у тренутку делације био пуноважан уз постојање заједнице живота између оставиоца и супружника.

може наследити 1/2 заоставштине. Једнак наследноправни положај првостепених потомака и супружника оставиоца релативизиран је и правилом према којем наследни део супружника, у првом наследном реду, под одређеним, законом предвиђеним условима, може бити смањен у корист наследног дела оставиоцеве деце, док обрнута ситуација није могућа. *Супсидирајући* однос између сродства и брака претпоставља да се надживели супружник појављује као наследник који стиче својину на целокупној заоставштини или једном делу заоставштине умрлог супружника, под условом да нема ниједног од сродника које закон предвиђа као интестатске наследнике оставиоца, односно када ниједан од тих сродника не може или неће да наследи. *Искључујући* однос је онда када преживели супружник може у једном тренутку искључити из наслеђа извесне даље сроднике оставиоца који би иначе били позвани на наслеђе да није супружника. Супружник се у другом наследном реду може јавити као једини наследник и наследити целокупну заоставштину (Видић, 2010: 125). Чл. 11 ЗоН-а Србије прописује: „Када оставилац нема потомства, брачни друг не наслеђује у првом наследном реду.“ Супружник прелази у други наследни ред онда када оставилац нема потомке ни усвојенике (односно, онда када су они умрли пре оставиоца), или када ниједан потомак или усвојеник неће или не могу да наследе.

Наследноправни положај супружника је најмање повољан у ситуацији када му на наслеђе конкуришу најближи сродници оставиоца, односно његови потомци, при чему је његов наследноправни положај знатно повољнији у оним ситуацијама када за потенцијалне санаследнике има претке или побочне сроднике оставиоца. Специфично правило према коме постоји могућности смањења наследног дела супружника у корист деце оставиоцеве у оквиру првог наследног реда, уколико са супружником на наслеђе конкурише дете коме оставиоцев супружник није други родитељ, а супружникова имовина је већа од наследног дела који би он добио поделом заоставштине између њега и деце на једнаке делове, суд може, ако оцени да је то оправдано, доделити потомцима оставиоца део до два пута већи од наследног дела супружника, док обрнута ситуација није могућа.¹⁶ Закон захтева да наведени услови морају бити кумулативно испуњени. Основни недостатак оваквог решења огледа се у томе што се ово право не признаје и другостепеним наследницима, будући да се у животу најчешће дешава да се на наслеђе јављају малолетна лица, чија је материјална ситуација, по правилу, незавиднија у односу на остале оставиоцеве првостепене потомке, који му конкуришу на наслеђе у поједином случају (Козар, Радумило, 2015:

16 Чл. 9 ЗоН.

378).¹⁷ У том смислу, у нашој правној теорији има мишљења да би се положај свих наследника првог наследног реда могао побољшати конституисањем права доживотног уживања, а по угледу на решење које је прихваћено у оквиру другог наследног реда (Стојановић, 1998,1999: 65).

5. Непризнавање наследноправних дејстава ванбрачној заједници

За разлику од брака, чињеница ванбрачне заједнице у српском породичном и наследном законодавству нема исти значај. Чињеница ванбрачне заједнице није релевантна у области законског наслеђивања, док у породичном праву ванбрачна заједница која испуњава законске услове у погледу свог постојања, трајања и одсуства брачних сметњи производи правне последице које се тичу права на усвајање детета, утврђивање очинства детета зачетог уз биомедицинску помоћ, на издржавање и на заједничку имовину ванбрачних партнера, те права на заштиту од насиља у породици.

Уставом Републике Србије ванбрачна заједница је изједначена са браком.¹⁸ Породични закон (чл. 4) дефинише ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи. Ванбрачни партнери имају иста права и дужности супружника под условима одређеним овим законом. Прихватањем статусног концепта ванбрачне заједнице, заједница мушкарца и жене који нису закључили брак има за њих идентичне последице као да су у браку. У овом концепту, једина уочљива разлика између брака и ванбрачне заједнице огледа се у изостанку формалних услова предвиђених за склапање брака. Због тога се поставља питање шта је мотивисало српског законодавца да у наследноправној области игнорише утицај ванбрачне заједнице на законско наслеђивање, односно да не признаје могућност ванбрачном партнеру оставиоца да буде законски наследник. Штавише, исто решење заступа се и у Нацрту грађанског законика, упркос томе што ванбрачна заједница представља популаран и све чешћи начин заједничког живота. Аргументи да би другачија нормативна регулатива била у супротности са обичајима и моралом друштвеног поднебља коме припадамо су неодрживи, а са аспекта правне сигурности као основне вредности правне државе. Јасно је да

¹⁷ У том смислу, аутори сматрају да би праведније решење било повећање наследних делова у првом наследном реду, како дела потомака оставиоца на рачун супружника, тако и дела супружника на рачун осталих санаследника тог законског наследног реда, а исто тако и дела потомака на рачун делова осталих потомака, уколико околности случаја и њихове материјалне прилике то захтевају (по угледу на други законски наследни ред).

¹⁸ Видети чл. 62, ст. 5 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

законодавна политика мора бити усаглашена и континуирана и резултат свестраног разматрања односа, стања и потреба у друштва. Супротно актуелној регулативи, у правној доктрини је заузет став да нормe које се примењују на наслеђивање супружника аналогно треба применити и на ванбрачне партнере, уз уважавање специфичности ванбрачне заједнице. Ванбрачни партнер би могао бити наследник првог и другог наследног реда који би искључивао из наслеђа оставиоцеле сроднике из трећег и осталих наследних редова (Стојановић, Крстић, 2008: 218).

У европским оквирима посматрано, наследноправни утицај брачне везе квалитативно је изједначен са сродством, с обзиром на то да најчешћи вид наследноправног овлашћења супружника представља наслеђивање у својину. Исти наследноправни утицај има и ванбрачна заједница, имајући у виду чињеницу да се у претежном броју ових права ванбрачној заједници признаје идентичан обим наследноправних дејстава, који, у сваком од њих, има и чињеница брака. Ово је случај у шведском, данском, финском, чешком, мађарском, енглеском, аустријском, немачком, хрватском, холандском, словеначком законодавству (Видић, 2011: 290). У одређеном броју права, необухватање ванбрачне заједнице кругом правно релевантних чињеница у заснивању правила законског наслеђивања ипак не искључује могућност узајамног законског наслеђивања између ванбрачних партнера. Примера ради, у руском праву, ванбрачни партнер оставиоца може имати својство законског наследника, под претпоставком испуњења одређених, законом прописаних услова, који се односе на неспособност за рад, издржавање од стране оставиоца и постојање заједнице живота са оставиоцем најмање годину дана пре његове смрти. Реч је о чињеницама које имају самосталан утицај на законски наследни ред, а не ванбрачна заједница сама по себи (Видић, 2011: 294). Међутим, иако квалитативно изједначење утицаја чињенице ванбрачне заједнице са чињеницом сродства у данас савременим правним системима представља правило, конкретан наследноправни положај ванбрачног партнера није у свима њима исти. Разноликост регулативе у погледу начина решавања овог питања јавља се као последица утицаја различитих историјских, друштвених, економских, културних, социјалних, моралних и политичких фактора.

6. Завршна разматрања

На основу напред наведеног, чини се да је прикладније уместо закључка осврнути се на предлог који је нашао место у Нацрту грађанског законика у вези са јачањем наследноправног положаја супружника, будући да нема битнијих измена у области законског наслеђивања. То, пре свега, из разлога што је у европским оквирима дошло до значајних промена у

области наслеђивања. Најзначајније промене тичу се увећања наследног дела супружника и то у финском, шведском, белгијском, холандском и луксембуршком праву, у којима у одсуству потомака оставиоца преживели супружник наслеђује целокупну заоставштину, искључујући остале наследнике, што, по својој сложености, завређује посебно теоријско истраживање. Побољшање положаја супружника као наследника у Нацрту грађанског законика Републике Србије, међутим, подразумева проширивање основа наслеђивања. Поред постојећа два основа (завештање и закон) предложен је и трећи правни основ наслеђивања у виду уговора о наслеђивању.¹⁹ Ова могућност је дата само супружницима који могу да закључе уговор о наслеђивању, као искључиви уговорни субјекти. Тим уговором може једно лице да остави своју заоставштину или њен део у наслеђе свом супружнику. Такође, уговор о наслеђивању може се закључити и у корист деце једног или другог супружника, њихове заједничке деце, њихових усвојеника или других потомака. Битан услов за пуноважност уговора о наслеђивању је сагласност свих потомака супружника који ће по закону бити позивани да их наследе.²⁰

Литература

- Антић, О. (2001). *Наследно право*. Београд: Правни факултет.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Видић, Ј. (2010). *Наследноправне последице односа сродства, брачне и ванбрачне везе*, докторска дисертација. Београд.
- Видић, Ј. (2011). Наследноправни положај сродника у правој нисходној линији, супружника и ванбрачног партнера – упоредноправни преглед. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2 (XLV).
- Видић, Ј. (2014). Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68.
- Драшкић, М. (2014). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет.
- Ковачек-Станић, Г. (2014). *Породично право, партнерско, деље и старатељско*. Нови Сад: Правни факултет.
- Козар, В. Радумило, И. (2015). Наследноправни положај жене супружника у Србији од Српског грађанског законика до данас. *Култура полиса*. 27 (XII).
- Марковић, Л. (1930). *Наследно право*. Београд.

19 Видети чл. 2596 Нацрта грађанског законика РС од 29. маја 2015. године, стр. 640, <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf> (20. 10. 2016).

20 Чл. 2776–2777, ст. 1 Нацрта грађанског законика Републике Србије.

Поњавић, З. (2014). *Породично право*. Београд: Службени гласник.
Сворцан, С. (2009). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет.
Стојановић, Н. (1998,1999). Крвни сродници оставиоца као наследници првог законског наследног реда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 38–39.

Стојановић, Н. (2006). Осврт на поједина решења садржана у Породичном закону и Закону о наслеђивању Републике Србије. *Зборник радова са Научне конференције „Новине у породичном законодавству“*. Ниш: Правни факултет.

Стојановић, Н. Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији *de lege lata* и *de lege ferenda*. Тематски зборник радова *Актуелна питања грађанске кодификације*. Ниш: Правни факултет.

Цвејић-Јанчић, О. (2009). *Породично право*. Нови Сад: Правни факултет.

Правни прописи

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Законик о кривичном поступку Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Закон о становању Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 50/92, 76/92, 84/92 – испр., 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 – испр., 48/94, 44/95 – др. закон, 49/95, 16/97, 46/98, 26/2001, 101/2005 – др. закон и 99/2011.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014.

Закон о парничном поступку Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

Закон о јавном бележничтву Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

Кривични законик Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

Породични закон Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

Пракса Европског суда за људска права:

Camp and Bourimi v The Netherlands, 28369/95 [2000]ECHR 444 (3 October 2000), <http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/2003/340.html>

Marckx v Belgium, 6833/74 (13 June 1979), <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.aspitem=1&portal=hbk&action=html&highlight=6833/74&sessionid=81112006&skin=hudoc-en>

Mazurek v France, 34406/97 (1 February 2000), <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1979/2.html>

Rasmussen v Denmark, 8777/79 (28 November 1984), <http://www.bgcenter.org.yu/documents/RASMUSEN%20v.%20Danska.doc>

Vermeire v Belgium, 12849/87 (29 November 1991), hudoc.echr.coe.int

Olga Jovic-Prlainovic, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština With Temporary

Head Office in Kosovska Mitrovica

MARRIAGE AND KINSHIP IN THE FIELD OF LEGAL SUCCESSION

Summary

Marriage and relationships are the facts that play a decisive role in the formulation of rules of legal succession. Unlike the marital relationship, the fact of unmarried cohabitation, however, the Serbian hereditary legislation is not relevant in the field of legal inheritance. Unmarried partners do not belong to the group of legal successor, despite the prevailing tendency in comparative law marriage represents a material fact in the field of legal inheritance. In all modern systems, in terms of the inheritance, marriage and relationships are in the same plane. A spouse participates in the distribution of inheritance together with decujus relatives in two hereditary order, and is therefore the position of spouses in inheritance law is specific and unique. In accordance with the cultural and historical factors of each society creates an appropriate sequence of calling the relatives of legal heritage which is caused by differences in the understanding of family, kinship computing, divide relatives, understanding the assets and property.

The fact of unmarried cohabitation, the Serbian family and inheritance legislation does not have the same significance. Namely, the fact of unmarried cohabitation is not relevant in the field of legal succession, while family law, unmarried cohabitation, which fulfills the legal requirements as to their existence, duration and absence of double faults produces legal effects concerning the right to adopt a child, the paternity of a child conceived with biomedical assistance, and to serve the common property of unmarried partners, and the right to protection from domestic violence. Although qualitative equalizing influence facts unmarried cohabitation with the fact of kinship, in Europe today, existing rights, the rule, concrete inheritance position of unmarried partner is not the same in all of them. The diversity of regulations in the way of resolving the issue arises as a result of the influence of different historical, social, economic, cultural, social, moral and political factors.

Key words: *marriage, kinship, unmarried cohabitation, spouse as successor, legal succession.*

Љубица Јанић,*
 Докторанд Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ПРАВО ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА СУПРУЖНИКА, ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА И ПАРТНЕРА ИЗ ИСТОПОЛНИХ ЗАЈЕДНИЦА У СРПСКОМ ПРАВУ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA**

Апстракт: Аутор се бави анализом наследноправног положаја супружника, ванбрачних партнера и партнера из истополних заједница у праву Републике Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*. Брак је уз сродство традиционално најзначајнија правна чињеница коју је законодавац правно уважио приликом формулисања одредби Закона о наслеђивању Републике Србије, те се супружник јавља као законски наследник првог и другог законског наследног реда. Ванбрачна заједница и заједница лица истог пола нису правно релевантне чињенице у сфери законског наслеђивања према одредбама Закона о наслеђивању Републике Србије. Циљ рада је да укаже на потребу признања права законског наслеђивања ових лица у савременом српском праву.

Кључне речи: законско наслеђивање, супружник, ванбрачни партнер, партнер из истополне заједнице.

1. Увод

Закон о наслеђивању Републике Србије који је донет и ступио на снагу 1995. године,¹ право законског наслеђивања оставиоца појединим лицима гарантује на основу чињенице постојања крвног сродства, грађанског сродства или брачне везе са оставиоцем.

* ljubicajanic90@gmail.com

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, ОИ 179046, који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја.

1 Сл. гласник РС, 46/95, 101/2003 и 6/2015. У даљем тексту биће коришћена скраћеница ЗОН.

У круг законских наследника спадају оставиочеве потомци (биолошки и грађански), побочни сродници закључно са трећим степеном сродства побочне линије, оставиочеве преци без ограничења и Република Србија као последњи и нужни законски наследник. Законски наследник првог, односно другог наследног реда је и његов надживели супружник, који је у тренутку отварања наслеђа са оставиоцем био у пуноважном браку.

Право законског наслеђивања немају ванбрачни партнер оставиоца, нити партнер из стабилне истополне заједнице.

У раду ће бити представљене специфичности правног положаја супружника као законског наследника, уз критички осврт на чињеницу да законодавац није уважио ванбрачну везу нити постојање стабилне истополне заједнице у којој се оставилац налазио у тренутку отварања наслеђа.

Такође ћемо настојати да дамо предлог како би законодавац ова питања законског наслеђивања регулисао *de lege ferenda*.

2. Право законског наслеђивања супружника

Уз чињеницу сродства, брачна веза са оставиоцем је најзначајнија чињеница на основу које Закон о наслеђивању Републике Србије надживелог супружника сврстава у круг потенцијалних законских наследника.²

Као законски наследник првог наследног реда супружник на наслеђе конкурише заједно са оставиочевим потомцима,³ док у другом наследном реду на наслеђе конкурише са родитељима оставиоца и њиховим потомцима који ће се на наслеђе позвати уколико родитељи не могу или не желе да наследе, и то на основу примене права представљања.⁴

Уколико надживели супружник наслеђује оставиоца као законски наследник првог наследног реда, заоставштина се дели на једнаке делове, чиме је надживели супружник изједначен са потомцима оставиоца. Но, у теорији се запажа да је наследноправни положај потомака оставиоца донекле повољнији у односу на наследноправни положај супружника. Уколико оставилац нема надживелог супружника, целокупну заоставштину наследиће оставиочеве потомци. Супротно није могуће. Ако оставилац нема потомство, оставиочев супружник аутоматски ће прећи у други законски наследни ред (Стојановић, 2011: 114). С друге стране, положај супружника као законског наследника у начелу је повољнији у

2 Чл. 8 ЗОН.

3 Чл. 9 ЗОН.

4 Видети: чл. 9–15 ЗОН.

односу на положај оставиочевих предака и побочних сродника (Видић Трнинић, 2013: 305).

Наследни део супружника као наследника првог законског наследног реда може бити смањен, уколико оставиоца наслеђује потомак коме надживели супружник није родитељ, а имовина надживелог супружника је већа од оне која би му припала при подели заоставштине на једнаке делове.⁵ У том случају свако оставиочево дете може наследити до два пута више него супружник. До повећања наследног дела детета неће доћи аутоматски, већ једнако ако суд, пошто размотри све околности, оцени да је то оправдано.⁶ Ову могућност законодавац је прописао у циљу заштите имовинских интереса деце оставиоца који нису истовремено потомци надживелог супружника⁷ (Стојановић, Крстић, 2008: 221).

Када наслеђује као наследник другог наследног реда, супружник наслеђује једну половину заоставштине, док друга половина заоставштине припада оставиочевим родитељима. Уколико један од родитеља није жив, не може или не жели да наследи, његов наследни део наследиће његови потомци применом права представљања. Ако оставиочеве родитељи немају потомства, а не могу или неће да наследе, надживели супружник наслеђује целокупну заоставштину.⁸ Стога ће супружник као једини законски наследник оставиоца у другом наследном реду искључити од позивања на наслеђе остале оставиочеве сроднике из трећег и даљих наследних редова. С друге стране, право на једну половину заоставштине, колико надживели супружник стиче као наследник право законског наследног реда јесте највише колико је надживели супружник могао да

5 Чл. 9, ст. 2 ЗОН. Прописујући могућност да наследни део деце у првом законском наследном реду може бити повећан, законодавац је у обзир узео чињеницу да супружнику, осим законског наследног дела, припада и право на деобу заједничке тековине, као и право на предмете домаћинства. О условима под којима ће доћи до смањења наследног дела супружника у првом законском наследном реду више у (Стојановић, 2011: 120 и даље).

6 Чл. 9 ЗОН.

7 У литератури се истиче да је, за разлику од ранијег законског решења које је прописивао Закон о наслеђивању из 1974. године, овим законским решењем ЗОН омогућио је судији да приликом одлучивања оствари креативнију улогу. Ово стога што је суду у сваком конкретном случају остављено да цени да ли је повећање наследног дела првостепеног потомка оставиоца на рачун наследног дела надживелог супружника који му није родитељ, оправдано. Такође, важеће законско решење прописује да наследни део потомка оставиоца може бити повећан до два пута, за разлику од раније важећег законског решења које је прописивало да ће се наследни део првостепеног потомка оставиоца повећати два пута (више у: Стојановић, Крстић 2008: 220).

8 Чл. 12, ст. 2 ЗОН.

наследи као наследник првог законског наследног реда (Антић, Балиновац, 1996: 136).

ЗОН прописује могућност повећања наследног дела супружника као наследника другог законског наследног реда. До повећања наследног дела супружника у другом наследном реду доћи ће уколико супружник нема нужних средстава за живот. До повећања наследног дела у другом законском наследном реду неће доћи аутоматски, јер о овој могућности суд не води рачуна по службеној дужности. Неопходно је да супружник поднесе захтев у року од годину дана од смрти оставиоца, а суд ће о оправданости захтева одлучити ценећи околности конкретног случаја.⁹

Надживели супружник који наслеђује као наследник другог законског наследног реда може, уколико нема нужних средстава за живот, да поднесе захтев за доживотно уживање на целини или делу заоставштине коју су наследили потомци оставиоца.¹⁰ Услов за остварење овог права је да супружник захтев за повећање наследног дела поднесе у року од годину дана од смрти оставиоца. До повећања наследног дела супружника у првом законском наследном реду не долази аутоматски, већ је суд овлашћен да, у зависности од околности конкретног случаја, цени оправданост повећања наследног дела супружника. ЗОН изричито наводи које околности суд узима у обзир приликом одлучивања, наводећи да су то дужина трајања заједнице живота оставиоца и надживелог супружника, имовно стање и способност за привређивање супружника и осталих наследника, као и вредност заоставштине.¹¹ Ако надживели супружник умре пре остварења права на повећање наследног дела, то право не прелази на његове наследнике.¹² Брачни друг и остали наследници увек могу споразумом доживотно уживање преиначити у доживотну ренту. Када се промене прилике због којих је надживелом супружнику припало доживотно уживање или рента, суд може, на захтев осталих наследника доживотно уживање или ренту укинути. При одлучивању, суд нарочито цени лично, брачно или имовно стање надживелог супружника и осталих наследника.¹³

9 Чл. 23, ст. 1 ЗОН.

10 Плодоуживање представља један од облика личне службености, као стварног права на туђој ствари, које титулара овлашћује на свеобухватну употребу и прибирање плодова са туђе ствари, без права захватања у супстанцу послужног добра. Власник ствари на којој је успостављено право плодуживања за време трајања овог права има једино „голу својину“ која не укључује овлашћење да ствар држи, да је користи и да прибира плодове ствари. О плодуживању више код: Лазић, 2000.

11 Чл. 23 ЗОН.

12 Чл. 24 ЗОН.

13 Чл. 25 ЗОН.

Омогућавањем да наследни део супружника у другом законском наследном реду буде повећан у форми плодуживања, законодавац је настојао да заштити интересе супружника, али и интересе осталих сродника оставиоца који у конкретном случају наслеђују, јер спречава да они дефинитивно изгубе део заоставштине (Стојановић, 2011: 124).

У појединим случајевима ЗОН прописује могућност смањења наследног дела супружника, као наследника другог законског наследног реда. До смањења наследног дела супружника долази у корист родитеља оставиоца и њихових потомака. Ово ће бити могуће уколико супруг наслеђује као законски наследник другог наследног реда; ако више од половине заоставштине оставиоца чине наслеђена добра; ако заједница живота између оставиоца и супружника није трајала дуже време; и ако неко од наследника захтева смањење наследног дела супружника (Стојановић, Крстић, 2008: 222). Сви услови морају бити кумулативно испуњени.

Дакле, ни у овом случају до промене у величини наследног дела супружника неће доћи аутоматски. Да би до смањења наследног дела супружника дошло, неопходно је да остали наследници у року од једне године од оставиоцеве смрти захтевају смањење наследног дела. Суд ће наследни део супружника смањити до четвртине заоставштине, ако утврди да заједница живота оставиоца и супружника није трајала дуже времена. ЗОН изричито наводи о којим ће околностима суд нарочито водити рачуна приликом одлучивања о основаности захтева – то су вредност оставиоцевих наслеђених добара и дужина трајања заједнице живота оставиоца и надживелог супружника.¹⁴

Све док се не реши о захтеву осталих наследника надживели супружник може уместо наслеђа у својину изабрати доживотно уживање на половини заоставштине. Ако супружник умре пре давања изјаве о избору, његови наследници могу наследити само у својину.¹⁵ Као спорно се у литератури појавило питање да ли ће супружник који је добио аликвотни део заоставштине на плодуживање одговарати за дугове оставиоца. Као одговарајуће прихватамо решење које домаћа правна теорија нуди, угледајући се на решење из упоредног права, а према коме би плодуживалац директно одговарао за оставиоцеве дугове у

14 Чл. 26 ЗОН. Чл. 27 ЗОН прописује да ће, ако наследник, који није захтевао смањење наследног дела супружника, умре пре истека рока за постављање захтева, то право припасти његовим потомцима, ако су његови наследници, у року од шест месеци од његове смрти.

15 Чл. 28 ЗОН. У литератури се указује на појаву нераспоређеног дела заоставштине, односно тзв. „својинског вишка“ уколико надживели супружник изабере право уживања на једној половини заоставштине, уместо смањеног дела заоставштине који би стекао у својину. Више о проблему својинског вишка видети у: Стојановић, Крстић 2008: 223.

вредности стечених прихода умањених за обезбеђење минимума његових егзистенцијалних потреба¹⁶ (Стојановић, Крстић, 2008: 224). Овакво решење је правично јер, поред обезбеђења егзистенцијалних потреба супружника, штити интересе оставиоцевих поверилаца. Како у судској пракси и правној теорији не би било недоумица, предлажемо да приликом евентуалне измене наследноправних прописа ово решење буде изричито прописано.

Такође, сматрамо да би било корисно увести решење из француског правног система, а на које указује домаћа правна теорија и које се односи на право привремене употребе стана од стране супружника након отварања наслеђа (Стојановић, 2005: 668). На тај начин надживели супружник би имао обезбеђено задовољење потребе за станом у одређеном периоду након смрти оставиоца, без дирања у право својине над стамбеним простором који улази у заоставштину оставиоца.¹⁷

Брачни друг и остали наследници увек могу споразумом доживотно уживање преиначити у доживотну ренту.¹⁸

У литератури се наводи да је законодавац могућност смањења наследног дела супружника као законског наследника другог наследног реда прописао ради остварења два циља – потребе за очувањем добара старине у широј породичној заједници оставиоца и потребе за умањењем штетних последица закључења бракова из рачуна (Антић, Балиновац, 1996: 169).

ЗОН прописује у којим случајевима ће надживели супружник изгубити право законског наслеђивања. Разлози који према одредбама ЗОН доводе до губитка овог права условљени су природом брачне везе, јер она не мора нужно имати трајан карактер. Стога је претпоставка да не би било правично у одређеним ситуацијама да надживели супружник наследи оставиоца, иако је у тренутку његове смртни још увек постојао пуноважни брак.¹⁹

16 Ово решење прихваћено је у француском праву (наведено према Стојановић, 2005: 666).

17 Видети чл. 763 Француског грађанског законика.

18 Чл. 30 ЗОН. Ради се о уговорном преиначењу права плодуживања као ограниченог стварног права које власнику ствари оставља само „ голу својину“ без могућности да ствар на којој је установљено стварно право личне службености доживотног уживања држи и да је користи. С друге стране, право на доживотну ренту је облигационоправне природе и као такво рађа обавезу периодичне исплате одређене суме новца (новчана рента), или предају одређене количине заменивих ствари (натурална рента) супружнику (Антић, Балиновац, 1996).

19 Истиче се у теорији да су ситуације у којима супружник губи право законског наслеђивања, одговор на ситуације које би биле директно супротстављене оставиоцевој

Ово ће бити у оним ситуацијама када је оставилац поднео тужбу за развод брака, а након његове смрти се утврди да је тужба била основана; ако је његов брак са оставиоцем поништен после оставиоцеве смрти, а из разлога који су надживелом супружнику били познати у тренутку његовог закључења; као и ако је заједница живота надживелог супружника са оставиоцем трајно престала његовом кривицом или у споразуму са оставиоцем.²⁰

3. Право законског наслеђивања ванбрачних партнера

Према чл. 4 Породичног закона Републике Србије ванбрачна заједница представља трајнију заједницу живота два лица различитог пола, између којих нема брачних сметњи²¹, док су у теорији дате различите дефиниције ванбрачне заједнице, са инсистирањем на појединим њеним конститутивним елементима. Проф. Драшкић ванбрачну заједницу дефинише као животну заједницу једне жене и једног мушкарца који нису склопили брак (Драшкић, 2005: 157).

Често се у теорији као услов за признање правног дејства ванбрачне заједнице наводе елемент трајности, стабилности, сличност са браком, а понекад и рођење заједничког детета (Ковачек-Станић, 2014: 184). Осим елемената који су заједнички за брак и ванбрачну заједницу, поједини аутори као конститутивне елементе ванбрачне заједнице наводе нарочито њену стабилност и дуже трајање, односно ноторност која је издваја као посебни квалитет (Поњавић, 2007: 122).

вољи или јавном поретку (у случају постојања ништавог брака) (Антић, Балиновац, 1996: 151).

20 Чл. 22 ЗОН.

21 *Сл. гласник РС*, 18/2005. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница ПЗ.

Након дугог периода правног непрепознавања,²² ванбрачна заједница у Републици Србији данас је уставна категорија,²³ док су породичноправним законодавством ванбрачни партнери изједначени са супружницима.²⁴

Но, иако је ванбрачна заједница у савременом српском праву правно изједначена са браком, Закон о наслеђивању Републике Србије не препознаје ванбрачну заједницу као чињеницу од значаја за законско наслеђивање. Ванбрачни партнер не конкурише на наслеђивање као законски наследник оставиоца.²⁵ На овај начин, трајнија заједница живота лица различитог пола није уважена приликом установљавања права законског наслеђивања.

Одлучивши се за овакво законско решење, српски законодавац је пренебрегнуо ванбрачну заједницу као категорију која је у српском друштву реално постојећа алтернатива браку за велики број парова.²⁶ Оправдање за овакав став српског законодавца често се налази у потреби за заштитом принципа правне сигурности, услед одсуства било какве формалности приликом заснивања и престанка ванбрачне заједнице у српском праву,²⁷ у историјском наслеђу и културном контексту који постоји

22 Породичноправна дејства ванбрачне заједнице први пут су правно регулисана у Србији Законом о браку и породичним односима из 1980. године. Чл. 16, ст. 1 овог закона прописује да је ванбрачна заједница изједначена са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање и других имовинскоправних односа, под условима и на начин прописан овим законом. Овом формулацијом ванбрачна заједница изједначена је са брачном у породичноправној сфери, док формулација чл. 4, ст. 2 ПЗ изједначује ванбрачну заједницу са брачном нелимитирано на породичноправну сферу јер је овом одредбом прописано да ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима прописаним овим законом (наведено према: Панов, 2010: 147).

23 Одредбом чл. 62, ст. 5 Устава РС под рубромом „Право на закључење брака и равноправност супружника“ прокламује да се ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом. *Сл. гласник РС*, 98/2006.

24 Чл. 4, ст. 2 ПЗ прописује да ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима прописаним законом.

25 Види одредбе чл. 4–21 ЗОН.

26 Према подацима добијеним на основу пописа становништва Републике Србије из 2011. године, у Републици Србији има 116.914 ванбрачних заједница од којих је 48.943 ванбрачних парова без деце, односно 67.971 ванбрачних парова који имају заједничко потомство (наведено према: Статистички годишњак Републике Србије, 2015: 47).

Са друге стране, према једном истраживању из 2013. године у Европској унији 22,9% младих узраста од 19 до 29 година живи у ванбрачној заједници (наведено према: Половина, Жерапац, 2016: 459–475). Преузето 25. 10. 2016. <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Aktuelnosti/StatGod2015.pdf>

27 Српски законодавац је заснивање ванбрачне заједнице ослободио обавезе наметања било какве форме. Није прописана обавеза регистрације ванбрачне заједнице као услов за признање правних дејстава. Са друге стране, да би ванбрачна заједница

на овим просторима, утицају правила црквеног права²⁸ и владајућих моралних схватања друштва.

С друге стране, потпуним игнорисањем ванбрачне везе као чињенице од значаја за законско наслеђивање у Републици Србији, српски законодавац је пренебрегнуо околност да је у већини земаља европског правног простора у сфери законског наслеђивања ванбрачни партнер правно изједначен са супружником.²⁹ Тиме законодавац није уважио чињеницу да су се обрасци породичног живота последњих деценија изменили, а да је лице које је често годинама живело у ванбрачној заједници са оставиоцем са њиме развило чврсте емотивне везе и да је његов истински животни сапутник (Стојановић, Крстић, 2008: 218).

Изостављање ванбрачног партнера као законског наследника, препознајемо као највећи недостатак важећег закона о наслеђивању у сфери законског наслеђивања. Иако често можемо чути аргументе да би признавањем права законског наслеђивања ванбрачном партнеру могао настати проблем доказивања њеног постојања – тренутка њеног заснивања и престанка, као и њене трајности, чини се да је законодавац потпуно неоправдано изоставио ванбрачног партнера из круга законских наследника. Право је појединаца да слободно одлучује да ли ће или неће склопити ванбрачну заједницу, без трпљења било каквих негативних последица одлуке да у овакву заједницу уђе.

Основни квалитет ванбрачне заједнице одувек је чињеница да она као таква представља заједницу која није оптерећена било којим видом форме и да за појединца одлучивање на који начин ће са емотивним партнером

производила правна дејства закон прописује да је неопходно да се ради о „трајнијој“ заједници живота мушкарца и жене, не одређујући ближе шта се може сматрати трајнијом заједницом живота.

28 Став цркве према ванбрачној заједници или конкубинату изнет је у § 126 Брачног правилника Српске православне цркве, где се наводи да је ванбрачни однос заједнички живот и трајна полна заједница лица различитог пола која нису везана светом тајном брака. Црквена власт дужна је старати се да се православна лица која живе ванбрачно венчају, а ако то не желе да се раздвоје. Даље се овом одредбом прописује да ће се лица православне вере која живе у ванбрачној заједници казнити црквеном казном, док ће се деца из тог односа сматрати за незакониту. Текст Брачног правилника Српске православне цркве доступан на <http://www.rastko.rs/bogoslovlje/bracna-pravila>. Преузето 15. 10. 2016. Више о ставу цркве према ванбрачној заједници у: Деврња, 2014: 205–222.

29 Примера ради, прва држава која је признала законско право наслеђивања била је Словенија која је то учинила 1976. године. Данас је право законског наслеђивања ванбрачном партнеру признато у праву Хрватске, Данске, Шведске, Финске, Белгије, Немачке, Грчке, Мађарске и у другим земљама. Више о наследноправном положају ванбрачног партнера као законског наследника у појединим државама Европе у: Видић Трнинић, 2014: 407–424.

остварити заједницу живота треба да представља простор слободе његове личности због којег не треба да трпи било какво ускраћивање права. Заједница живота која постоји између ванбрачних партнера представља квалитет који у потпуности одговара заједници супружника.³⁰ Штавише, заједница живота представља суштину ванбрачне заједнице, која за разлику од брака без њеног остварења не може ни постојати.³¹ Свако наметање форме у виду регистрације ванбрачне заједнице представља недопуштено мешање у сферу која би требало да буде ослобођена од форме.³²

У правној теорији наилазимо на прихватљив став да би правни положај ванбрачног партнера као законског наследника требало уподобити правном положају супружника као законског наследника, што би подразумевало сходну примену одредби ЗОН које регулишу право законског наслеђивања супружника (Стојановић, 2011: 218).

Прихватањем овог решења, ванбрачни партнер би на наслеђе конкурисао као законски наследник првог наследног реда са потомцима оставиоца, односно као наследник другог наследног реда са родитељима оставиоца и њиховим потомством. На тај начин, законодавац би законска решења приближио претпостављеној вољи оставиоца, јер је претпоставка да су емотивне везе између ванбрачних партнера подједнако јаке као оне које постоје између супружника.

Не би требало наследноправна дејства ванбрачне заједнице условљавати елементима форме, па ни регистрацијом. Не би требало прописати дужину трајања заједнице живота као услов за стицање

30 Проф. Сворцан истиче да су брачна и ванбрачна заједница по својим суштинским обележјима потпуно исте, да и брачна и ванбрачна заједница настају на основу сагласности воља два лица супротног пола, да обе заједнице настају на основу истих мотива и са истим циљем, и ради задовољења истих потреба. Више о сличностима и разликама између брачне и ванбрачне заједнице у: Сворцан, 1999: 164.

31 Проф. Сворцан под ванбрачном заједницом подразумева ону заједницу живота између два лица супротног пола, која је по својим карактеристикама иста као брачна заједница, с тим што заснивање ванбрачне заједнице настаје без закључења брака. Зато се за означавање ванбрачне заједнице често користи термин „слободна заједница“, којим се нарочито истиче неформално заснивање ванбрачне заједнице (више у: Сворцан, 1999: 150).

32 Као услов за стицање узајамног права законског наслеђивања ванбрачних партнера у правима појединих држава прописана је обавеза регистрације ванбрачне заједнице. Овакво решење постоји примера ради у праву Шведске, Данске, Финске, Чешке, Мађарске, Енглеске, Белгије и Холандије. У појединим правним системима као услов за стицање права законског наслеђивања ванбрачног партнера прописано је одређено трајање заједнице живота. У праву Ирске неопходно је да су ванбрачни партнери живели у ванбрачној заједници најмање пет година, односно најмање две године уколико имају заједничку децу (наведено према: Видић Трнинић, 2014: 412).

наследничког својства, нити на било који други начин условљавати стицање наследничког својства непосредно на основу закона.

Ванбрачну заједницу требало би разумети на начин на који је дефинише Породични закон Републике Србије, при чему би правни стандард „трајнија заједница живота“ из дефиниције коју Породични закон Републике Србије усваја као фактичко питање чије постојање би суд требало да утврђује у сваком конкретном случају (Видић Трнинић, 2014: 421).

Имајући у виду јасан процес у правцу препознавања ванбрачног партнера као законског наследника у упоредним законодавствима, донекле је чудно опредељење редактора Преднацрта Грађанског законика Републике Србије да не предвиде измене постојећих законских решења и не пропишу право законског наслеђивања ванбрачних партнера. Наиме, према одредби чл. 2602 Преднацрта, ванбрачни партнер не улази у круг законских наследника оставиоца.³³

4. Наследноправни положај партнера из истополних заједница

Иако је у већини правних система признато одређено правно дејство истополним заједницама, као трајнијим заједницама живота особа хомосексуалне оријентације³⁴, право Републике Србије истополним заједницама не признаје никакво правно дејство.

Србија још увек није донела закон о истополним заједницама.³⁵ С друге стране, ни редактори Преднацрта Грађанског законика РС нису учинили било какав помак у погледу правног регулисања ове области друштвених односа. Према одредбама Преднацрта стављеним на јавну расправу, брак је законом уређена заједница живота једног мушкарца и једне жене, док је ванбрачна заједница такође резервисана искључиво за лица различитог пола. Питање истополних заједница Преднацрт Грађанског законика РС

33 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. Приступ 10.10.2016. http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacrt.pdf

34 Прва држава која је усвојила Закон о регистрованим заједницама 1989. године је Данска, док у периоду од 2000. до 2012. године седам држава у Европи дозволило закључење истополног брака. Крајем 2015. године у 23 државе Европске уније, од укупно 28 држава чланица, правно је регулисан неки облик истополних заједница (више у: Крешић, 2015).

35 У Републици Србији две организације за заступање и заштиту интереса особа хомосексуалне оријентације израдиле су Модел закона о регистрованим истополним заједницама. Чл. 32 Модела закона предвиђа да ће регистровани партнер имати право наслеђивања под истим условима као и супружник. Приступ 20.10.2016. <http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Model-zakona-o-registrovanim-istopolnim-zajednicama.pdf>

оставља за евентуално правно регулисање посебним законом, чиме су редактори Преднацрта избегли наметање решења која би широј јавности била неприхватљива.³⁶

Како истополне заједнице нису правно препознате, то ни питање наследноправног положаја партнера из истополних заједница није правно регулисано.

На тај начин се Република Србија сврстава међу државе које партнерима из истополних заједница не признају никаква права, па ни право законског наслеђивања. Ово није у складу са универзалним процесом који се у свету одвија још од краја осамдесетих година прошлог века, као ни са установљеном праксом Европског суда за људска права чије су одлуке за Републику Србију правно обавезујуће.³⁷

Европски суд за људска права је у својим одлукама признао особама хомосексуалне оријентације које се налазе у стабилним истополним заједницама право на наслеђивање³⁸, наставши да се ова лица налазе у ситуацији упоредивој са оном у којој се налазе супружници или ванбрачни партнери хетеросексуалне оријентације. У својим одлукама, ЕСЉП позивао се на универзални процес правног препознавања истополних заједница, као и гарантовања права која традиционално припадају супружницима и ванбрачним партнерима. Свако неоправдано разликовање представљало

36 Види чл. 2214 и чл. 2215 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

37 Бројне су пресуде у којима је ЕСЉП одлучивао о постојању дискриминације по основу сексуалне оријентације. Примера ради: пресуда *Smith and Grady v. the United Kingdom*, представка бр. 33985/96 и 33986/99 од 25. септембра 1999. год.; пресуда *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, представка бр. 31417/96 и 32377/96 од 27. септембра 1999. год.; *Salguero Da Silva Mouta v. Portugal*, представка бр. 33290/96, од 21. децембра 1999. год.; *Frette v. France*, представка бр. 36515/97, од 26. фебруара 2002. год.; *Karner v. Austria*, представка бр. 40016/98, од 24. јула 2003. год.; *Schalk and Kopf v. Austria*, представка бр. 30141/04, од 24. јуна 2010. год.; *Vallianatos and Others v. Greece*, представка бр. 29381/09 и 32684/09, од 7. новембра 2013. год. Приступ 5. 10. 2016. www.coe.hudoc.org

38 У пресуди Карнер против Аустрије ЕСЉП нашао је да је дошло до дискриминације на основу сексуалне оријентације у погледу уживања права на приватан и породичан живот гарантованог Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. У конкретном случају, надживелом партнеру из фактичке истополне заједнице која је трајала годину дана ускраћено је право да наследи право закупа стана преминулог истополног партнера. У параграфима 40 и 41 пресуде Европски суд за људска права изнео је став да иако је заштита породице у традиционалном смислу убедљив и легитиман разлог којим би се могла правдати разлика у третмау партнера из истополних заједница, ипак ускраћивање права на наслеђивање закупа стана није мера која је пропорционална, сразмерна прокламованом циљу, те у том смислу постоји повреда права. *Karner v. Austria*, представка бр. 40016/98, од 24. јула 2003. год. Приступ 5. 10. 2016. www.coe.hudoc.org

би дискриминаторно поступање. С друге стране, ни потреба за заштитом традиционалне породице више није аргумент који би по правилу доводио до ускраћивања права припадницима ове мањинске групе.

За Републику Србију је од посебне важности најновија пракса Европског суда за људска права, јер је Европски суд за људска права заузео јасан став да је обавеза државе да обезбеди амбијент у коме ће особе хомосексуалне оријентације остваривати своје право на приватан и породични живот, без дискриминације, гарантовано Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.³⁹

Имајући у виду све наведено, потребно је да Република Србија донесе закон којим ће регулисати правни положај партнера из истополних заједница, као и законско право међусобног наслеђивања.

Поставља се питање на који начин би ово право требало уредити. Сматрамо да би наследноправни положај партнера из стабилних истополних заједница требало да буде једнак наследноправном положају партнера из ванбрачних заједница, односно да наследноправни положај партнера из било ког облика регистрованог партнерства требало да буде једнак наследноправном положају супружника, и то како у сфери законског, тако и у сфери завештајног и нужног наслеђивања. Другачије правно регулисање права партнера из истополне заједнице представљало би неједнак третман по основу сексуалне оријентације који нема објективно и разумно оправдање, те у том смислу представља дискриминацију.⁴⁰

Са становишта избора метода законодавне технике, поставља се питање да ли право законског наслеђивања партнера из истополних заједница регулисати Законом о наслеђивању, односно одредбама будућег грађанског законика који се односе на наслеђивање, или положај партнера из истополних заједница у целости регулисати посебним законом.

Мишљења смо да би било сврсисходно право законског наслеђивања партнера из истополних заједница регулисати посебним законом, при чему ће се на питања која тим законом нису регулисана сходно примењивати одговарајуће одредбе наследноправних прописа које се односе на право законског наслеђивања супружника, односно ванбрачних партнера.

5. Закључак

Српски законодавац на јасан и прецизан начин регулише правни положај супружника као законског наследника, уз уношење појединих новина у односу на ранија законска решења. Брачна веза са оставиоцем,

39 Види пресуду *Oliary and Others v. Italy*, бр. представке 18766/11 од 21. 10. 2015. године. Приступ 2. 9. 2016. www.coe.hudoc.com

40 Чл. 21 Закона о забрани дискриминације. *Сл. гласник РС*, 22/2009.

поред крвног сродства, јесте најзначајнија чињеница од значаја за законско наслеђивање. Законодавац је уважио чињеницу да најснажније емотивне везе постоје између супружника који су једно другом животни партнери и упућени су једно на друго, те је претпоставка да би оставилац желео да га надживели супружник наследи заједно са његовим потомцима, односно родитељима уколико нема потомака који могу и желе да га наследе. Стога је ЗОН прописао право узајамног наслеђивања супружника, уз поштовање начела равноправности.

Водећи рачуна о потребама појединих наследника – потомака оставиоца и његових родитеља, ЗОН је прописао могућност смањења наследног дела супружника када потребе првостепених потомака оставиоца то захтевају. Истовремено је законодавац прописао могућност повећања наследног дела супружника када суд нађе да је повећање наследног дела супружника оправдано јер нема нужних средстава за живот. У односу на раније важеће наследноправне прописе, новину представља могућност да до повећања наследног дела супружника дође у виду плодуживања на целој или на делу заоставштине оставиоца. Овим законским решењем се поред интереса супружника штите и интереси осталих наследника, јер из природе плодуживања као личне службености произлази да стицање супружника није дефинитивно.

О квалитету одредби посвећених праву законског наслеђивања супружника говори и чињеница да су од стране редактора Преднацрта Грађанског законика готово у целини преузете и инкорпорисане у текст предлога решења за будући Грађански законик, при чему је једино извршено термилошко усклађивање са породичноправним законодавством, те се термин „брачни друг“, употребљен у ЗОН, више не користи и замењен је термином супружник.

Но, можда најдрастичнија замерка упућена постојећем законском тексту, као и тексту Преднацрта Грађанског законика, односи се на чињеницу да у круг законских наследника не улази ванбрачни партнер који је у тренутку делације био у ванбрачној заједници са оставиоцем. Имајући у виду да је ванбрачна заједница уставна категорија чија суштина почива на заједници живота која као квалитет у потпуности одговара брачној заједници, то је овакво решење српског законодавца неодрживо.

Искључивање ванбрачног партнера из круга законских наследника више пута је критиковано у правној теорији, па чуди опредељење редактора Преднацрта Грађанског законика Републике Србије да приликом формулисања одредби посвећених законском наслеђивању остану при решењу које постоји у ЗОН. Сматрамо да би ванбрачном партнеру требало признати једнако наследно право какво има супружник.

Следеће питање којим се последњих година бави домаћа правна теорија јесте питање правног положаја партнера из истополних заједница као законског наследника. Ставови домаће правне мисли још увек се формирају на основу сазнања која доноси проучавање упоредних законодавстава и судске праксе међународних правосудних институција. Све већи је број држава које доносе законе о истополним заједницама у којима прописују право законског наслеђивања партнера хомосексуалне оријентације. Република Србија још увек није донела закон у овој области и нема неких значајнијих назнака да ће се у скоријој будућности овако нешто десити. Ни редактори Преднацрта Грађанског законика нису понудили било каква решења. Но, сматрамо да би и ово питање требало правно уредити и домаћи правни систем ускладити са ставовима које је Европски суд за људска права више пута изражавао у својим одлукама.

Стога би и партнерима из истополних заједница требало признати право законског наслеђивања какво имају супружници, односно какво би требало да имају ванбрачни партнери, у зависности од тога да ли се ради о фактичким истополним заједницама или регистрованим истополним заједницама. Сматрамо да се партнери из истополних заједница налазе у ситуацији која је упоредива са оном у којој се налазе супружници, односно ванбрачни партнери из хетеросексуалних заједница. Свако разликовање засновано на сексуалној оријентацији је забрањено и представља дискриминацију.

Литература

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.

Брачни правилник Српске православне цркве. Преузето 15. 10. 2016. <http://www.rastko.rs/bogoslovlje/bracna-pravila>

Видић Трнинић, Ј. (2014). Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 2 (LIII). 407–424.

Видић Трнинић, Ј. (2013). Наследноправни положај сродника у правој усходној и побочној линији, супружника и ванбрачног партнера, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 295–330.

Деврња, З. (2014). Ванбрачне заједнице – канонскоправна перспектива. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LXII). 205–222.

Драшкић, М. (2005). *Породично право и права детета*. Београд: Службени гласник.

Ковачек-Станић, Г. (2014). *Породично право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Крешић, Б. (2015). *Заједнице живота особа истог пола у праву земаља Европске уније*. Сарајево: Сарајевски отворени центар. Преузето 20. 10. 2016. http://soc.ba/site/wp-content/uploads/2015/06/Boris_final_za-web.pdf

Лазић, М. (2000). *Личне службености*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Модел закона о регистрованим истополним заједницама. Преузето 20. 10. 2016. <http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Model-zakona-o-registrovanim-istopolnim-zajednicama.pdf>

Панов, С. (2010). *Породично право*. Београд: Правни факултет у Београду.

Половина, Н. Жегарац, М. (2016). Тема заснивања сопствене породице у визијама будућности адолесцената. *Теме*. 2(XL). 459–475.

Поњавић, З. (2007). *Породично право*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Преднарт Грађанског законика РС. Преузето 10.10.2016. http://www.propisi.com/assets/files/gradjanski_zakonik_RS-prednacr.pdf

Републички завод за статистику. (2015). *Статистички годишњак Републике Србије*. Преузето 15. 10. 2016. <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Aktuelnosti/StatGod2015.pdf>

Сворцан, С. (1999). *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Стојановић, Н. Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Актуела питања грађанске кодификације*, Зборник радова. Ниш: Правни факултет у Нишу. 215–232.

Стојановић, Н. (2005). Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона. *Правни живот*. 10. 665–682.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 98. 2006.

Породични закон Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 18. 2005.

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 46. 1995.

Пресуда *Oliary and Others v. Italy*. Представка бр. 18766/11 од 21. 10. 2015. године. Преузето 2. 9. 2016. www.coe.hudoc.com

Закон о забрани дискриминације. *Сл. гласник РС*. Бр. 22. 2009.

Пресуда *Smith and Grady v. the United Kingdom*. Представка бр. 33985/96 и 33986/99. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*. Представка бр. 31417/96 и 32377/96. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Salguero Da Silva Mouta v. Portugal*. Представка бр. 33290/96. Преузето 21.10.2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Frette v. France*. Представка бр. 36515/97. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Karner v. Austria*. Представка бр. 40016/98. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Schalk and Kopf v. Austria*. Представка бр. 30141/04. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.com

Пресуда *Vallianatos and Others v. Greece*. Представка бр. 29381/09 и 32684/09. Преузето 21. 10. 2016. www.coe.hudoc.org

Ljubica Janić,

Student of doctoral studies,

Faculty of Law, University of Niš

**THE RIGHT TO LEGAL INHERITANCE OF SPOUSES,
COHABITANTS AND SAME-SEX PARTNERS IN SERBIAN
LAW DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA**

Summary

This paper presents the legal situation of a spouses, cohabitants and same-sex partners who live in some form of civil union regarding Republic of Serbia succession law de lege lata and de lege ferenda. The author is trying to point out specifics that characterize the situation of spouses as the legal successor in the first or second order of succession. Also, the author has pointed to the need for legal recognition of the right of inheritance for unmarried partners and same-sex partners from the community, which would enable domestic legislator to join a growing number of countries that are doing the same. This way, the domestic legal system will be put into line with the views of the European Court of Human Rights expressed in its decisions.

Key words: *legal inheritance, spouse, cohabitants, same-sex partners.*

Ивана Евтимов,*
 Докторанд Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

МОГУЋНОСТ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА ДА ЗАХТЕВАЈУ ПРЕОБРАЖАЈ ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ОБЛИГАЦИОНОПРАВНЕ ПРИРОДЕ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

Апстракт: Законом о наслеђивању Републике Србије из 1995. године, законодавац је облигационоправну концепцију природе права на нужни део поставио за *presumptio iuris tantum*, предвидевши могућност нужних наследника да захтевају намирење у облику аликвотног дела заоставштине. У фокусу ауторовог интересовања стоје три питања: да ли нужни наследници у пракси захтевају намирење новчане противвредности нужног дела или се опредељују за намирење *in parta*? који су разлози који утичу на опредељење нужних наследника за једну од датих концепција? и да ли судови који одлучују по тужбеним захтевима који гласе на намирење у уделу заоставштине утврђују основаност захтева за преображајем природе права на нужни део кроз призму субјективних и објективних разлога или одлуке доносе без такве оцене? Ради одговора на постављена питања, аутор анализира одговарајуће одредбе Закона о наслеђивању Републике Србије, указује на гледишта наших теоретичара, и даје приказ релевантних решења из судске праксе. На крају, аутор износи закључке, указује на нужност правилног имплементирања одредаба Закона о наслеђивању Републике Србије у пракси, на предности и недостатке постојеће регулативе и на неопходност њеног прилагођавања социјалном реалитету.

Кључне речи: право на нужни део, правна природа, преображај, оправданост.

* evtimovivana@yahoo.com

1. Уводна разматрања

Субјектима у праву дато је право располагања својом имовином. То право субјекти реализују располагањима за живота (*inter vivos*) и за случај смрти (*mortis causa*). Све до креирања првих законских одредаба којима је уређена установа нужног наслеђивања, сигурни граничник слободе располагања представљали су ванправни механизми (чврста породична кохезија, јак култ породичног старешине, етичке вредности, религија).¹ Промене друштвених прилика (слабљење чврстих породичних веза, праћено опадањем и негирањем етичких и религијских вредности), представљале су један механизам, који је, одвијајући се постепено у времену, крчио пут ка неограниченој слободи располагања, коју је потребно било ограничити, ради заштите интереса одређеног круга оставиочевих сродника. Овакав ток друштвених промена, иницирао је адекватну реакцију римских правника, манифестовану у креацији установе нужног наслеђивања.² Установљавањем права на нужни део, створен је најпоузданији механизам заштите једне групе сродника оставиоца од његове неограничене слободе располагања. Тиме је успостављена равнотежа између слободе бестеретних располагања с једне стране, и заштите интереса нарочито блиских сродника оставиоца с друге стране.

Право на нужни део је когентним нормама установљено право привилеговане групе сродника, да независно, чак и противно, вољи оставиоца добију одређену новчану вредност или аликвотни део заоставштине. Нужни део је онај део заоставштине којим оставилац није могао располагати.³ Одређивање природе права на нужни део је у диспозицији завештаоца. У случају када завешталац располагањима за живота или за случај смрти није одредио природу права на нужни део, примењују се одговарајуће одредбе Закона о наслеђивању Републике Србије. Према слову закона, нужним наследницима припада новчана противвредност нужног дела (облигационо право), с тим што им је дата

1 О чиниоцима који су утицали на неопходност креирања правне регулативе нужног наслеђивања детаљније видети: Станојевић, 2003: 304.

2 Установа нужног наслеђивања, води порекло из римског права. Еволуцију установе нужног наслеђивања, можемо поделити у две фазе, и то: период формалног нужног наслеђивања и период материјалног нужног наслеђивања. У првом периоду довољно је било да завешталац нужне наследнике спомене у завештању и да на тај начин избегне ништавост завештања, иако нужни наследници нису добили део заоставштине. У другом периоду, завешталац је нужним наследницима морао оставити део заоставштине. Детаљније, видети: Стојановић, 2011: 139–140.

3 Чл. 40, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – и одлука УСРС 6/2015. У наставку рада биће употребљавана скраћеница ЗОН.

могућност да захтевају од суда намирење у природи (стварно право).⁴ Креирањем дуалистичког концепта природе права на нужни део, наш законодавац је створио једно оригинално решење које представља једну врсту компромиса између две различите концепције (облигационоправне и стварноправне) и које обједињује њихове позитивне и негативне стране.

Рад има за предмет могућност нужних наследника да судском одлуком захтевају промену облигационоправне природе права на нужни део у стварноправну природу. Посебну пажњу посвећујемо поступању судова по тужбеним захтевима, којима нужни наследници захтевају удео у заоставштини и разлозима постављања оваквих захтева. У раду износимо аргументе на основу којих указујемо на несагласје које постоји између законске регулативе, теорије и јудикатуре. Имајући у виду идентификоване проблеме и дилеме, указаћемо на потребу правилне примене одредаба ЗОН-а у судској пракси, као и на могућност приближавања слова закона социјалном реалитету.

2. Облигационоправна природа права на нужни део као *presumptio iuris tantum* и могућност нужних наследника да захтевају намирење нужног дела *in natura*

Нужним наследницима у систему облигационоправне природе права на нужни део⁵ припада новчана противвредност нужног дела. У тренутку делације они се налазе у правном положају повериоца. Нужни наследници у часу смрти оставиоца не постају његови универзални сукцесори, већ сингуларни сукцесори.⁶ Као такви они стоје ван наследничке заједнице (Стојановић, 2009:1). Не учествују у управљању заоставштином, нити у њеној деоби. Имајућу у виду да се у моменту делације не налазе у положају универзалних сукцесора, немају положај

4 Чл. 43 ЗОН.

5 У средњовековном германском праву нужним наследницима је припадала новчана противвредност нужног дела. Оваква регулатива је логична последица правног уређења феудалних својинскоправних односа, која је била креирана у свему на начин који обезбеђује очување феудалних поседа унутар породице и спречавање њиховог уситњавања. О историјату, облигационоправне природе права на нужни део, детаљније: Марковић, 1981: 187; Ђорђевић, 1997: 278. На нашим просторима, облигационоправна концепција природе права на нужни део, била је у примени на територији Војводине. Детаљније о томе: Стојановић, 2008: 64.

6 Под наследноправном сингуларном сукцесијом подразумевамо стицање једног или више одређених права из заоставштине, по правилу без одговорности за оставиочеве обавезе. Видети: Стојановић, 2010: 665.

држаоца заоставштине и не уживају државинску заштиту.⁷ Посматрана у перспективи, облигационоправна концепција природе права на нужни део не резултира настанком сусвојине, те је у функцији предупређивања спорова који могу настати око управљања и располагања добрима која се налазе у овом правном режиму.

Нужним наследницима исплату одговарајуће новчане противвредности солидарно дугују сви завештајни наследници и испорукопримци, сразмерно делу заоставштине који су добили, ако из завештања не следи ништа друго.⁸ Када је то недовољно, нужни наследници могу да захтевају допуну новчане противвредности, од поклонопримаца сходно правилима за враћање поклона.⁹ Нужни наследник може тужити и поклонопримца који није по редоследу дужан да му исплати нужни део, с тим што ће он бити дужан да плати само онолико колико његов поклон дира у нужни део. Претпоставка за то је да је и овим ранијим поклоном нужни део окрњен (Крстић, 2016: 333). *Ratio legis* одредбе чл. 44 ЗОН није смањење оставиочевих бестеретних располагања, учињених *inter vivos* и *mortis causa*, већ њихов опстанак. Мишљења смо да из одредбе чл. 43, ст. 1 и одредбе чл. 44 ЗОН, несумњиво произилази да је у систему облигационоправне природе права на нужни део, правилно да нужни наследници тужбом захтевају исплату његове новчане противвредности. Одговорност дужника намираења из чл. 44 ЗОН је вредносна, а не реална.

Напред наведене одредбе закона не остављају простора другачијем тумачењу. Кумулативно постављање тужбених захтева, којима се захтева смањење завештајних располагања или редуција уговора о поклону и исплата нужног дела у новцу, јесте у супротности са сврхом одредбе чл. 43, ст. 1 ЗОН. У правној теорији не постоји дилема по питању формулисања тужбених захтева којима се захтева намирење нужног дела у новцу.¹⁰ Иако је слово закона јасно, а теорија изричита – да није могућа кумулација тужбених захтева, у судској пракси смо идентификовали примере у којима су нужни наследници били опредељени за исплату новчане противвредности нужног дела. Међутим, у тим примерима тужбени захтеви су постављани кумулативно,¹¹ али смо уочили и противречне одлуке.¹² Имајући у виду

7 Чл. 70–80 Закона о основама својинскоправних односа, *Сл. лист СФРЈ*, 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005.

8 Чл. 44, ст. 1 ЗОН.

9 Чл. 44, ст. 2 ЗОН.

10 Детаљније о томе видети: Антић, Балиновац, 1996: 236–237; Стојановић, 2011: 187.

11 Примера ради: предмет Основног суда у Нишу, П. бр. 5669/12. Извор: архива Основног суда у Нишу.

12 Решењем Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 3685/11 од 28. 2. 2012. године, укинута је првостепена одлука као противречна, јер је истом с једне стране првостепени

идентификовани проблем и дилеме које се појављују у тренуцима када је потребно поставити тужбени захтев за намирење нужног дела у новцу, указујемо да нужни наследници, поред кумулативног тужбеног захтева, не могу поставити ни алтернативни тужбени захтев. У случају алтернације, тужбени захтев треба одбацити (Антић, Балиновац, 1996: 236).

У систему наследноправне природе права на нужни део, нужним наследницима припада аликвотни део заоставштине.¹³ Нужни наследници имају положај универзалних сукцесора оставиоца и заједно са осталим наследницима чине наследничку заједницу. Учествују у управљању заоставштином и у њеној деоби. Имајућу у виду да у моменту делације стичу положај универзалних сукцесора, имају положај држаоца заоставштине и уживају државинску заштиту. Сматрамо да на њих прелазе сва наслеђивању подобна права и обавезе, што подразумева и одговорност нужних наследника за дугове оставиоца у вредности нужног дела.¹⁴ У том смислу, проф. Н. Стојановић истиче да одредби чл. 41, ст. 2 ЗОН морамо дати ужи домашај, у смислу да се одговорности за оставиочеве дугове ослобађа једино нужни наследник коме на име нужног дела припада одговарајућа новчана противвредност (Стојановић, 2010: 680). Систем намирења нужних наследника у концепцији стварноправне природе права на нужни део, креиран је у свему на начин који обезбеђује и штити интересе нужних наследника, наспрам оставиочевих бестеретних располагања учињених *inter vivos* и *mortis causa*. Посматрана у перспективи, стварноправна концепција природе права на нужни доводи до настанка сусвојине, која може узроковати спорове око управљања и располагања. Ово истичемо имајући у виду да у режиму сусвојине сви сувласници имају сва својинска овлашћења, међутим њихово вршење је ограничено по обиму за збир аликвотних делова осталих сувласника (Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 2004: 183).

суд извршио редукцију бестеретног располагања правног претходника парничних странака и утврдио право тужиоца на 1/6 дела спорне непокретности и истовремено обавезао туженог на исплату 1/6 новчане противвредности спорног стана. Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 3685/11 од 28. 2. 2012. године. Одлука преузета из правне базе: ingpro.propisi.net.

13 Стварноправна природа права на нужни део у домаћој правној историји има своју традицију дугу више од једног века. Тако је, пар. 477–479 Српског грађанског законика (1844), чл. 32 Савезног закона о наслеђивању (1955), чл. 27 Закона о наслеђивању СР Србије (1974), било превиђено да нужним наследницима, на име нужног дела, припада одређени део заоставштине. О историјату регулисања правне природе права на нужни део, детаљније, видети: Видић, 2004: 329–330.

14 Детаљније, о томе: Gavella, Belaj, 2008: 376.

Према слову закона, на захтев нужног наследника суд може одлучити да овом припадне одређени део ствари и права који чине заоставштину.¹⁵ Право да захтевају преображај законске претпоставке намирења нужног дела у новцу припада и наследницима оставиоцевог потомка или усвојеника који није захтевао нужни део, а умро је пре истека рока за постављање захтева. Ово право његови наследници могу реализовати у року од шест месеци од његове смрти.¹⁶

Захтев за преображајем права нужни наследници по правилу постављају поступку за расправљање заоставштине. Уколико се поступку расправљања заоставштине појави спор о чињеницама од којих зависи преображај законске претпоставке исплате новчане противвредности нужног дела, суд ће прекинути оставински поступак и учеснике упутити на парницу. Захтев нужног наследника за намирењем нужног дела мора да буде изричит и безуслован.¹⁷ Наследник који је учествовао у оставинском поступку, а није поставио захтев за намирењем нужног дела, не може захтевати остваривање права на нужни део у парничном поступку, јер ће његов захтев бити преклудираним правноснажношћу решења о наслеђивању.¹⁸ Улога тужиоца припаће нужном наследнику, јер он обара законску претпоставку о природи права на нужни део (Антић, Балиновац, 1996: 237).

Иако изричито није предвиђен рок у коме нужни наследници могу да захтевају преображај права на нужни део из облигационог у стварно право, у теорији су изнета мишљења да се аналогно има применити рок у коме нужни наследник може да захтева нужни део. Тај рок износи три године од оставиоцеве смрти, односно рок од три године од проглашења завештања уколико нужни наследник није учествовао у оставинском поступку. Уколико је пак у поступку учествовао, тужбу може поднети у року од три године од правноснажности решења о наслеђивању.¹⁹ Ови рокови су застарни.²⁰

Битно је истакнути да је законом недвосмислено речено да уколико након намирења повериоца заоставштине нема довољно активе за намирење нужних наследника, они имају права да захтевају смањење

15 Чл. 43, ст. 2 ЗОН.

16 Чл. 60, ст. 2 ЗОН.

17 Видети: Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 6895/2013 од 20. 6. 2014. године. Извор: *Paragraflex*.

18 Видети: Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 275/2012 од 9. 5. 2012. године. Извор: *Paragraflex*; О последицама ћутања нужног наследника у оставинском поступку, видети: Стојановић, 2009: 176.

19 Детаљније видети: Антић, Балиновац, 1996: 235–236.

20 Детаљније видети: Стојановић, 2009: 174–175.

завештајних располагања у мери која је неопходна да би се намирио нужни део, и повраћај поклона, према редоследу који је одредио законодавац.²¹ Истичемо да приликом формулисања тужбених захтева, треба поћи од одредаба ЗОН-а као матичног закона, поштовати законску терминологију и захтевати смањење завештајних располагања, односно враћање поклона до граница дозвољеног, односно законом припадајућег нужног дела. Поштујући строго слово закона недвосмислено произилази да се редукцијом не доводи у питање квалитет учињених располагања, већ само њихов квантитет. Из тог разлога сматрамо неприхватљивим формулације тужбених захтева којима се захтева и утврђује ништавост и рушивост завештања у одређеном обиму.²²

Као и у ситуацији када нужни наследници захтевају исплату новчане противвредности нужног дела и овде они не могу поставити кумулативни тужбени захтев. Међутим, они могу поставити евентуални тужбени захтев и захтевати од суда да усвоји захтев за намирењем у природи, те уколико не усвоји овакав захтев, да усвоји захтев за намирењем нужног дела у новцу (Антић, Балиновац, 1996: 2360). Терет доказивања разлога који оправдавају преображај законске претпоставке намирења у новцу, стоји на нужном наследнику. С друге стране, на завештајном наследнику и/или поклонопримцу стоји терет доказивања неоснованости захтева нужног наследника за преображајем законске претпоставке намирења нужног дела у новцу. У том правцу ће завештајни наследници и поклонопримци износити своје разлоге због којих не треба усвојити захтев за преображајем природе права. На суду ће бити дужност да правилном оценом свих доказа²³ одлучи о основаности постављеног захтева за изменом природе права на нужни део. Отуда је дужност суда да постави питање разлога преображаја, а на парничним странкама је обавеза доказивања основаности, односно неоснованости таквог захтева. Какву одлуку суд треба да донесе уколико након изведених и оцењених доказа утврди да нема места преображају законске претпоставке облигационоправне природе права на нужни део,

21 Чл. 53–56 ЗОН.

22 Видети: Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 14435/10 од 6. 4. 2011. године. *Извор, сајт: bg.ap.sud.rs*; У теорији наилазимо на мишљење којим се указује да су правни ефекти усвајања тужбених захтева којима се захтева намирење у природи једнаки ефектима који настају услед поништаја рушљивог завештања. Видети: Живојиновић, 2005: 374. На другој страни пак имамо мишљење да није у питању рушљивост завештања, имајући у виду да смисао редукције завештања и враћања поклона, није у поништају ових послова, већ управо у томе да она изгубе дејство у мери у којој је потребно намирити нужни део. Видети: Крстић, 2016: 337.

23 Чл. 8 Закона о парничном поступку Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

а тужбени захтев за намирењем нужног дела у новцу као евентуални није постављен? Сматрамо да и у случају када тужбени захтев за намирењем нужног дела у новцу није постављен као евентуални, а суд нађе да није основан захтев за преображајем права на нужни део из облигационог у стварно, а утврдио је да је нужном наследнику повређено право на нужни део и обим повреде, треба да усвоји захтев нужног наследника и обавезе туженог на исплату новчане противвредности нужног дела. Овакво мишљење заснивамо на чињеници да је у захтеву за преображај облигационоправне природе права на нужни део, као основни садржан захтев за намирење нужног дела.

Према слову закона, нужном наследнику припада новчана противвредност нужног дела. Уколико се утврди да је захтев за преображајем неоснован, то аутоматски не значи да је захтев за намирењем нужног дела уопште неоснован. Како је законом намирење нужног дела у новцу предвиђено као законска претпоставка, а тужени у току поступка не обори ову законску претпоставку и не докаже да је нужни наследник намирен у нужном делу, тужбени захтев треба усвојити и обавезати туженог на исплату новчане противвредности нужног дела. Сматрамо да се оваквим поступањем суд неће кретати изван граница постављеног тужбеног захтева, имајући у виду да је независно од чињеница да ли је постављен захтев за исплатом нужног дела у новцу или у натури, предмет спора повреда нужног дела и његово намирење, а одређени модалитет намирења (у новцу или натури) зависиће од испуњености законом прописаних услова.²⁴

Како би требало да гласи изрека пресуде уколико суд утврди да захтев за намирењем у натури није основан, а евентуални тужбени захтев за исплатом у новцу није постављен? Сматрамо да ради прецизности и строгог кретања суда унутар граница постављеног тужбеног захтева, изрека пресуде треба да садржи три става. У првом би суд утврдио повреду нужног дела и обим повреде. У другом ставу би суд одбио тужбени захтев за намирењем у натури. Трећим ставом би усвоји тужбени захтев за исплатом нужног дела у новцу. Иако он формално није постављен као евентуални тужбени захтеви, суштински јесте део тужбеног захтева.

Имајући у виду да је наш законодавац креирао дуалистички концепт намирења нужних наследника, постављамо питање да ли нужни наследници у пракси захтевају исплату новчане противвредности нужног дела или се опредељују за нужни део *in natura*? Одговор смо потражили у анализи садржине одлука које су судови Републике Србије доносили након ступања ЗОН-а на правну снагу. За потребе овог рада прикупили

24 Детаљније, видети: Крстић, 2016: 340.

смо и извршили анализу садржаја 30 судских одлука. Из анализе њихове садржине утврдили смо да су у 25 случајева нужни наследници захтевали удео у заоставштини,²⁵ а само у 5 предмета нужни наследници су захтевали намирење нужног дела у новцу.²⁶ Извршена анализа садржине прикупљених судских одлука, указује да се нужни наследници у пракси пре опредељују за удео у заоставштини, а не за исплату вредности нужног дела. Сматрамо да је тиме законска претпоставка намирења нужних наследника у новцу

25 Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 2081/2011 од 13. 2. 2014. године; Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 2419/2011 од 20. 7. 2014. године; Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 4028/12 од 14. 5. 2013. године; Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 3027/13 од 11. 01. 2016. године. *Извор пресуда Основног суда у Нишу: архива Основног суда у Нишу*; Пресуда Округног суда у Београду, Гж. бр. 1376/03 од 11. 09. 2003. године. *Извор, сајт: bg.ap.sud.rs*; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 14435/10 од 06. 04. 2011. године. *Извор, сајт: bg.ap.sud.rs*; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 2839/11 од 16. 11. 2011. године. *Извор: Paragraflex*; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 4307/2010 од 10. 11. 2010. године. *Извор: Paragraflex*; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 6895/2013 од 20. 06. 2014. године. *Извор: Paragraflex*; Пресуда Округног суда у Чачку, Гж. бр. 648/01 од 31. 5. 2001. године. *Извор, сајт: poslovnibiro*; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 1449/10 од 4. 7. 2011. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs*; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 1600/10 од 7. 6. 2010. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs*; Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 1830/14 од 17. 9. 2014. године. *Извор, сајт: bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=nuzni-deo-2*; Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 1940/12 од 05. 06. 2012. године. *Извор, сајт: www.poslovnibiro.rs*. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 5105/12 од 18. 9. 2013. године. *Извор, сајт: ns.ap.sud.rs*; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 2495/11 од 21. 3. 2012. године. *Извор: Билтен Апелационог суда у Новом Саду, бр. 4/2012, стр. 101–103*; Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. бр. 1804/2013 од 20. 6. 2013. године. *Извор: bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=pravna-priroda-nuznog*; Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 180/03 од 28. 10. 2004. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3158/05 од 20. 4. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2757/05 од 16. 11. 2005. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1431/05 од 29. 06. 2005. године. *Извор, правна база: Paragraflex*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 560/05 од 01. 11. 2005. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1287/06 од 3. 10. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1752/06 од 21. 10. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1359/05 од 01. 06. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs*.

26 Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 4652/14 од 02. 07. 2015. године; Предмет Основног суда у Нишу, П. бр. 5669/12. *Извор: архива Основног суда у Нишу*; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 3742/10 од 22. 7. 2011. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs*; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 275/2012 од 9. 5. 2012. године. *Извор: Paragraflex*; У предмету Основног суда у Крагујевцу, П. бр. 29849/10, тужилац је тужбом захтевао смањење завештајног располагања. У току поступка, странке су постигле сагласност да се нужни део намири у новцу, те је на рочишту за главну расправу 31. 1. 2011. године, закључено судско поравнање. *Извор: архива Основног суда у Крагујевцу*.

потиснута практичним повратком римској, стварноправној концепцији природе права на нужни део.

3. Оцена оправданости захтева за преображајем облигационоправне природе права на нужни део

Имајући у виду чињеницу да се нужни наследници чешће опредељују за намирење нужног дела у натури, потребно је одговорити на два питања: да ли захтев нужних наследника за преображајем облигационоправне природе права на нужни део у стварноправну природу мора да буде оправдан, и да ли судови који поступају по тужбеним захтевима којима нужни наследници захтевају удео у заоставштини, заиста оцењују оправданост захтева за преображајем законске претпоставке облигационоправне природе или одлуке доносе без такве оцене?

De lege lata, суд на захтев нужног наследника може одлучити да њему на име нужног дела припадне одговарајући део заоставштине.²⁷ Из наведене законске конструкције произлази да је законодавац могућност нужних наследника да захтевају удео у заоставштини, подредио оцени суда у чијој је дужности да испита да ли је захтев за променом природе права на нужни део оправдан. Правна теорија је на становишту да захтев за преображајем законске претпоставке намирења нужних наследника у новцу мора да буде оправдан, а да је оцена оправданости преображаја у власти суда.²⁸

Оно што је интересантно јесте то да у односу на смисао одредбе чл. 43, ст. 2 ЗОН и становишта теорије, пракса првостепених судова Републике Србије, сагледана кроз призму образложења првостепених пресуда, сведочи у прилог усвајања тужбених захтева који гласе на намирење нужних наследника у делу заоставштине, без упуштања у оцену оправданости захтева за изменом законске претпоставке облигационоправне природе права на нужни део.²⁹ Указујући на садржину наведених судских одлука,

27 Чл. 43, ст. 2 ЗОН.

28 У том правцу су се изјаснили: Антић, Балиновац, 1996: 235; Видић, 2004: 339; Сворцан, 2005: 126; Стојановић, 2011: 158; Ђурђевић, 2011: 222; Крстић, 2016: 338.

29 Примера ради, у предмету П. бр. 2081/2011 Основни суд у Нишу утврдио је да је завештањем пок. АА, повређен нужни део тужиље ББ, те је смањило располагање и утврдио да тужиљи припада 1/4 целокупне заоставштине. *Извор: архива Основног суда у Нишу.* Запажање аутора: Након увида у образложење пресуде утврђено је да суд није оцењивао оправданост постављеног тужбеног захтева за утврђивањем удела у заоставштини, већ се улога суда завршила на испитивању да ли је нужни део тужиље повређен или не.

У предмету П. бр. 2419/2011 Основни суд у Нишу делимично је усвојио тужбени захтев и утврдио да завештање пок. АА не производи правно дејство у делу од 1/4. У

долазимо до закључка да је стварноправна концепција у судској пракси прихваћена као *presumptio iuris tantum*, или као једна алтернатива облигационоправној природи права на нужни део, која је дата нужним наследницима без икаквог условљавања. У том смислу говорећи, одредба чл. 43, ст. 1 ЗОН, посматрана кроз призму поступања првостепених судова изгубила је значај законске претпоставке. Тиме су првостепени судови практично модификовали одредбу чл. 43, ст. 2 и проширили њен законом постављени оквир, а нужним наследницима дали практичну могућност да без оправданог разлога добију удео у заоставштини. Сматрамо да разлог за овакво поступање првостепених судова делом стоји у деценијама уназад изграђеној судској пракси која је постала модел по коме судови и даље суде, али и у чињеници да првостепени судови нису прихватили креативну улогу која им је додељена чл. 43, ст. 2 ЗОН.

Будући да из наведених примера нисмо могли да утврдимо који су то разлози због којих нужни наследници захтевају нужни део у облику удела у заоставштини, указаћемо на чиниоце за које сматрамо да могу бити од утицаја на овакву одлуку нужних наследника. Мишљења смо да је опредељење нужних наследника да захтевају намирење у натури, условљено не једним разлогом већ деловањем више њих. Чиниоце можемо поделити у две категорије: субјективне и објективне.

поступку је утврђено да је пок. АА свом својом имовином располагао завештањем у корист тужене ББ, те да је тиме повређено право на нужни део тужиље ВВ, и то у уделу од 1/4, имајући у виду да је чл. 40 ЗОН, предвиђено да нужни део тужиље износи 1/2 од законског наследног дела. *Извор: архива Основног суда у Нишу.* Запажање аутора: у образложењу пресуде стоји да је суд овакву одлуку донео имајући у виду чл. 40 ЗОН, при чему је изостала примена чл. 43 ЗОН.

У предмету П. бр. 323/10 Основни суд у Вршцу усвојио је тужбени захтев те је утврдио да је уговором о поклону, закљученим између Ј. Л. као поклонопримца и Л. Ј. К. као поклонодавца, повређено право тужиље Ј. М. на нужни део, те је уговор о поклону редуциран утолико што је утврђено да тужиља има право својине на идеалном делу од 1/6 дела непокретности. Основни суд у Вршцу је донео ову одлуку без упуштања у оцену оправданости постављеног тужбеног захтева за намирењем *in natura*.

Извор: www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/530-gz-5105-12.

Пресудом П. бр. 95/10 од 12. 05. 2010. године Основни суд у Бору усвојио је тужбени захтев, којим је тужилац тражио да се утврди да је уговор о поклону непокретности, закључен између сада пок. ПП, као поклонодавца, и туженог ББ, као поклонопримца, оверен од стране Општинског суда у Бору дана 11. 12. 2003. године, под бројем Ов. 4365/03, ништав у делу који обухвата једну идеалну четвртину целокупне заоставштине, која се односи на непокретну имовину пок. ПП, и да је повређен тужиочев нужни наследни део од једне идеалне четвртине на непокретностима: аа, вв, гг, њњ, све у КО Звездан општина Зајечар, и утврдио да тужилац има право својине по основу наслеђа на 1/4 наведених непокретности, као и право државине, те је туженог обавезао да му припадајући део преда у својину и државину. Основни суд у Бору је одлуку донео не узимајући у обзир чл. 43 ЗОН. *Извор: www.bg.ap.sud.rs.*

Сматрамо да су субјективни чиниоци, унутрашњи (психолошки) покретачи због којих се нужни наследници опредељују за удео у заоставштини. У ту категорију можемо уврстити чврсту емотивну везаност, која је постојала између оставиоца и нужног наследника и жеља за очувањем слике лепог и складног односа од заборава. Такође, у захтеву нужног наследника за намирењем у уделу заоставштине, можемо препознати и тежњу, али и јасну намеру нужног наследника за очување идентитета, имајући у виду да су по правилу одређене ствари из заоставштине предака, ствари које су значајне за идентитет нужног наследника, нпр. родитељска кућа у којој је рођен, успомене које произлазе из периода најранијег детињства и каснијег одрастања. Сматрамо да опредељење нужног наследника да захтева удео у заоставштини може бити резултат стрепње, да уколико се определи за намирење нужног дела у новцу, више неће моћи да слободно одлази, борави и обилази места у којима су његови корени. У категорију субјективних разлога свакако треба уврстити несигурност нужног наследника, која може бити узрокована објективном чињеницом да намирење нужног дела *in valores* пружа мањи степен сигурности нужном наследнику у односу на намирење нужног дела *in natura*.

Несумњиво је да облигационоправна природа доприноси сигурности у правном промету и обезбеђује опстанак завештаочевих бестеретних располагања учињених *inter vivos i mortis causa*. Међутим, не можемо рећи да онако како је креирана регулама ЗОН-а, стоји у функцији заштите интереса нужних наследника подједнако као стварноправна концепција. Разлог за то налазимо у карактеру права које нужни наследници у систему облигационоправне природе стичу у моменту делације. Чињеница да нужни наследници у моменту смрти оставиоца стичу облигационо, а не стварно право, говори у прилог њиховог несигурнијег и неизвеснијег положаја. Сматрамо да та чињеница може бити један врло значајан разлог, због којег се нужни наследници опредељују за удео у заоставштини.

То што је дужник нужног наследника обавезан правноснажном и извршном пресудом на исплату новчане противвредности нужног дела, за нужног наследника не значи да је остварио своје право, уколико дужник добровољно не испуни своју обавезу. Уколико нема добровољног испуњења, нужни наследник ће бити приморан да своје право остварује у извршном поступку, те да у истом захтева попис, процену, конституисање каквог вида обезбеђења и продају имовине извршног дужника. Посебно морамо нагласити да наш законодавац регулишући поступак извршења и обезбеђења, потраживању новчане противвредности нужног дела није дао приоритет у намирењу као што је то учинио са потраживањем законског издржавања. *De lege*, потраживања повериоца законског издржавања

намирују се непосредно након намирења трошкова извршног поступка, уколико се продајна цена не исцрпе њиховим намирењем.³⁰ Анализом чл. 200 ЗИО, изводимо закључак да потраживање новчане противвредности нужног дела има карактер неприоритетног потраживања. Као такво, према слову закона стоји у реду за намирење након намирења заложних повериоца и потраживања лица која имају право на накнаду због гашења личних службености и стварних терета, што говори у прилог постојању реалног ризика изостанка наплате потраживања новчане противвредности нужног дела у целости или његовог једног дела, уколико након намирења повериоца из претходног реда не остану средства за намирење потраживања повериоца из следећег реда.³¹ Такође, морамо имати у виду и ризик настанка штете коју нужни наследник као поверилац може претрпети због дужниковог кашњења у испуњењу обавезе из правноснажне и извршне пресуде.³² Изненадна смрт извршног дужника је још једна реално могућа ситуација која би позицију у којој се налази нужни наследник/поверилац учинила сложенијом, и продубила додатну неизвесност нужног наследника у погледу коначног намирења.

Обезбеђивањем потраживања нужних наследника, правни положај нужних наследника у систему облигационоправне природе права на нужни део пружао би исти степен сигурности као и правни положај нужних наследника у систему стварноправне природе права на нужни део.³³ Тиме би несигурност правног положаја нужног наследника/повериоца новчане облигације, као један од могућих разлога њиховог опредељења за

30 Чл. 199 Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије „Сл. гласник РС“, бр. 106/2015. У наставку рада биће употребљавана скраћеница ЗИО.

31 Овако конституисани редослед намирења извршних повериоца представља још један аргумент зашто је потребно да наш законодавац размотри питање потребе обезбеђења потраживања новчане противвредности нужног дела. Обезбеђењем потраживања новчане противвредности нужног дела законодавац би оснажио положај нужног наследника у систему облигационоправне природе права на нужни део. Нужни наследници би се према слову закона налазили у положају заложних повериоца, што њихов положај чини сигурнијим, не само у смислу првенства у намирењу, како је то одређено чл. 200 ЗИО, већ у смислу да ће имати право избора да се намире применом Закона о хипотеци Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, или применом ЗИО, све сагласно чл. 20, ст. 2 ЗИО.

32 Ако затезна камата као вид претпостављене штете не покрива губитак повериоца у супстанци новца до којег је дошло услед инфлације, онда поверилац има права да своје потраживање определи кроз захтев за наканду штете по чл. 278, ст. 2 300. Одлука Врховног суда Србије, П. рев. бр. 15/99. Наведено према: Вељковић, 2005: 307.

33 Према проф. Сворцану, без ваљаног обезбеђења потраживања, нужни наследници ће врло често западати у тешку ситуацију, пошто ће завештајни наследници покушати да их изиграју. Те је неопходно да суд увек конституише хипотеку првог ранга у корист нужног наследника. Детаљније о томе: Сворцан, 2004: 129.

намирење у натури, била елиминисана. Наши теоретичари су поставили питање зашто до данас није уследило обезбеђење потраживања нужног наследника и изнели мишљење да на постојећу правну празнину аналогно треба применити правило у случају деобе исплатом (Стојановић, Крстић, 2008: 226).

Поред субјективних разлога, опредељење нужних наследника за намирење у натури може бити узроковано и објективним разлозима. Под објективним разлозима подразумевамо спољашње чиниоце који детерминишу положај нужног наследника и који могу утицати и условити његово опредељење за намирењем у делу заоставштине. У објективне чиниоце можемо сврстати: дужину трајања заједнице живота нужног наследника и оставиоца, имовинске прилике нужног наследника, потребу за стамбеним простором, број чланова домаћинства, карактер и намену добара која улазе у састав заоставштине, величину нужног дела, професионално бављење одређеном делатношћу.³⁴

Имајући у виду проблеме са којима се сусрећемо у нашој јудикатури, указујемо да је неопходна правилна имплементација одредаба ЗОН-а у пракси. Судови морају имати у виду да је захтев за намирењем у натури из чл. 43, ст. 2 ЗОН-а у суштини захтев за преображајем законске претпоставке намирења нужног дела у новцу. Имајући у виду ову чињеницу, сматрамо неприхватљивим досадашње поступање судова које се завршавало на утврђивању повреде нужног дела и смањењу бестеретних располагања. Наиме, неопходно је да суд, након утврђивања да ли је нужном наследнику повређено право на нужни део, а пре одлучивања о смањењу бестеретних располагања, утврди разлоге који оправдавају, односно неоправдавају измену законске претпоставке облигационоправне природе права на нужни део. Сматрамо да би судовима од велике помоћи приликом прецизирања овако уопштених разлога, били конкретни разлози о којима су говорили наши теоретичари.³⁵ Утврђивање разлога због којих се

34 Примера ради, основаност захтева нужног наследника који захтева намирење у делу заоставштине, а већи део заоставштине чине пољопривредна добра, потребно је оцењивати с аспекта бављења одређеном делатношћу. Уколико се нужни наследник у време смрти оставиоца бавио пољопривредном делатношћу и остваривао приходе од ње, тужбени захтев је потребно усвојити под условом да не постоје други субјективни и објективни разлози због којих тужбени захтев за утврђивањем удела у заоставштини треба одбити. Међутим, уколико се нужни наследник не бави том делатношћу, а завештајни наследник коме су пољопривредна добра остављена у наслеђе издржава породицу од приходовања на тим добрима, тужбени захтев за намирењем у натури је потребно одбити ако не постоје конкретни други субјективни или објективни разлози који оправдавају намирење у натури.

35 Примера ради: могућност физичке поделе предмета заоставштине, за коју се залаже: Сворцан, 2004: 125; Постојање и величина оставиочевих добара старине,

захтева преображај законске претпоставке намирења нужних наследника у новцу је неопходно и исто стоји у функцији обезбеђивања и очувања успостављеног стања правне сигурности и спречава њено нарушавање без оправдања.

Мишљења смо да и у случају када су нужни наследници добили удео у заоставштини на основу воље завештаоца, и да исти није довољан за намирење пуне вредности њиховог нужног дела, а праву вољу завештаоца у погледу допуне нужног дела није могуће утврдити, треба поћи од законске претпоставке намирења нужног дела у новцу. Сматрамо да се примена законске претпоставке може искључити само када је могуће са сигурношћу утврдити праву вољу завештаоца. Само такво поступање суда може бити гарант да су заштићени интереси дужника намирења.³⁶

4. Да ли је потребна измена и допуна нормативног оквира постављеног чланом 43, ст. 2 ЗОН?

Питање измене и допуне нормативног оквира постављеног чланом 43, ст. 2 ЗОН, потребно је разматрати узимајући у обзир укупност аргумената који произлазе из теорије и јудикатуре. Аргументи засновани на решењима до којих смо дошли у анализи првостепених одлука, јесу полазна основа у оцењивању потребе за прилагођавањем слова закона социјалном реалитету, али не и довољна. Да би аргументација била потпунија указујемо на праксу другостепених судова који су поступали по жалбама странака и испитивали законитост првостепених пресуда.

За разлику од првостепених судова, чија улога није била креативна и чији су разлози за усвајање тужбених захтева, уз мања одступања у наведеним примерима, углавном иста, пракса Апелационих судова Републике Србије, која произлази из одлука које су судови доносили 2011. године и 2012. године, није уједначена, и није строго у сагласности са законском конструкцијом чл. 43 ЗОН. Међутим, несумњиво је да она сведочи у прилог покушаја да се конкретизују разлози од којих зависи преображај законске претпоставке облигационоправне природе права на нужни део.³⁷

које предлажу: Антић, Балиновац, 1996: 235; Тешка материјална ситуација нужног наследника и потреба за стамбеним простором, за које се залаже: Крстић, 2016: 339.

36 Детаљније: Сворцан, 2004: 124; Супротно, одлука Врховног суда Војводине, Гж. бр. 6345/55. Наведено, према: Антић, Балиновац, 1996: 233.

37 Одлуком Апелационог суда у Нишу, Гж. бр. 2460/12, потврђена је пресуда Основног суд у Нишу, П. бр. 2419/2011, са констатацијом да је суд правилно применио материјално право, тачније одредбу чл. 40 ЗОН. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж. бр. 2460/2012. *Извор: Архива Основног суда у Нишу.* Сматрамо да се у конкретном случају са сигурношћу не може утврдити да је првостепени суд правилно применио

Имајући у виду да првостепени судови у својој двадесетогодишњој пракси, нису креирали један корпус субјективних и објективних чинилаца од којих зависи оправданост преображаја законске претпоставке облигационоправне природе права на нужни део, а да из приказаних одлука другостепених судова произлази неуједначеност по питању потребе за оцењивањем оправданости захтева за изменом законске претпоставке облигационоправне природе, пожељно је да законодавац изврши допуну нормативног оквира постављеног чл. 43, ст. 2 ЗОН.

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, предложила је допуну одредбе чл. 43, ст. 2 ЗОН, на начин да суд који поступа по захтеву нужног наследника за намирењем у природи може

материјално право када је усвојио тужбени захтев који гласи на намирење у делу заоставштине имајући у виду да пресуда Основног суда у Нишу П. бр. 2419/11 не садржи разлоге који оправдавају промену законске претпоставке облигационоправне природе, што несумњиво произлази из њеног образложења у коме се суд позива само на примену чл. 40 ЗОН.

Поштовање заслужује одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 5105/12 од 18. 8. 2013. године, којом је укинута Пресуда Основног суда у Вршцу, П. бр. 323/10, од 6. 2. 2012. године, наводећи да је правилан закључак првостепеног суда да је закљученим уговором о поклону повређено право тужиље на законском нужном наследном делу заоставштине пок. Л. Ј. К. Међутим, првостепени суд није правилно расправио и утврдио последице те повреде. Апелациони суд такође наводи да је побијана првостепена одлука, с обзиром на истакнути захтев, морала садржати разлоге (како објективне тако и субјективне на страни тужиље и туженог), због којих је, у конкретном случају, оправдано одлучити да тужиљи припада сувласнички део од предметне непокретности на име нужног дела. *Извор, сајт: www.ns.ap.sud.rs/index.php/srl/sudska-praksa/530-gz-5105-12*.

У Решењу Гж. бр. 1940/2012 од 5. 6. 2012. године, Апелациони суд у Новом Саду учинио је још један корак у циљу конкретизације разлога за преображај облигационоправне природе права на нужни део, и укинуо првостепену одлуку јер је, како је навео, потребно имати у виду одредбу чл. 43 ЗОН-а, по којој је правна природа облигационоправна, уз могућност преображаја облигационоправне природе у стварноправну, водећи рачуна о карактеру завештаних добара, постојању и трајању заједнице живота нужног наследника и завештаоца и личним и имовинским приликама нужног наследника. Законска претпоставка је облигациона природа, а испуњеност услова за преображај мора да докаже нужни наследник. *Извор, сајт: www.poslovnibiro.rs*.

Апелациони суд у Београду, пресудом Гж. бр. 2839/11 од 16. 11. 2011. године, преиначио је пресуду Основног суда у Бору П. бр. 95/10 од 12. 5. 2010. године, и одбио тужбени захтев, наводећи као један од разлога то да је имајући у виду примарно облигационоправни карактер нужног дела, тужилац био овлашћен да, на име нужног дела, тражи исплату новчане противвредности 1/4 заоставштине, а постављање стварноправног захтева по овом основу, у конкретном случају, није било оправдано, с обзиром на вредност наследног дела (новчана средства код Комерцијалне банке и потраживања према РФ ПИО), вредност поклоњене непокретности и висину нужног дела (1/4). *Извор одлуке, сајт: www.bg.ap.sud.rs*.

одлучити да овом припадне одређени део ствари и права који чине заоставштину (стварно право), кад нађе да је то оправдано.³⁸ Мишљења смо да предложена законска конструкција отвара питање домашаја појма „оправдано“ тј. да ли захтев нужног наследника за намирењем у природи може бити усвојен утврђивањем и оценом само једног разлога? Сматрамо да предложено решење ствара услове да суд само утврђивањем и оценом једног разлога одлучи да усвоји тужбени захтев нужног наследника и смањи бестеретна располагања завештаоца, што је с аспекта правне сигурности неприхватљиво.³⁹

Сматрамо да би предложено решење из чл. 2637 Нацрта требало конкретизовати на тај начин што ће у законску конструкцију чл. 2637, након појма оправдано, додати „ценећи дужину трајања заједнице живота странака у поступку са оставиоцем, њихове имовинске прилике и карактер завештаних добара“. Постављањем оваквог нормативног оквира, активност суда била би детерминисана уопштеним разлозима, а креативна улога суда била би сведена на њихову конкретизацију. Овакав предлог неће умањити квалитет чл. 2637 Нацрта, а практични ефекти предложене допуне огледали би се у дужности суда да пре доношења одлуке о смањењу бестеретних располагања, утврди и оцени све околности које је законодавац предвидео како на страни тужиоца тако и на страни туженог, које оправдавају, односно неоправдавају преображај природе права на нужни део. Предложеном изменом би се на један посредан начин заштитила претпоставка намирења нужних наследника у новцу од њене измене без оправдања. Такође сматрамо да би се на овакав начин судовима јасно ставило до знања да нужни наследници могу да захтевају нужни део као стварно право само у изузетним случајевима, оправданим одређеним животним околностима.

5. Закључна разматрања

Приликом доношења сада важећег Закона о наслеђивању Републике Србије (1995), наш законодавац определио се за дуалистички концепт природе права на нужни део. Тиме је креирао решење којим је одредио

38 Чл. 2637 Нацрта Грађанског законика Републике Србије. Комплетан текст Нацрта може се наћи на сајту: www.propisi.com.

39 Примера ради, суд усвоји тужбени захтев супруге оставиоца за намирењем у делу заоставштине у случају када су иза оставиоца остала и деца из претходног брака због тога што супруга оставиоца нема решено стамбено питање, не узимајући у обзир чињеницу да је у браку са оставиоцем нешто мање од годину дана. У конкретном случају суд би требало да одлуку донесе испитивањем и једне и друге околности, дајући предност заједници живота у циљу спречавања последица које могу настати по правну сигурност закључењем бракова из рачуна.

да нужним наследницима припада нужни део *in valores*, предвидевши могућност да нужни наследници захтевају намирење *in natura*. Из конструкције одредбе чл. 43 ЗОН-а произлази да је могућност нужних наследника да захтевају намирење нужног дела у стварима и правима из заоставштине подређена оцени суда. *De lege lata* нужним наследницима може припасти удео у заоставштини када докажу оправданост захтева за преображајем облигационоправне природе права на нужни део.

Насупрот опредељењу законодавца да намирење нужних наследника у новцу постави за законску претпоставку, и становишта теорије да намирење нужног дела у натури треба да представља изузетак, јудикатура сведочи да се нужни наследници пре опредељују за удео у заоставштини. Анализирајући одлуке првостепених судова, долазимо до закључка да судови који поступају по тужбеним захтевима, којима се захтева преображај законске претпоставке облигационе природе права на нужни део, не утврђују разлоге од којих зависи преображај. Можемо рећи да је кроз призму поступања првостепених судова законска претпоставка намирења нужног дела у новцу изгубила свој значај.

Пракса апелационих судова по питању неопходности оцењивања оправданости захтева за преображајем законске претпоставке облигационе природе права на нужни део није уједначена, али говори у прилог покушаја да се конкретизују разлози од којих зависи преображај природе права на нужни део. Имајући у виду несагласје које постоји између слова закона, теорије и судске праксе, а на које смо указали у раду, сматрамо да је правилна имплементација одредаба чл. 43 Закона о наслеђивању Републике Србије у пракси неопходна. Такође, сматрамо да је одредба ст. 2, чл. 43 ЗОН недовршена, те да је неопходна њена конкретизација на начин који ће обезбедити очување законске претпоставке намирења нужних наследника у новцу од њеног преображаја без оправдања. Сматрамо пожељним да законодавац приликом конкретизације одредбе узме у обзир разлоге на које је указано у теорији, и то: дужину трајања заједнице живота нужног наследника и оставиоца, имовинске прилике странака у поступку и карактер завештаних добара. Такође, битно је истакнути да законска претпоставка намирења нужних наследника у новцу не стоји у функцији обезбеђивања интереса нужних наследника у мери у којој то чини намирење у стварима и правима из заоставштине. Сматрамо нужним да наш легислатор размотри питање обезбеђења потраживања нужних наследника, посебно имајући у виду да у извршној процедури потраживање новчане противвредности нужног дела стоји у реду неприоритетних потраживања које прати реална могућност изостанка њиховог намирења. Секундарна последица изостанка намирења нужних наследника огледала би се у немогућности остваривања социјалне улоге коју има установа

нужног наслеђивања. Имајући у виду овакву аргументацију, сматрамо неприхватљивим ћутање и пасивно држање домаћег законодавца по питању обезбеђивања потраживања новчане противредности нужног дела.

Литература

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар закона о наслеђивању*. Београд: Номос.

Видић, Ј. (2004). Правна природа права на нужни део према Закону о наслеђивању Србије. *Правни живот*. 10.

Вељковић, Д. (2005). *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима са регистром појмова, за практичну примену са примерима уговора, тужби и судске праксе*. Београд. Службени гласник РС.

Gavella, N., Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo* Zagreb: Narodne novine.

Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.

Ђурђевић, Д. (2011). *Институције наследног права*. Београд: Службени гласник РС.

Живојиновић, Д. (2015). Утицај повреде права на нужни део на пуноважност завештања. Тематски зборник радова *Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије*. Књига IV. Крагујевац: Правни факултет.

Ковачевић, Куштримовић, Р. Лазић, М. (2002). *Стварно право*. Ниш: Зограф.

Крстић, Н. (2016). *Поведа и заштита права на нужни део*, докторска дисертација. Ниш.

Марковић, С. (1981). *Наследно право*. Београд: Службени лист СФРЈ.

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет.

Станојевић, О. (2003). *Римско право*. Београд: Службени лист СЦГ.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације.

Стојановић, Н. (2009). *Наследничка заједница*. Ниш: Правни факултет.

Стојановић, Н. (2005). Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона. *Правни живот*. 10.

Стојановић, Н. (2009). Како се остварује и штити право на нужни део повређено прекомерним завештајним располагањима и учињеним поклонима? Тематски зборник радова *Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*. Ниш. Правни факултет.

Стојановић, Н. (2008). Наследно право у Војводини између два светска рата. *Зборник Матице Српске за друштвене науке*. Нови Сад. Матица српска.

Стојановић, Н. Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији *de lege lata* и *de lege ferenda*. Зборник радова *Актуелна питања грађанске кодификације*. Ниш: Правни факултет.

Правни прописи

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – и одлука УС РС 6/2015.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005.

Закон о извршењу и обезбеђењу Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015.

Закон о хипотеци Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

Закон о парничном поступку Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

Судска пракса

Предмет Основног суда у Нишу, П. бр. 5669/12. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 2081/2011 од 13. 2. 2014. године. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 2419/2011 од 20. 7. 2014. године. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 4028/12 од 14. 5. 2013. године. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 3027/13 од 11. 1. 2016. године. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Основног суда у Нишу, П. бр. 4652/14 од 2. 7. 2015. године. *Извор: архива Основног суда у Нишу.*

Пресуда Окружног суда у Београду, Гж. бр. 1376/03 од 11. 9. 2003. године. *Извор, сајт: bg.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 14435/10 од 6. 4. 2011. године. *Извор, сајт: bg.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 2839/11 од 16. 11. 2011. године. *Извор: Paragraf lex.*

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 4307/2010 од 10. 11. 2010. године. *Извор: Paragraf lex.*

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр. 6895/2013 од 20. 6. 2014. године. *Извор: Paragraf lex.*

Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. бр. 648/01 од 31. 5. 2001. године.
Извор, сајт: poslovnibiro.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 1449/10 од 4. 7. 2011. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 1600/10 од 7. 6. 2010. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 3742/10 од 22. 7. 2011. године. *Извор, сајт: kg.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 275/2012 од 9. 5. 2012. године. *Извор: Paragraflex.*

Предмет Основног суда у Крагујевцу, П. бр. 29849/10. *Извор: архива Основног суда у Крагујевцу.*

Решење Апелационог суда Нови Сад, Гж. бр. 3685/11 од 28. 2. 2012. године. *Извор, правна база: ingpro.propisi.net.*

Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 1830/14 од 17. 9. 2014. године. *Извор, сајт: bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=nuzni-deo-2.*

Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 1940/12 од 5. 6. 2012. године. *Извор, сајт: www.poslovnibiro.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 5105/12 од 18. 9. 2013. године. *Извор, сајт: ns.ap.sud.rs.*

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 2495/11 од 21. 3. 2012. године. *Извор: Билтен Апелационог суда у Новом Саду, бр. 4/2012, стр. 101-103.*

Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. бр. 1804/2013 од 20. 6. 2013. године. *Извор, bilten.osns.rs/presuda/sentenca?url=pravna-priroda-nuznog.*

Решење Врховног суда Србије Рев. бр. 180/03 од 28. 10. 2004. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs;*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3158/05 од 20. 4. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs.*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2757/05 од 16. 11. 2005. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs.*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1431/05 од 29. 6. 2005. године. *Извор: Paragraflex.*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 560/05 од 1. 11. 2005. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs.*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1287/06 од 03. 10. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs;*

Пресуда Рев. 1752/06 од 21. 10. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs.*

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1359/05 од 1. 6. 2006. године. *Извор, сајт: vk.sud.rs.*

Ivana Evtimov,
*Student of doctoral studies,
Faculty of Law, University of Niš*

**POSSIBILITY OF COMPULSORY HEIRS TO REQUEST
THE CHANGE OF THE LEGAL PRESUMPTION OF OBLIGATION
LAW NATURE OF THE COMPULSORY PORTION**

Summary

Inheritance Act of the Republic of Serbia in 1995, the legislator obligation law conception of the nature of the right to a compulsory share, set for presumptio iuris tantum, foreseeing the possibility aid successor to demand settlement in the form of an aliquot part legacy. The focus of the author's interests are three issues: whether the necessary successor in practice require the settlement of monetary equivalent of the necessary work, or opt for settlement in natura, what are the reasons that affect the determination of the necessary successor to one of the given conception, and whether the courts who decide upon petitions the name of the settlement in the share of legacy, determine the merits of the request for transformation of the nature of the right to a compulsory share, through the prism of subjective and objective reasons or decisions are made without such assessments? To answer these questions, the author analyzes the relevant provisions of the Law on Inheritance of the Republic of Serbia, points to view our theorists and presents relevant solutions from case law. In the end, the author presents conclusions. It points to the need of proper implementation of the provisions of the Law on Inheritance of the Republic of Serbia in practice, the advantages and disadvantages of the existing regulations and the necessity to adapt to social reality.

Key words: *the right to the compulsory share, legal nature, transformation, justification.*

Наслеђивање на основу завештања

Др Драгица Живојиновић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

ЗАВЕШТАЈНА (НЕ)СПОСОБНОСТ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

Апстракт: Предмет овог рада је анализа решења садржаних у Закону о наслеђивању РС и Нацрту грађанског законика РС која се тичу завештајне (не)способности и утврђивање предлога за даљим унапређењем регулативе ове проблематике. Аутор у раду разматра три сегмента завештајне способности: њену правну природу, елементе из којих се састоји и утицај њеног непостојања на пуноважност завештања. Налази да у будућим законским текстовима способност за сачињавање завештања треба посматрати као посебну способност, блиску, али другачију од пословне, односно као једну од способности које чине правни статус физичког лица. Аутор даље сматра да субјективну компоненту ове способности – способност за расуђивање треба ближе одредити и то као способност неког лица да схвати смисао, суштину и правни значај завештања, његове стварне и правне последице и способност да поступа у складу са тим сазнањем. Најзад, *de lege ferenda* предлаже санкцију ништавости за завештање при чијем сачињавању завешталац није поседовао завештајну способност.

Кључне речи: завештајна способност, пословна способност, способност за расуђивање, неважност завештања.

1. Уводна разматрања

Завештајна способност је један од услова настанка пуноважног завештања. Од којих елемената се она састоји, каква јој је правна природа и под коју врсту грађанскоправне санкције треба подвести завештање при чијем сачињавању завешталац није поседовао ову способност, утврђено

* dzivojinovic@jura.kg.ac.rs

је Законом о наслеђивању.¹ Након двадесет година примене поменутог закона, питање на које у овом раду желимо да потражимо одговор је да ли за опстанак односних законских решења и даље постоји ваљано оправдање, или пак то није случај, и завештајну способност у будућим законским текстовима треба уредити на другачији начин.

Сагледавање потребе за реформом одредаба о способности за сачињавање завештања извршићемо поређењем актуелних законских решења српског права, али и оних садржаних у Нацрту грађанског законика РС, са оним садржаним у савременим европским законодавствима, као и консултовањем ставова правне теорије.

2. Појам и правна природа завештајне способности

О појму завештајне способности (*testamenti factio activa*) у правној књижевности нема несугласица. Она се обично дефинише као способност извесног физичког лица да сопственом изјавом воље сачини пуноважно завештање, као и да постојеће завештање пуноважно измени или опозове (Ђурђевић, 2015: 122; Антић, Балиновац, 1996: 308; Живојиновић, 2003: 7; Frank, 2003: 57). Ни у Закону о наслеђивању (у даљем тексту: ЗОН), као ни у Нацрту грађанског законика РС (у даљем тексту: Нацрт ГЗРС), ова способност се појмовно не одређује, већ се утврђивањем компоненти које кумулативно морају бити испуњене одређује која лица је поседују – свако лице способно за расуђивање које је старије од 15 година живота.²

Међутим, за разлику од појма, о правној природи завештајне способности у стручној литератури постоје различити ставови. Према једном од њих, завештајна способност је посебан вид правне способности. Како је завештање строго лични правни посао, заговорници овог становишта завештајну способност сагледавају као "лично својство физичког лица да завештајно располаже", чији недостатак, насупрот недостатку пословне способности, ничим не може бити надомешћен (Gavela, Belaj, 2008: 130; Finžgar, 1962: 88). За разлику од опште правне способности, која се стиче рођењем, завештајна способност се стиче по испуњењу законом предвиђених услова (узраст и способност за расуђивање), због чега представља *специјалну правну способност*.

Ово гледиште нема много поборника у правној теорији, вероватно из разлога што се правна способност, која представља способност (могућност) физичког лица да буде носилац права и обавеза (Станковић, Водинелић,

1 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/95, 101 /2003 – одлука УСРС и 6/2015.

2 Чл. 79 ЗОН и чл. 2673 Нацрта ГЗРС доступан на адреси: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, Приступ: 13. 6. 2016.

1996: 57), стиче рођењем³ и не подразумева присуство никаквих додатних услова⁴ (Живојиновић, 2009: 8–14). Завештајна способност се пак односи на способност неког лица да изјавом своје воље располаже имовином за случај смрти путем завештања; то је способност предузимања правне радње, делања у складу за законским овлашћењима, што су две потпуно различите ствари. За пуноважност оваквих аката располагања неопходна је правно релевантна воља коју, сходно законском решењу, поседују лица одређеног узраста која су способна за расуђивање. Истина, веза између ових способности постоји јер завештајна способност нужно укључује признање правне способности завештаоца – завештање може сачинити само субјект права (физичко лице) који је носилац права и обавеза којима овим путем располаже (Ђурђић-Милошевић, 2013: 572).

У расправама о правној природи завештајне способности велики број теоретичара је повезује са пословном способношћу. За налажење везе између ових способности оправдање се налази у истоветном друштвеном основу њиховог настанка и развоја – својини (Антић, 1983: 50–60). Право својине, а посебно овлашћење располагања предметима овог права од стране титулара, узроковало је настанак како слободе уговарања, тако и слободе завештања. Слобода уговарања пружа могућност субјектима права да својом слободном вољом, у границама постављеним правним поретком, ступају у уговорне односе заснивањем правних послова *inter vivos*, а слобода завештања да то могу чинити сачињавањем завештања као врсте правног посла *mortis causa*. Из овог разлога, основ повезаности ових способности је то што њихово признавање има за циљ постизање истоветних друштвених циљева – потребу за прометом добара, за располагањем имовином од стране титулара права (Марковић, 1974: 157; Живојиновић, 2001: 124). Јер, сматрају присталице овог гледишта, ако је правним поретком признато право неком лицу да располаже својом имовином за живота, логично је да му такву могућност не треба ускраћивати ни за случај смрти. У овом смислу, завештајна способност се сагледава као природни продужетак пословне способности; међутим, будући да је усмерена на предузимање тачно одређене врсте правног посла – завештања, треба је посматрати као посебну, *специјалну пословну способност*.

Спрега између завештајне и пословне способности нашла је одговарајућу потврду и признање у домаћој законској регулативи. Наше право не познаје поступак лишења завештајне способности због

3 Овако сагледавање правне способности није природно правно стање човека, него је резултат достигнутог степена у развоју права и цивилизације уопште.

4 Велики број савремених законодавстава признаје посебну правну способност зачетом а нерођеном детету, као последицу поштовања његовог права на живот.

недостатка способности за расуђивање, као њеног субјективног елемента. Најмање два разлога постоје за то. Први се огледа у томе што већина људи умре не остављајући иза себе завештање (Живојиновић, 2004: 295).⁵ У овим случајевима заоставштина се расподељује према правилима законског наслеђивања,⁶ на чију примену нема никаквог утицаја оставиочева евентуална неспособност за сачињавање завештања. У таквој ситуацији противно логици је лишавати неко лице завештајне способности, а да се не зна да ли ће оно уопште и сачинити завештање.

Други разлог је што је код нас, као и у већини савремених законодавстава, неспособност за расуђивање утврђена као повод лишења пословне способности. Како је пословна способност способност *највећег квалитета* коју може поседовати лице које учествује у правном саобраћају, наслањајући се на принцип – ко може више, може и мање, то ова способност обухвата и способност за сачињавање завештања, што је разумљиво. Међутим, у праву Србије заузето је и обрнуто становиште: лишење пословне способности због одсуства способности за расуђивање (макар у случају потпуног лишења), твори необориву претпоставку да пунолетно лице коме је она одузета, не поседује ни завештајну способност (Антић, Балиновац, 1996: 435).⁷

На питање да ли делимично лишење пословне способности подразумева непостојање завештајне способности, у нашем законодавству до скоро није постојао изричит одговор. У правној теорији су о томе постојала различита становишта (Стојановић, Ћирић, 2010: 59; Ђурђевић, 2008: 139–141). Недавним изменама Закона о ванпарничном поступку, каква потреба је у домену регулисања поступка за лишење пословне способности настала након ратификације Конвенције о правима особа са инвалидитетом,⁸ усвојено је решење према коме ће суд на основу резултата медицинског вештачења одредити врсту послова које то лице може самостално предузимати, поред послова на које је законом овлашћено.⁹ То значи да делимично лишење пословне способности *може, али не мора*

5 У Србији се завештање појављује као правни основ расправљања заоставштине у 3,76% случајева, док се на западу тај проценат креће око 30%.

6 Закључење уговора о наслеђивању, који је најјачи правни основ расправљања заоставштине, у нашем праву санкционисано је ништавошћу (чл. 179 ЗОН). Иста санкција предложена је у Нацрту ГЗРС (чл. 2775), мада је алтернативно понуђена могућност његовог склапања између супружника.

7 Чл. 156 ЗОН.

8 Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 42/2009.

9 Чл. 40, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку.

водити непостојању завештајне способности, све у зависности од тога који степен способности за расуђивање поседује односна особа.

Овакво законско решење почива на уважавању чињенице да способност за расуђивање представља *психолошку способност (капацитет)* појединца која може бити различитог варијабилитета међу хуманом популацијом. Истраживања из ове области су показала да способност за расуђивање неког лица није увек истог квалитета, да је она не само субјективно него и релативно детерминисана (Поњавић, 2013: 97), односно да може варирати током животног циклуса, али и зависити од сложености одлуке са којом се појединац суочава, од околности под којима је доноси и слично (Живојиновић, 2014а: 126). То, посматрано у смислу сагледавања везе између пословне и завештајне способности подразумева да непостојање оног нивоа способности за расуђивање потребне за пословну способност као способност највећег квалитета не мора да значи да не постоји ниво способности за расуђивање довољан за завештајну способност као способност, ако се тако може рећи, нижег ранга.

За тему о којој овде расправљамо важно је истаћи да се последњих година, а у контексту признања права на пословну способност лица са инвалидитетом утврђеног горе поменутом Конвенцијом, повећава број законодавстава која познају само делимично лишење пословне способности (European Union Agency for Fundamental Rights, 2013). У овом случају суд је у обавези да одреди делокруг послова које односно лице може самостално обављати, што је, како смо напред видели, код овог облика лишења урађено и у нашем праву. Међутим, код нас и даље постоји потпуно и делимично лишење пословне способности,¹⁰ а из Нацрта ГЗРС видљива је намера законодавца да тако остане и за будуће.¹¹ Ипак, велики је знак питања да ли ће тако остати и надаље. Србија је потписница Конвенције о правима особа са инвалидитетом, па се опстанак овог традиционалног приступа лишењу пословне способности, старатељској заштити и њеним циљевима и те како доводи се у питање. Нашу државу као чланицу Савета Европе, на реформу ових одредаба обавезују и стандарди који су по овим питањима успостављени под њеним окриљем.¹² Препорука је да се крајње рестриктивно приступа примени института потпуног лишења пословне

10 Чл. 146, ст. 1 и чл. 147, ст. 1 Породичног закона.

11 Чл. 34 и 35 Нацрта ГЗРС.

12 Council of Europe, Committee of the Ministers (2006), Action line No. 12: legal protection; Council of Europe, Committee of Ministers (1999); Council of Europe, Committee of Ministers (2009b); Council of Europe, Committee of Ministers (2004); Council of Europe, Committee of Ministers (2009a). Council of Europe (1997); Council of Europe, Parliamentary Assembly (2009), para. 7; Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2012a) and Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2012b).

способности, док делимично лишење треба спроводити само за одређену врсту послова, остављајући тако простора односном лицу да у извесном обиму самостално остварује своју пословну способност (Commissioner for Human Rights, 2012). Све ово, рекли бисмо, наговештава потребу за одвојеним вредновањем пословне од других способности (па и завештајне) које чине правни капацитет физичког лица, у случају када се постојање ове прве доводи у питање. Јер како завештајна способност може постојати без пословне – стиче се пре пунолетства и подразумева ментални капацитет потребан за сачињавање завештања, то недостатак потпуне пословне способности не мора резултирати завештајном неспособношћу (Klasiček, Pichler, 2009: 125).

Иако постоји извесно оправдање за аргументе на темељу којих се врши повезивање завештајне са пословном способношћу, између њих постоји значајна разлика. Она је последица особености завештања као врсте једностраног правног посла чије дејство наступа након смрти завештаоца, коју, додуше, не поричу ни заговорници другог становишта. Завештање је *строго лични правни посао*, па је остварење слободе завештања везано искључиво за личност завештаоца. Завешталац, дакле, или може поседовати завештајну способност и давати пуноважну наредбу последње воље или не, и бити прикраћен у праву на располагање имовином за случај смрти овим путем. Свака могућност законског заступања код предузимања ове врсте правног посла је искључена, као и могућност њеног вољног преношења на друго лице давањем пуномоћја. Насупрот овоме, недостатак пословне способности може се отклонити. О заштити и остварењу права и интереса малолетника и пунолетних лица лишених пословне способности старају се њихови законски заступници, односно стараоци. Такође, пословно способно лице може себи одредити пуномоћника који ће га заступати у свим правним пословима или у одређеној врсти правног посла; али, како смо видели, не и за сачињавање завештања.

Управо ослањајући се на ову разлику, домаћа правна теорија обогаћена је за још једно становиште, блиско претходном, према коме је способност за сачињавање завештања *вид посебне способности*, која се не изједначава са општом пословном способношћу, иако спадају у "исту категорију правних установа" (Благојевић, 1983: 238; Ђорђевић, 1997: 198; Бабић, 2005: 154).

Потреба за посматрањем завештајне способности као посебне способности, различите од пословне, оправдава се и утврђивањем различитог узраста за њихово стицање (Стојановић, 2011: 199). Пословна способност се у нашем праву стиче са навршених 18 година живота, а завештајна са 15. Законодавац је усвајање овакве регулативе правдао чињеницом да правни послови *inter vivos* производе дејство за живота

њихових учесника, па да је за њихову пуноважност потребан старији узраст који значи више опреза, знања и животног искуства. Код завештања као правног посла *mortis causa* то није случај. Оно производи дејство након смрти завештаоца, једнострано је опозиво, па је потреба за заштитом завештаоца у правном промету мање изражена у односу на послове међу живима. Завешталац сачињавањем завештања испољава захвалност, љубав, приврженост или пак разочарање, незадовољство нечијим понашањем, за шта је довољна емотивна зрелост чије стицање се поклапа са полном зрелошћу, односно навршавањем 15 године живота (Антић, Балиновац, 1996: 310).

Поред побројаних, навели бисмо још један аргумент за посебан статус завештајне способности као једне од способности које чине правни статус физичког лица: ова способност је ужег домашаја у односу на пословну, она је, како се из њеног појма види, усмерена ка пуноважном настанку (или опозиву) само једне врсте правног посла – завештања. И из других грана права, а због постојања одређених специфичности, издвојене су поједине способности физичког лица, различите од пословне, које су верификоване у домаћој регулативи – радна,¹³ деликтна,¹⁴ способност за пристанак на медицинску меру,¹⁵ способност за пристанак на учешће у клиничком испитивању¹⁶ итд. Управо особена правна природа завештајне способности намеће потребу за њеним јасним одвајањем од пословне способности, али, рекли бисмо и оставља простор за њеним прецизнијим законским одређењем, нарочито по питању њене субјективне компоненте.

3. Елементи завештајне способности

Сходно чл. 79 ЗОН завештајну способност чине два елемента: објективни – узраст од навршених 15 година живота и субјективни – способност за расуђивање.

Објективна компонента завештајне способности представља основни елемент њеног постојања. Прописано старосно доба се не претпоставља, већ се мора са сигурношћу утврдити. Лица млађа од 15 година, сходно закону, не поседују ову способност, независно од тога да ли њихов ниво способности за расуђивање одговара оном који је својствен просечном

13 Чл. 24, ст. 1 и чл. 25, ст. 1 и 2 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14.

14 Чл. 160, ст. 3 Закона о облигационаим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља.

15 Чл. 19 (4) Закона о правима пацијената, *Сл. гласник РС*, 41/13.

16 Чл. 63 и 64 Закона о лековима и медицинским средствима, *Сл. гласник РС*, 30/2010, 107/2012.

појединцу старијем од 15 година. Горња старосна граница завештајне способности не постоји, па свако лице без обзира на године живота може сачињавати пуноважно завештање ако је способно за расуђивање.

Разлози спуштања објективне компоненте завештајне способности са година потребних за пунолетство на старосну доб од навршених 15 година већ су изнети приликом образлагања становишта о завештајној способности као врсти посебне способности, па их нећемо понављати. Подржавамо ово опредељење нашег законодавца, али подсећамо да оно није општеприхваћено у савременим правима (Митић, 1969: 40).

По овом питању постоје три концепције. У једном броју држава завештајна способност се стиче пре пословне и признаје као *пуна* способност. То значи да се завешталац, иако малолетан, може тестирати као пунолетно лице без икаквих ограничења по питању обима располагања, допуштених форми завештања и слично. Овај модел прихваћен је у српском, хрватском¹⁷ црногорском,¹⁸ шпанском¹⁹ праву итд. Други заступају *ограничену завештајну* способност малолетника. То значи да се ова способност стиче пре пунолетства (са 14, 15 или 16 година), али уз постављање извесних ограничења при реализацији слободе завештања, која не постоје код пунолетних завештаоца (аустријско,²⁰ француско,²¹ немачко²² право). Према трећем решењу, *завештајна способност се изједначава са пословном* и стиче уз испуњење истоветних услова (нпр. у руском²³ и швајцарском²⁴ праву).

Субјективну компоненту завештајне способности чини способност за расуђивање. За разлику од објективне, субјективна компонента завештајне способности се претпоставља, чиме се изражава неподељено становиште у корист њеног постојања (Owen, Freyenhagen, Richardson, Notopf, 2009: 84).

О томе на шта се односи способност за расуђивање, у домаћој грађанскоправној теорији постоји више дефиниција. Једни је одређују као фактичку способност старања о својим интересима (способност за расуђивање у пословним односима) (Водинелић, 2012: 355); други, као свест и представу о својим радњама и њиховим последицама (Стојановић, Антић, 2004: 143); трећи, као „способност појединца да исправно схвати

17 Чл. 26, ст. 1 Закона о наслеђивању Хрватске.

18 Чл 61, ст. 1 Закона о наслеђивању Црне Горе.

19 Чл. 663, ст. 1 Шпанског грађанског законика.

20 Чл. 569, Аустријског грађанског законика.

21 Чл. 904, ст 1 Француског грађанског законика.

22 Видети § 2229 (1) у вези са § 2233 Немачког грађанског законика.

23 Чл. 1118, ст. 2 Руског грађанског законика.

24 Чл. 467 Швајцарског грађанског законика.

друштвено-економске односе у којима учествује, те да на основу сазнања о њима предузме правне радње којима ће остварити одређене жељене правне последице“ (Ачански, 1988: 166).

Све ове дефиниције способности за расуђивање даване су превасходно у контексту постојања пословне способности физичког лица (Ачански, 1981: 149), па их карактерише висок степен уопштавања. Потреба за овим и те како постоји. Пословна способност као способност највећег квалитета коју може поседовати лице које учествује у правном саобраћају није значајна само за самостално ступање у облигационе односе у циљу стицања или преношења имовинских права. Она је предуслов остваривања бројних других грађанских, политичких, економских, социјалних и културних права, каква су: право гласа, право на склапање брака, родитељска права, право на промену личног имена, право на одређивање места пребивалишта, право на удруживање, право на приступ правосуђу итд. Стога се сматра да пословно способно лице поседује ментални капацитет потребан за ваљано предузимање било које правне радње у правном саобраћају. Отуда и потреба за овако генералним утврђивањем способности за расуђивање која, имајући у виду напред изнете дефиниције, обухвата два елемента: разумевање *одређених* чињеница везаних за реализацију пословне способности појединца; и способност њиховог одмеравања у процесу одлучивања.

Међутим, будући да је завештајна способност вид посебне способности, блиска, али другачија од пословне, намеће се питање, какав ментални капацитет је потребан за њено поседовање?

Способност за расуђивање у контексту постојања завештајне способности, одмерава се према потреби за предузимањем једне специфичне правне трансакције – сачињавање завештања (Whitman, 2013: 1064). Из овог разлога сматрамо да има оправдања за прецизнијим законским одређењем субјективне компоненте завештајне способности. Оваква пракса, иако не честа, савременим законодавствима није непозната. У законским текстовима где се то чини способност за расуђивање се најчешће негативно одређује. Тако, у Немачком грађанском законнику стоји да особа која због душевне поремећености, менталне заосталости или поремећаја свести није у стању да схвати значај изјаве последње воље и да поступа у складу са тим схватањем, нема завештајну способност.²⁵ У праву Аустрије се утврђује да душевно болесна, слабоумна и друга лица која су без разума или пате од поремећаја свести не могу да изјаве ваљану последњу вољу.²⁶ У хрватском праву се предвиђа да способност за расуђивање не

25 Чл. 2229, ст. 4 Немачког грађанског законика.

26 Чл. 566 Аустријског грађанског законика.

поседује особа која у тренутку сачињавања завештања није била у стању да схвати значење изјаве своје воље и њене последице, или није била способна да управља својом вољом тако да поступа у складу са тим знањем.²⁷

Сматрамо да и наше право треба да крене путем оних законодавстава у којима се субјективна компонента завештајне способности ближе одређује. Њу треба дефинисати као способност неког лица да схвати смисао, суштину и правни значај завештања, његове стварне и правне последице и способност да поступа у складу са тим сазнањем. Овакво одређење способности за расуђивање било би у складу са савременим тенденцијама којима се заговара примена предметно специфичног приступа процени менталног капацитета појединца.²⁸ У нашем законодавству, у области медицинског права, већ постоји овако одређење способности за расуђивање у контексту постојања способности за пристанак на медицинску меру.²⁹ Имајући у виду све напред речено, не видимо сметњу да тако нешто не буде прихваћено у области завештајног права. Чини нам се да би се на овај начин достигла права мера поштовања слободе завештања, ослобођена непотребних ограничења.

4. Завештајна неспособност и њен утицај на пуноважност завештања

Недостатак објективног елемента завештајне способности, који се, како смо видели, у нашем праву везује за навршених 15 година живота, санкционисан је ништавошћу завештања.³⁰ То значи да до његовог накнадног оснажења не може доћи ни у ком случају – ни достизањем прописаних година живота, ни давањем сагласности законског заступника. Како је завештање строго лични правни посао, код сачињавања завештања није допуштено заступништво – ни уговорно, ни законско, па се, у овом смислу, претходно или накнадно датом сагласношћу законског заступника завештаоца који у време предузимања акта завештања није навршио 15 година живота не може оснажити ништаво завештање.

27 Чл. 26, ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске.

28 Овакав приступ примењен је у праву Велике Британије и Велса, Видети, Mental Capacity Act 2005 с. 9 Part 1, Preliminary, Section 2, приступ 10. 8. 2016, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>.

29 У чл. 2, ст. 1, тачка 4 Закона о правима пацијената стоји да способност за расуђивање детета које је навршило 15 година живота, у смислу овог закона, подразумева његову способност да разуме природу свог здравственог стања, сврху медицинске мере која се предлаже, ризике и последице предузимања и непредузимања мере, као и способност да добијене информације одмери у процесу доношења одлуке.

30 Чл. 156 ЗОН.

Постављање доње старосне границе за стицање завештајне способности иде у прилог правној сигурности, па санкцију ништавости у овом случају сматрамо адекватном мером усмереном ка остварењу јавних интереса – сигурности правног промета; какви интереси се иначе штите прописивањем санкције јачег правног дејства. Кроз заштиту јавних (општих) интереса, прописивањем ове врсте грађанскоправне санкције, обухваћена је и заштита приватних интереса.

С друге стране, одсуство способности за расуђивање у моменту сачињавања завештања, према важећем законском решењу, може бити разлог његове ништавости или рушљивости. Тако, ништаво је завештање лица које је због неспособности за расуђивање у време сачињавања завештања било потпуно лишено пословне способности, док је рушљиво завештање лица које је у тренутку његовог сачињавања било неспособно за расуђивање.³¹ Истоветне санкције за недостатак субјективне компоненте завештајне способности предвиђене су и Нацртом ГЗРС.³²

Као што се може видети, оно што опредељује нашег законодавца за примену одређене врсте грађанскоправне санкције је да ли у конкретном случају постоји формална одлука ванпарничног суда којом је завешталац потпуно лишан пословне способности због неспособности за расуђивање, или то није случај (Антић, Балиновац, 1996: 435). Овим се, рекли бисмо, испољава становиште према коме се за примену санкције јачег правног дејства не сматра пресудним суштинско непостојање способности за расуђивање, него да ли постоји судска одлука о томе, што сматрамо неприхватљивим (Живојиновић, 2014б: 346–348). Истина, доказивање одсуства способности за расуђивање далеко је лакше у другом случају – када је то суд утврдио у поступку одузимања пословне способности, али евидентно је да и у првом и у другом случају способност за расуђивање није постојала, па тако ни завештајна способност. Питање које се овде као нужно намеће је, да ли је олакшање доказног поступка довољно оправдан разлог за примену две различите врсте санкција које могу погодити завештање које је сачинило лице неспособно за расуђивање?

Сматрамо да није. Из напред изнете дефиниције способности за расуђивање дате у контексту постојања способности за сачињавања завештања видели смо да она у себи синтетише две функције: интелектуалну и вољу. Интелектуалну чини способност завештаоца да схвати смисао, суштину и правни значај завештања, његове стварне и правне последице, а вољу, његова способност да поступа у складу са тим сазнањем. Уколико услед дејства душевне болести, душевне заосталости, трајних или привремених душевних поремећаја, утицаја лекова, алкохола,

31 Чл. 156 и 166 ЗОН.

32 Упореди чл. 2751 и чл. 2762 Нацрта ГЗРС.

дрога, депресије или било ког другог разлога, интелектуална функција способности за расуђивање није постојала у тренутку сачињавања завештања, резултат ће бити и ненормално одлучивање. Завештање које би неко лице сачинило у овом стању не може бити пуноважно, односно не би требало предвиђањем санкције рушљивости оставити законску могућност наступања његове конвалидације.

По аналогiji са врстом санкције која погађа уговор закључен од стране пословно неспособног лица – а то је санкција ништавости, мишљења смо да у будућим законским решењима под ову санкцију треба подвести и завештање које је сачинило завештајно неспособно лице, без обзира која компонента ове способности није постојала. У грађанском праву, додуше, постоји *ограничена пословна способност* физичких лица, па су правни послови које она закључе без претходне дозволе њиховог законског заступника рушљиви.³³ У материји завештајног права оваква могућност не постоји, јер *нема ограничене завештајне способности*, па ни места за примену санкције рушљивости у случају када завештајна способност није постојала. Како је завештање строго лични правни посао, завешталац или може поседовати ову способност, или ће бити завештајно неспособан. Трећег нема (Радоловић, 2009).³⁴

Имајући наведено у виду, не чини нам се оправданим опстанак постојећег законског решења према коме неспособност за расуђивање треба да доведе до ништавости завештања, *једино* ако је због тога завештаоцу била потпуно одузета пословна способност. Супротно од овога, сматрамо да неспособност за расуђивање у тренутку сачињавања завештања, услед кога завешталац није поседовао завештајну способност треба *увек* да буде разлог ништавости завештања, без обзира да ли је због тога њему била потпуно одузета пословна способност или није. Другачије од законског становишта према коме је завештајна способност вид специјалне пословне способности, услед чега се лишење пословне способности може повезивати са постојањем завештајне, што је законодавац у горе поменутој одредби и урадио, у овом раду смо се залагали за становиште према коме завештајну способност треба сагледавати као посебну способност, различиту од пословне. У том смислу, њено вредновање треба вршити независно од постојања пословне способности, а имајући у виду њен значај за настанак пуноважног завештања, санкцију ништавости видимо као једино оправдану у случају њеног непостојања. У већини европских

33 Чл. 56, ст. 3 Закона о облигационим односима.

34 Одсуство способности за расуђивање као субјективног елемента завештајне, пословне, али и других способности које чине правни статус неког лица – деликтне способности, радне способности, способности за пристанак на медицинску меру итд. одговара ономе што се у теорији назива „природна пословна неспособност“.

законодавстава предвиђена је управо ова врста грађанскоправне санкције (немачко,³⁵ швајцарско,³⁶ аустријско,³⁷ хрватско³⁸ итд.).

5. Закључак

У Закону о наслеђивању Србије и Нацрту грађанског законика РС завештајна способност и утицај њеног непостојања на пуноважност завештања уређени су на истоветан начин. Очигледно је да се законодавац при изради Нацрта ГЗРС није упуштао у преиспитивање ових решења, иако је за то било и повода и потребе. У циљу унапређења законске регулативе, коју у овом домену видимо као отклањање непотребних ограничења слободе завештања, уз очување сигурности правног промета, мишљења смо да места за њиховом реформом и те како има.

Први корак ка побољшању ове регулативе је одвојено сагледавање завештајне од пословне способности. Иако блиска пословној, завештајна способност се од ње у значајном делу разликује:

- стиче се пре пословне и подразумева онај ниво способности за расуђивање својствен достизању полне зрелости (15 година);

- њен недостатак не може се отклонити законским заступништвом јер је завештање строго лични правни посао;

- она је ужег домаћаја у односу на пословну, односно усмерена је ка пуноважном настанку само једне врсте правног посла – завештања. Из ових разлога, завештајну способност треба посматрати као вид посебне способности, односно једну од способности које чине правни капацитет физичког лица.

Даље, будући да је завештајна способност у функцији предузимања само једне специфичне правне трансакције – сачињавања завештања, има места потреби да се њена субјективна компонента – способност за расуђивање, ближе одреди. Њу треба дефинисати као способност неког лица да схвати смисао, суштину и правни значај завештања, његове стварне и правне последице и способност да поступа у складу са тим сазнањем. Уопштена дефиниција способности за расуђивање адекватна је процени постојања пословне способности која подразумева разумевање било којих чињеница у правном саобраћају везаних за реализацију пословне способности појединца. Најзад, полазећи од тога колики значај завештајна способност има за настанак пуноважне наредбе последње воље, ништавост видимо као једину санкцију под коју треба подвести завештање при чијем сачињавању је завешталац није поседовао.

35 Параграф 2229 Немачког грађанског законика.

36 Чл. 521, ст. 2 Швајцарског грађанског законика.

37 Параграф 566 и 569 Аустријског грађанског законика.

38 Чл. 26, ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске.

Литература

Антић, О. (1983). *Слобода завештања и право на нужни део*, докторска дисертација. Београд.

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.

Ачански, Т. (1981). Начини стицања пословне способности појединца. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 15 (1). 147–161.

Ачански, Т. (1988). Ступњевитост пословне способности појединаца. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 22 (1–3). 163–178.

Бабић, И. (2005). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Службени лист Србије и Црне Горе.

Благојевић, Б. (1983). *Наследно право у Југославији, Права република и покрајина*. Београд: Савремена администрација.

Водинелић, В. (2012). *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*. Београд: Номос.

Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања.

Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

Ђурђевић, Д. (2008). Утицај делимичног лишења пословне способности на завештајну способност. У: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*. Тркуља, Ј. (ур.). Београд: Правни факултет у Београду. 139–141.

Ђурђић-Милошевић, Т. (2013). Неки аспекти завештајне способности. *Правни живот*. 10. 565–577.

European Union Agency for Fundamental Rights. (2013). *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems*, Vienna. Преузето 30. 7. 2016. године <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems.pdf>.

Живојиновић, Д. (2014а). Способност за давање пристанка на учешће у медицинском истраживању. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 67. 117–138.

Живојиновић, Д. (2014б). 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. 341–354.

Живојиновић, Д. (2009). *Правни положај нерођеног детета*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.

Живојиновић, Д. (2004). Завештање у судској пракси. *Правни живот*. 10. 293–315.

Живојиновић, Д. (2001). Тестаментара (завештајна) и пословна способност. *Правни живот*. 10.

Живојиновић, Д. (2003). *Неважност завештања*, докторска дисертација (штампано за потребе одбране). Крагујевац.

Klasiček, D. Pichler, D. (2009). *O poslovnoj, oporučnoj i deliktnoj sposobnosti djeteta*. У: Rešetar, B. (ur.). *Djete i pravo*. Osijek. 117–138.

Марковић, С. (1974). Однос тестаменталне према правној и пословној способности. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 13. 155–173.

Митић, М. (1969). Тестаментална способност малолетника. *Југословенска адвокатура*. 3–4. 3347.

Owen, S.G. Freyenhagen, F. Richardson, G. Hotopf, M. (2009). *Mental capacity and Decisional Autonomy: An Interdisciplinary Challenge*. *Inquiry*. 52 (1). 79–107.

Поњавић, З. (2013). Пристанак детета на медицинску меру. Између аутономије и патернализма. *Правни живот*. 10. 91–106.

Radolović, A. (2009). Prirodna poslovna sposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 30 (1). 187–220.

Станковић, О. Водинелић, В. (1996). *Увод у грађанско право*. Београд: Номос.

Стојановић, Д. Антић, О. (2004). *Увод у грађанско право*. Београд: Правни факултет у Београду.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације.

Стојановић, Н. Ђирић, З. (2010). Правни и психијатријски аспекти завештајне способности. У: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*. Свеска 2. Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 45–79.

Finžgar, A. (1962). *Dedno pravo*. Ljubljana.

Frank, R.. (2003). *Erbrecht*. München: Beck Juristischer Verlag.

Commissioner for Human Rights. (2012). *Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities* (Council of Europe). Strasbourg.

Whitman, R. (2013). Capacity for Lifetime and Estate Planning. *Penn State Law Review*. 117 (4). 1062–1079.

Dragica Živojinović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Kraujevac

TESTAMENTARY (IN)CAPACITY DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

Summary

The subject of this paper is the analysis of the provisions from the Republic of Serbia Inheritance Law and the draft of Civil Code that refer to testamentary (in)capacity and making recommendations for the improvement of provisions that regulate this matter.

In this paper the author investigates three segments of testamentary (in) capacity: its legal nature, its constituent elements and its influence on the validity of will. The author considers that the capacity to make a will should be viewed in future laws as a specific capacity, similar, but different from active legal capacity, that is as one of the capacities that form legal status of a natural person. The author further considers that the subjective component of this capacity – the mental capacity, should be determined more closely as a capacity of a person to understand the concept, content and real meaning of the will he is making, its actual and legal consequences and his capacity to act according to these understandings. Finally, de lege ferenda proposes a sanction of making a will void in cases where a testator was found incapable for this action.

Key words: *testamentary (in)capacity, active legal capacity, mental capacity, void will.*

Др Александар Ђорђевић,*
 Доцент Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ЗАВЕШТАЊЕ У ДУШАНОВОМ ЗАКОНОДАВСТВУ**

Апстракт: У раду аутор анализира правне норме о завештању (тестаменту) српског средњовековног права, посебно Душановог законодавства. Назив завештање потиче од Законоправила (Номоканона) Светога Саве. Овај термин у званичној употреби је и данас, те аутор указује на значај и генезу његовог правноисторијског сагледавања. У раду се у највећој мери посматрају одредбе о завештању садржане у Властаревој Синтагми као веома важном правноисторијском споменику српске средњовековне државе. Истиче се значај рецепције приватног римско-византијског права у Србији преко установе завештања.

Кључне речи: завештање (тестамент), Душаново законодавство, Властарева Синтагма, српско средњовековно право, римско-византијско право, историја приватног права, историја наследног права, рецепција грчко-римског (византијског) права.

Закон о наслеђивању Републике Србије од 1995. године, вратио је стари српски назив "завештање" за тестамент. Од тада је овај термин поново у званичној употреби. Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије истиче значај таквих језичких корекција у нашем позитивном праву. Српска правна терминологија у том погледу је готово јединствена у свету, будући да смо један од ретких народа који имају сопствени израз за тестамент. Термин завештање користио се вековима код Срба. Валтазар Божишић је употребљавао тај израз (завештање, завештај), а у Српском грађанском законнику равноправно су заступљени изрази завештање и

* djole@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

тестамент. Отуда се у српском језику никада за творца овог правног посла није користио израз тестатор, већ искључиво завешталац, што је још један логичан разлог за враћање старог српског термина у употребу (Комисија за израду Грађанског законика, 2014: 9–10).

Овакво решење потпуно је оправдано, будући да су корени овог назива у најстаријим српским законодавним делима, у Савином Законоправилу¹ и Душановом законодавству². Номоканон светога Саве, први српски писани законик, помиње реч завѣтъ (завет). Приликом превођења византијског Прохирона,³ свети Сава преводи грчку реч за тестамент “дијаксис” (διακσις) речју завет, проналазећи у веома богатом српскословенском језику одговарајући израз којим дефинише овај једнострану правни посао за случај смрти. Законоправило посвећује завештању неколико глава у оквиру Градског закона, како законотворацу у преводу назива овај византијски правни зборник. То су грана 21. *О завештању пунолетних*, гр. 22. *О завештању оних који су под влашћу својих родитеља*, гр. 23. *О завештању ослобођених*, гр. 24. *О завештању епископа и монаха*, гр. 25. *О обарању завештања* и гр. 29. *О кодицилу, тј. допуни завештања*.⁴

Готово све одредбе о завештању из Градског закона унете су и у Синтагму Матије Властара.⁵ Српски преводиоци и редактори овог визан-

1 Савино законоправило (Номоканон) први је писани српски законик. Реч номоканон је кованица старогрчког порекла, од речи номос (νομος) – закон и речи канон – црквено правило. Номоканони представљају мешовите збирке световног и црквеног права. Настали су у Византији, а свети Сава је, по угледу на византијско право, сачинио Номоканон за српску употребу, назвавши га Законоправило. О Законоправило постоји обимна литература, а посебно се у раду на његовом објављивању и превођењу на модеран српски језик истакао наш научник Миодраг М. Петровић. Видети нпр: Петровић, 2004.

2 Душаново законодавство је израз који се у правноисторијској науци користи за означавање не само Душановог законика из 1349. и 1354. године, већ и византијских правних компилација Синтагме Матије Властара и тзв. Закона цара Јустинијана преведених на старосрпски језик по наредби цара Душана. Међу првима је на ову чињеницу указао и наш познати правни историчар Александар Соловјев у својој расправи објављеној давне 1928. године (видети: Соловјев, 1928. Ово издање је поново штампано и 1998. године у едицији *Класици југословенског права*).

3 Прохирон (προχειρος νομος) је византијски закон у 40 глава донет за време цара Василија I, оснивача Македонске династије, у периоду 870–879. године. Важан је правни зборник грађанског, кривичног и црквеног права. За српско средњовековно право има велики значај, будући да је преведен на српскословенски језик у оквиру Законоправила, под називом Градски закон (Острогорски, 1998: 235–236)

4 О наслеђивању по одредбама Законоправила видети и: Стојановић, 2014: 25–43.

5 Синтагма Матије Властара је византијски правни зборник настао 1335. године као дело светогорског монаха. Назива се и Алфавитна Синтагма, будући да свака глава почиње словом из старогрчког алфавита. Има 24 главе, преко 300 чланова и важан је

тијског законика стари грчки назив за тестамент (дијатакса) преводе као завјшчанџе (завештаније, завешчаније), по први пут користећи термин који је готово идентичан данашњем званичном називу. У оквиру слова Д (делта), неколико одредаба посвећено је завештању, али је упоредо са српским називом задржан и старогрчки (у српско словенском преводу означен као *diataksъ*, тј. дијатакса). Душанова територијална проширења на рачун Византијског царства, изнудила су извесни византијско-српски дуализам и у правној терминологији. Цар Душан носио је званичну титулу “цар Срба и Грка”, која очигледно није била ни без своје практичне примене. Назив царске титуле утицао је и на паралелизам у називу многобројних државно-правних установа. Једна од њих била је и завештање.

Римско право је, дакле, у Србију стизало из Византије, прихватањем три византијске правне збирке: Законоправила, Синтагме Матије Властара и тзв. “Јустинијановог закона”. Та рецепција је имала своје специфичности, јер је долазила посредним путем. Српски правници нису читали ориганалне латинске списе, већ византијске прераде римског права. Због тога се понекад смисао римских правних установа мењао, услед разлика између римске и византијске правне терминологије (Шаркић, 2009: 2–3). Градски закон (као део Законоправила) и Синтагма Матије Властара садрже и многобројне одредбе о завештању, које су преузете из византијског Прохирона. Ниједно завештање као конкретан појединачни правни посао није сачувано из средњовековног српског права, већ је само посредно поменуто у повељи деспота Ђурђа Бранковића великом челнику Радичу из 1428/29. године (Шаркић, 2009: 6). Под називом тестамент, ова установа се помиње у Которском статуту, као и у тестаменту Медоја Никулина из жупе Жрновичке из 1392. године (Лексикон српског средњег века, 1999: 728–729).

Завештање је, дакле, установа древног римског права још од времена Закона XII таблица, која је очувана у правним текстовима и правној терминологији и пракси Источног римског царства. Из тих текстова доспела је рецепцијом и у српско средњовековно право. Као установа приватног права, завештање није оригинална словенска и српска творевина, али

кодификаторски подвиг византијских законодаваца у XIV веку. На старосрпски језик преведена је за време владавине цара Душана, а њено скраћивање познато је као посебна српска правна компилација под називом Скраћена Синтагма (нешто мање од сто чланова). Прво издање српскословенског превода Властарева Синтагме објавио је наш познати научник Стојан Новаковић сада већ давне 1907. године (видети: Новаковић, 1907). После више од једног века, Српска академија наука и уметности издала је превод Синтагме на савремени српски језик. Реч је о преводу Татјане Суботин-Голубовић (видети: Суботин-Голубовић, 2013). У овом раду приликом цитирања појединих одредаба из Синтагме, биће коришћен овај превод Татјане Суботин-Голубовић, будући да је први превод са старосрпског на савремени српски језик.

је назив за њу изворно српскословенски. Ову чињеницу треба истаћи са великим поносом, будући да су Срби један од ретких народа који има сопствени израз за тестамент, захваљујући својим великим законодавцима, светом Сави и цару Душану.

Дакле, питање Душановог законодавства представља питање односа српског и византијског права. Формални утицај римско-византијског права на српско почиње још од 1219. године, када је донето Савино Законоправило. Примањем хришћанства из Источног римског царства и ступањем на правну снагу Законоправила, постављени су темељи рецепције византијске културе у средњовековној Србији. Тај процес трајао је непрекидно, а најинтезивнији био је за време владавине цара Душана. У том смислу треба и посматрати Душаново законодавство, као логичан и природан наставак пута рецепције грчко-римског (византијског) права у Србији, започетог још почетком XIII века.

Душанов законик, будући да претежно садржи норме јавно-правног и кривичног карактера, не садржи одредбе о завештању. У њему се само посредно помиње наслеђивање кроз израз "за душу одати". Члан 40. Законика, који прописује право располагања баштинама, садржи следећу формулацију: *"... да су вољни њими, и под црков дати, или за душу одати, или иному продати кто љубо."* (Новаковић, 1898: 171). Реч је о познатој синтагми српског средњовековног језика која се често понавља у правним споменицима. Баштаници су слободни да располажу својом имовином. Могу је поклонити цркви, продати је било коме, али и "за душу одати". Овим изразом, по мишљењу многих научника, означавало се располагање за случај смрти (Соловјев, 1998: 446).

Закон цара Јустинијана у једном члану помиње завештање, користећи грчки назив који је у средњовековној Србији често коришћен – "дијатакса" (δίαταξις). Члан 2. ове правне компилације гласи: *"Ако ко опоруку (у оригиналу дјатази) пише некоме и дода нешто у њој, као и онеме дијаку који је писао да оставља што (год) било, да се не верује."* (Марковић, 2007: 65, 53). За разлику од Душановог законика, тзв. Јустинијанов закон изричито прописује могућност састављања завештања у писаној форми, потпуно у духу византијско-римског права.

Завештање је, дакле, било познато Римљанима од периода њиховог најстаријег писаног права, али је дефиниција ове установе нама позната из Јустинијанове кодификације, из 27. главе Дигеста. Модестинова дефиниција из Дигеста преведена је на старогрчки у Прохирону и Василикама, а из ових византијских правних компилација, нашла је своје место у Законоправилу и Душановом законодавству. Она гласи: завештање је ваљана изјава наше воље о ономе шта треба да буде после наше смрти (Шаркић, 2002: 86). Управо овај текст је Сава унео у Градски закон и тада

у српско право из римско-византијског пренео и тестамент као установу наследног права, називајући га завет (завештање). Српски редактори и преводиоци Синтагме, ослањајући се и на рад првог српског законодавца, исти текст, нешто другачије преведен, смештају у састав Д4 (четврта глава слова Д) превода Властареве Синтагме. Он, у преводу на савремени српски језик, гласи: *“Завештање је на законит начин изражена воља о ономе што неко жели да буде урађено после његове смрти.”* (Суботин-Голубовић, 2013: 157). Овај текст Матија Властар преузима из Василика, које у основи представљају превод Јустинијанових Дигеста. У основи је то поново Модестинова дефиниција, чиме је на посредан начин извршена рецепција римског права. На тај начин, српско право је посредном рецепцијом, преко византијских изворника, потврдило постојање и утемељеност завештања као важне приватноправне установе.

У даљем тексту Синтагме, прописани су услови који су морали бити испуњени да би завештање било правоваљано. Следећа одредба односи се на лице које саставља завештање, где се посебно истиче да *“онај који саставља завештање мора бити здравог ума, али не и тела.”* Одређена је и старосна граница за састављање завештања, те је прописано да мушкарац мора има навршених 14 година, а жена 12. Даље у тексту је прописано да *“подвласна лица не могу да саставе завештање, као ни малолетан, нити поседнут, ни блудник. Нем и глув понекад саставља завештање.”* (Суботин-Голубовић, 2013: 157). И ове правне норме преузете су из Прохирона, будући да је старосна граница за закључење брака и састављање завештања у Еклогу⁶ била 15 година за мушкарце и 13 година за жене. Прохирон, који је донет читав век и по касније у односу на Еклогу, вратио се Јустинијановом брачном и наследном праву и старосну границу поново вратио на 14 и 12 година. Ово правило српски редактори и преводиоци Синтагме преузели су из Шестокњижја Константина Арменулиса, правног зборника донетог 1345. године.

У даљем тексту превода Синтагме стоји: *“Прва дијатакса, то јест завештање поништава се оним које је састављено касније.”* (Суботин-Голубовић, 2013: 158). Реч је о правној норми преузетој из Прохирона, тј. Градског закона. Древно правило да је свако следеће изјављено завештање мењало постојеће, дубоко је укоренено у римско-византијском праву. Рецепцијом у средњем веку, ова норма постаје део српског наследног права. Посебно је занимљиво да су редактори Синтагме задржали паралелно и

6 Еклога је законодавно дело иконоборачког цара Лава III Исавријског, родоначелника Исавријске (Сиријске) династије. Донета је највероватније 740. године. После победе иконофила у Византији и доласком Македонске династије на престо, Еклога је осуђена као дело јеретичких царева. У пракси, међутим, Прохирон преузима велики део грађе из Еклоге, уз незнатне измене.

византијски назив за завештање, дијатаксу. У повељама и другим појединачним документима који су настали после превођења Синтагме и њеног увођења у срски средњовековни правни систем, такође се срећу слични називи као “диатас” и “диатакис”.⁷

Завештање се, по тексту Синтагме, могло састављати у писаној форми, али и изјавити усмено. За правоваљаност завештања били су неопходни и сведоци, којих је, по правилу, могло бити седам или пет. Ово правило преузето је из Василика (Суботин-Голубовић, 2013: 158).

Посебно су прописана и правна правила о пуноважности усменог завештања. Завешталац је у том случају морао да изјави своју последњу вољу за случај смрти у присуству седам сведока. Уколико у месту у коме се саствља усмено завештање нема седам сведока, воља се могла изјавити у присуству најмање пет сведока. И ова правна норма преузета је такође из Василика (Суботин-Голубовић, 2013: 158).

Једини изузетак од овог правила о броју сведока могао је бити војни тестамент. Уколико је неко био у војном походу и “смрт му се приближила” могао је, због невоље, да састави завештање у присуству три, па чак и два сведока. Ова одредба у Синтагму је доспела из Прохирона, тј. Закона градског садржаног у Законоправилу (Суботин-Голубовић, 2013: 158).

На самом крају главе четврте слова Д налази се једна новела цара Лава VI Мудрог која прописује да се у сваком граду у мора водити рачуна о сведоцима достојних поверења. Број сведока, изузетно, може бити и три, уколико није могуће пронаћи више достојних сведока (Суботин-Голубовић, 2013: 158).

Занимљиво је да четврта глава слова Д Синтагме, која носи наслов *О завештању* почиње чисто канонским одредбама, преузетих из византијских црквених и црквендржавних списа. Прва оваква одредба означена је као Апостолско четрдесето правило и говори о имовини епископа пре његовог постављења. Ово правило епископу прописује обавезу да јавно обзнани податке о својој имовини и да је не меша са црквеном, да би на самрти могао да остави “коме хоће и како хоће”. Уколико не буде одвојио своју имовину пре хиротоније, та имовина сматраће се црквеном, а њоме ће, у име и за рачун епархије, располагати следећи епископ.

У наставку ове главе налази се још једна канонска норма, 32. Правило Картагинског помесног сабора. Она прописује да они који ступе у епискоство или клир, а пре тога су живели у сиромаштву, не могу располагати новостеченом имовином завештањем. Имовина стечена од тренутка постављења епископа или црквеног старешине сматра се црквеном

⁷ Израз “диатас” (diatas) употребљен је у поменутој повељи деспота Ђурђа Бранковића великом челнику Радичу. У тексту те повеље наводи се да челник Радич може по својој вољи записати коме хоће и што год хоће у “диатас” (Новаковић, 1912: 334).

имовином и она не може бити слободна за лично слободно располагање. (Суботин-Голубовић, 2013: 156–157).

Ове одредбе потврђене су правилом преузетим из 131. Јустинијанове новеле. У наставку текста, још једном се потврђују правила о праву располагања имовином епископа који су по хиротонији стекли одређену имовину. Таквом имовином не могу располагати за случај своје смрти. Они су слободни да поделе све што су стекли пре добијања епископског чина, што се, како прописује Новела, односи и на друге црквене великодостојнике (Суботин-Голубовић, 2013: 158).

Посебна глава Синтагме посвећена је једном древном институту римског права који је преко византијских текстова доспео и у српско средњовековно право. То је глава 1 слова Ф, која носи наслов *О фалкидији* (Суботин-Голубовић, 2013: 372). Реч је о установи римског наследног права која је добила назив по претору Фалкидију и потиче из 40. године пре Христа. Њоме се ограничава испорука (легат) на три четвртине заоставштине, тј. једна четвртина мора припасти законском наследнику. Једна Јустинијанова новела прописује да законски (нужни) део износи једну трећину наследства уколико је оставилац имао до четири детета и половину заоставштине ако има петоро и више деце. То значи да је установљена забрана завештајног располагања на одређеном делу имовине (Суботин-Голубовић, 2013: 372). У оригиналном српскословенском језику позната је као раздеобина (Петровић, 2013: 264).

Све ове одредбе о завештању нису ушле у Скраћену Синтагму. То, међутим, не умањује значај ових правних норми, нити се доводи у питање постојање завештања у правним текстовима средњовековне српске државе. По мишљењу А. Соловјева, не може се сматрати да су одредбе о наслеђивању биле непотребне Душановој царевини, посебно у новоосвојеним, грчким деловима Царства. Редактори Скраћене Синтагме су писање и редиговање тестамена оставили у делокругу цркве. Скраћена Синтагма највероватније је била намењена царским судијама, док је Потпуна, Властарева Синтагма била примењивана пред црквеним судом (Соловјев, 1998: 445). У словенском праву које се развијало под утицајем византијског црквеног права, ово је била уобичајена појава. У праву Кијевске Русије, посебно у црквеном уставу кнеза Владимира из 988. године, црквени судови добили су искључиву надлежност за поступање у породичним и наследноправним споровима (Николић, 2000: 82). Завештање је као правни посао било нераскидиво повезано са црквеном јурисдикцијом. Уосталом, и сам назив завет одувек је имао и црквени, хришћански карактер.

Закључак

Душаново законодавство настаје за време владавине цара Стефана Душана током његове владавине у XIV веку и чинили су га Душанов законик, Синтагма Матије Властара и тзв. Закон цара Јустинијана. Душанов законик садржи претежно јавноправне одредбе, и веома мало норми приватног права. Синтагма Матије Властара, византијски правни зборник из прве половине XIV века, преведен је на српскословенски језик за време Душанове владавине. Убрзо је наређено и њено скраћивање, тако да је са око 300 чланова она сведена на једну трећину. Тако је настала Скраћена Синтагма коју проналазимо у свим преписима Душановог законика који су дошли до нашег времена. Трећи део Душановог законодавства представља Закон цара Јустинијана, особена српска правна компилација заснована на преводу неколико византијских правних текстова.

Термин завештање присутан је у српском језику и праву веома дуго. Он потиче из средњег века и први пут се јавља у облику "завет" и "завештаније" још у Савином Законоправилу и Синтагми Матије Властара. Потпуно је било оправдано настојање законодавца приликом доношења Закона о наслеђивању Републике Србије да овај назив за тестамент врати у употребу. Разлог за то је очување традиције старог српског језика и права, као и указивање на чињеницу да су Срби веома рано били упознати са значењем и постојањем овог приватноправног института.

Литература

Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика (2014). *Грађански законик Републике Србије, четврта књига, Наслеђивање.*

Лексикон српског средњег века (1999). приредило више аутора, Београд.

Марковић, Б. (2007). *Јустинијанов закон.* Београд: Српска академија наука и уметности.

Николић, Д. (2000). *Древноруско словенско право.* Београд: Службени лист СРЈ.

Новаковић, С. (1898). *Законик Стефана Душана.* Београд: Задужбина Илије Коларца.

Новаковић, С. (1907). *Матије Властара Синтагмат.* Београд: Задужбина Илије Коларца.

Новаковић, С. (1912). *Законски споменици српских држава средњег века.* Београд.

Острогорски, Г. (1998). *Историја Византије*. Београд: Народна књига – Алфа.

Петровић М. (2004). *Законоправило светога Саве на српскословенском и српском језику I*. Жича.

Петровић, М. (2013). Неколике особености “Градског закона” у Законоправилу Светога Саве. *Црквенограђански значај Законоправила Светога Саве*. Београд: Миодраг Петровић, 253–265.

Соловјев, А. (1998). *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*. Београд: Класици југословенског права.

Стојановић, Н. (2014). О наслеђивању у Законоправилу Светога Саве. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 25–43.

Суботин-Голубовић, Т. (2013). *Матија Властар, Синтагма*. Београд: Српска академија наука и уметности.

Шаркић С. (2009). Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији. *Средњовековно право у Срба у огледалу историјских извора*. 1–7.

Шаркић, С. (2002). Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву. *Трећа југословенска конференција византолога, Крушевац 10-13 мај 2000*. Београд-Крушевац. 85–90.

Aleksandar Đorđević, SJD,
Assistant professor,
Faculty of Law, University of Niš

LAST WILL AND TESTAMENT IN THE DUŠAN'S CODE

Summary

In this paper the author analyses legal regulations pertaining to the last will and testament of the Serbian medieval law, particularly those contained in the Dušan's legislation. The term “zaveštanje” used therein derives from the “Zakonopravila” (Nomocanon) of Sveti Sava. Since this term is still in the official use in Serbian legislation, the author emphasizes the its significance and presents the genesis of its legal historical consideration. The paper mainly focuses on the provisions on the last will and testament in the “Vlastar's Syntagm”, as a hugely important legal historical source of the Serbian medieval state. The significance of the reception of the private Roman-Byzantine law in Serbia is especially emphasized.

Keywords: will (testament), Dušan's legislation, Vlastar's Syntagm, Serbian medieval law, Roman-Byzantine law, history of private law, history of inheritance law, reception of Greco-Roman (Byzantine) law.

Др Димитрије Ђеранић,*
 Доцент Правног факултета,
 Универзитет у Источном Сарајеву

ВОЈНО ЗАВЈЕШТАЊЕ

Апстракт: Аутор у раду говори о војном завјештању као једном од облика завјештајног располагања у савременом српском праву. На почетку, дат је кратак осврт на појам и термин завјештања у домаћој и страниј правној науци, законодавствима и језицима, при чему је наглашена вриједносна предност термина „завјештање“ над „тестаментом“ у српском језику и праву. Осврћући се на законска рјешења у погледу околности у којима се може сачинити војно завјештање, особа која се њиме могу служити, лица која су овлашћена за његово састављање, као и времена важења, аутор је настојао да разјасни недоумице које с тим у вези могу настати у правној теорији и пракси. На крају, закључено је да овај облик завјештања уз одређене измјене и даље треба да постоји у нашем законодавству. У раду је коришћен нормативни, историјскоправни и упоредноправни метод.

Кључне ријечи: завјештање, рат, мобилизација, војна дужност.

1. Увод

Војно¹ (војничко, ратно) завјештање је јавни, писани и ванредни облик завјештања. У ред јавних завјештања сврставамо га јер је за његов настанак потребно присуство војног заповједника као јавног органа. То је писани тестамент јер може настати само у писаној форми, а ванредни јер настаје у посебним околностима рата и мобилизације. Саставља га посебно лице и траје ограничено вријеме.

* dimitrijeceranic@yahoo.com

1 У Закону о наслеђивању Србије, из 1995. године, овај облик завјештања одређен је као „војно завјештање“ за разлику од ранијих закона, у којима је овај тестамент означавао као „тестамент састављен за вријеме мобилизације или рата“. Иначе, израз војно завјештање је најпрецизнији јер се израз војничко завјештање може и уже тумачити, у смислу да је допуштено његово сачињавање само војницима, а не и старјешинама, што свакако није тачно.

Овај облик завјештања поријекло води из римског права, гдје је био упрошћене форме, а био је и временски ограничен. Зависно од природе отпуста из војске, часног или нечасног, тестамент је важио или годину дана по отпусту или је одмах бивао неважећи.

Законом о наслеђивању Републике Србије предвиђено је да војно завјештање лицима на војној дужности, за вријеме мобилизације или рата, може саставити командир чете или други старјешина, његовог или вишег ранга, или неко друго лице у присуству старјешине, као и сваки старјешина одвојеног одреда, по правилима која важе за сачињавање судског завјештања. По протеку рока од шездесет дана од дана престанка рата, односно по протеку рока од тридесет дана од демобилизације завјештаоца, овакво завјештање престаје да важи.²

Слично законско одређење овог облика завјештајног располагања садрже насљедноправни прописи скоро свих земаља насталих на простору некадашње Југославије, са изузетком Хрватске гдје је овај облик укинут. Иначе, облик војног тестаментa у разним варијантама постоји у законодавствима већине држава европско-континенталног типа права. Јак утицај на ова законодавства имало је француско право у коме је војно завјештање регулисано на основама реципираног римског права, али уз многе измјене и побољшања. Нека врста привилегованог, војног тестаментa постоји и у енглеском праву, гдје се овим обликом могу користити лица на војној дужности, било да су ангажована у копненим, ваздушним или морским снагама Круне (Parry, Clark, 1996: 87–89).

Овај облик завјештања, нажалост, у посљедњих десетак година прошлог вијека на нашим просторима могао је попримити значај који није имао одавно из простог разлога што је његов настанак превасходно везан за ратна збивања. Међутим, зачудо, у правној пракси нису забиљежени случајеви сачињавања овог завјештања, или барем нама нису познати. Због овога, неки аутори доводе у питање оправданост нормирања овог завјештајног облика у нашим позитивноправним прописима (Стојановић, 2011: 224).

У рату ово завјештање представља својеврсну замјену за судско завјештање као редован облик јавног завјештања. Наравно, завјешталац се и у рату може служити било којим другим јавним или приватним обликом (па и усменим тестаментом као изузетним обликом, што у ратним приликама неће бити ријеткост), али војно завјештање представља додатну могућност да сва лица која под оваквим отежаним условима осјете потребу да располажу својом заоставштином за случај смрти, то на брз и сигуран начин и учине. Управо код војног завјештања освједочава

2 Чл. 109 Закона о наслеђивању – ЗОН Србије, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/03 и 6/15.

се тврдња појединих теоретичара који сматрају да живот и смрт нису антоними, него да симултано постоје (Панов, Кашћелан, Станковић, 2012: 20). Лице на војној дужности, спремно да умре чувајући животе других, из моралне дужности сачињава завјештање за случај смрти како би олакшало живот онима који остају иза њега.

Иако се војно завјештање у нашем праву сачињава по правилима судског завјештања, оно се унеколико разликује од овог облика, што чини смисленим његово нормирање. О разликама које постоје између судског и војног завјештања биће ријечи у наредним поглављима. Након проучавања ових разлика, изјаснићемо се и о оправданости постојања ове форме тестаментa у нашем законодавству.

Ипак, прије него што будемо говорили о војном завјештању, осврнућемо се на појам и термин „завјештање“, односно „тестамент“. Покушаћемо да дамо одговор на питање да ли је враћање израза „завјештање“ у наше позитивно право било оправдано.

2. О појму посљедње изјаве воље и терминима „тестамент“ и „завјештање“

У нашој правној књижевности, појам посљедње изјаве воље најчешће се одређује као законом уређени облик једностране, строго личне и опозиве изјаве воље за то способног лица, којом оно одређује расподјелу своје заоставштине по смрти и, могуће је, даје остале изјаве и наредбе у вези са својом смрти (Марковић, 1930: 181; Благојевић, 1960: 216; Антић, 2011: 199). Појам посљедње изјаве воље у нашим и страним позитивноправним прописима и домаћој и страној правној науци означава се различитим терминима.³ Најчешћи термин који се користи је „тестамент“, мада постоји још много термина у употреби.

Правни теоретичари се различито изјашњавају о поријеклу термина тестамент. Неки аутори сматрају да израз тестамент води поријекло од латинске ријечи *testari* – свједочити (Romac, 1975: 563), а поједини су става да је тестамент сложеница која је настала од ријечи *testatio* – што би на латинском значило израз, свједочење, и ријечи *mens* – којом се у латинском језику означава дух, мисао, намјера (Марковић, 1981: 229). У правној књижевности се истиче и да термин тестамент има за коријен латинску ријеч *testare*, коју преводимо као завјештати (Марковић, 1930:

3 Под појмом подразумејемо мисао о бити (суштини) онога о чему мислимо, односно о битним карактеристикама онога о чему мислимо. С друге стране, термин представља научни или стручни назив, језички израз за одређени појам, при чему један исти појам може бити повезан с различитим терминима (на разним језицима, у разним епохама, у оквирима разних идеологија). – *Појам*. Преузето 24. 10. 2016. <https://sh.wikipedia.org/wiki/Појам>; *Термин*. Преузето 24. 10. 2016. <https://sr.wikipedia.org/sr/Termin>.

181), али и да је поријекло израза тестамент у латинском *testatio, onis*, свједочење, позивање на свједочење (Бабић, 1994a: 74, 4). Неки пак сматрају да је поријекло ријечи тестамент у латинском *testis*, што значи свједок (Марковић, 2004: 8).

У сваком случају, сви наши правни писци мање-више указују на етимолошку повезаност термина тестамент са свједочењем, свједоком, саопштавањем посљедње изјаве воље пред свједоком, јер се у нашем праву углавном тражило учешће неке врсте свједока приликом располагања за случај смрти. Слични ставови се наглашавају и у страниј правној књижевности, јер се у већини европских језика и законодавстава посљедња изјава воље означава термином тестамент, а за настанак овог правног посла одвајкада се тражило и учешће свједока (Parry, Clark, 1996: 81–85; Averill, 2000: 199–200; Borkowski, 2002: 41–43). Примјера ради, у енглеском језику и англосаксонском систему права појам посљедње изјаве воље означава се термином – *last will and testament*, у њемачком, француском и италијанском језику и праву – *testament*, итд. За разлику од англосаксонског система права, као и правних система германске и романске правне традиције, те њихових језика, у многим словенским земљама, али и остатку свијета који није био под јаким англоамеричким, германским или романским утицајем – за означавање посљедње изјаве воље користе се термини који немају латински коријен у ријечима *testatio*, односно *testament*. Примјера ради, на арапском језику и у шеријатском праву за посљедњу изјаву воље користи се термин *wasijjet*, у хрватском језику и праву *опорука*, словеначком *oporoka*, руском *завещание*, српском *завештање* итд.

Насупрот Савезном закону о наслеђивању из 1955. год. и Закону о наслеђивању СР Србије из 1974. године, творци Закона о наслеђивању Р. Србије из 1995. год. одредили су се за, у језику већ постојећи, домаћи израз за правни институт посљедње изјаве воље – „завештање“. Правдајући овакво терминолошко одређење, писци овог законског текста позивали су се на разлоге јасноће, стилске љепоте, складности, те образовну намјену (Антић, Балиновац, 1996: 22–25). Чини нам се, да је овај чин српских законописаца био исправан, те да би законодавци у свеколиким државама у којима се говори српским језиком или језицима „изведеним“ из српског језика, могли овако поступити. Да је овакво рјешење ваљано, потврђује се у нашој правној књижевности, али и у нашој правној пракси.⁴ Ријетка су и усамљена мишљења по којима су разлози вишедеценијског коришћења, тешког преименовања, мундијалистички разлози и сл. оправдавали искључиво коришћење израза „тестамент“ (Бабић, 2001: 142–145).

4 Већина наших аутора, који се претежно баве насљедним правом, углавном се служе изразом завјештање, а тако поступају и највиши судови, са спорадичним изузецима.

Иако се на први поглед чини да се поменути разлози за коришћење термина „завјештање“ за означавање појма саопштавања посљедње изјаве воље у нашем праву и језику нема шта додати, скренућемо пажњу на још неколике разлоге који нам дјелују битно и увјерљиво. Може бити да нам промишљања нису ваљана, али научна слобода нам даје право и да гријешимо.

Појмови и термини „завјештање“ и „завјет“ у српском и словенским језицима имају исто поријекло. И један и други појам који се означавају овим терминима односе се на душевно (умно и срдачно) обећање, дато из најдубље човјекове клијети, уз обавезно духовно (Божије) присуство. Значење ових двају појмова, али и поријекло термина, најлакше можемо уочити проучавањем Светога писма Новог завјета, јер су ови појмови и термини првобитно настали и добили смисао у теологији да би тек касније израсли у социолошке и правне институције.

Свето писмо Новог завјета писано је на грчком језику. Притом, како се то у нашој богословској науци истиче, „Грци су имали муке да нађу одговарајућу реч за јеврејски израз ‘берит’, који значи ‘савез’..., па су се одлучили за реч ‘диатики’, која значи ‘последњу вољу’, ‘тестament’, ‘завет’.“ (Ракић, 2006: 61). Тако је приликом превођења грчких ријечи *Ἡ Καινὴ Διαθήκη*, *Hē Kainē Diathēkē*, настао појам, али и термин на српском – Нови завјет. Притом, Нови завјет не симболизује само савез између Бога и његовог изабраног израиљског народа и није уговор између два једнака сауговарача, него представља савез који је Бог Христовим посредством закључио са свим људима (Мк. 14, 24; Лк. 22, 20), и који није окарактерисан законом него благодаћу Духа Светога (Ракић, 2006: 60).

Сагледавањем теолошког поријекла појма и термина „завјет“ бива нам јасно да се под „завјетом“, али и „завјештањем“ које је настало као изведеница од ријечи „завјет“, у словенској мисли и словенским језицима од самих почетака коришћења ових појмова, односно термина – подразумијевало свечано обећање дато пред Богом, гдје се човјек обавезује својим умом и срцем (душом) на нешто. Притом, ово обећање не мора бити дато ни пред каквим посебним свједоцима. Довољан свједок томе обећању је, богословским језиком казано, творац и сведржитељ Господ Бог у свом троипостасном једнобитију – Отац, Син и Свети Дух (Дамаскин, 2001: 153–165).

Управо ово чини нам се као разлог више да се у нашем језику и праву за појам посљедње изјаве воље превасходно користи термин „завјештање“. Пошто за настанак пуноважног облика завјештања у нашем савременом праву није увијек нужно учешће завјештајних свједока, ни терминолошко одређење посљедње изјаве воље не треба да указује на то. Примјера ради, код својеручног завјештања довољна је изјава воље сâмог завјештаоца,

без икаквих свједока. Додуше, теолошки посматрано, свједок томе чину је увијек и свугдје сведржитељ Бог – одсутан у присуству и присутан у одсуству.⁵ Али ово свеприсуство Бога, много боље се термилошки одређује термином „завјештање“, него изразом „тестамент“, јер почива на „завјету“, односно савезу са Богом.

Да значење неког правног појма и његово термилошко одређење могу почивати на сазнањима из теологије,⁶ можемо видјети и кроз проучавање одредаба Душановог законика о тзв. „клетвеницима“, као једном од доказних средстава предвиђених овим закоником. У нашој правној књижевности, наглашавано је да су клетвеници у српском средњовјековном праву служили за потврђивање изјаве једне од странака у судском поступку, било тужиоца, било туженог, као и да су они износили самосталан исказ о спорној чињеници (Тарановски, 2002: 591). Поједностављено речено, клетвеници су износили или своје субјективно увјерење о истинитости изјаве једне од странака, или неки свој „професионални“ суд о некој чињеници „коју нису морали својим чулима осјетити, већ су то могли сазнати и на други начин, на основу традиције, свога животног искуства, своје вјештине“ (Тарановски, 2002: 592). За разлику од свједока који су могли да буду било ко ко је видио или чуо битну чињеницу, клетвеници су морали да буду честити, непорочни и угледни људи.

Очито је код овог правног института из српског средњовјековног права као појмовни и термилошки основ искоришћен појам и термин „клијет“ из теологије, гдје клијет означава приватну одају (Мт. 6, 6), која није само „материјална одаја у којој човек тихује сам са собом, него и духовна одаја у којој човек смешта у себе Бога и све Небеско Царство, у складу са јеванђељским речима Самога Христа: ‘Царство Божије внутр вас јест’ (Лк. 17, 21)“ (Харитон Валаамски). Тако су клетвеници у старом српском праву били лица која нису свједочила о ономе што су чули и видјели, него су давали свечано обећање из своје клијети (сасуда у коме обитавају ум и срце, обожени Светим Духом), да нешто јесте односно није, у складу са јеванђељским учењем – нека буде ријеч ваша: да, да; не, не (Мт. 5, 37).

Отуда, мислимо да и правни појам и термин „завјештање“, етимолошки гледано, имају везе са свечаним обећањем датим свим срцем

5 „Вера Те моја види, Господе. Она је светлост и даљновид очију мојих.“ (Св. Николај, 2000: 51).

6 „Одређење (=дефиниција) је кратка беседа која изражава природу подметнуте ствари (подмет = субјекат), односно беседа која укратко назначавала природу субјекта; као, на пример: човек је словесно и смртно живо биће, које има способност разума и учења.“ (Дамаскин, 2001: 69).

и умом човјековим пред Господом Богом, тако да та посљедња изјава воље производи правно дејство по смрти завјештаоца, било да је она саопштена пред свједоком или није – важно је да је учињена пред Богом. Оваквим терминолошким одређењем једног савременог правног појма, описујемо сву његову укупност – теолошку, социолошку, историјску, лингвистичку и правну, а што није могуће учинити термином „тестамент“.

2. Околности у којима се може сачинити војно завјештање

За разлику од судског завјештања које настаје у редовним приликама, за настанак војног завјештања потребне су посебне околности, потребно је да лице на војној дужности буде или у рату или да је мобилисано из неког другог разлога (нпр., због војне вјежбе, маневара мобилизацијског карактера и сл.). Разлог зашто је дозвољено сачињавање завјештања како лицима у рату, тако и особама на војној дужности која су мобилисана у миру јесу посебне околности које прате та лица – у додиру су са оружјем, у опасности су по живот, нису у могућности да својевољно одсуствују са дужности и др.

Иако неки аутори наглашавају да се војно завјештање може сачињавати од тренутка проглашења ратног стања (Ђурђевић: 2010, 151), мислимо да питање рата не треба цијенити само у смислу проглашења ратног стања, него и у смислу фактичког рата, када су оружане борбе присутне без формално-правног објављивања рата (Бабић, 2005: 134). Да је то тако најочитије свједочи историјат ратних збивања на територији Републике Српске, у којој од 1992. до 1995. године никада није проглашено ратно стање на цијелој територији, иако је рат вођен све четири године на свеколиком простору који је био под влашћу те државе. Наравно, под ратом се не могу подразумијевати политичка или економска стања и радње који се само терминолошки означавају ратом – „Хладни рат“, „психолошки рат“, „Царински рат“ и сл., али који појмовно не представљају „рат“, односно код којих изостају ратна дејства, иако оваква стања неријетко претходе правом рату.

Учешће у оружаним борбама или опасност по живот и здравље усљед рата нису услови за настанак овог облика тестаментa. Овим завјештањем се може располагати заоставштином и када лице није непосредни учесник борби. Довољно је да постоји рат на некој територији, било да је објављено ратно стање или није. Примјера ради, приликом држања страже на линији фронта на којој нема ратних дејстава дужи или краћи временски период (иако је рат у току), могуће је сачињавање војног завјештања. И за вријеме трајања примирја, све док рат није окончан, може се сачинити овај завјештајни облик.

Мобилизација представља стратегијску радњу којом се друштво и држава, а прије свега војска, плански и организовано припремају за прелазак из мирнодопске организације и стања на ратну организацију и стање приправности за извршење мисија и задатака.⁷ Мобилизацијом се обезбјеђују жива сила и материјално-технички ресурси за дејство у рату (Бабић, 1994б: 397). Мобилизација може бити општа и дјелимична, а саопштава се јавним оглашавањем и појединачним позивом. Дјелимична мобилизација, осим ради извођења ратних дејстава, може се наредити и у миру ради: провере спремности за извршење мобилизације, извођења планираних вјежби и контроле организовања припрема за одбрану.⁸ У сваком случају, за вријеме било ког облика мобилизације, мобилисано лице на војној дужности може сачинити војно завјештање.

У француском праву војно завјештање се може сачинити у случају рата, операција одржавања реда и смиривања, односно размјештања француских трупа на територији стране државе у виду окупације или интервенције у складу са међународним споразумом (под чим можемо подразумевати и интервенцију под окриљем Савјета безбједности УН, а што у нашој блиској прошлости није био непознат случај).⁹ Поједини правни писци сматрају да би због учешћа наших војника у мировним мисијама у иностраним државама требало омогућити сачињавање војног завјештања и у овим приликама (Илић, 2014: 65). Чини нам се да се ови аргументи могу прихватити, па би ову могућност требало нормирати и у будућем грађанском закону Србије.

3. Лица која могу сачинити војно завјештање

Законом о наслеђивању Републике Србије предвиђено је да војно завјештање може сачинити свако ко је „на војној дужности“. С обзиром на то да је Законом о Војсци Србије предвиђено да „војну дужност“, могу обављати само професионална војна лица, војници на служењу војног рока и лица у резервном саставу, може се поставити питање да ли војно завјештање може сачинити и цивилно лице на служби у Војсци Србије, тј. лица која не обављају „војне дужности“ него „остале дужности“ у војсци.

У нашој правној књижевности обављање „војне дужности“ као предуслов за сачињавање војног завјештања одређује се као непосредно укључивање у обављање послова одбране земље (Бабић, 1994б: 398–399; Ђурђевић, 2010: 151), и наглашава се да завјешталац може али и не мора

7 Чл. 36 Закона о војсци Србије – ЗВС, *Сл. гласник РС*, 116/07, 88/09, 101/10, 10/15 и 88/15.

8 Чл. 36 и 37 ЗВС.

9 Чл. 981, ст. 1, у вези са чл. 93, ст. 2 Француског грађанског законика – ФГЗ, *Civil Code*, http://www.lexinter-net-/ENGLISH/ci-vil_co-de.htm.

бити под оружјем – само је важно да на неки начин обавља „војну дужност“ (Бабић, 1994б: 398). Иако се начелно слажемо са оваквим ставовима, ипак бисмо још понешто казали.

У Закону о Војсци Србије под припадницима војске подразумевају се како војна лица тако и цивилна лица на служби у војсци. Ова лица могу обављати војне и друге дужности у сталном и резервном саставу Војске Србије. Притом, јасно је наглашено да војна лица и цивилна лица на служби не морају бити само у саставу Војске Србије, него могу бити непосредно ангажовани у још неким органима и установама (Министарству одбране, војношколским установама и сл.). Иако се и у Закону о Војсци Србије и у Закону о наслеђивању Републике Србије помињу термини „војне дужности“, очито се под њима подразумевају различити појмови. Мислимо да се тумачење правног појма „војне дужности“ у Закону о наслеђивању мора чинити не само језички и системски, него и циљно.

С обзиром на све наведено, сматрамо да војно завјештање према одредбама Закона о наслеђивању Републике Србије могу сачинити како припадници сталног састава Војске Србије (професионална војна лица и цивилна лица на служби, те војници на служењу војног рока), тако и припадници активног и пасивног резервног састава Војске Србије (резервни официри, резервни подофицири и војници у резерви). Осим припадника сталног и резервног састава Војске, војним завјештањем се могу служити и добровољци, јер се за вријеме ратног стања или ванредног стања, Војска Србије може попуњавати и добровољцима.

Поједини аутори наглашавају да и ратни заробљеници могу сачињавати овај облик завјештања (Срnić, 2003: 74, Ђурђевић, 2010: 152), са чим се у потпуности слажемо, уз одређене ограде у вези са правном природом рата. Зависно од тога да ли је у питању грађански рат, те ко су побједници у њему који су одредили правни карактер формација које су изгубиле рат, или је ријеч о агресији на неку земљу, разликује се и одговор на питање пред којим старјешином ратни заробљеник може сачинити војно завјештање – старјешином војске која је заробљена или старјешином војске која је заробила.

Род и вид војске којем припада лице на војној дужности потпуно је небитан. Примјера ради, лица која се налазе на војној дужности на војном броду, док су ван луке, мислимо да се могу служити и војним и бродским обликом завјештања, а у питању могу бити и морнаричке јединице и пјешадијске јединице у транспорту бродом. Припадници некадашње територијалне одбране такође су се могли користити овим обликом завјештања јер су обављали војне дужности приликом мобилизације или рата.

Лица на дужности у цивилној заштити и полицијским снагама не могу се користити овим обликом завјештања јер они нису на војној дужности, иако и они шире припадају систему одржавања реда и мира у једној држави. Међутим, када полицијске снаге не обављају полицијске него војне дужности, што је код нас у скорој прошлости био случај, мислимо да се тада припадници полицијских снага ипак могу служити овим обликом завјештања. У том случају, полицајци се не налазе на полицијској, него на војној дужности, под здруженом командом војних и полицијских власти, с циљем одбране земље.

Поједини аутори истичу да војне старјешине могу сачинити војно завјештање само пред старјешином вишег ранга у односу на њих саме (Бабић, 1994б: 398). Чини нам се да овакав став није исправан. Оваквим тумачењем, у извјесним приликама, поједине старјешине би биле спријечене да сачине војно завјештање, што засигурно није била намјера законописца. Примјера ради, командант батаљона крај кога се не би затекао нико од старјешина вишег ранга (командант бригаде, корпуса и сл.), не би могао сачинити овај облик тестаментa. Мислимо да је ранг командира чете у закону одређен као најнижи степен командовања коме се може повјерити дужност и повјерење састављања војног завјештања, а не као однос надређености према лицу које сачињава завјештање. Због тога, у поменутом примјеру командант батаљона могао би сачинити војно завјештање пред било којим командиром чете, без обзира на то што му је овај подређен.

4. Лица овлашћена за састављање војног завјештања

У Закону о наслеђивању Републике Србије предвиђено је да војно завјештање лицима на војној дужности може „сачинити“¹⁰ командир чете и други старјешина његовог или вишег ранга, или неко други у присуству неког од тих старјешина, као и сваки старјешина одвојеног одреда (извиђачке јединице, диверзантске јединице и сл.). Овакво законско рјешење

10 У правној теорији, јавни облици завјештања се одређују као облици код којих је „за сачињавање завјештања неопходно учешће јавног органа“. Из овакве дефиниције се јасно види да чин сачињавања јавног завјештања (завјештања у формалном смислу – једностраног изјављивања воље које изазива насљедноправно дејство) предузима завјешталац уз учешће јавног органа. Стога, чини нам се да законска одређења по којима овлашћено лице „сачињава“ завјештање и нису сасвим прецизна. Мислимо да би примјеренији термин за радње које предузима овлашћено лице било „састављање“ завјештања, док би свеукупност радњи које предузима завјешталац у виду изјављивања озбиљне, стварне и слободне воље, коју прати безусловна и одређена намјера за сачињавање завјештања, термилошки требало означити као „сачињавање“ завјештања. О овоме, више вид. Теранић, 2009: 360–361.

било је прихваћено и у нашим ранијим наслеђеноправним прописима, а слично је предвиђено и у упоредном законодавству.¹¹

Помињањем командира чете односно старјешине његовог или вишег ранга у Закону о наслеђивању, омогућено је сачињавање војног завјештања у свим видовима и родовима војске, јер нису све војне формације организоване по четама. Примјера ради, командиру пјешадијске чете, у рангу одговара командир артиљеријске батерије, пред којим је такође могуће сачинити војно завјештање. Чин који посједује војни старјешина потпуно је небитан, битан је његов командни, односно формацијски положај командира чете или старјешине истог или вишег ранга.

Околности у којима може настати војно завјештање понукале су неке правне писце да истакну како су захтјеви форме код овог облика завјештања у нашем праву исувише строги, те да би их можда требало поједноставити, како је то уосталом било још у римском праву (Стојановић, 2011: 223). Ови аутори наглашавају и да овлашћена лица из реда војних старјешина по правилу нису вична правним правилима за састављање било ког, па ни овог облика завјештања који се сачињава по правилима судског, те да и то додатно отежава примјену војног завјештања у правној пракси (Стојановић, 2011: 223). У начелу, слажемо се са тврдњама ових теоретичара, али нисмо сасвим сигурни да би упрошћавање формалних правила код судског завјештања допринијело повећању броја сачињених тестамената. Можда би рјешењу овог проблема онајприје допринијела боља свеколика правничка наобразба на војним школама, али то је већ питање аутономије и образовне политике ових установа.

Као један од начина превазилажења правничке (не)вичности војних старјешина, у Закону о наслеђивању је предвиђена могућност да састављање војног завјештања може бити повјерено другом лицу у присуству војног старјешине. Овакво законско рјешење чини нам се оправданим, јер на војној дужности неријетко се могу наћи и лица која су вичнија праву од војног старјешине, примјера ради, судија, адвокат, па и студент права који је савладао наслеђено право.

У Закону се нигдје изричито не тражи да и то лице буде на војној дужности, па мислимо да оно може бити и цивил који се затекао на мјесту састављања завјештања. Такође, сматрамо да војни старјешина и завјешталац не морају лично и по имену да познају ову особу, те да би идентитет овог правнозналца требало утврђивати по правилима о утврђивању идентитета завјештајних свједока.

Иначе, сматрамо да је повјеравање састављања војног завјештања неком другом лицу, а не војном старјешини, могуће само у присуству коман-

11 Чл. 981, ст. 1. и 2. ФГЗ.

дира чете или другог старјешине његовог или вишег ранга. Ова могућност није дозвољена уколико се војно завјештање сачињава пред старјешиним одвојеног одреда. Стилизација законске одредбе указује нам на овакав закључак. Наиме, дио норме у коме се говори о могућности повјеравања састављања војног завјештања неком другом лицу у присуству „неког од тих старешина“, слиједи иза помињања „командира чете и другог старешине његовог или вишег ранга“, а прије запетом одвојеног дијела одредбе у коме се помиње „сваки старешина одвојеног одреда“.

У француском праву, лицу на војној дужности војно завјештање може саставити виши официр или војни љекар одговарајућег чина уз присуство два свједока, или двојица интендантских чиновника или официра комесаријата, или један интендантски чиновник или официр комесаријата уз присуство два свједока.¹² Осим ових лица, у одређеним приликама завјештање може саставити и старјешина одвојеног одреда пред два свједока, или главни љекар без обзира на чин који посједује у присуству руководећег административног старјешине, односно ако он није у могућности у присуству два свједока.¹³ Такође, у Француском грађанском законнику предвиђена је обавеза сачињавања војног завјештања у два примјерка који се сигурности ради путем различитих курира шаљу вишој команди или министарству одбране ради предаје на чување биљежничтву које је означио завјешталац.¹⁴

И наше право би *de lege ferenda* могло прихватити обавезу сачињавања војног завјештања у више примјерака, с тим да би се могло предвидјети да се један примјерак даје завјештаоцу, а други да се предаје старјешини или упућује вишој команди и сл. Међутим, ни према садашњем законском рјешењу ништа не спречава завјештаоца и војног старјешину да тако учине. Што се тиче проширења круга лица пред којима би се могло сачинити војно завјештање у нашем праву, мислимо да за тим нема пријеке потребе, мада поједини правни писци заговарају такву измјену (Илић, 2014: 65).

5. Важење војног завјештања

С обзиром на то да је војно завјештање ванредни облик и да настаје у посебним приликама, његово важење је у нашем праву ограничено роком од шездесет, односно тридесет дана. Ови рокови су материјалноправне и преклузивне природе, при чему рок од шездесет дана представља општи рок, док је рок од тридесет дана посебни (индивидуални) рок који тече без обзира на општи рок. Уколико завјешталац жив дочека протек ових

12 Чл. 981 ФГЗ.

13 Чл. 981 и 982 ФГЗ.

14 Чл. 983 ФГЗ.

рокова, искључиво једног или искључиво другог, јер један са другим нису у вези и тичу се начина на који је завјешталац демобилисан, сматраће се да завјештање није ни сачињено.¹⁵ На ове рокове суд пази по службеној дужности, а у случају спора око истека рокова, суд ће странку чије је право мање вјероватно упутити на парницу (Крећ, Павић, 1964: 221).

У случају да је завјештање настало у рату, оно ће да важи у року од шездесет дана од престанка рата, тачније од опште демобилизације која може да услиједи и у одређеном временском периоду послје формалног окончања рата.¹⁶ Уколико се не може утврдити вријеме опште демобилизације, односно посебне демобилизације завјештаоца, примјењиваће се рок од шездесет дана од званичног престанка рата, тј. од потписивања мировног споразума.

Међутим, ако је завјешталац посебно демобилисан, свеједно да ли је то учињено прије¹⁷ или послје опште демобилизације,¹⁸ као што је свеједно и да ли је завјештање настало у рату или у миру за вријеме мобилизације, завјештање престаје да важи у року од тридесет дана од посебне демобилизације завјештаоца.

Занимљивим нам се чини питање шта би било са важењем војног завјештања уколико би завјешталац након демобилизације био поново мобилисан у току трајања рока од шездесет, односно тридесет дана, пошто овај случај није изричито регулисан нашим законом. С обзиром на природу и циљ војног завјештања (замјена за редовне облике завјештања усљед спријечености завјештаоца да се њима служи због обавезне војне дужности), мислимо да би већ сачињено завјештање требало да важи све вријеме нове мобилизације завјештаоца, као и по протеклу нових шездесет односно тридесет дана по поновној демобилизацији завјештаоца. Слично

15 У нашој правној књижевности, у погледу терминолошког одређења правне посљедице која наступа истеком рока важења ванредних облика завјештања (бродског и војног) и изузетног облика завјештања (усменог), није постигнут јединствен став. Чини нам се да су у праву аутори који говоре о „стављању ових тестамената ван снаге независно од воље завјештаоца“, односно који их означавају као „недејствујућа завјештања“. О овоме, са упућивањима, више вид.: Живојиновић, 2003: 238–239; Ђурђевић, 2010: 221.

16 На примјер, у Републици Српској и Босни и Херцеговини, рат је окончан потписивањем Дејтонског мировног споразума у новембру 1995. год., али општа демобилизација је објављена тек у фебруару 1996. год.

17 До посебне демобилизације, примјера ради, може доћи због рањавања или упућивања на школовање, као што је то чињено у Војсци Републике Српске за вријеме рата 1992–1995. год.

18 У Војсци Републике Српске, након завршетка рата и опште демобилизације, поједини припадници су остали мобилисани због значаја дужности коју су обављали, и нису били у могућности да напуштају војне јединице.

рјешење предвиђено је у француском праву.¹⁹ Да не би било забуна у вези са овим, не би било лоше када би се ово питање изричито регулисало новим грађанским закоником Србије.

Морамо поменути да се поједини правни писци не слажу са оваквим ставом, сматрајући да „временско важење ванредних облика завјештања представља изузетак у односу на редовне облике те да је у складу са начелом *exceptiones sunt strictissime interpretationis*, могућност продужења рокова у нашем праву искључена“ (Илић, 2014: 64). Ипак, већина наших аутора који су се бавили могућношћу продужења рока важења усменог завјештања, што се *mutatis mutandis* може односити и на војно завјештање, заговарају став по коме рок може почети изнова да тече, јер је циљ рока да се створе услови за сачињавање неког од редовних облика завјештања (Живојиновић, 2003: 236–237).

5. Закључак

Војно завјештање представља облик завјештајног располагања којим се лице на војној дужности може користити у рату или када је мобилисано. Овај завјештајни облик служи као својеврсна замјена за редовне облике завјештања и у нашем праву се сачињава по правилима судског завјештања, уз одређене изузетке. Иако је сачињавање војног завјештања ријеткост у нашој правној пракси, чини нам се да ипак треба да постоји и овај начин завјештајног располагања. Уколико се њиме икада буде послужило и једно једино лице, због значаја који по друштво и државу има обављање војних дужности у рату или приликом мобилизације, мислимо да ће његово постојање бити оправдано. Етимолошки, теолошки, социолошки и правни значај појма и термина „завјештање“ најлакше се могу уочити управо код војног завјештања, гдје се симболички сусрећу живот и смрт, те и то додатно потврђује позитивно-правно уређење ове завјештајне форме.

Што се тиче услова за сачињавање војног завјештања у савременом српском праву, чини нам се да би се могло учинити неколико законодавних измјена и допуна. Ту, прије свега, мислимо на додатно проширење околности у којима се оно може сачинити, састављање завјештања у више примјерака, те прецизно уређење поновног рачунања рокова у неким случајевима.

19 Чл. 984 ФГЗ.

Литература

- Свето писмо, Нови завет.* (2002). Београд: Свети архијерејски синод Српске православне цркве.
- Антић, О. Б. (2011). *Наследно право.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Антић, О. Б. Балиновац, З. М. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању.* Београд: Номос.
- Averill, L. H. Jr. (2000). *Wills, Trusts and Future Interests.* St. Paul, Minn.: Black Letter Series, West Group.
- Бабић, И. (1994а). Писмени тестамент пред свједоцима. *Архив за правне и друштвене науке.* 1.
- Бабић, И. (1994б). Војнички тестамент. *Анали Правног факултета у Београду.* 3–4.
- Бабић, И. (2001). О „новим“ (архаичним) изразима у ЗОН-у. *Правни живот.* 10, II том.
- Бабић, И. (2005). *Наследно право.* Београд: Службени лист.
- Благојевић, Б. (1960). *Наследно право ФНРЈ с освртом на права других држава.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Borkowski, A. (2002). *Textbook on Succession.* New York: Oxford University Press.
- Валаамски, Схиигуман Харитон. *Умно делање, О молитви Исусовој.* Преузето 24. 10. 2016. <https://srpskapravoroslavnacrkvalion.files.wordpress.com/2014/12/umno-delanje-o-molitvi-isusovoj.pdf>.
- Велимировић, Св. Николај (2000). *Молитве на језеру.* Линц: Православна црквена општина Линц, Аустрија.
- Дамаскин, Св. Јован. (2001). *Источник знања.* Београд–Никшић: Јасен–Бијели Павле.
- Ђурђевић, Д. (2010). *Основи наследног права Црне Горе.* Подгорица: ЦИД.
- Живојиновић, Д. (2003). *Неважност завештања.* Крагујевац: докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу.
- Закон о војсци Србије. *Службени гласник РС.* Бр. 116. 2007, 88. 2009, 101. 2010, 10. 2015. и 88. 2015.
- Закон о наслеђивању Србије. *Службени гласник РС.* Бр. 46. 1995, 101. 2003, 6. 2015.
- Илић, В. (2014). Војно завештање у римском, француском и српском праву. *Право – теорија и пракса.* 10–12.
- Крећ, М. Павић, Ђ. (1964). *Коментар Закона о наслеђивању.* Zagreb: Narodne novine.

- Марковић, Л. (1930). *Наследно право*. Београд: Дом.
- Марковић, С. (1981). *Наследно право*. Београд: Службени лист.
- Марковић, С. Д. (2004). *Тестамент у старовјековном праву*. Београд: Глосаријум.
- Панов, С. Кашћелан, Б. Станковић, М. (2012). *Наследно право, Практикум*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Појам. Преузето 24. 10. 2016. <https://sh.wikipedia.org/wiki/Појам>.
- Parry, D. H. CLARK, J. B. (1996). *The law of succession*. London: Sweet and Maxwell.
- Ромас, А. (1975). *Рјечник римског права*. Загреб: Informator.
- Ракић, Р. (2006). *Библијски речник*. Београд: Хришћанска мисао.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
- Тарановски, Т. (2002). *Историја српског права у немањихкој држави*. Београд: Лирика.
- Термин. Преузето 24. 10. 2016. <https://sr.wikipedia.org/sr/Termin>.
- Ћеранић, Д. (2009). Судски тестамент у ЗОН-у и ЗВП-у Републике Српске. *Правна ријеч*. 20.
- Француски грађански законик, Civil Code. Преузето 24. 10. 2016. http://www.lexinter-net-/ENGLISH/ci-vil_co-de.htm.
- Crnić, J. et al. (2003). *Novo nasljednopravno uređenje*. Загреб: Народне новине.

Dimitrije Ćeranić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

MILITARY TESTAMENT

Summary

In his work, the author analyzes the military testament as one of the forms of the testamental disposal in the modern Serbian law. At the beginning, the author gives short retrospect of the notion and the term of the testament in the domestic and foreign legal theory, legislation, and languages, emphasizing advantage of the term „legacy“ over the term „testament“ in the Serbian law and language. Analyzing legal provisions on the circumstances under which the military testament can be done, on the persons who can use it, on the persons who are authorized to comprise it, as well as the period of its validity, the author has made an effort to make clear which could arise in the legal theory and practice. At the end, the conclusion is that this form of testament, although changed to some extent, has to continue its existence in our legislation. In the work, the author has used the normative, historical, and comparative methods.

Key words: Testament, War, Mobilization, Military Duty.

Др Новак Крстић,*
 Доцент Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ИЗУЗЕТНЕ ПРИЛИКЕ КАО УСЛОВ ПУНОВАЖНОСТИ УСМЕНОГ ЗАВЕШТАЊА**

Апстракт: У већини права која га регулишу, усмено завештање правно је ваљано само уколико је сачињено у изузетним приликама. У раду, аутор анализира садржину појма изузетних прилика, будући да Законом о наслеђивању Републике Србије није ближе прецизирано које се све ситуације подводе под овај правни стандард. Сагледавање појма изузетних прилика извршено је не само кроз његову теоријску елаборацију, већ и кроз ставове заузете у судској пракси. Указујући да је последица преовладавајућег рестриктивног тумачења појма изузетних прилика од стране домаћих судова (што свакако јесте у складу са интенцијом законодавца), поништај усмених завештања у великом броју случајева, аутор доводи у питање оправданост постојеће законске регулативе и износи идеје како би, *de lege ferenda*, у циљу поштовања последње воље оставиоца, могао бити ублажен строги захтев за пуноважност усменог завештања, а да оно ипак не изгуби карактер изузетности, као своју доминантну карактеристику.

Кључне речи: усмено завештање, изузетне прилике, завештајни сведоци, судска пракса, наслеђивање.

1. Увод

Поједина европска законодавства, уз прописивање различитих услова, допуштају сачињавање завештања у усменој форми. Усмено завештање, у нашем праву, нарочито је привилегован облик завештања,

* novak@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

регулисан како би се пружио могућност лицу које се нашло у околностима опасним по живот да усменим казивањем изрекне последњу вољу у погледу распореда своје заоставштине. Из наведеног разлога, за њега се у теорији понекад, као синоним, употребљава термин *изузетни облик завештања* (Благојевић, 1969: 243; Кашћелан, 2006: 539).

Допуштањем сачињавања усменог завештања несумњиво се проширује слобода завештања, јер се омогућава одступање од правила да се завештање сачињава у писаној форми. Ипак, пуноважност усменог завештања условљена је постојањем изузетних прилика, у којима се завешталац нашао у тренутку његовог сачињавања. Ако њих није било – завештање ће бити поништено. Међутим, није увек једноставно утврдити да ли се околности у којима је завешталац усмено изрекао своју вољу могу сматрати изузетним, изванредним. Садржина појма изузетних прилика веома је комплексна, будући да се састоји из више компоненти, а оцена њиховог постојања препуштена је у сваком конкретном случају суду.

У раду ћемо пажњу посветити анализи појма изузетних прилика, онако како га виде правна доктрина и јудикатура. Сагледаћемо какве околности морају да постоје да би судови усмено изречену изјаву последње воље третирали као пуноважно завештање. Тиме желимо доћи до одговора на питање да ли се прописивањем строгог услова за пуноважност усменог завештања, који се тиче прилика у којима оно мора да буде сачињено, практично доводи у питање поштовање усмено исказане последње воље оставиоца, што производи значајне негативне последице по савесне наследнике, који би требало да наследе на основу усменог завештања. Настојаћемо да ово питање посматрамо и из перспективе завештаоца и наследника који су усменом изјавом воље постављени за универзалне сукцесоре, јер се чисто теоријским промишљањима, која се рефлектују на легислативу, а донекле и на ставове у пракси, често пренебрегавају ситуације у којима се сваки појединац може наћи, а које могу да оправдају сачињавање усменог завештања. На темељу уочених мањкавости у важећој регулативи и примени законских одредаба, изнећемо предлоге како би *de lege ferenda* требало прописати услове за пуноважност усменог завештања, који се тичу постојања изузетних прилика, и на које би начине, осим пред сведоцима, усмено завештање могло још бити сачињено.

2. Кратак осврт на правни третман усменог завештања у упоредном праву

Усмено завештање има различит правни третман у европским законодавствима. На једном полу налазе се права која не познају овај облик завештања. Такав је случај са француским *Code Civil*-ом, који, додуше,

познаје изузетне форме завештања (завештање војника, војних лица, морнара, заробљеника, рањеника у болници, и завештање на острву) али је за сачињавање ових облика завештања неопходно присуство неког од овлашћених службених лица и два завештајна сведока,¹ а о завештању је неопходно да буде сачињена писмена исправа коју завешталац и сведоци морају да потпишу.²

Слична ситуација је и у италијанском праву. *Codice Civile* регулише неколико видова специјалних (ванредних) форми завештања, а међу њима и оно које се сачињава у доба епидемије или “јавних” непогода или несрећа, када завешталац није могао да сачини неки од редовних облика завештања. Завештање се у оваквим ситуацијама мора саопштити пред нотаром, судијом, градоначелником или његовим замеником, или министром, и пред два сведока старија од 16 година, али оно мора бити сачињено у писменом облику и потписано од стране завештаоца, сведока и службеног лица.³ Слична ситуација је и са завештањем на броду, у авиону и са војним завештањем, која морају бити писмено засведочена од стране службених лица.⁴ Усмено завештање забрањено је у италијанском праву (Fusaro, 2011: 193).

Начелно, ни шпанско право не регулише усмено завештање као посебан облик изјаве последње воље. Ипак, *Código Civil* прописује да лице које се налази у смртној опасности може пред пет истовремено присутних сведока, односно у време епидемије пред најмање три сведока старија од 16 година, сачинити завештање у писаном облику, али да ће оно произвести дејство и уколико је сачињено у усменој форми.⁵ Усмено изјављено завештање важиће два месеца од престанка смртне опасности, односно епидемије (детаљније: Stanković, Gutiérrez Celdrán, 2013: 284–285).

Насупрот наведеним правима стоје законодавства Аустрије и Лихтенштајна,⁶ која усмено завештање предвиђају као редовну форму завештања, јер може бити сачињено у било којој прилици, уз испуњење

1 Усмено завештање у Француској укинута је чланом 1 Ордонансе из 1735. године (Антић, 1978: 52).

2 О условима за пуноважност ових видова завештања видети чл. 981–1001 Француског грађанског законика, из 1804. године (*Code Civil des Français*).

3 Видети: чл. 609 Грађанског законика Италије, из 1942. године (*Codice Civile*). Чланом 610. Законика прописано је да овакво завештање важи три месеца након престанка разлога услед којих завешталац није могао да сачини неки од редовних облика завештања.

4 Видети: 611–619 Грађанског законика Италије.

5 Видети: чл. 700–702 Грађанског законика Шпаније, из 1889. године (*Código Civil*).

6 Након Првог светског рата Лихтенштајн је реципирао Аустријски грађански законик, који се и данас примењује у овој Кнежевини (Станковић, 2013: 122).

законских услова. Аустријски грађански законик прописује да воља завештаоца изражена усменим путем мора бити озбиљна и саопштена у присуству три сведока, који морају бити способни да потврде да завешталац није био под утицајем мана воље (да није био у заблуди, нити преварен). Законик препоручује сведоцима, али их не обавезује, да ради лакшег памћења садржине последње воље, сви заједно, или свако појединачно, сачине писмено о садржини завештања.⁷ На захтев било ког заинтересованог лица, садржина усменог завештања мора бити потврђена сагласном изјавом сва три сведока, датом под заклетвом. Изузетно, довољна ће бити и изјава два сведока, уколико је трећег немогуће саслушати (нпр. због његове смрти). У супротном, завештање неће произвести дејство.⁸

У већини права која га познају, сачињавање усменог завештања допуштено је само у изузетним (или ванредним) околностима. Такав је случај у правима Немачке, Швајцарске, Мађарске, као и у свим државама насталим распадом Југославије. И Грађански законик Аустрије, осим у редовним околностима, прописује да се усмено завештање може сачинити и у изузетним приликама. Разлике између побројаних законодавстава постоје у погледу услова за пуноважност усменог завештања, броја сведока пред којима се може усмено изјавити последња воља, рока важности, дефинисања и навођења ситуација у којима се може сачинити, итд.⁹

3. Услови за пуноважност усменог завештања у праву Републике Србије

Српски грађански законик из 1844. године, ослањајући се на свој изворник – Аустријски грађански законик, уређивао је усмено завештање и као редовни и као ванредни облик завештања. Усмено завештање могло се сачинити у било којој прилици пред пет “способних” сведока, од којих бар три морају истовремено бити присутни. На захтев лица које има било какав интерес, сви сведоци, а најмање њих троје, морали су заклетвом потврдити своје казивање о усмено саопштеној вољи завештаоца.¹⁰ Међутим, због бројних злоупотреба у пракси, 1911. године укинута је

7 Видети: § 585 Аустријског грађанског законика, из 1811. године (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer*).

8 Видети: § 586 Аустријског грађанског законика. Уколико завештајни сведоци нису сачинили писмено о садржини изјаве последње воље, суд ће их саслушати. Притом, њихове изјаве треба да буду сагласне у битним елементима садржине завештања (Антић, 1978: 34).

9 О некима од ових питања више ће бити речи у редовима који следе, приликом компарирања решења у српском и страним правима.

10 Видети: §§ 436 и 438 Српског грађанског законика (даље: СГЗ).

могућност састављања усменог завештања у редовним приликама, те се последња воља усмено могла изјавити пред два сведока само у случајевима рата, поплаве, бродолома и велике епидемије, у којима би за завештаоца било немогуће да сачини писмени тестамент, или да га пред судом изјави.¹¹

Савезним Законом о наслеђивању из 1955. године¹² било је прописано да се усмено завештање може сачинити пред два истовремено присутна сведока, само ако услед изузетних прилика завешталац није био у могућности да састави писмено завештање, при чему се у улози сведока нису могли наћи завештаочеве потомци, усвојеници и њихови потомци, преци и усвојиоци, побочни сродници до четвртог степена сродства закључно, супружници свих ових лица и супружник завештаоца.¹³ Законодавац није нашао за сходно да таксативно наброји изузетне прилике у којима се може сачинити усмено завештање, као што је то био случај у СГЗ-у, нити *exempli causa*, већ је њихово постојање препустио процени судова у сваком појединачном случају.¹⁴

Остајући веран идеји из савезног ЗОН-а да овај облик завештања може бити сачињен само у изванредним околностима, без њиховог набрајања,¹⁵

11 Видети: § 447 СГЗ.

12 *Сл. лист ФНРЈ*, 20/1955 и *Сл. лист СФРЈ*, 42/1965 и 47/1965.

13 Видети: чл. 79 у вези са чл. 73, ст. 2 савезног Закона о наслеђивању.

14 Швајцарски кодификатор је у Грађанском закону из 1907. године, наводећи да се усмено завештање сачињава само у изузетним околностима у којима завешталац није могао да састави завештања у некој другој форми, експлиците стипулисао да се оно може пуноважно сачинити у случају непосредне смртне опасности, прекида комуникација, епидемије или рата (чл. 506, ст. 1). И у Грађанском закону Аустрије биле су наведене ситуације у којима се овај повлашћени облик завештања може сачинити: приликом путовања бродом, у местима где куга или сличне заразне болести владају и у одређеним случајевима приликом састављања војног завештања (раније важећи § 597–600). Након укидања наведених параграфа 2005. године, новим § 597 прописује се да када прети непосредна опасност да умре или да изгуби завештајну способност, лице може пред два истовремено присутна сведока, старија од 18 година, да усмено сачини завештање. *Ratio* новог решења јесте проширење могућности сачињавања завештања за сва лица до последњег тренутка живота (Wendehorst, 2011: 246). Да би усмено завештање било пуноважно, довољно је да код завештаоца постоји страх да ће наступити смрт или губитак завештајне способности пре него буде у прилици да сачини неки редовни облик завештања. Без сумње, ово решење отвара простор за шире тумачење судова и признавање пуноважности усменог завештања и у ситуацијама које нису ванредне (више: Wendehorst, 2011: 247–248).

15 Истог су опредељења законодавци држава насталих распадом СФРЈ. Видети: чл. 71, ст. 2 *Zakona o dedovanju Slovenije* (*Uradni list SRS*, 15/1976, 23/1978, *Uradni list RS*, 13/1994 – ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, и 31/2013 – Odl. US), чл. 88, ст. 1 *Zakona o nasljeđivanju Crne Gore* (*Službeni list CG*, 74/2008), чл. 37, ст. 1 *Zakona o nasljeđivanju Hrvatske* (*Narodne novine*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013

српски законодавац је у важећем Закону о наслеђивању из 1995. године¹⁶ усмено завештање предвидео као приватан и изузетан облик завештања, који може сачинити завештајно способно лице само уколико су испуњени услови прописани чланом 110, ст. 1 ЗОН-а.

1. Изузетне прилике. Пуноважност усменог завештања условљена је околностима субјективне и/или објективне природе, које су онемогућиле завештаоца да сачини неки други облик завештања. Први и најзначајнији услов како би усмено завештање, у нашем праву, производило дејство јесте да оно може бити сачињено само када се завешталац нађе у изузетним приликама, услед којих је исказивање воље усменим путем био једини начин за сачињавање завештања.

У теорији се наводи да се усмено завештање може изрећи само усменим казивањем, односно уснама завештаоца (Антић, 1978: 3; Кашћелан, 2006: 540). Уколико се прихвати наведено становиште то би значило да особе са инвалидитетом које немају моћ говора не могу да сачине овај облик завештања. Овакво тумачење не би било у складу са чл. 21 Конвенције УН о правима особа са инвалидитетом,¹⁷ те смо мишљења да и неме особе, коришћењем знаковног језика, могу да сачине усмено завештање, при чему је неопходно да и завештајни сведоци познају знаковни језик, како би разумели садржину исказане воље.

О садржини појма *изузетне прилике* детаљније ћемо се бавити ниже у раду.

2. Немогућност сачињавања неког од писаних облика завештања. Постојање објективних изузетних прилика није довољно да би усмено завештање било пуноважно. Оне морају бити такве да су завештаоца у конкретном случају спречиле да сачини неки од писаних облика завештања (Крећ, Рајић, 1964: 223). По становишту неких аутора, немогућност да се завештање састави у писаној форми представља елемент појма изузетних прилика (Ђурђевић, 2015: 148). У сваком случају, за пуноважност усменог завештања неопходно је да оба захтева буду кумулативно испуњена: постојање изузетних прилика које су спречиле завештаоца да сачини неки писани облик завештања.

3. Присуство завештајних сведока. Усмено завештање мора бити саопштено у присуству завештајних сведока, способних да разумеју

и 33/2015), чл. 77, ст. 1 Закона о наслеђивању Федерације БиХ (*Службене новине Федерације БиХ*, 80/2014) и чл. 90, ст. 1 Закона за наслеђивање Македоније (*Службен весник на РМ*, 47/1996 и 18/2001 – др. закон).

16 *Сл. гласник РС*, 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015 (даље: ЗОН).

17 Конвенција о правима особа са инвалидитетом, од 13. децембра 2006. године, ратификована Законом о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 42/2009.

садржину последње воље завештаоца и да је доцније репродукују. У циљу спречавања бројних злоупотреба које су карактеристичне за усмено завештање и “отежавања” могућности договора међу сведоцима о садржини завештања, српски законодавац је у Закону о наслеђивању прописао да ће усмено завештање бити пуноважно ако је сачињено пред три истовремено присутна сведока.^{18,19} Тиме је, међутим, и знатно построжио услове за пуноважност овог облика завештања, с обзиром да је у многим ситуацијама које имају карактер изванредних, тешко “обезбедити” присуство и два, а камоли три сведока. Будући да се ради о изузетном облику завештања, које се сачињава у изненадним приликама, сведоци не морају бити позвани ради учешћа у састављању завештања (*testes rogati*), већ су то, по правилу, лица која су се случајно затекла у близини завештаоца у околностима опасним по његов живот.

У улози завештајних сведока, у нашем позитивном праву, могу се наћи сва лица која су пунолетна и пословно способна, која знају језик на коме је сачињено завештање,²⁰ и којима је очувано чуло слуха,²¹ по неким ауторима и чуло вида, будући да сведоче не само о садржини завештаоачеве изјаве, већ и о постојању изузетних прилика (Антић 1978: 64; Кашћелан, 2006: 549). За разлику од решења из савезног Закона о наслеђивању, завештајни сведоци могу бити и најближи сродници оставиоца. Законодавац не прописује никаква ограничења у том правцу, будући да је реч о изузетној форми завештања, те да и није логично ограничавати круг завештајних сведока, јер се они никако не могу бирати.²²

Завештајни сведоци морају да се сагласе о свим битним питањима која се тичу изузетних прилика и садржини завештаоачевих располагања.

18 Пожељно је, свакако, да има и више сведока, како би се што поузданије утврдила права воља завештаоца и околности у којима је она изјављена (Сворцан, 2004: 252). Сматра се да у појединим случајевима, када је тешко обезбедити присуство три сведока истовремено (земљотрес, поплава...), треба узети да је усмено завештање пуноважно и када га је завешталац у релативно кратком временском интервалу саопштио сведоцима који нису сви били истовремено присутни (Сворцан, 2004: 253; Кашћелан, 2006: 550).

19 У свим осталим бившим југословенским републикама усмено завештање може се сачинити пред два сведока.

20 Арг. из чл. 112 и чл. 113 ЗОН.

21 Једино у ситуацији када је завешталац немо лице, које своју вољу саопштава знаковним језиком, услов за завештајне сведоке не мора да буде очувано чуло слуха, већ познавање знаковног језика.

22 Законом су само санкционисана завештајна располагања у корист завештајних сведока, њихових супружника, потомака, предака, побочних сродника до четвртог степена сродства и брачних другова свих ових лица, која су ништава (чл. 160, ст. 3 ЗОН), како би се анулирала могућност злоупотреба и договора сведока о остављању имовинских користи њима или блиским им лицима.

Сматра се да се изјаве завештајних сведока морају суштински подударати у погледу тога да су заиста постојале изузетне околности које су онемогућиле завештаоца да сачини неки други облик завештања у писаној форми, времена и трајања изузетних прилика, способности за расуђивање завештаоца и наравно у погледу садржине последње воље (Сворцан, 2004: 258). Будући да је број сведока непаран, у случају неподударности изјава сведока о битним питањима, суд не би смео механички, без извођења осталих доказа и сагледавања свих околности случаја, поклонити веру изјавама двају сведока, насупротив изјави трећег, због могућности “режије” садржине завештања од стране већине сведока (Антић, Балиновац, 1996: 358).²³

Завештајни сведоци дужни су да обавесте суд о постојању и садржини усменог завештања. Они могу да сачине заједничко писмено о изјави завештаоца и предају га потписано суду (сваки од сведока може и засебно да сачини писмено),²⁴ или могу пред судом усмено да саопште садржину завештаочевих речи, износећи притом где је, када и у каквим приликама завешталац изрекао последњу вољу.²⁵ Извршење ове дужности није услов пуноважности завештања,²⁶ што значи да заинтересована лица могу да доказују постојање и садржину завештања, али њено неизвршење може бити основ за накнаду штете која је пропуштањем нанета завештајним наследницима и испорукопримцима (више о томе: Антић, Балиновац, 1996: 364).

4. Рок важности усменог завештања. Једном сачињено усмено завештање не важи неограничено. Закон о наслеђивању Србије, у чл. 110, ст. 2 прописује: “усмено завештање престаје да важи по истеку тридесет дана од дана престанка прилика у којима је сачињено”. Из наведеног следи да ће усмено завештање произвести дејство уколико завешталац премине док трају изузетне околности у којима је завештање сачињено. Када завешталац преживи изузетне околности, завештање ће ипак

23 С друге стране, захтев за постојањем већег броја сведока може да угрози пуноважност завештања из разлога што више лица, због својих когнитивних капацитета и способности опажања у специфичним, изузетним околностима, могу имати различите утиске о приликама у којима је сачињено завештање, и могу различито појмити и репродуковати последњу вољу завештаоца. Као последица наведених околности може се догодити да завештање, иако испуњава све законске услове, не произведе дејство.

24 У литератури се указује да завештајни сведоци то готово никада не чине, већ суд о постојању усменог завештања најчешће сазнаје од наследника, након чега позива и саслушава завештајне сведоке (Сворцан, 2004: 257).

25 У оба случаја, и када сведоци предају писмено суду и када усмено саопштавају своје опажање и сазнања у вези са сачињавањем завештања, судија ће сведоке саслушати одвојено (детаљније: Сворцан, 2004: 255–256).

26 Видети: чл. 111 ЗОН.

производити дејство и по њиховом окончању, ако завешталац умре пре протека рока од 30 дана од престанка изузетних прилика, при чему смрт завештаоца не мора да буде њима узрокована, већ може да буде последица и других животних околности. Осим смрћу завештаоца, до прекида тока рока долази и његовим губитком завештајне способности (Крећ, Рајић, 1964: 224) и сваким наступањем неке нове изузетне околности у којој је могуће сачинити усмено завештање, у ком случају рок од 30 дана изнова почиње да тече након окончања доцнијих изузетних околности (слично: Благојевић, 1969: 246–247; Gavella, Belaj, 148, фуснота 67).

Придружујемо се ставу да тренутак престанка изузетних прилика треба сагледавати субјективно и да рок треба да почне да тече од момента када је завешталац стекао могућност да сачини завештање у неком другом облику, а не од саме чињенице да су изузетне прилике престале (Стојановић, 2011: 227). Сматрамо да пуноважност усменом завештању треба признати и у случајевима када је завешталац у време изузетних прилика, или у року од 30 дана од њиховог престанка, изгубио завештајну способност, будући да губитак завештајне способности онемогућава завештаоца да измени или опозове сачињено усмено завештање, или да сачини ново пуноважно завештање.

4. Појам изузетних прилика

Појам изузетних прилика инкорпорира у себе две компоненте: субјективну и објективну (Антић, Балиновац, 1996: 355).

Пре свега, изузетне прилике могу бити такви неотклоњиви објективни догађаји општег карактера, који угрожавају физичку егзистенцију више лица (рат, бродоломи, железничке и авионске несреће, рударске несреће, природне катастрофе, као што су земљотреси, поплаве, одрони, и слично). Њихово постојање имплицира испуњеност три услова: неопходно је да погађају одређену већу или мању скупину људи, не само завештаоца; по правилу је реч о догађајима који су опште познати, ноторни, а када нису – у принципу су лако доказиви, јер су познати одређеном већем броју лица; коначно, околности морају да буду такве природе да својим постојањем указују да се завешталац налазио у изузетним приликама, у којима је могао да сачини само усмено завештање. Наравно, и када овакве прилике постоје, суд ће бити дужан да изведе доказе и утврди да ли се оне могу сматрати изузетним у смислу чл. 110 ЗОН. Њихово доказивање у пракси не представља проблем (Антић, 1979: 509). Када се завешталац нађе на подручју захваћеном ратом, природном катастрофом или елементарним непогодама, или је завешталац учесник саобраћајне незгоде, али ипак има могућност да сачини неки од писаних облика завештања у датом случају, сматраће се да нису испуњени услови за пуноважност усменог завештања.

Субјективна компонента изузетних прилика је много сложенија и оцена њиховог постојања неретко је представљала, а може се рећи да и данас представља камен спотицања у судској пракси. Она се тиче саме личности завештаоца и састоји се из два елемента: субјективног стања у коме се нашао завешталац и, као последица тога, немогућности сачињавања неког од писаних облика завештања. Судови, дакле, морају да се користе субјективним критеријумом и утврде постојање субјективних околности на страни завештаоца, али ће при оцени да ли су оне проузроковале немогућност сачињавања писаног завештања морати да се користе објективним критеријумом друштва о немогућности предузимања одређене правне радње (Благојевић, 1969: 244). Уколико је упркос погоршању здравља завешталац био у прилици да сачини завештање у писаној форми, услови за пуноважност усменог завештања нису испуњени.

У нашем праву спорна субјективна компонента изузетних прилика ни на који начин се у закону не појашњава, за разлику од појединих страних права.²⁷ У ширем смислу, сматра се да изузетне прилике постоје када се завешталац нађе у изненадној и непосредној опасности по живот или по губитак активне завештајне способности (Zankl, 2008: 45; наведено према: Ђурђевић, 2015: 145). Погоршање здравственог стања услед тешке повреде (нпр. у случају саобраћајне несреће, покушаја убиства итд.) или болести (нпр. срчани удар) мора да буде непредвидљиво, и да буде таквог карактера и интензитета да угрожава живот завештаоца. Хронична болест, односно боловање од тешке болести у дужем временском трајању не може се подвести под појам изузетних прилика, јер до погоршања здравственог стања није дошло изненада. Само неочекивано, изненадно и неотклоњиво погоршање здравственог стања може се сматрати изузетном околношћу.

27 У Грађанском законнику Мађарске из 2013. године (*Polgári Törvénykönyv*), прецизирано је да изузетне околности у којима се не може сачинити писано завештање морају бити опасне по живот завештаоца (§ 7: 20). У пракси, судови су врло рестриктивни приликом оцене постојања изузетних околности. Пуноважност усменом завештању најчешће се признаје у случају несрећа, срчаних удара и сличних околности (Vékás, 2011: 266). Завештање у нужди може се сачинити и у Немачкој, када се завешталац налази у смртној опасности – то су такве околности код којих постоји оправдана бојазан да ће лице преминути пре него што успе да сачини писано завештање пред нотаром, у ком случају усмено може саопштити своју вољу пред председником општине и два сведока (§ 2249, ст. 1 Грађанског законика Немачке из 1896. године – *Bürgerlichen Gesetzbuches*). Ако се лице нађе у неком месту где су изузетне прилике такве да га спречавају или знатно отежавају да сачини нотарско завештање, изјаву последње воље може саопштити или пред председником општине и два сведока или пред три сведока (§ 2250). Ипак, природа овако сачињеног завештања усменом изјавом је спорна, јер се оно мора писмено редиговати, прочитати завештаоцу који завештање мора да потврди и да га потпише.

Релевантан тренутак за оцену постојања изузетних прилика јесте тренутак сачињавања завештања.

У правној доктрини је заузет став да би усмено завештање требало сматрати пуноважним и када су постојале чињенице које су код завештаоца створиле објективно оправдан утисак да су му угрожени живот или способност за сачињавање завештања (Zankl, 2008: 45; наведено према: Ђурђевић, 2015: 146). На слично размишљање наилазимо и у домаћој теорији, где се указује да и заблуда завештаоца о изузетним приликама може бити довољна да се призна пуноважност завештања (Антић, 1979: 510–511).²⁸ Нисмо убеђени да би судови признавали пуноважност завештања сачињеног у овим околностима, јер је тешко оценити да ли су из угла преминулог завештаоца околности заиста оправдавале овакав његов субјективни доживљај. Поврх свега, законом тако нешто није прописано као услов пуноважности усменог завештања.

5. Тумачење појма изузетних прилика и оцена њиховог постојања у судској пракси

Када год усмено завештање буде проглашено од стране суда, наследници који нису задовољни његовом садржином готово без изузетка оспоравају његову пуноважност. Премда се усмено завештање може побијати из свих разлога из којих се може оспоравати ваљаност било ког другог завештања (осим тога и због истовременог неприсуствовања троје сведока саопштавању последње воље), најчешћи основ оспоравања ваљаности усменог завештања јесте непостојање изузетних прилика у којима је воља усмено изражена.

Најпре, треба напоменути да је при процени пуноважности усменог завештања нарочито битно да суд утврди да завештаочева изјава не представља само наговештај његове намере да у неком доцнијем тренутку сачини неки писани облик завештања, којим би заоставштину распоредио на одређени начин, већ да је својим усменим казивањем заиста и распоредио своју заоставштину, тј. да његова изјава суштински представља завештање.²⁹ Чини се да одговоре на питања која су постављена лицу које

28 Проф. Антић, ипак, признаје да је могућност опстанка оваквог завештања занемарљива, имајући у виду да ће лице на коме је *onus probandi* веома тешко доказати постојање оваквих околности.

29 Видети: пресуде Врховног суда Србије, Рев. 1822/97 од 16. 04. 1997. (преузето 27. 09. 2016. <http://sluzbenipropisi.com/poslednje?page=615>), Рев. 1552/99, од 02. 02. 2000. (преузето из: Сворцан, 2004: 259), Рев. 5001/99, од 11. 11. 1999. (преузето из: Сворцан, 2004: 259), Рев. 2203/02, од 16. 02. 2004. (преузето 27. 09. 2016. <http://www.sirius.rs/praksa/4037>), Рев. 2156/05, од 26. 10. 2005. (преузето из: Антић, Ђурђевић, 2009: 185–186), и пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2139/12, од 23. 05.

се нашло у изванредним околностима не треба третирати као ваљану изјаву његове последње воље (тако и: Vékás, 2011: 266). У пракси се неретко дешава да оставиоци наследници желе да прикажу његов разговор са блиским лицима (комшијама, пријатељима, рођацима...), у коме је исказао жељу о распореду заоставштине, као његово усмено завештање, што је неприхватљиво. У супротном, постојала би оправдана бојазан да “на мала врата” усмено завештање постане редован облик завештања (Rašković, 1956: 342).

Приликом оцене постојања законских услова за пуноважност усменог завештања, судови морају да узму у обзир како околности општег карактера, тако и околности везане за личност завештаоца, субјективно стање у којем се он нашао, и да утврде да ли су те прилике стварно онемогућиле завештаоца да сачини завештање у писаној форми (Константиновић, 1958: 12). Судови, а нарочито највиша домаћа судска инстанца, у принципу веома строго тумаче немогућност састављања завештања у некој другој форми (Ђурђевић, 2015: 147),³⁰ и често је то за судове опредељујући критеријум приликом утврђивања да ли су изузетне прилике постојале. Међутим, велики је број граничних случајева где се показује да је овај правни стандард заиста растегљив и где је јудикатура прилично колебљива приликом процене да ли су изузетне прилике постојале или не.

Још је у првим годинама примене савезног Закона о наслеђивању било јасно ће судови постојање изузетних прилика различито ценити, на шта су указивали примери из судске праксе.³¹ Док су судови нижег степена екстензивно тумачили овај правни стандард, прихватајући болест завештаоца као чињеницу довољну по себи за пуноважност завештања

2012. (преузето 30. 09. 2016. <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-2139.12-utvrđivanje-nistavosti-usmenog-testamenta.html>).

30 Тако је Апелациони суд у Новом Саду нашао да изузетних прилика нема ако је оставиља «могла написати једну реченицу коју је изговорила пред сведоцима, а потом се својеручно потписати», јер је као писмена жена у конкретном случају била способна да пише (Гж. 2965/10, од 01. 02. 2011. године, Билтен Апелационог суда у Новом Саду, 2/2011: 103–104).

31 Нарочито је занимљив случај, описан код (Константиновић, 1958: 7–9), без навођења броја предмета и назначења поступајућег суда, у коме је првостепени суд нашао да је усмено завештање, које је у присуству адвоката и адвокатског приправника сачинила оставиља, иначе дугогодишњи болесник, пуноважно, иако је могла да сачини и завештање у писаној форми, што је оставила за касније, одредивши се да само усмено саопшти своју вољу. Како је другостепени суд укинуо ову одлуку, друго судеће веће првостепеног суда ипак је утврдило да у конкретном случају није било изузетних прилика ни објективног, нити субјективног карактера на страни оставиље, и да усмено завештање није правно ваљано.

(Антић, 1979: 510), републички врховни судови одмах су заузели став о рестриктивном тумачењу појма изузетних прилика и да сама чињеница да је завешталац био дуже времена болестан није довољна за оцену њиховог постојања, већ да се на основу свих околности треба утврдити да ли је постојала могућност сачињавања завештања у некој другој форми.³² И у теорији је давно указано да појам изузетности искључује екстензивно тумачење (Крећ, Рајић, 1964: 224).³³ Због тога би овај законски појам, док год као такав постоји у законском тексту, требало “правно и чињенично најстроже тумачити”.³⁴

Иако пракса нижих и виших суда није у потпуности уједначена, оно што се може извести као генерални закључак јесте да су неке околности у јудикатури недвосмислено оцењене као околности које не представљају изузетне прилике, у смислу који је законодавац имао у виду. Године старости, хронична болест, односно дуготрајна тешка болест, одсуство непосредне и изненадне опасности по живот, не могу се саме по себи сматрати изузетним, иако је лице у краћем временском периоду након сачињавања завештања (један или више дана касније) преминуло,³⁵ “ако је према месту где је оставилац живео и према средини у којој се кретао, објективно и субјективно имао могућност да састави писмени тестамент”.³⁶ Изузетне прилике свакако нису ни околности код којих је лице, које осећа да му се ближи крај, у уобичајеном разговору са

32 Видети: решење Врховног суда НР Македоније, Гзз. 14/57, од 27. 03. 1957. године; решење Врховног суда НР БиХ, Гзз. 75/57, од 05. 11. 1957. године; решење Врховног суда НР Хрватске, Гзз. 124/57, од 31. 10. 1957. године (о садржини одлука детаљније: Константиновић, 1958: 1011); и одлука Врховног суда Србије, Гж. 3925/65 (наведено према: Антић, Балиновац, 1996: 356).

33 Индикативан је, међутим, случај, који се као пример погрешног тумачења наводи у доктрини, да је Врховни суд Југославије нашао да је пуноважно усмено завештање које је сачинила особа која је 8 година била болесна, неписмена и исцрпљена, када је осетила «да јој се ближи крај живота», иако је имала могућност да сачини и писмено завештање. Видети: пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 2208/64 (наведено према: Антић, 1979: 510).

34 Цитат преузет из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2965/10, од 01. 02. 2011. (Билтен Апелационог суда у Новом Саду, 2/2011: 103–104).

35 То се јасно констатује у многим судским одлукама. Видети нпр. пресуде Врховног суда Србије, Рев. 3038/05, од 28. 12. 2005. (преузето 28. 09. 2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-303805>), Рев. 69/06, од 02. 02. 2006. (преузето 28. 09. 2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-6906>), пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7282/11, од 02. 02. 2012. (преузето 30. 09. 2016. <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/nasledno-pravo/gz-7282-11.html>).

36 Цитат из одлуке Врховног суда Србије, Рев. 3544/94, од 05. 10. 1994. (преузето из: Сворцан, 2004: 260).

члановима породице, пријатељима, комшијама који су дошли у посету, или са лекарима док лежи у болници, усмено саопшти своју последњу вољу. То су све оне ситуације у којима је лице, премда старо или болесно од неке болести, имајући могућност да без икаквих сметњи сачини неки од облика завештања у писаној форми, ипак усмено завештало своју заоставштину пред сведоцима, а у кратком временском периоду након тога напрасно умрло. Судска пракса обилује таквим случајевима, и тада судови немају проблем да процене да изузетне прилике нису постојале.³⁷

С друге стране, ваља нагласити да до пуноважности усменог завештања могу да доведу и такве околности као што су немогућност да услед временских прилика (нпр. због снега дошло је до прекида саобраћајне комуникације, а завешталац живи у удаљеном селу) завешталац, који је неписмен и не може сачинити други облик завештања, дође до суда или јавног бележника, спреченост судије или јавног бележника, из различитих разлога, да по позиву изађе на лице места и сачини судско, односно јавнобележничко завештање и слично.³⁸

Међутим, да ствар није тако једноставна приликом оцене постојања изузетних прилика, јасно показују одлуке Врховног суда Србије с почетка овог века, из којих се може уочити да и различита судећа већа једног истог суда, у битно истоврсним ситуацијама, могу различито да поимају постојање изузетних прилика и да, сходно томе, у једном случају буде утврђена ваљаност усменог завештања, а у другом оно буде поништено.

Тако, у једном случају, Врховни суд Србије нашао је да усмено завештање које је сачинило лице старо 90 година, које је било у веома лошем здравственом стању и исцрпљено, а које је дан након тога пребачено у болницу и потом наредног дана преминуло, није пуноважно, јер његово здравствено стање “није било ни изузетно, ни непредвидиво, ни изненадно”, с обзиром да је болест имала прогресивни ток и тенденцију погоршања.³⁹ У следећем случају који наводимо, Врховни суд Србије нашао је да је пуноважно усмено завештање које је сачинило лице које је у дужем

37 Видети нпр. пресуде Врховног суда Србије, Рев. 5479/97, од 17. 12. 1997. и Рев. 2203/02, од 24. 10. 2002. године, као и пресуду Окружног суда у Чачку, Гж. 1096/08, од 10. 09. 2008. (одлуке преузете из: Панов, Кашћелан, Станковић, 2012: 191–193).

38 У једном случају, када суд није могао да по захтеву завештаље изађе на лице места ради сачињавања судског завештања у петак, већ тек у понедељак, а завештаља је, услед наглог погоршања здравља и немогућности да користи руку за писање, сачинила усмено завештање, па након тога изгубила моћ говора и потом и преминула, парнични суд је нашао, по нама исправно, да су испуњени услови за пуноважност овог завештања. Видети: пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж. 1894/06, од 30. 10. 2006. (преузето од: Антић, Ђурђевић, 2009: 184–185).

39 Видети: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1557/04, од 23. 12. 2004. (преузето из: Антић, Ђурђевић, 2009: 186–187).

периоду боловало од малигног обољења, а коме се здравствено стање погоршало па је лежало у болници прикључено на инфузију и у стању исцрпљености изјавило последњу вољу пред пријатељима који су му дошли у посету.⁴⁰ Коначно, у трећем случају околности су биле такве да је оставиља боловала од малигнитета и док је лежала у болници позвала је адвоката да јој сачини завештање, али није могла због немоћи да стави свој потпис на завештању које је по њеном казивању саставио адвокат. Након што је отпуштена кући због извесног смртног исхода, тешко говорећи саопштила је усмено своју последњу вољу пред три сведока. Врховни суд оценио је ово завештање пуноважним.⁴¹

Иако употреба правних стандарда у законским текстовима за последицу има могућност њиховог различитог тумачења у граничним ситуацијама, то несумњиво води правној несигурности. Невоља је тим већа када се не ради о судовима различитих инстанци, већ о судећим већима једног суда, и то Врховног (Касационог) суда. Чини се да је у последња два случаја која смо навели веома упитно да ли је требало признати пуноважност завештања, у смислу чл. 110, ст. 1 ЗОН-а, јер наведене околности нису биле нити изненадне, нити непредвидљиве, већ, може се рећи, очекиване узимајући у обзир све околности. Сматрамо, стога, да је сходно вишедеценијској пракси овог суда, где је појам изузетних прилика тумачен веома уско, требало и у ова два случаја утврдити да усмено завештање није правно ваљано.

Сасвим је друга ствар да ли се оваквим уским тумачењем, које последично има већину усмених завештања оглашених правно неваљаним, битно нарушава слобода завештања и угрожавају и права завештаоца и завештајних наследника, те се поставља питање да ли законодавац треба да ублажи захтев за пуноважност усменог завештања који се тиче изузетних околности у којима се завешталац мора наћи.

6. Да ли треба редефинисати појам изузетних прилика, како би се допустила шира могућност усменог завештавања?

Као што смо већ указали, узимајући у обзир интенцију законодавца да се усмено завештање може сачинити само у околностима које су изванредне, несумњиво је исправно становиште домаћих судова, изражено у највећем броју одлука, да је појам изузетних прилика потребно рестриктивно тумачити.

40 Видети: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 88/06, од 08. 03. 2006. (преузето 29.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-8806>).

41 Видети: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 435/06, од 12. 04. 2006. (преузето 29.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-43506>).

Спорно је, међутим, да ли је, и у којој мери, постојеће законско решење противно принципу да сваком лицу треба пружити могућност да сачини завештање у било којој прилици и било ком тренутку.⁴² Побијање овог завештања олакшано је чињеницом да се у животу расподела заоставштине усменим путем најчешће не сачињава у изузетним приликама, какве закон “тражи”.

Запитајмо се колики је број случајева где човек, који је у непосредној смртној опасности и бори се за живот, заиста размишља да у том тренутку искаже своју вољу у погледу расподеле заоставштине? Убеђени смо, изузетно мали. Када томе додамо да се последња воља мора изјавити пред три истовремено присутна сведока, можемо да закључимо да су овакве ситуације изузетно ретке, јер је веома мали број случајева када три лица буду истовремено присутна приликом изјаве воље у изванредним околностима. Ако се има у виду да се као сведоци, у овим ситуацијама, најчешће појављују завештаоцу блиска лица, чланови породице (по правилу, најуже), који се затекну на месту несреће или су били присутни у кући, болници или на неком другом месту где је дошло до наглог погоршања здравственог стања завештаоца, онда је још упитније да ли усмено завештање може производити дејство. Наиме, иако нема сметње да било које лице буде завештајни сведок, услед ништавости одредаба којима се нешто оставља завештајним сведоцима, њиховим супружницима, као и широком кругу крвних сродника завештајних сведока (и супружницима крвних сродника), о чему је већ било речи – када се неки блиски сродник оставиоца појави у улози завештајног сведока, практично ће сва располагања у корист осталих крвних сродника бити ништава.

Због свега наведеног, заиста је упитно да ли законом дефинисани услови за ваљаност усменог завештања практично негирају његово постојање. Да ли се тиме ускраћује могућност лицу да усменим путем саопшти своју последњу вољу? Чему усмено завештање ако је оно готово увек непуноважно?

Наравно, увек се може поставити питање: зашто завешталац није сачинио неки облик завештања у писаној форми, када наше право допушта толико писаних облика завештања, већ је “посегао” за усменим завештањем? Свакако, то се може сматрати ваљаним правничким аргументом. Непознавање права шкоди. Међутим, да ли *ignorantio iuris*

42 Премда је формализам у наследном праву уопште, па и у сфери завештајног наслеђивања доминантан, форма не сме да буде, као што је то истицао проф. Славко Марковић, оков који ће лишити човека могућности да изрази своју последњу вољу (Марковић, 1972: 111), без обзира што је њен значај код завештања велики. Додали бисмо да исто треба да важи и уопште за услове који се траже за пуноважност било ког од облика завештања.

nocet треба да се односи на случајеве у којима заиста постоје околности које оправдавају сачињавање усменог завештања, а које се, ипак, не могу подвести под уско схваћен појам изузетних прилика? Да ли законску регулативу треба оправдавати само доктринарним, правничким резонувањем и аргументацијом, или проблем треба посматрати у широј перспективи?

Мора се имати у виду да је сасвим природно да се људи боје смрти, а сачињавање завештања често се доживљава као прејудицирање блиске смрти. То је један од најзначајнијих разлога због чега многи људи, који планирају да сачине завештање, оклевају са тиме, и стално одлажу тај тренутак, иако желе да уреде имовинскоправне односе након окончања живота. Наш законодавац, приликом дефинисања правила која регулишу услове пуноважности завештања, нарочито мора имати у виду да се људи код нас не одлучују често да саставе писано завештање, да људи у Србији генерално немају правничку културу сачињавања завештања,⁴³ због чега се неретко, када се осети да се смрт сасвим приближила, опредељују да последњу вољу саопште усмено.

Поништавање усменог завештања услед непостојања изузетних прилика има још једну веома значајну правну реперкусију. Осим што се тиме последња воља оставиоца не поштује и што се као законски наследници могу јавити лица која су потпуно занемаривала оставиоца и којима он није желео да остави ништа, лица која су постављена за завештајне наследнике трпе значајну штету. Они не само да не добијају оно што им је остављено завештањем, већ су дужни да, иако савесни, ни криви ни дужни, снесо често високе парничне трошкове услед губитка парнице.

Због свега наведеног, сматрамо да треба имати у виду бројне могуће животне ситуације у којима може бити оправдано сачињавање усменог завештања, уместо исказивања последње воље писаним путем. Стога, чини нам се да би *de lege ferenda* требало размишљати у правцу ублажавања услова за пуноважност усменог завештања који се тиче постојања изузетних прилика. Наравно, том послу се треба приступити са одређеном, не малом мером опреза. Не пледирамо да усмено завештање треба допустити у свакој прилици, јер сматрамо да оно мора да задржи своју димензију изузетности, али би та линија која разграничава пуноважна од непуноважних усмених завештања требало да буде померена, како би му се признала правна ваљаност и у ситуацијама када се његово сачињавање може сматрати оправданим.

Из наведених разлога мишљења смо да би требало допустити сачињавање усменог завештања *ако због нарочито оправданих околности*

43 Видети о томе истраживање које је проф. Драгица Живојиновић спровела: Живојиновић, 2004: 294 и даље.

завешталац није могао да сачини завештање у писаној форми, што је свакако блажа формулација од постојеће. Свесни смо да би оваква регула била подложна различитим тумачењима у јудикатури, те да би требало да прође извесно време док се у судској пракси не искристалише које би то биле нарочито оправдане околности које оправдавају сачињавање овог облика завештања. Наведену претпоставку о различитом поимању “каучук” појма *нарочито оправдане околности* заснивамо на чињеници да се и изузетне прилике, као значајно садржински ужи правни стандард, у судској пракси различито тумаче, те је садржински шири стандард свакако томе подложнији. Међутим, мишљења смо да, када год је то могуће, треба ићи *in favorem testamenti*, и настојати да се испоштује последња воља завештаоца да оно што је завешталац јавно, усмено изрекао у присуству сведока, у погледу распореда своје заоставштине, не остане илузорно. Увођење наведеног стандарда пружио би могућност судовима да у нешто већем броју случајева признају пуноважност усменим завештањима.

Још једно питање које нам се чини веома интересантним и са којим ће се законодавци, убеђени смо, сусрести у (блиској) будућности јесте да ли у перспективи треба признати могућност сачињавања завештања путем аудио или видео записа у изузетним приликама у којима се завешталац нашао, када није било могућности да се обезбеди присуство завештајних сведока (нпр. путем камере или мобилног телефона које је било при руци лицу које се нашло под рушевинама након земљотреса, или лицу које се нашло у животној опасности на планини након невремена или лавине, и сл.). Остављајући расправу о овом питању за неку другу прилику, не можемо а да се не запитамо зашто се аутентичном аудио, а нарочито видео запису у коме се исказује последња воља у ситуацијама опасним по живот, не би поклонила вера, већ се предност даје изјави сведока, који се сматрају најнепоузданијим доказним средством.

7. Закључак

У системима полиморфног завештања (плурализма форми завештања), карактеристичног за земље које припадају европско-континенталној породици права, право Републике Србије издваја се по богатству форми у којима може бити изражена последња воља. Међу њима се као једини усмени облик јавља усмено завештање, које се и у нашем праву, као и у већини савремених права која га допуштају, регулише као изузетни облик завештања.

Наш законодавац не користи метод енумерације, карактеристичан за поједина страна права (нпр. Мађарска, Швајцарска, Аустрија, донекле и Немачка), и не набраја, ни *exempli causa*, ситуације у којима је допуштено

сачињавање усменог завештања, већ употребом правног стандарда *изузетне прилике* даје судовима могућност да, у сваком конкретном случају, процене да ли се завешталац заиста налазио у таквој ситуацији у којој је сачињавање усменог завештања био једини начин исказивања последње воље.

Употребом овог стандарда законодавац је, свакако, имао на уму да се пуноважност усменом завештању треба признати само изузетно, у приликама које су биле такве да су онемогућавале завештаоца да, услед непосредне смртне опасности, сачини било који писани облик завештања. Ову интенцију легислатора судови су препознали, те се у вишедеценијској пракси, по правилу, постојање изузетних прилика цени веома рестриктивно. Ипак, у јудикатури се могу пронаћи и предмети где су судови, у неким граничним случајевима, процењивали да су изузетне прилике постојале чак и када је завешталац несумњиво имао могућност да сачини неки од писаних облика завештања.

Иако изузетака, који свакако не доприносе правној сигурности, има, уско тумачење појма изузетних прилика је правило у судској пракси, што за последицу има поништај великог броја усмених завештања, самим тим и пренебрегавање саопштене воље оставиоца у погледу расподеле његове заоставштине усменим путем. Последично, завештајни наследници, иако савесни, не само да губе право наслеђа дела или целокупне заоставштине на темељу завештања, већ имају обавезу и да надокнаде трошкове парничног поступка вођеног са циљем да завештање буде поништено.

Како би се, макар у малој мери, проширила могућност сачињавања усменог завештања, а да притом овај облик завештања не изгуби карактер изузетности, што јесте његова основна карактеристика, сматрамо да би требало допустити сачињавање усменог завештања у ситуацијама када због нарочито оправданих околности завешталац није био у могућности да сачини завештање у писаној форми.

Такође, *de lege ferenda* требало би размислити о допуштању сачињавања усменог завештања преко аудио или видео записа, у околностима опасним по живот које такво поступање нарочито оправдавају, што је, уверени смо, пут којим ће се законодавства кретати у будућности, уз јасно прецизирање услова који би овакво завештање чинили пуноважним.

Литература

Антић, О. (1979). Усмени тестамент у савременом праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 5–6. 506–519.

- Антић, О. (1978). *Усмени тестамент*, магистарски рад. Београд.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Антић, О. Ђурђевић, Д. (2009). *Приручник за наследно право*. Београд: Правни факултет.
- Благојевић, Б. (1969). *Наследно право СФРЈ*. Београд: Завод за издавање уџбеника СР Србије.
- Vékás, L. (2011). Testamentary Formalities in Hungary. У: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.). *Testamentary Formalities. Comparative Succession Law*. Vol 1. Oxford University Press. 254–269.
- Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио.
- Живојиновић, Д. (2004). Завештање у судској пракси. *Правни живот*. 10. 293–310.
- Кашћелан, Б. (2006). Изузетни облик завештања. *Зборник Правног факултета Универзитета у Источно Сарајеву*. Источно Сарајево. II. 539–554.
- Константиновић, Н. (1958). Пуноважност усменог тестаментa услед изузетних прилика у смислу чл. 78 Закона о наслеђивању. *Гласник адвокатске коморе АП Војводине*. 12. 8–12.
- Kreč, M. Pavić, Đ. (1964). *Komentar Zakona o nasljeđivanju (sa sudskom praksom)*. Zagreb: Narodne novine.
- Марковић, С. (1972). Форме тестаментa *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 11. 101–114.
- Панов, С. Кашћелан, Б. Станковић, М. (2012). *Наследно право, Практикум*. Београд: Правни факултет.
- Rašković (1956). Oblici oporuka po Zakonu o nasljeđivanju. *Naša zakonitost*. 8–9.
- Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.
- Станковић, Е. (2013). Аустријски грађански законик као изворник Српског грађанског законика. *Годишњак Факултета правних наука*. 3. 118–125.
- Stanković, M. Gutiérrez Celdrán, J. M. (2013). Oglad o mogućnosti harmonizacije evropskog naslednog prava kroz analizu najznačajnijih sličnosti i razlika srpskog i španskog naslednog prava. *Harmonius*. 1 (II). 264–309.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације.

Fusaro, A. (2011). Freedom of Testation in Italy. У: Anderson, M., Arroyo i Amayuelas E. (Eds.). *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*. Barcelona: Europa Law Publishing. 193–202.

Wendehorst, C. (2011). Testamentary Formalities in Austria. У: K. Reid, M. De Waal, R. Zimmermann (Eds.). *Testamentary Formalities. Comparative Succession Law*. Vol 1. Oxford University Press. 223–253.

Прописи

Грађански законик Аустрије, из 1811. године (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer*).

Грађански законик Италије, из 1942. године (*Codice Civile*).

Грађански законик Мађарске, из 2013. године (*Polgári Törvénykönyv*).

Грађански законик Немачке, из 1896. године (*Bürgerlichen Gesetzbuches*).

Грађански законик Француске, из 1804. године (*Code Civil des Français*).

Грађански законик Швајцарске, из 1907. године (*Zivilgesetzbuch*).

Грађански законик Шпаније, из 1889. године (*Código Civil*).

Закон за наслеђувањето Македоније. *Службен весник на РМ*. Бр. 47 (1996) и 18 (2001) – др. закон.

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46 (1995), 101 (2003) – одлука УСРС и 6 (2015).

Закон о наслеђивању ФНРЈ. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20 (1955) и *Службени лист СФРЈ*. Бр. 42 (1965) и 47 (1965).

Закон о доделувању Словеније. *Урадни лист СРС*. Бр. 15 (1976), 23 (1978), *Урадни лист РС*, 13(1994) – ЗН, 40 (1994) – Одл. УС, 117 (2000) – Одл. УС, 67 (2001), 83 (2001) – ОЗ, и 31 (2013) – Одл. УС.

Закон о наслеђивању Црне Горе. *Службени лист ЦГ*. Бр. 74 (2008).

Закон о наслеђивању Хрватске. *Народне новине*. Бр. 48 (2003), 163 (2003), 35 (2005), 127 (2013) и 33 (2015).

Закон о наслеђивању Федерације БиХ. *Службене новине Федерације БиХ*. Бр. 80 (2014).

Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 42 (2009).

Српски грађански законик из 1844. године.

Судске одлуке

Одлука Врховног суда Србије, Гж. 3925/65 (Антић, Балиновац, 1996: 356).

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3544/94, од 05. 10. 1994. (Сворцан, 2004: 260).

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7282/11, од 02. 02. 2012. (преузето 30.09.2016. <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/nasledno-pravo/gz-7282-11.html>).

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2139/12, од 23. 05. 2012. (преузето 30.09.2016. <http://www.kg.ap.sud.rs/gz-2139.12-utvrdjivanje-nistavosti-usmenog-testamenta.html>).

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2965/10, од 01. 02. 2011. године (Билтен Апелационог суда у Новом Саду, 2/2011: 103–104).

Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 2208/64 (Антић, 1979: 510).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1822/97 од 16. 04. 1997. (преузето 27.09.2016. <http://sluzbenipropisi.com/poslednje?page=615>).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5479/97, од 17. 12. 1997.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1552/99, од 02. 02. 2000. (Сворцан, 2004: 259).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5001/99, од 11. 11. 1999. (Сворцан, 2004: 259).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2203/02, од 16. 02. 2004. (преузето 27.09.2016. <http://www.sirius.rs/praksa/4037>).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1557/04, од 23. 12. 2004. (Антић, Ђурђевић, 2009: 186–187).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2156/05, од 26. 10. 2005. године (Антић, Ђурђевић, 2009: 185–186).

Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 3038/05, од 28. 12. 2005. (преузето 28.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-303805>).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 69/06, од 02. 02. 2006. (преузето 28.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-6906>).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 88/06, од 08. 03. 2006. (преузето 29.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-8806>).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 435/06, од 12. 04. 2006. (преузето 29.09.2016. <http://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-43506>).

Пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж. 1894/06, од 30. 10. 2006. (Антић, Ђурђевић, 2009: 184–185).

Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 1096/08, од 10. 09. 2008. (Панов, Кашћелан, Станковић, 2012: 191–193).

Решење Врховног суда НР БиХ, Гзз. 75/57, од 05. 11. 1957. године (Константиновић, 1958: 10–11).

Решење Врховног суда НР Македоније, Гзз. 14/57, од 27. 03. 1957. године (Константиновић, 1958: 10–11).

Решење Врховног суда НР Хрватске, Гзз. 124/57, од 31. 10. 1957. године (Константиновић, 1958: 10–11).

Novak Krstić, LL.D.

Assistant professor,

Faculty of Law, University of Niš

EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES AS THE CONDITION OF THE VALIDITY OF NUNCUPATIVE (ORAL) TESTAMENT

Summary

In most of legislations, nuncupative (oral) testament is valid only if it was made in exceptional occasions. In the Republic of Serbia, nuncupative testament is exceptional form of testament as well, but Inheritance Act doesn't define the term of exceptional circumstances. In this paper, author examine in which situations in judicial practise nuncupative testament is consider as valid. Since in judicature the existance of exceptional circumsances has been mostly interpretated restrictively, in many occasions nuncupative will is considered null and void. The author's opinion is that, de lege ferenda, the legislator should stipulate, in order to respect testator's last will, that nuncupative testament is valid if it was made when due to particularly justified circumstances the testator was not able to make a will in writing form. Also, the author's attitude is that in future it should be allowed for testators to make oral testament buy audio or video recording, in these kind of situations.

Key words: *nuncupative testament, exceptional circumstances, testamentary witnesses, judicial practise, succession.*

Тамара Бурђић,*
 асистент Правног факултета,
 Универзитет у Крагујевцу

ЗАКОНСКЕ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ ИМЕНОВАЊА НАСЛЕДНИКА

Апстракт: Слобода именовања наследника само је један од сегмената слободе располагања имовином за случај смрти, али веома значајан, јер дефинише њен домашај. У раду се, најпре, настоји извршити класификација свих релевантних ограничења ове слободе. Посебно је обрађено питање ограничавајућег дејства установе нужног дела на слободу именовања наследника, као и могућност уговорног именовања наследника и допуштених модалитета њиховог постављања. Нарочито се указује на тенденције у развоју поменутих института који непосредно или посредно одређују правне границе слободе именовања наследника, условљавајући, начелно, либералнији приступ планирању наслеђивања.

Кључне речи: слобода располагања имовином *mortisa causa*, слобода именовања наследника, фидеикомисарна сунституција, уговор о наслеђивању, нужни део.

1. Увод

Аутономија воље као основни принцип наследног права манифестује се кроз слободу појединца да распореди заоставштину по својој вољи. У својој вишеслојности, ова слобода се односи на предмет, обим, и начин располагања заоставштином, као и на слободу одређивања лица која ће из ње стећи имовинску корист.

Управо круг лица која се могу јавити у улози универзалног или сингуларног сукцесора значајна је детерминанта домашаја слободе располагања имовином за случај смрти. Именовање универзалног сукцесора конститутивни је елемент слободе *morti causa* располагања, јер подразумева најшира наследноправна овлашћења, а из њега произлазе

* tdjurdjic@gmail.com

сва остала (постављање сингуларног сукцесора, конституисање права плодоуживања у корист наследника и сл.) (Антић, 1983: 15).

Овај сегмент *mortis causa* располагања даље се конкретизује кроз могуће и допуштене модалитете именовања наследника, као и правно уобличене форме манифестовања последње воље.

Када је реч о модалитетима именовања наследника, правни системи предвиђају различите могућности условљавања стицања наследничког својства (нпр. кроз постављање наследника под условом или роком, оптерећење испоруком или налогом), као и кроз различите облике супституција.

Кад је реч о формама као спољној манифестацији последње воље, поред редовних завештајни форми, правни системи нормирају и ванредне форме завештајног располагања, као и неке специфичне, попут заједничког завештања у германском праву. Осим завештања, савремено наследно право карактеришу бројни нови инструменти *mortis causa* располагања, пре свега уговорног карактера, попут наследноправних уговора, одређујући шири или ужи домашaj слободе именовања наследника.

Савремено наследно право у сфери именовања наследника карактерише принцип универзалности, као израз равноправности у погледу наследноправних овлашћења, уз извесна одступања. У нашем праву важи претпоставка опште способности за наслеђивање која је, дакле, уподобљена са правном способношћу – стиче се рођењем, без обзира на личне квалитете потенцијалних наследника који су на ранијем ступњу развоја наследног права имали значајан утицај на наслеђивање (нпр. пол наследника, верска припадност, занимање, друштвени статус и сл.). И данас савремено право карактеришу извесни изузеци који релативизују начело равноправности у наслеђивању, потврђујући општеприхваћен став правне доктрине да слобода располагања *mortis causa* није апсолутна ни у једном свом домену.

У нашем праву принцип специјалности приликом именовања наследника огледа се у принципу реципроцитета који је претпоставка признавања наследних права страним држављанима у нашој земљи, а овакво решење карактерише и друге правне системе.¹

Принцип специјалности се нарочито манифестује кроз право нужног наслеђивања, као најнепосреднијег ограничења слободе именовања наследника, које је резервисано за привилеговану групу законских наследника. Право нужног наслеђивања и слобода именовања наследника у односу су обрнуте пропорционалности: што је круг нужних наследника шири, то је домашaj слободе именовања мањи, и обрнуто (Антић, 1983: 19).

¹ Чл. 826 Закона о основама својинско-правних односа (Сл. лист СФРЈ, 6/80 и 36/90, Сл. лист СРЈ, 29/96 и Сл. гласник РС, 115/2005 – др. закон).

Ово ограничење се сматра законским ограничењем *ex post*, јер производи дејство након смрти завештаоца, и то само уколико се истакне захтев за намирење нужног дела, у супротном, завештајно располагање остаје неизмењено, тј. ограничење не производи дејство (Braun, 2012: 60).

Круг могућих наследника ограничен је и посебним правилима која се односе на забрану именовања за наследника овлашћеног лица које је учествовало у сачињавању завештања (и његових најближих сродника), као и забране располагања у корист завештајних сведока и њихових сродника.² Оваква завештајна располагања су рушљива и могу се сврстати у тзв. *ex ante* законска ограничења, јер производе дејство у моменту завештајног располагања.

Поред законских ограничења у погледу одређивања круга наследника, поједина ограничења су вољног карактера (нпр. закључењем уговора о наслеђивању ствара се уговорна обавеза завештаоца да сауговорача или треће лице именује за наследника) (Braun, 2012: 59).

2. Модалитети условљеног именовања наследника

Питање оправданости постојања сукцесивног наслеђивања, као једног од видова именовања наследника, у бити је слободе завештајног располагања и њеног домашаја. Реч је о специфичном наследноправном институту који производи својствена правна дејства, и самим тим отвара веома комплексна правна питања.

Постављање наследника под условом или роком у завештању један је од допуштених модалитета сукцесивног наслеђивања у нашем праву као манифестације слободе именовања наследника. Када је реч о супституцији као виду сукцесивног наслеђивања, према позитивном праву допуштена је само обична супституција, али не и тзв. сложена, тј. фидеикомисарна супституција која подразумева смену наследника услед смрти првостављеног.³ Међутим, Преднацрт Грађанског законика уводи измене у овом домену наследног права, те се предлаже увођење фидеикомисарне супституције у једном степену, уз појашњење да ће се одређивање наследника наследнику тумачити као однос испорукопримца и наследника.⁴

Наиме, када говоримо о сукцесивном наслеђивању, питање правног положаја претходног и потоњег наследника прилично је спорно. Код

2 Чл. 160 Закона о наслеђивању из 1995, (*Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015), у даљем тексту: ЗОН.

3 Чл. 159 ЗОН.

4 Чл. 161, ст. 2 Преднацрта Закона о наслеђивању (Влада Републике Србије – Комисија за израду грађанског законика, Београд, 2012).

постављања наследника под условом у нашем праву, правни положај претходног наследника за време пенденције услова, према важећем Закону о наслеђивању из 1995, уподобљен је са правним положајем плодуживаоца. Како је право плодуживања акцесорно право, поставља се питање коме припада главно право, тј. право својине (у овом случају *nuda proprietas*)? Управо због оваквих правних недоумица развила се дилема око правног положаја претходног наследника, било да говоримо о постављању наследника под условом или роком као фидеикомисарној супституцији у ширем смислу, или пак о фидеикомисарној супституцији у ужем смислу.

Изједначавање правног положаја претходног наследника са положајем плодуживаоца није у складу са принципом стицања заоставштине *ipso iure*, по коме се заоставштина стиче у моменту оставиочеве смрти, а чији је основни циљ да се обезбеди континуитет оставиочеве грађанскоправне позиције (Ђурђевић, 2011: 110). То значи да од момента отварања наследства, па до остварења супституционог случаја (протека рока, испуњења услова), заоставштина нема свог својинског титулара, већ само уживаоца. То даље значи да у моменту оставиочеве смрти нико не постаје његов потпуни, својински наследник, што је у супротности са начелом обавезне универзалне сукцесије као једним од темељних начела нашег наследноправног уређења. Отуда, у правној теорији овакав нормативни приступ српског законодавца ствара бројне недоумице у погледу одређивања правног положаја и овлашћења наследника постављених под условом или роком, те се поставља питање да ли се овде уопште ради о сукцесивном наслеђивању?

У аустријском праву постоје сличне недоумице око квалификације правног положаја претходног наследника. Према АГЗ до наступања супституционог случаја постављени наследник има ограничено право својине, са правима и обавезама плодуживаоца.⁵ Према једном мишљењу, овде је реч о функционално подељеној својини која карактерише англосаксонско право, али је овакво становиште потпуно неприхватљиво у континенталним правима. Према другом мишљењу, однос претходног и потоњег наследника може се дефинисати као фидуцијарни однос, где је претходни наследник ималац економске садржине права својине, без овлашћења располагања, а потоњи наследник је ималац формалноправних овлашћења као правни власник (Graf, 2008: 56).

Из тих разлога исправно је становиште аутора који сматрају да претходни наследник у моменту оставиочеве смрти постаје универзални сукцесор оставиоца и титулар права својине на наслеђеним добрима, с тим што је та својина временски и садржински ограничена. Временски, јер траје

5 Чл. 613 Аустријског грађанског законика.

до остварења супституционог случаја, а садржински, јер је њен титулар ограничен у вршењу овлашћења располагања наслеђеном имовином (Ђурђевић, 2011: 112). Овакво схватање иде у прилог очувања супстанције и вредности оставинске масе, што је свакако у интересу фидеикомисара. Истовремено се сматра да правни положај фидуцијара није у потпуности уподобљен са положајем плодуживаоца, јер би му требало признати шира овлашћења од оних која има плодуживалац, у виду ограниченог права располагања стварима из заоставштине, уколико је то учињено у сврху заштите заоставштине и очувања њене вредности (нпр. продаја или замена ствари које би пропале).

Уколико се анализира правни положај фидеикомисара и фидуцијара у конструкцији фидеикомисарне супституције каква је предложена у Преднацрту Грађанског законика, поставља се питање сврхе оваквог нормативног приступа. У правној теорији се истиче да је овде у својинскоправном смислу реч о легату плодуживања у корист претходног наследника, а на терет потоњег наследника као својинског и потпуног наследника (Стојановић, 2012: 201). Наиме, успостављање легата плодуживања у корист првопостављеног наследника, као сингуларног сукцесора, чије је право временски орочено моментом његове смрти, подразумева и постојање универзалног сукцесора – својинског наследника.

Правни циљ овакве конструкције претпоставља се да је заштита интереса обе категорије наследника. На једној страни се обезбеђује финансијска сигурност првопостављеног наследника, али истовремено другопозвани наследник задржава своју својинску позицију потпуног наследника, уз оптерећење испоруком. Међутим, овакав однос у својој бити није фидеикомисарна супституција, јер недостаје компонента сукцесивности у наслеђивања као његова важна одлика. За моменат смрти испорукопримца везује се престанак права првопостављеног наследника и стицање права својине другопостављеног наследника у пуном обиму, али не долази до смене наследника. Својински наследник је то своје својство стекао моментом смрти оставиоца, само што је његово право својине оптерећено правима и обавезама испорукопримца, тј. плодуживаоца.

Сматрамо да је и према важећем Закону о наслеђивању из 1995. године, оваква конструкција именована наследника могућа. Наиме, предмет легата може бити како ствар тако и право на заоставштину, као што је случај са правом плодуживања. У том смислу, предлог решења у Преднацрту којим се допушта одређивање наследника наследнику у једном степену, где је првопостављени наследник означен као легатар, а другопозвани као наследник, уноси додатну конфузију када је реч о разграничењу фидеикомисарне супституције од осталих допуштених модалитета наслеђивања. Однос легатара и својинског наследника

неспорно подсећа на однос фидеикомисара и фидуцијара. Фидуцијар има право својине ограничено правима и обавезама фидуцијара као плодоуживаоца, као што је право својине универзалног сукцесора ограничено правом испорукопримца.⁶ Међутим, ова два модалитета именована наследника потребно је разграничити, док се предложеном формулацијом у Преднацрту ове границе само додатно замагљују.

И сама формулација фидеикомисарне супституције у Преднацрту као одређивања – „наследника наследнику“ спорна је по својој суштини.⁷ Наиме, у важећем Закону о наслеђивању експлицитно се наводи да се забрана фидеикомисарне супституције односи на одређивање наследника наследнику, чиме је изречена забрана добила на својој одређености да је реч о супституцији услед смрти као супституционом случају. Сматрамо да са теоријске стране оваква конструкција није посве коректна, нарочито у контексту предложеног решења Преднацрта којим се одређује домаћај слободе именована наследника.

Поимање фидеикомисарне супституције на овај начин било је карактеристично за средњовековно право, где је према правилу римског права *semper heres semel heres* било недопустиво да оставилац има више сукцесивних наследника. Међутим, друштвена функција овог института се кроз историју мењала. Првобитно је његова правна сврха била очување породичне имовине, да би потом оправдање налазио у прилагођавању завештајних располагања измењеним околностима које могу настати након оставиоачеве смрти (Рајаџић, 1956: 119). У складу са модерним поимањем фидеикомисарне супституције, фидеикомисарни супститут, тј. потоњи наследник, сукцесор је оставиоца, а не претходног наследника, тј. фидуцијара (Рајаџић, 1956: 118, 119).

Одређивање правне природе фидеикомисарне супституције, било у ужем или у ширем смислу, посебно је комплексно с обзиром на специфичност својинскоправних односа који се њеним конституисањем заснивају. Приликом дефинисања предности и недостатака овог модалитета одређивања наследника треба свакако имати у виду потребу усаглашања супротстављених интереса наследника. Зато бисмо се приклонили ставу оних правних теоретичара који заступају либералнији концепт фидеикомисарне супституције (какав је заступљен у немачком праву) (Ђурђевић, 2011: 119–127).

Наиме, економски разлози говоре у прилог веће прометљивости добара која чине заоставштину, пре свега покретних добара која могу временом изгубити вредност, пропасти или се потрошити. У том смислу,

6 Коментар Закона о наслеђивању – Коментар правних прописа, стр. 239.

7 Види чл. 161, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика.

претходном наследнику би требало признати овлашћење теретног располагања покретним стварима из заоставштине, како би се очувала или пак увећала вредност наслеђене имовине. Права потоњег наследника су заштићена правилима о реалној суброгацији, тако да вредност наследне масе остаје очувана, а моментом наступања супституционог случаја све што је фидуцијар добио као накнаду за отуђена добра, припашће фидеикомисару, тј. потоњем наследнику (Ђурђевић, 2011: 130).

Овлашћење бестеретног располагања стварима из заоставштине обесмишљава правило о реалној суброгацији, тако да овај вид располагања не треба признати фидуцијару, осим уколико се не темељи на моралним разлозима.⁸ Када је реч о теретним располагањима непокретностима, критеријум допуштености би требало да буде правни интерес фидеикомисара, те би ова располагања требало сматрати неделотворним уколико су учињена на штету интереса фидеикомисара (тј. уколико је његово право као потоњег наследника осујећено или умањено) (Komm/Grunsky, 1982: 15).

3. Уговорно наслеђивање као израз аутономије воље тестатора и ограничавајући фактор завештајне слободе

Иако се слобода именована наследника сматра есенцијом завештајне слободе, она се такође може посматрати шире, кроз призму приватно-правне аутономије појединца која се манифестује и кроз слободу уговорног располагања заоставштином.

Уговорна слобода и слобода завештајног располагања, иако међусобно супротстављене, у основи имају својинскоправна овлашћења, пре свега овлашћење располагања имовином које је претпоставка реализације слободе именована наследника.

Савремено наследно право карактерише све већа заступљеност различитих механизма уговорног именована наследника, а што је израз потребе за флексибилнијим планирањем наслеђивања, па се говори о тренду тзв. контрактуализације наследног права. То показују и актуелне реформе наследног права у законодавствима европских држава, нарочито у земљама у којима начелно важи забрана уговорног наслеђивања, пре свега у земљама романске правне традиције.

Различити модалитети именована наследника настали су као одговор на потребе савременог правног промета да се омогући осигурање имовинскоправне позиције одређених категорија наследника (нпр. деце из претходног брака, посебно угрожених категорија наследника – нпр. лица са посебним потребама, као и брачног партнера и потомака). Истовремено

⁸ Чл. 2113, ст. 2 Немачког грађанског законика.

су поједине форме располагања усмерене ка обезбеђивању континуитета породичног бизниса, као и трансгенерацијском преносу имовине за случај смрти.

Појам наследноправних уговора се у правној теорији различито тумачи с обзиром на то да не постоји сагласност у погледу њихове садржине и правне природе, а проблем њиховог класификовања се додатно продубљује са развојем и надоградњом наследноправних односа (Марковић, 1981: 353; Стојановић, 2003: 367–368). У теорији је заступљено становиште да су прави наследноправни уговори они којима се врши непосредни утицај на правни положај наследника, па је једна од могућих систематика наследноправних уговора на: уговоре о наслеђивању, уговоре о будућем наследству, уговор о одрицању од наслеђа, уговор о садржини завештања (Марковић, 1981: 354). Међутим, у сфери уговорног наслеђивања јасно разграничење између ових уговорних форми најчешће је тешко направити, јер се преплићу у погледу садржине и битних својстава, те се њихова правна природа усложњава.

Отуда се у упоредном праву уговор о наслеђивању јавља у најразличитијим модалитетима, од оних рестриктивних, где је резервисан само за брачне партнере, те представља инструмент јачања њиховог наследноправног положаја (нпр. у аустријском праву), до оних либералнијих код којих уговор о наслеђивању заиста представља флексибилан инструмент планирања наслеђивања и у функцији је ширења слободе именовања наследника (нпр. у немачком праву)⁹ (Burandt, 2002: 177–194).

Уговор о наслеђивању у појединим правима може бити и теретан и добротин правни посао, док у другим само добротин (нпр. у француском праву). У појединим правима може бити комбинован са другим уговорима, нпр. уговором о доживотном издржавању (као што је случај у немачком праву), па чак и садржати елементе уговора о доживотном издржавању као обавезне (нпр. у мађарском праву) (Csehi, 2011: 186).

Иако од прихваћеног нормативног концепта зависи и домашај уговорног наслеђивања, оно што овај уговор задржава као своје типично обележје јесте дејство *mortis causa*, а предмет уговора је заоставштина уговорног оставиоца.

Савремене наследноправне системе карактеришу и друге форме располагања имовином, са посредним или непосредним наследно-правним дејством које инкорпорирају елементе различитих врста уговора (уговора о уступању и расподели имовине за живота, уговора о одрицању од будућег наследства, уговора о поклону).

⁹ *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6 – Erbrecht, München, 1982, чл. 2274, 1409–1416.

Donation-partage у француском праву специфична је уговорна форма којом се омогућава претку да за живота изврши расподелу заоставштине у корист потомака (Braun, 2012: 464). Специфичност овог уговора је што до момента оставиоачеве смрти он производи дејство као уговор о поклону међу живима који се не може опозвати, а моментом оставиоачеве смрти, производи *mortis causa* дејство, те поклонопримци постају наследници и поклони се сматрају делом заоставштине.

Као изузетак од забране закључења наследноправних уговора, италијански *pattio die fagmilie*, чији је циљ да омогући власнику неке фирме да фирму у целини или један њен удео пренесе на потомка којег сматра најпогоднијим за наставак њеног пословања. У питању је специфичан инструмент *inter vivos* располагања које је предметно ограничено на постојећу породичну фирму, чиме је ограничено и његово поље примене. Ово је специфичан инструмент имовинскоправног располагања са непосредним стварноправним и посредним наследноправним дејством, с обзиром да садржи елементе антиципираног одрицања од наследства. Наиме, његовим закључењем, сви потенцијални нужни наследници власника фирме одричу се својих будућих наследних права у погледу предмета уговора. Сврха нормирања овог уговора је обезбеђење континуитета породичног пословања кроз међугенерациски пренос породичног бизниса (фирме) (Живојиновић, Ђурђић, 2015: 79, 80).

Према важећем Закону о наслеђивању Републике Србије, уговорно наслеђивање је у нашем праву забрањено. Међутим, постоје неки инструменти имовинскоправног располагања који су од значаја за наследно право, као што су: уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању. Ови уговори се квалификују као облигационоправни, са посредним наследноправним дејством (Blagojević, 1983: 308; Ђурђић-Milošević, 2014: 513–526).

Уговор о уступању и расподели имовине за живота креиран је као средство заживотне расподеле имовине претка, уз сагласност потомака и евентуално брачног партнера као претпоставке пуноважности. Поједини аутори квалификују овај уговорни однос као антиципирано одрицање од наследства. Као аргумент у прилог оваквог става истиче се да се потомци, саглашавањем са одређеним начином расподеле имовине претка у корист неког од сауговарача, заправо одричу свог будућег наследства у погледу предметне имовине, јер се претпоставља да би та имовина ушла у заоставштину да није обухваћена уговором (Марковић, 1981: 308).

Интересантно је напоменути покушај редактора Преднацрта да елементе овог уговора инкорпорише у уговор о наслеђивању, чије се увођење Преднацртом такође предлаже. Наиме, као услов пуноважности се прописује „сагласност свих потомака саговорника који ће по закону

бити позвани на наслеђе“ (што се предвиђа и у одредбама које се односе на уговор о уступању и расподели имовине за живота).¹⁰ Као алтернатива, предлаже се решење да ће уговор бити пуноважан и ако сви потомци не дају сагласност.¹¹

Оваквим нормативним концептом уговорног наслеђивања уноси се додатна конфузија у погледу разграничења уговора о наслеђивању од других уговора од значаја за наследно право, пре свега у односу на уговор о уступању и расподели имовине за живота, па се поставља питање правног циља који се жели постићи увођењем уговора о наслеђивању у наше право.

Према Преднацрту, овај уговор може бити закључен у корист деце, односно потомака и усвојеника једног од брачних партнера, или заједничких потомака. Из овакве формулације неспорно произилази интенција законодавца да се посебно заштити наследноправни положај деце (односно потомака), нарочито оне која нису заједничка, што се може позитивно оценити, посебно са становишта либералнијег приступа одређивању круга могућих наследника.

Међутим, условљавање пуноважности уговора о наслеђивању сагласношћу потомака саговорника који би били позвани као законски наследници, неоправдано усложњава поступак његовог сачињавања, што ће свакако сузити домашај његове примене. Оваквим приступом се неспорно одступа од основних обележја уговора о наслеђивању као манифестације аутономије воље уговорних страна у погледу располагања заоставштином. Иако се уговором о наслеђивању јача наследноправни положај потомака брачних партнера, јер се он најчешће и закључује у циљу осигурања њихове имовинскоправне позиције након смрти једног од родитеља, ипак се поменути механизам додатне заштите њихових интереса сматра сувишним. На овај начин се уговор о наслеђивању удаљава од своје правне суштине, и неоправдано сужава домашај његове примене. У сваком случају, уколико је законодавац желео да омогући додатну правну заштиту најближих сродника уговорног оставиоца, то је свакако могао да учини нормирањем правила да права нужних наследника код овог вида уговорног располагања морају бити заштићена.

С друге стране, редактори Преднацрта су овај уговор резервисали искључиво за брачне партнере као уговорне стране. Истовремено се укида могућност закључења уговора о доживотном издржавању између супружника, чиме законописци указују на повезаност ова два института. Претпоставља се да је намера законодавца била да отклони штетне

10 Чл. 181, ст. 2 и чл. 188, ст. 1 Преднацрта Грађанског законика РС.

11 *Ibidem*.

последнице уговора о доживотном издржавању између супружника, нарочито у погледу изигравања нужног дела.¹²

Иако увођење уговора о наслеђивању у српско право сматрамо потпуно оправданим, посебно са становишта остваривања шире слободе именовања наследника и планирања наслеђивања, ипак сматрамо да питање опсега примене уговора о доживотном издржавању треба сагледати одвојено од уговорног наслеђивања. Тиме се не умањује потреба њихове компарације, нарочито са становишта функционалности. С тога, уговор о наслеђивању не треба посматрати као средство отклањања негативних страна уговора о доживотном издржавању, већ као нови инструмент планирања наслеђивања чија мултифункционалност и флексибилност правда његово признање као правне установе.

С тим у вези, сматрамо да је регулатива уговора о наслеђивању у Преднацрту Грађанског законика РС прилично оскудна, и да он, као најјачи основ позивања на наслеђе, мора бити прецизније регулисан, почев од адекватног нормирања садржине уговора, права на раскид, а наочито односа према установи нужног дела.

4. Модификација установе нужног наслеђивања

Опсег слободе завештајног именовања наследника директно је условљен установом нужног дела, тј. кругом нужних наследника. Уколико кроз историјскоправну перспективу посматрамо генезу односа ова два супротстављена института – завештајне слободе и установе нужног наслеђивања, можемо доћи до закључка да се однос мењао циклично: од ограничене слободе именовања наследника и широко постављеног круга нужних наследника који се скоро изједначавао са законским, до тенденције сужавања круга нужних наследника и његово рестриктивно одређивање као привилегије појединих категорија законских наследника, пре свега оставиоачеве деце и његовог брачног друга.

Однос тестаменталне слободе и њених ограничења дефинисан је политичко-економским приликама једног друштва, структуром породице и породичноправним односима, основним друштвеним и етичким принципима (Castelein, 2009: 35). Узимајући у обзир основне интересе као релевантне за формулисање правила нужног наслеђивања, дефинишу се и основне чињенице које утичу на формулисање правила нужног наслеђивања (сродство, брачна веза, издржавање и сл.).

12 Ова врста уговора о доживотном издржавању између супружника сматрана је спорном с обзиром на обавезу законског издржавања између ових лица, јер било која законска обавеза би требало да уговорну искључи као сувишну. Види: *Закључење уговора о доживотном издржавању између брачних другова*, Југословенска адвокатура, бр. 5–6, стр. 68.

Међутим, мењањем економских и социјалних прилика, као и трансформацијом својинскоправних и породичних односа, правни значај ових чињеница се кроз историју мењао, што је условило и измене у сфери нужног наслеђивања.

Слабљењем породичних веза и породице као основне ћелије друштва, јавила се потреба за појачаном заштитом појединих категорија лица, пре свега деце и брачног друга, при чему ове две тенденције могу бити у колизији. Оваква тенденција је на једној страни свакако условила слабљење наследноправне позиције других категорија нужних наследника (нпр. оставиочевих предака), што је довело до тога да је у једном домену нужног наслеђивања изражена тенденција сужавања круга нужних наследника. Истовремено се као супститут брака као формалноправне заједнице двоје људи јављају друге формације заједничког партнерства, што имплицира и измене у сфери наслеђивања и ширење круга законских наследника, те се права редовног и императивног законског наслеђивања признају и ванбрачним партнерима из фактичких и регистрованих заједница живота, хеторегених и истополних.¹³

Оно што је евидентно је то да је у нашем праву круг нужних наследника широко постављен, те су титулари права на нужни део, поред оставиочевих потомака и усвојеника, брачног друга и родитеља, и оставиочеви деде и бабе (и остали преци по правој усходној линији), као и браћа и сестре од побочних сродника, уз испуњење допунских услова.¹⁴,¹⁵ Поред ограничене примене принципа узајамности у наслеђивању, круг нужних наследника има свој основ у тзв. модификованој теорији издржавања, јер се првенствено одређује према критеријуму законске обавезе издржавања (Антић, Балиновац, 1996: 211).¹⁶

13 Иако је у нашем и породичном праву ванбрачна заједница изједначена са брачном (види чл. 4 Породичног закона РС, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015), наследно право не изједначава ове две уставне категорије.

14 Чл. 39 ЗОН.

15 Овакво решење где се деде и бабе, као и браћа и сестре, сврставају у круг нужних наследника, и то релативних, карактерише и наследно-правни систем Црне Горе и Словеније, чију основу и даље представља Закон о наслеђивању из 1974, као и у нашем праву; види чл. 27, ст. 2 Закона о *dedovanju* (*Uradni list SRS*, 15/76, 23/78, *Uradni list RS*, 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 31/13 – odl. US in 63/16) и чл. 2, ст. 2 Закона о *nasljeđivanju CG* (*Službeni list CG*, 74/2008).

16 У домаћој правој теорији има предлога да се према критеријуму законског издржавања призна право нужног наслеђивања појединим категоријама тазбинских сродника, као што су пасторак, маћеха и очух, уколико су у моменту оставиочеве смрти били издржавани од стране оставиоца и и даље постоји потреба, с обзиром на то да међу овим лицима, под одређеним условима, постоји обавеза узајамног законског издржавања према Породичном закону Србије – чл. 159. (Стојановић, Крстић, 2008: 219).

У Преднацрту Грађанског законика никакве измене нису учињене у погледу измене круга нужних наследника, што се може негативно оценити. Од земаља у окружењу хрватски законодавац је реформама наследног права 2005. године учинио значајне измене, те су браћа и сестре изузети из круга нужних наследника, а родитељи сврстани у категорију тзв. релативних нужних наследника.¹⁷ Потоње решење карактерише и право Македоније, Босне и Херцеговине, као и Републике Српске, с тим да су у категорију релативних нужних наследника уврштени и сви потомци оставиоца, осим деце и усвојеника, док се браћа и сестре оставиоца и даље сматрају релативним нужним наследницима.¹⁸

Упоредно-правном анализом може се уочити слична тенденција. Тако су реформама наследног права Холандије 1996. године из круга нужних наследника изузети родитељи (и остали преци), а исто је учињено и реформама француског права 2006. (Kolkman, 2012: 36; Krajzer/Philadelphia, 2009: 175).

Као један од главних аргумената којим се правда установа нужног наслеђивања, наводи се породична солидарност која имплицира породични карактер наслеђивања који произилази из потребе очувања наслеђене имовине унутар породице. Међутим, као аргумент у прилог нужног наслеђивања има слабо упориште у данашњим друштвеним и економским околностима, нарочито имајући у виду измењене породичне односе, право нужног наслеђивања се све више конкретизује и рационализује у складу са реалним потребама појединца. Отуда и субјективна компонента код дефинисања круга нужних наследника добија свој примат над објективном, и чини се, доприноси у већој мери заштитној функцији ове установе.

Објективно-субјективни приступ за који се определио наш законодавац има својих предности у том смислу да уважава чињенично стање и реалне потребе за имовинскоправном заштитом наследника, манифестујући алиментациони карактер који у основи има критеријум законске обавезе издржавања (Антић, Балиновац, 1996: 210, 211). На овај начин се, истовремено, јасно испољава конфронтација интереса наследника и завештаоца, јер се проширењем круга потенцијалних титулара права на нужни део аутономија воље завештаоца изражена кроз слободу тестирања, свакако, додатно сужава.

У складу са основном функцијом савременог наследног права која се огледа у остварењу *post mortem* финансијске солидарности, може се рећи да је тежиште имовинскоправне заштите пребачено са породице, као целине, на *inter partes* однос преминулог и конкретног сродника,

17 Чл. 69, ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске (*Narodne novine*, 48/2003).

18 Чл. 28, ст. 1, 2 Закона о наслеђивању FBiH (*Službene novine Federacije BiH*, 80/14) и чл. 30, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Српске (*Сл. гласник Републике Српске*, 1/09).

који се изоловано посматра. Такође се, кроз актуелно проширивање разлога искључења и лишења нужног дела, акценат ставља на квалитет односа између оставиоца и наследника, чиме се наглашава све израженији субјективистички приступ код остваривања права на нужни део, и на тај начин заштитна функција нужног наслеђивања, чини се, више добија на снази.

Зато је, у складу са поменутиим тенденцијама, неопходно реформисање установе нужног дела и у нашем праву, руководећи се особеностима нашег наследноправног уређења, као и породице и породичних односа, водећи притом рачуна о интензитету и квалитету породичних релација, уз уважавање њихових појединачних имовинскоправних позиција као потенцијалних нужних наследника. На овај начин се доприноси остварењу алиментационе функције нужног наслеђивања као правнофилозофске основе ове правне установе, која је у основи финансијске солидарности.

5. Закључак

Још се у 19. веку у правној доктрини истицало да слобода тестирања представља основ реформисања читавог друштва. И данас се слобода завештајног располагања сматра основним принципом наследног права, изразом аутономије воље, и у основи је реформисања савременог наследног права.

Основно питање које се поставља код одређивања домашаја слободе завештања јесте правни и друштвени циљ којем се тежи и који оправдава либералнији или рестриктивнији концепт њеног нормирања. У периоду социјализма ограничења слободе завештања, па самим тим и именовања наследника, прописиване су са сврхом постизања социјалне заштите, као гаранција минимума имовинских права чланова породице. Иако се о породичној кохезији у условима савременог живота тешко може говорити, како у етичком, тако и у социјалном и економском смислу, породична солидарност, која своју основу има у заштити породичне својине, више не може бити кључни аргумент у прилог ограничавања слободе завештања, односно именовања наследника (нарочито кроз установу нужног дела).

У основи наследноправног располагања јесте његова имовинско-правна компонента. Отуда је ширење слободе *mortis causa* располагања, као и слободе *inter vivos* располагања, надоградња либерализације својинско-правних односа. Основна друштвена функција слободе располагања *mortis causa* јесте да се допринесе ефикасности правног промета и већој прометљивости добара случај смрти. Томе свакако доприносе нови видови *mortis causa* располагања у виду уговорног именовања наследника у складу са тенденцијом флексибилнијег планирања наслеђивања. У прилог шире

слободе именована наследника свакако говори и већи број модалитета именована наследника, у циљу прилагођавања имовинскоправних располагања будућег оставиоца измењеним околностима које могу наступити после његове смрти. Са тим циљем је у појединим правним системима допуштена фидеикомисарна супституција у ужем смислу (као смена наследника услед смрти претходника), док је у другим правним системима забрањена у циљу спречавања стварања добара мртве руке.

Приликом опредељивања за одговарајући законодавни концепт који ће бити најадекватнији за српско право, о ком год од поменутих института да је реч, треба свакако водити рачуна о усклађености нормативних решења са основним принципима наследноправног уређења и својинскоправног система. Наравно, проблем правног ограничавања завештајне слободе у својој бити своди се на два супротстављена захтева: на макроплану тежи се успостављању еквилибријума између заштите приватних интереса, на једној страни, и друштвених интереса на другој, док је на микроплану настојање усмерено ка усаглашавању супротстављених интереса наследника и оставиоца. Решење се, дакле, мора пронаћи првенствено на терену социјалне политике, уз уважавање реалних потреба савременог друштва и потребе за ширењем приватноправне аутономије. То свакако претпоставља и либерализацију наследноправних односа која се јавља као израз тенденције ширења аутономије у планирању наслеђивања.

Литература

Антић, О. (1983). *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација. Београд.

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.

Благојевић, В. (1983). *Nasledno pravo u Jugoslaviji – prava republika i pokrajina*. Београд: Savremena administracija.

Braun, A. (2012). Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts. V: R. Zimmermann (Ed.). *Freedom of testation – Testierfreiheit*. Mohr Siebeck Tübingen.

Braun, A. (2012). Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs / Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy. *ZEUP-Zeitschrift für europäisches Privatrecht*. 3.

Burandt, W. Leopold, D. (2002). *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen.

Castelein, C. (2009). Introduction and Objectives. *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*. Antwerp–Oxford–Portland: Intersentia.

Csehi, Z. (2011). The Law of Succession in Hungary. У: Anderson, M., Arroyo i Amayuelas E. (Eds.). *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*. Barcelona: Europa Law Publishing.

Ђурђевић, Д. (2011). Правни положај претходног наследника. *Анали правног факултета у Београду*. (59) 1. 104–132.

Ђурђић-Милошевић, Т. (2014). Уговор о наслеђивању и други правни послови. *Правни живот*. 10. 513–526.

Живојиновић, Д. Ђурђић, Т. (2015). Inheritance Contracts and its Substitutes in European and Serbian Law. *Ревуја за европско право*. XVIII. 69–88.

Graf, G. (2008). *Erbrecht*. Wien.

Kolkman, W. D. (2012). Freedom of Testation in Netherlands. У: R. Zimmermann (Ed.). *Freedom of testation – Testierfreiheit*. Mohr Siebeck Tübingen.

Grunsky, W. (1982). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Band 6-Erbrecht, Beck'sche Verlagsbuchhandlung München.

Krajcer. S. Philadelphy, V. (2009). Das Pflichtteilsrecht in Europa. У: *“Die Reform des Östereichische Erbrecht”* (R. Welsner), Manzsche-Verlag unnd Univerzitätsbuchhandlungs, Wien.

Lange, H. Kuchinke, K. (2001). *Erbrecht*. C. H. Beck, München.

Марковић, С. (1981). *Наследно право*. Београд.

Pednact Gradjanskog zakonika Republike Srbije. (2011). Четврта knjiga – Nasledjivanje, Komisija za izradu Građanskog zakonika – Vlada Republike Srbije, Beograd.

Рајаџић, Ћ. (1956). *Теорија наслеђивања (као правне установе)*. Zagreb.

Стојановић, Н. (2012). Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање. *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. LXII. Правни факултет у Нишу.

Стојановић, Н. Крстић, Н. (2008). Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији *de lege lata* и *de lege ferenda*. Зборник радова *Актуелна питања грађанске кодификације*. Ниш: Правни факултет у Нишу. 215–230.

Стојановић, Н. (2003). Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права. *Грађанска кодификација – Civil Codification*. Ниш. 367–377.

Tamara Đurđić, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

LEGAL LIMITATIONS ON FREEDOM OF APPOINTING A HEIR

Summary

Freedom of appointing a heir is one of the most important segments of freedom to dispose of property in case of death, since it defines, the most specifically, its scope. Firstly, the author tries to classify all restrictions on this freedom. In particular, the limitation effect of forced share on freedom of appointing a heir is considered, as well as the influence of contractual succession and modalities of appointing a heir. The focus in this paper is on current development of aforementioned institutes, whether they have direct or indirect influence on freedom to appoint a heir, which implies more liberal approach towards succession planning.

Key words: *freedom of mortis causa disposition, freedom of appointing a heir, fideicommissary substitution, inheritance contract, forced shares.*

Уговори у наследном праву

Др Дејан Јанићијевић,*
 Ванредни професор Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ПОРОДИЧНИ СПОРАЗУМ У ИТАЛИЈАНСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Доношењем Закона бр. 55 од 14. фебруара 2006. године законодавац је у италијански правни поредак увео институт „породичног пакта“, који овлашћује власника да пренесе власништво над привредним субјектом, односно свој удео у власништву, на оног потомка кога сматра најпогоднијим за вођење предузећа. Породични пакт је вишестрани уговор, *inter vivos*, са стварноправним дејством, који спада у добротине правне послове, и којим се настоје остварити двојаки циљеви: најпре се предупредују озбиљнији сукоби наследника, као и уситњавање власништва, односно удела у власништву, над привредним субјектом, а затим, постиже се и то да се тако значајна добра трансферишу на лица која су, по мишљењу преносиоца, најспособнија да обезбеде несметан наставак пословања привредног субјекта.

Кључне речи: породични споразум, наслеђивање, удео, привредни субјекат.

1. Појам и опште карактеристике

Према одредби члана 768, став 2 Грађанског законика Италије, породични пакт јесте „уговор којим, сагласно одредбама прописа којима се уређује материја породичних предузећа, и имајући у виду различите типове привредних друштава, предузетник преноси, у целини или делимично, своје предузеће, односно којим власник удела у привредном друштву преноси, у целости или делимично, своје уделе, на једног или више потомака.“

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

У закључењу уговора, према одредби члана 768, став 4, пар. 1 Грађанског законика, морају учествовати не само преносилац власништва и бенефицијар овог располагања, већ и супружник и сви они који би, ако би се у том тренутку отворило наслеђе над имовином преносиоца, били овлашћени да га законски наследе.

На основу одредбе члана 768, став 4, пар. 2 Грађанског законика, лица на која се преноси власништво над привредним субјектом, односно уделом, такође су дужна да намире у новцу или натури остале учеснике уговора, изузев у случају да се ови потоњи одрекну од овог свог права у целини или делимично, и то плаћањем суме која одговара вредности удела, како је предвиђено одредбом члана 536 Грађанског законика па на даље.

Одредба садржана у члану 768, став 4, пар. 3 Грађанског законика такође предвиђа да се добра која се пренесу након закључења уговора на друге учеснике уговора (не оне на које се преноси власништво над привредним субјектом, односно уделом), с обзиром на вредност приписану уговором, урачунавају у њихове законске уделе.

Пренос се може извршити и посредством накнадног уговора уколико је у њему изричито назначена повезаност са претходно закљученим уговором и под условом да учествују исти субјекти који су учествовали и у закључењу претходног уговора, односно субјекти који су ступили у њихов правни положај (њихови сукцесори). Одредба члана 768, став 4, пар. 4 Грађанског законика прописује, коначно, да оно што уговарач прими по основу породичног пакта не улази у наследни део, односно не може бити предмет сравњивања или редукације.

У светлу интегралног сагледавања одредаба чланова 768, став 2 и 768, став 4 Грађанског законика Италије, може се приметити да се закључењем породичног пакта настоји склопити један вишестрани уговор *inter vivos*, са стварно правним дејством, добротин по карактеру, путем којег власник привредног субјекта, односно сопственик удела у власништву привредног субјекта (диспонент – располагалац) преноси једном од својих наследника (бенефицијар – корисник), својину над делом своје имовине, који би иначе постао делом његове заоставштине – власништво над привредним субјектом, односно удео у власништву привредног субјекта (**Dagna, Ferrari, Inzitari, Piccinini, 2006: 55–67**).

Породичним пактом за део имовине, који би иначе ушао у заоставштину располагаоца, заоставштина, дакле, бива, умањена под условом да су се са тиме сагласили законски наследници (La Porta, 2007: 28–30).

Породични пакт, стога, омогућава реализацију двоструког циља, утолико што се закључењем овог уговора на једној страни обезбеђује континуитет пословања привредног субјекта, који се штити од утицаја

проблема који могу настати у вези наслеђивања у случају смрти располагаоца, док се на другој страни истовремено води рачуна и о интересима осталих наследника, будући да је за пуноважност овог уговора неопходно да се они одрекну учешћа у наслеђивању и подели дела имовине располагаоца који чине власништво у привредном субјекту, односно власништво над уделима у привредном субјекту (Safaro, 2007: 187).

Норме о породичном пакту, поред тога, изричито дерогирају правила о забрани наследних уговора, која је предвиђена одредбом члана 458 Грађанског законика Италије.

Овај изузетак, у ствари, представља како акт воље предузетника да имовину уступи одређеном лицу, тако и акт одрицања наследника чије је учешће у закључењу уговора нужно (Carota, 2008: 124).

Породични пакт такође јесте изузетак и од правила о редукцији прописаног одредбом члана 533 Грађанског законика, према којој би законски наследници могли захтевати нужни удео у заоставштини у случају да им је он повређен актима располагања предузетим од стране оставиоца (Pazzaglia, 2011: 192).

На крају, породични пакт је и акт дерогације одредаба о савњивању садржаних у члану 737 Грађанског законика, које наследницима намећу дужност да у заоставштину врате све оно што су примили као поклон од оставиоца.

2. Предмет уговора

Одредба члана 768, став 2 Грађанског законика предвиђа да породични пакт може за предмет имати пренос власништва на привредном субјекту или пренос удела у власништву над привредним друштвом.

Пренос власништва над предузећем може бити потпун или делимичан, и, у овом потоњем случају, пренос за предмет мора имати комплекс добара подобних да гарантују управљање обављањем активности предузећа – трговачког или пољопривредног (Labanca, 2007: 85–88).

Не постоје ограничења у погледу врсте добара која се могу овако преносити, будући да породични пакт може обухватити како материјална добра (земљиште, непокретности, и сл.), тако и нематеријална добра (фирму, трговачки знак, жиг, патент, постојећа потраживања и дугове). Потребно је само да се обезбеди организациони и производни капацитет укупног комплекса добара, који ће имати конститутивни значај за руковођење пословањем предузећа.

Када је у питању пренос удела у својини привредног друштва, потребно је указати на два различита доктринарна приступа домену примене прописа који се на овај пренос односе (Stucchi).

Према првој интерпретацији, породични пакт применљив је на ма који тип трансфера удела у власништву привредног субјекта, без обзира на то да ли он може утицати на контролисање или управљање предузећем, са изузетком оних трансфера који се могу оквалификовати као обичне финансијске инвестиције.

Друга, супротна доктринарна позиција држи пак да би породични пакт требало једино да се примењује на трансфере удела у власништву над привредном субјектом којима се обезбеђује стицање контролних и управљачких овлашћења у предузећу.

У светлу субстантивних и функционалних карактеристика породичног пакта, требало би се приклонити овој потоњој доктринарној позицији, будући да је она у много већој мери у сагласју са циљем законодавца да прописивањем могућности закључења породичног пакта обезбеди континуитет пословања предузећа (Grossi, 2011: 103–107).

Институт породичног пакта своју примену превасходно налази у области друштва лица када су у питању удели у власништву над овим привредним друштвима, било да је реч о обичном партнерству или партнерству са својством правног лица, будући да власништво над уделима даје имаоцу управљачка овлашћења.

Породични пакт применљив је и на пренос удела у командитним друштвима. У овом случају удели на које би се уговор могао односити нису само они који припадају командитару, већ и они чији су власници командитори у случајевима у којима им конститутивни акт друштва – статут даје овлашћења садржана у одредби члана 2320, став 2 Грађанског законика.

Када су у питању, са друге стране, друштва капитала, институт породичног пакта примењује се само када су у питању удели у власништву чијим се преносом може стећи овлашћење контролисања и утицаја на управљање привредним друштвом.

За друштва са ограниченом одговорношћу, пренос удела у власништву над привредним друштвом, као предмет породичног пакта, требало би зато да се односи на већински удео у власништву, односно на мањинске уделе којима се обезбеђују управљачка овлашћења.

За командитна друштва пак институт породичног пакта би требало да буде применљив само на пренос удела командитара – генералног партнера (Petrelli, 2006: 452).

Типологија права која могу бити предмет трансфера путем закључења породичног пакта обухвата право својине, право коришћења, као и голу својину ограничену правом коришћења.

На другој страни, не би требало сматрати преносивим друга стварна права, нити би се могло сматрати спојивим са институтом породичног

пакта преношење права закупа предузећа, будући да је сврха овог уговора временски ограничен пренос права коришћења, што је некомпатибилно са потребом обезбеђивања стабилног пословања предузећа (Oberto, 2006: 99–101).

3. Субјекти породичног пакта

Да би се могло приступити закључењу породичног пакта, пре свега, неопходно је учешће у стипулисању његових одредаба одређених лица – најпре предузетника (располагаоца) – власника добара привредног субјекта или титулара права својине над уделом у привредном субјекту који омогућава вршење контролних и управљачких функција у њему.

Поред тога, у закључењу овог правног посла потребно је да учествује и потомак (бенефицијар) – издвојен из круга наследника, односно лице које је одређено да буде наследник права власништва над предузећем.

На крају, у закључењу породичног пакта захтева се и учешће супружника предузетника – располагаоца, као и субјеката који би били његови наследници, уколико би се у том тренутку отворило наслеђе над имовином располагаоца, сагласно одредби члана 768, став 4, тачка 1 Грађанског законика.

Члан 768, став 4 Грађанског законика не садржи експлицитне казнене одредбе којима се предвиђа санкција за случај да у закључењу породичног пакта не учествују супружник и остали наследници.

Ипак, сматра се да ће породични пакт закључен без учешћа супружника и осталих потенцијалних наследника бити погођен санкцијом ништавости, сагласно одредби члана 1418 Грађанског законика, имајући нарочито у виду одредбе члана 768, став 4, тачка 2 Грађанског законика (Angrisani, Sica, 2007: 22).

Да се ипак приметити да према ономе што предвиђа одредба члана 768, став 6 Грађанског законика, супружник и остали потенцијални наследници који нису учествовали у закључењу уговора могу, у моменту отварања наслеђа над имовином предузетника, захтевати од бенефицијара плаћање износа предвиђеног одредбом члана 768, став 4, тачка 2 Грађанског законика, увећану за износ законске затезне камате (Tomaselli, 2006: 223).

Таквим регулисањем законодавац је намеравао да осигура стабилност породичног пакта, чак и у случају противљења осталих наследника, којима је у случају смрти предузетника – располагаоца гарантовано право да потражују део заоставштине.

4. Породично предузеће и други облици привредних субјеката

Према ономе што прописује одредба члана 768, став 2 Грађанског законика, закључење породичног споразума мора бити компатибилно са одредбама садржаним у прописима којима се регулише породично предузеће, имајући у виду различите типове привредних друштава (Avaliano, 2007: 3).

Када су у питању одредбе којима је регулисана материја породичних предузећа, италијански законодавац имао је намеру да санкционише преваленцију нормативе садржане у одредби члана 240, став 2 Грађанског законика са циљем заштите позиције оних који чине тзв. нуклеарну породицу, а који раде у једном таквом породичном предузећу.

Питање компатибилности међу релевантним нормативним одредбама има превасходно у фокусу институт права прече куповине, предвиђен одредбом члана 230, став 2, тачка 5 Грађанског законика.

Члан 230, став 2, тачка 5 Грађанског законика признаје члану породице који континуирано обавља своје радне активности у породици или породичном предузећу право прече куповине предузећа у случају деобе наследства или преноса својине (продајом) предузећа.

По овом питању преодминантан став доктрине је да се право прече куповине предузећа може вршити у случају отуђења предузећа онерозним правним пословима *inter vivos*.

Ово се, међутим, не може применити у случају породичног пакта, будући да ова врста уговора заправо представља чин алијенације – отуђења, и то без накнаде (добročин правни посао), па стога пренос предузећа који из тога произлази не може бити предмет вршења права прече куповине превиђеног одредбом члана 230, став 2, тачка 5 Грађанског законика.

Наредно питање из материје породичних предузећа у односу на које се сагледава компатибилност породичног пакта јесте питање доношења одлука, регулисано одредбом члана 230, став 2, тачка 1 Грађанског законика, и то одлука које се односе на располагање средствима и добити, ванредно пословање, управљање производњом и престанак предузећа, које се доносе већином гласова чланова породице који учествују у породичном предузећу.

У сваком случају треба узети да су одредбе члана 230, став 2, тачка 1 Грађанског законика искључиво интерно релевантне, и да не могу утицати на пуноважност одлука предузетника у односу на трећа лица.

Породично предузеће мора се ипак сматрати индивидуалним привредним субјектом, у којем је предузетник једини признат као субјекат односа са трећим лицима.

Зато не би требало придати ма какву релевантност за бенефицијара било каквој евентуалној одлуци противној породичном споразуму донетој од стране ма којег другог члана породичног предузећа, предвиђеног одредбом члана 230, став 2 Грађанског законика (Verdicchio, 2008: 74).

У овом случају, могло би се, у најгору руку, установити одговорност предузетника у односу на чланове породице због неиспуњења обавеза насталих по основу унапред регулисаних правних релација у породичном предузећу.

Према ономе што је даље предвиђено у одредби члана 230, став 2, тачка 4 Грађанског законика, члан породице који континуирано предузима своје радне активности у породици или породичном предузећу има право на накнаду у новцу свог удела у случају престанка обављања радних активности из ма којег разлога, или у случају отуђења предузећа.

У случају у којем трансфер предузећа ефектуиран путем породичног пакта намеће престанак активности предузећа, чланови породице који су запослени у том предузећу, а који се такође појављују и у власничкој структури, имају право да кумулирају новчане накнаде по оба основа – дакле и према одредби члана 230, став 2 и према одредбама члана 768, став 4, односно став 6, Грађанског законика.

У сфери закључења породичног пакта, трансфер удела у привредним субјектима мора се такође спровести у складу са одредбом члана 768, став 2, тачка 1 Грађанског законика, сагласно одредбама којима се регулишу различити типови привредних субјеката.

Када су у питању друштва лица, компатибилност је гарантована уколико у закључењу акта трансфера удела у привредном субјекту учествују сви чланови друштва, било да се ради о простом друштву нормираном одредбом члана 2252 Грађанског законика, било да је реч о друштву на колективно име предвиђеном одредбом члана 2293 Грађанског законика.

На другој страни, у случају да се ради о простом командитном друштву, неопходно је разликовати две ситуације:

а) за послове преноса удела у друштву командитара неопходна је сагласност свих чланова друштва, што је предвиђеном одредбом члана 2315 Грађанског законика;

б) за послове преноса удела у друштву члана друштва (командитора), напротив, захтева се сагласност чланова који представљају већину капитала, што је пак нормирано одредбом члана 2322 Грађанског законика.

Насупрот томе, никаква нормативна ограничења нису постављена када је реч о трансферу удела у друштву капитала, који због тога могу неограничено бити предмет располагања путем продаје, осим у случају

када у оснивачком (или неком другом) акту постоје клаузуле неопходности одобрења, клаузуле прече куповине или клаузуле забране отуђења.

5. Оспоравање породичног споразума

Према одредби члана 768, став 5, тачка 1 Грађанског законика, породични споразум може бити предмет оспоравања од стране учесника овог правног посла у смислу одредбе члана 1427 Грађанског законика, посредством подизања тужбе за поништај уговора.

Тужба за поништај може, дакле, бити подигнута из типичних разлога, као што су мане воље – заблуда, превара и принуда, уз искључење разлога предвиђених одредбом члана 1425 и 1426 Грађанског законика (Varchetta, Mazzali, Fiandri, 2010: 157).

Немогућност позивања на разлоге предвиђене одредбама чланова 1425 и 1426 Грађанског законика последица је чињенице да се породични пакт мора закључити, са формалне тачке гледишта, у облику свечаног јавног акта – под претњом непуноважности уговора, како је превиђено одредбом члана 768, став 3 Грађанског законика.

Форма јавног акта према одредби члана 768, став 3 Грађанског законика превиђена за породични пакт елиминише ризик закључивања уговора са лицем које није способно за закључење уговора према одредби члана 1425 Грађанског законика, или са малолетном особом која је преваром прикрила своју животну доб, према одредби члана 1426 Грађанског законика.

Треба такође подвући да, у смислу одредбе члана 768, став 7, тачка 2 Грађанског законика, рок за подизање тужбе за поништај породичног пакта износи годину дана.

6. Раскид породичног пакта

Према ономе што нормира одредба члана 768, став 7 Грађанског законика, за раскид или модификацију породичног споразума потребно је учешће истих оних лица која су учествовала у закључењу овог правног посла.

До раскида или модификације породичног пакта може доћи на следеће начине:

(а) могуће је да, пре свега, дође до закључења новог и различитог уговора са карактеристикама и под претпоставкама предвиђеним одредбама члана 768, став 2 и на даље Грађанског законика (раскид уговора услед обостраног неслагања из одредбе члана 1372 Грађанског законика).

(b) такође, могуће је одустати од уговора уколико је таква могућност била изричито предвиђена уговором, и то изјавом упућеном другим саговорачима, потврђеном од стране јавног бележника (раскид уговора једностраним одустанком према одредби члана 1373 Грађанског законика).

Када су у питању спорови који могу деривирати из примене одредаба којима је регулисана материја породичног споразума, одредба члана 768, став 8 предвидела је могућност превентивног поверавања спорова на решавања неком од концилијаторских тела, нормираних одредбом члана 38 Закона од 17. јануара 2003, број 5 (која дефинише процедуре решавања спорова у материји права чланова привредних друштава, као и финансијску медијацију, као и медијацију у области банкарства и кредитирања, којима се имплементира одредба члана 12 Закона од 3. октобра 2001, број 366), касније дерогирана одредбом члана 23, тачка 1 Закона од 4. марта 2010, број 28.

Дужност обраћања телима за концилијацију ради превазилажења спорова у материји породичног пакта сада заправо постоји захваљујући ономе што је нормирано одредбом члана 5 Закона од 4. марта 2010, број 28 (Имплементација одредбе члана 60 Закона од 18. јуна 2009, број 69, у материји медијације усмерене на решавање грађанских и трговинских спорова).

Одредба члана 5 Закона од 4. марта 2010, број 28 заправо предвиђа да је онај ко намерава да подигне тужбу пред судом ради решавања спора који се тиче породичног споразума претходно дужан да покуша са медијацијом под претњом одбацивања тужбе као недопуштене (обавезна медијација).

7. Неке фискалне импликације породичног пакта

Према ономе што предвиђа одредба члана 3, став 4, тачка 3 Закона од 31. октобра 1990. године, број 346 (јединствени текст одредаба које се односе на намете на наслеђе и поклоне), пренос права који се остварује путем породичног пакта према одредби члана 768, став 2 Грађанског законика, у корист потомака и супружника, и то на предузећу или његовим огранцима, на уделима у власништву у привредном друштву и на акцијама, није предмет пореза на наслеђе и поклоне (Zanetti, 2007: 73).

Овај изузетак предвиђен одредбом члана 3, став 4, тачка 3 Закона од 31. октобра 1990. године, број 346 налази, пре свега, примену у области преноса својине над предузећем или над уделима у својини на привредном друштву, учињених у корист потомака, путем закључења породичног споразума. Међутим, примена овог изузетка такође се односи на друге добротине трансфере који за предмет имају предузећа, односно уделе у

привредним друштвима, учињене у корист потомака и када они нису у вези породичних споразума (Ваисо, Сапоззи, 2007: 12–25).

Код примене изузетка, који заправо значи ослобођење од плаћања пореза, треба правити разлику између ситуације када се ради о друштвима лица, и оне када су у питању друштва капитала.

Када трансфер има за предмет уделе у друштву лица, поменута одредба не захтева да, ради признавања права на пореско ослобођење, величина удела који се преноси ефективно обезбеђује контролу над привредним субјектом.

Са друге стране, ако су предмет трансфера удели у привредним друштвима капитала, тј. акције акционарских друштава, удели у командитним друштвима или друштвима са ограниченом одговорношћу, према одредби члана 73, став 1, тачка а прописа ДПР од 22. децембра 1986. године, број 917, корист од изузећа од плаћања пореза на наслеђе и поклон ограничено је призната, и то само када је реч о уделима чијим је преносом стечена или интегрисана могућност контроле над привредним друштвом, у смислу одредбе члана 2359, став 1, тачка 1 Грађанског законика.

8. Закључак

Patto di famiglia – породични споразум јесте уговор којим предузетник, као индивидуални носилац пословне активности, односно власник компаније, преноси пословна средства или удео у привредном друштву на лице, које му се међу његовим потомцима, чини најспособнијим да настави породични бизнис. Уступање се може учинити и у корист више потомака. Услед закључења овог уговора, прималац је дужан да уступиоцевом супружнику и осталим потомцима исплати суму еквивалентну ономе што би они имали право да наследе као нужни наследници у случају да је до сукцесије дошло у тренутку закључења уговора. Сума примљена као еквивалент вредности пословних средстава или удела у привредном друштву рачунаће се као део нужног наследног дела на који супружник, односно потомци, имају право. На другој страни, добра која прималац добије по основу породичног споразума биће урачуната у његов нужни наследни део.

Уколико би вредност онога што се уступа по основу породичног пакта премашила вредност нужног наследног дела примаоца, вишак би био квалификован као расположиви део оставиоцеве заоставштине, чији би корисник био управо прималац. Оно што се уступа по основу породичног уговора, као и накнаде које се с тим у вези исплаћују нужним наследницима неће бити предмет сравњивања или редукције.

Према томе, сврха породичног споразума јесте антиципација, путем правног акта *inter vivos*, ефеката наслеђивања, који се дефинишу и кристалишу у моменту закључења овог правног посла. Овим се имплицира могућа штета по имовинска права осталих потомака, уколико би вредност пословних средстава или удела који се преносе на стицаоца у тренутка смрти преносиоца била много већа у односу на ону који имају у тренутку закључења породичног споразума. И обрнуто, овај антиципативни ефекат погодио би имовинскоправну сферу стицаоца уколико би вредност пренетих добара у тренутку смрти оставиоца била нижа него што је овај морао да плати осталим нужним наследницима по основу породичног споразума.

Циљ уговора зато је заправо да се реализује преузимање породичног посла унутар породице. Овај циљ сматра се веома битним у италијанском друштву, будући да већина италијанских привредних субјеката спада у групу малих и средњих предузећа, којима најчешће управља оснивач, заједно са члановима своје породице. Сагласно томе, персонални – *intuitu personae* елемент и домаћинско спровођење породичног намирнења путем идентификације потомка најспособнијег да настави породични посао одувек је било једна од основних брига италијанских предузетника. Исто се може рећи за потребу да се посао сачува од потенцијалних конфликта између чланова породице као наследника. Међутим, такве аспирације нису биле компатибилне са правима свих потомака да им припадне део нерасположивог дела заоставштине, као њихов нужни део, у оним случајевима у којима је заоставштина укључивала и својинска права над породичним радњом или породичном компанијом. Да би се избалансирани ови супротстављени интереси, италијански законодавац покушао је да оствари компромис кроз механизам породичног споразума. Стога ће изабраном потомку бити уступљен породични посао, чиме се осигурава позитиван исход преузимања посла, али се у исто време он обавезује да ће намирити нужне наследнике до висине њиховог нужног дела, чиме се обезбеђује поштовање принудних прописа италијанског наследног права.

Увођење породичног споразума у италијански правни систем изазвало је бројне дебате на тему његове правне природе и правног дејства. Нарочито је наглашавано да се ради о једном мултилатералном уговору, али не о уговору о партнерству или асоцијацији. Зато изостанак било које стране, према неким ауторима, чини уговор ништавим. Према мишљењу других писаца, у таквом случају, уговор је пуноважан али нема дејство према оном наследнику који му није приступио, и који ће онда имати право да захтева сравњивање. Има пак и оних који сматрају да овај уговор спада у категорију уговора у корист трећег лица.

Дакле, у погледу овог правног инструмента, дебата у италијанској правној науци фокусирана је на његову правну природу, на улогу потомака који нису приступили уговору, на последице таквог непотписивања, на правну заштиту, као и на усклађеност овог инструмента са принудним прописима. Најчешћи је став у националној доктрини да овај правни инструмент има интересантне потенцијале, али да су потребна значајна унапређења.

Литература

- Angrisani, A. Sica, S. (2007). *Il Patto di famiglia e gli altri strumenti di successione dell'impresa*. Giappichelli. Linea professionale.
- M. Avagliano. (2007). Patti di Famiglia e impresa. *Rivista del Notariato*.
- Bauco, C. Capozzi, V. (2007). *Il patto di famiglia. Profili civilistici e fiscali*. Milano: Giuffrè.
- Cafaro, R. (2007). *Il Patto di famiglia. Teoria, prassi, normativa*. Con formulario, Halley Editrice.
- Carota, L. (2008). *Il contratto con causa successoria. Contributo allo studio del patto di famiglia*. CEDAM.
- Dagna, P. Ferrari, M. Inzitari, B. Piccinini, V. (2006). *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006*. Giappichelli.
- Grossi, F. (2011). *Considerazioni sul patto di famiglia*. La Sapienza.
- Labanca, G. (2007). *Patto di famiglia*. Laterza Giuseppe Edizioni.
- La Porta, U. (2007). *Il Patto di famiglia*. UTET Giuridica.
- Oberto, G. (2006). *Il Patto di famiglia*. CEDAM.
- Pazzaglia, A. (2011). *Il patto di famiglia*. Iseg Gioacchino Scaduto.
- Petrelli, G. (2006). La nuova disciplina del patto di famiglia. *Rivista del Notariato*.
- Stucchi, L. *L'oggetto del patto di famiglia: analisi della fattispecie e della disciplina applicabile. Profili fiscali dell'istituto*. Преузето са: ebookbrowse.com.
- Tomaselli, S. (2006). *Il patto di famiglia. Quale strumento per la gestione del rapporto famiglia-impresa*. Giuffrè.
- Varchetta, G. Mazzali, F. Fiandri, M. (2010). *La Successione dell'imprenditore. Patto di famiglia tra conferme ed alternative*. Maggioli Editore.
- Verdicchio, M. (2008). *Profili del patto di famiglia. Oggetto, governance, scioglimento*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Zanetti, E. (2007). *Le imposte d'atto sulle donazioni d'azienda comprensiva di una componente immobiliare*. Fisco.

Dejan Janićijević, SJD,
Associate professor,
University of Niš, Faculty of Law

FAMILY AGREEMENT IN ITALIAN LAW

Summary

Law 55/2006 (entitled “Amendments to the Civil Code dealing with “Patto di Famiglia”), which came into force on March 16th 2006, amended the Italian Civil Code by creating the legal institute of “patto di famiglia”, which aims at allowing the transfer of enterprise or shareholdings during the life of the enterpreneur and entails an exception to inheritance rules. The transfer is made to the benefit of the descendant who the enterpreneur holds to be the most capable of continuing the activities of the enterprise. The family agreement is a multi-party contract, inter vivos, with property law effects, which belongs to the non-compensatory legal transactions, and by which the two-folded objectives are attained: the more serious conflicts between successors are being avoided and the partition of ownership of the enterprise is being prevented, on the one hand, and the ownership is being transfer to a person who is most likely to ensure the uninterrupted continuation of the family business on the other.

Key words: family agreement, inheritance, share, enterprise.

Др Јелена Видић Трнинић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду

УГОВОР О УСТУПАЊУ И РАСПОДЕЛИ ИМОВИНЕ ЗА ЖИВОТА – ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ АСПЕКТИ

Апстракт: Уговор о уступању и расподели имовине за живота представља облигациони уговор који је од посебног значаја за установу наслеђивања, имајући у виду да се он индиректно може одразити на правни положај наследника. Аутор у раду даје компаративни приказ одређених законских решења посвећених овом уговору у праву Србије и у правима осталих држава насталих на простору бивше СФРЈ, сагледавајући сличности и разлике у њиховом нормативном уобличењу. Посебан акценат ставља се на питања која се односе на форму овог правног посла, уговорне стране, разлике у правном положају саговорника уступиоца и његова правна дејства, као и на примену законских решења којима су ова питања регулисана у домаћој судској пракси. На основу ове анализе, аутор настоји да укаже на значај постојања, односно оправданост регулисања уговора о уступању и расподели имовине за живота, на недостатке у нормирању појединих питања везаних за овај правни посао, те на правце њиховог нормативног уређења *de lege ferenda* у домаћем праву.

Кључне речи: уступање и расподела, уступилац, потомци, супружник, форма, правна дејства.

1. Увод

Уговор о уступању и расподели имовине за живота представља облигациони уговор од посебног значаја за установу наслеђивања, којим се једна уговорна страна (предак као уступилац имовине) обавезује да за живота уступи другој уговорној страни (потомцима и евентуално супружнику као примаоцима имовине) своју имовину или њен део, коју/и поседује у моменту закључења уговора, по правилу, без накнаде.

* jvidic@pf.uns.ac.rs

Мотив за закључење овог правног посла најчешће се огледа у жељи да се за живота уреде имовински односи између претендента на наслеђе, у циљу спречавања потенцијалних сукоба између њих у будућности. На овај начин се будућим законским наследницима, превасходно потомцима, омогућује да још за живота уступиоца стекну одређена материјална добра како би могли да заснују своје домаћинство и да самостално организују свој породични живот. Осим тога, будући оставилац, закључењем овог уговора, неретко настоји да себи осигура евентуалну помоћ и потпору за случај старости (Крећ, Рајић, 1964: 330; Ђурђевић, 2015: 243–244; Gavella, Belaј, 2008: 425; Стојановић, 2008: 30).

Предмет наше пажње усмерен је на правну регулативу уговора о уступању и расподели имовине за живота у домаћем законодавству, као и у законодавствима земаља у окружењу.¹ Сагледавају се поједина законска решења, која се односе на форму уговора, уговорне стране, разлике у правном положају саговорника уступиоца, као и правна дејства овог правног посла. Посебна пажња посвећена је примени споменутих законских решења у домаћој судској пракси. У том погледу, као посебно актуелна, поставила су се следећа питања: колико често се могућност закључења овог уговора користи у пракси; која лица се у практичном животу најчешће јављају у својству уговорних страна; шта се најчешће јавља као предмет уступичеве обавезе, односно која имовина се најчешће уступа и расподељује; да ли и колико често уговором долази до задржавања законом предвиђених права у корист уступиоца или неких других лица; као и у којој мери овај правни посао представља основ настанка одређених обавеза за саговорнике уступиоца, те које се обавезе најчешће уговарају у пракси. Практично истраживање обављено је Основном суду у Новом Саду, а обухвата период од непуних пет година, прецизније, односи се на период од 1. 1. 2010. године до 1. 9. 2014. године, када је закључење овог уговора прешло у искључиву надлежност јавних бележника.

Ово истраживање показало је да законом дата могућност преноса имовине за живота путем закључења уговора о уступању и расподели имовине за живота, у пракси нема широку примену. Наиме, у споменутом временском периоду закључено је свега 78 уговора о уступању и расподели

1 Иако је реч о облигационоправном уговору, с обзиром на чињеницу да је у питању правни посао који производи одређене наследноправне последице, који је притом, више од шездесет година регулисан законима о наслеђивању, то је као наставак ове дугогодишње праксе, у домаћем праву, као и у правима Републике Хрватске и Федерације БиХ, он регулисан наследноправним прописима. С друге стране, у правима осталих земаља насталих на простору бивше СФРЈ, као што су Република Црна Гора, Република Словенија и Република Македонија, овај уговор је регулисан облигационоправним прописима.

имовине за живота.² Чини се да разлог ретког закључивања ових уговора произилази из чињенице да уговор о уступању и расподели имовине за живота није заживео у народу, односно, да није препознат као ефикасан начин који може довести до преноса имовине за живота на одређене законске наследнике.

2. Форма уговора о уступању и расподели имовине за живота

Уговор о уступању и расподели имовине за живота представља строго формалан правни посао, у погледу чијег закључења је предвиђена форма која има конститутиван карактер (форма *ad solemnitatem*), чије непоштовање је санкционисано његовом ништавошћу.³ До измена Закона о наслеђивању Републике Србије из 2015. године,⁴ уговор о уступању и расподели имовине за живота, као облигациони уговор од посебног значаја за установу наслеђивања (Ђорђевић, 1997: 375, 385; Сворцан, 2006: 207), закључивао се у форми судски потврђене исправе. Овај уговор је пуноважно настајао онда када судија овери (потврди)⁵ његову садржину, а пре овере га прочита и упозори странке на његове законске последице, након чега се писмено које је садржавало овај уговор, из приватне преображавало у јавну исправу (Антић, Балиновац, 1996: 483). У свим анализираним случајевима у посматраној пракси Основног суда у Новом Саду, ова дужност од стране судије је била у потпуности поштована и навођена у записницима о овери уговора.

Изворни текст Закона о јавном бележничтву Републике Србије из 2011. године, предвиђао је да јавнобележнички запис представља обавезну форму за закључење уговора о уступању и расподели имовине за живота,⁶ што значи да се наведени правни посао није могао предузети у

2 У споменутом временском периоду, посматрано по годинама, закључено је: у 2010. години 14 уговора, у 2011. години 22 уговора, у 2012. години 10 уговора, у 2013. години 16 уговора, те напоследку, у току 2014. године (прецизно, до 1. 9. 2014. године), укупно 16 уговора. Напоменућемо да нам је за потребе овог истраживања било доступно укупно 65 уговора.

3 Детаљније о заштитној улози форме, односно циљу њеног прописивања код ових уговора, видети: Антић, 2009: 341.

4 *Сл. гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015 (даље: ЗНРС).

5 Уместо правно-техничког израза „потврда“ уговора о уступању и расподели имовине за живота, ЗНРС користио је термин „овера“ уговора, на шта је у доктрини оправдано стављена примедба, с обзиром на то да се у овим случајевима ради о поступку којим се потврђује садржина исправе, а не о поступку за оверавање потписа, рукописа и преписа (Стојановић, 2011: 365; Крстић, 2014: 194–195).

6 Детаљније о јавнобележничком запису као обавезној форми правног посла, видети: Ђурђевић, 2014: 112–118.

некој другој форми. У супротном, није могао производити правно дејство.⁷ Почев од измена Закона о јавном бележничтву, јавнобележнички запис је престао да буде обавезна форма за закључење споменутог уговора, осим у ситуацији када се ради о уговорима о располагању непокретностима пословно неспособних лица.⁸

Према Закону о јавном бележничтву, јавни бележник потврђује (солемнизује) приватну исправу када је то законом одређено.⁹ Новелама Закона о наслеђивању Републике Србије из 2015. године предвиђено је да се уговор о уступању и расподели имовине за живота закључује у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.¹⁰ Форма јавнобележнички солемнизоване исправе подразумева доношење унапред припремљене исправе о уговору, при чему јавни бележник потврђује да садржина исправе на којој је он написан одговара вољи уговорних страна. Јавни бележник је обавезан да испита испуњеност услова за закључење уговора, као и његову дозвољеност. Уколико утврди да ови услови нису испуњени, он ће донети решење којим ће одбити потврђивање уговора.¹¹ Уколико су ови услови испуњени, јавни бележник је дужан да уговорним странама објасни смисао уговора, те да им укаже на његове последице.¹² Приликом солемнизације уговора о уступању и расподели имовине за живота, јавни бележник је дужан да уговорне стране нарочито упозори на то да имовина која је предмет уговора, не улази у заоставштину уступиоца и да се њоме не могу намирити нужни наследници,¹³ при чему напомену о томе ставља у клаузулу о потврђивању. Одсуство ове, законом прописане форме, санкционисано је ништавошћу уговора.¹⁴ Клаузулом о потврђивању (солемнизационом клаузулом)¹⁵ јавни бележник потврђује да је уговорним странама прочитана исправа о уговору, да су оне изјавиле да уговор у свему

7 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 6 и 7 и ст. 4 изворног текста Закона о јавном бележничтву Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015 (даље: ЗЈБРС).

8 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 1 ЗЈБРС.

9 Видети: чл. 93, ст. 1 ЗЈБРС.

10 Видети: чл. 184, ст. 1 ЗНРС.

11 Видети: чл. 93 д и 93 ђ ЗЈБРС.

12 Видети: чл. 93 ђ ЗЈБРС.

13 Детаљније о односу овог уговора са институтом нужног дела, видети: Стојановић, 2009: 445–456.

14 Видети: чл. 184, ст. 2 и 3 ЗНРС.

15 Ова клаузула, као посебна исправа, мора садржати податке о свим радњама које су обављене у поступку солемнизације уговора. Видети: чл. 93 б ЗЈБРС.

и потпуно одговара њиховој вољи и да су га својеручно потписале, све у присуству јавног бележника.¹⁶

У правима осталих земаља насталих на простору бивше СФРЈ, у погледу форме закључења овог уговора, присутна су различита решења. Тако, у законодавству Федерације БиХ, уговор о уступању и расподели имовине за живота мора бити сачињен у форми јавнобележнички обрађене исправе, односно у правима Републике Црне Горе и Републике Словеније, у форми јавнобележничког записа.¹⁷ У законодавству Републике Македоније прихваћено је двојно решење, према коме овај уговор могу оверавати и судије и јавни бележници.¹⁸ Напослетку, у праву Републике Хрватске, уговор о уступању и расподели имовине за живота може бити оверен од стране судије надлежног суда, с тим што он може бити састављен и у облику јавнобележничког акта или солемнизован од стране јавног бележника.¹⁹

3. Уговорне стране

Круг лица са којима уступилац имовине може пуноважно закључити уговор о уступању и расподели имовине за живота, како у домаћем праву,

16 Видети: чл. 93а ЗЈБРС. У ситуацији када су уговорне стране пословно способне, било који од уговора у погледу којих је као форма њиховог закључења, Законом о наслеђивању Србије, предвиђена форма јавнобележнички потврђене исправе, па тиме и уговор о уступању и расподели имовине за живота, могуће је закључити и у форми јавнобележничког записа. Овакво схватање се аргументовано нашла на чл. 69 Закона о облигационим односима Србије, којим је предвиђено да уговорне стране могу споразумно предвидети да посебна форма представља услов пуноважности њиховог уговора (тзв. уговорена форма), што може бити и форма јавнобележничког записа, те на чињеницу да су закључењем уговора у овој форми као „најстроже и најделотворније форме нотарске исправе“ испуњени сви законски услови који су неопходни и за солемнизацију исправе као „блаже нотарске форме“ (Ђурђевић, 2015: 256–257, 245).

17 Видети: чл. 136, ст. 2 Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, *Сл. новине ФБиХ*, 80/2014 (даље: ЗНФБиХ); чл. 51, ст. 1, тач. 3 Закона о нотарима Републике Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, 68/2005, *Сл. лист ЦГ*, 49/2008 и чл. 1065 Закона о облигационим односима Републике Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, 47/2008 (даље: ЗООРЦГ); као и чл. 547, ст. 2 Облигацијског законика Републике Словеније, *Ур. лист РС*, 83/2001, 32/2004, 28/2006, 40/2007 и 97/2007 (даље: ОЗРС).

18 Видети: чл. 1023, ст. 2 Закона о облигационим односима Републике Македоније, *Сл. весник РМ*, 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009 (даље: ЗООРМ).

19 Видети: чл. 106, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Хрватске, *Народне новине*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015 (даље: ЗНРХ).

тако и у правима осталих земаља бивше СФРЈ, обухвата његову децу, односно остале потомке, као и његовог супружника.²⁰

У својству уступиоца као уговорне стране, може се налазити један од супружника или евентуално и оба супружника. Пракса Основног суда у Новом Саду у посматраном временском периоду показала је да се у положају уступиоца најчешће налазио само један од супружника, док се пар предака ређе појављивао у овом својству.²¹ Као уступиоци имовине, најчешће су се појављивале особе у шестој или седмој деценији живота. Разлози чешћег закључења овог уговора од стране особа старије животне доби вероватно произилазе из чињенице да особе тек у позним годинама, у психолошком и социјалном смислу, почињу да размишљају о биолошком крају и о начину расподеле добара која су стекли до тог времена. Дакле, ради се о лицима која се најчешће налазе или пред крајем радног века или су пак на његовом самом крају, те која услед тога чине својеврсну рекапитуалацију онога што су за живота стекли.

Под децом и потомцима уступиоца подразумевају се не само његови биолошки потомци, већ и његови усвојеници из потпуног, али и из непотпуног усвојења, уколико приликом заснивања усвојења њихова права да наследе усвојоца нису искључена (Антић, Балиновац, 1996: 479),²² као и њихови потомци. Да би се деца и други уступиочеви потомци појавили у својству уговорне стране, није потребна способност за самостално располагање својим правима. У име било ког малолетног потомка уговор закључује старалац уз одобрење органа старатељства или родитељи, уколико њихови интереси нису у супротности са интересима детета (Крећ, Рајић, 1964: 332).

У појединим државама насталим на простору бивше СФРЈ, као што су Република Црна Гора, Федерација БиХ, Република Словенија и Република Хрватска, круг лица са којима уступилац може закључити уговор о уступању и расподели имовине за живота, поред потомака и супружника, обухвата и његовог ванбрачног партнера. Иако то није изричито прописано, мишљења смо да ово произилази из изједначења његовог наследноправног положаја

20 Видети: чл. 182 и чл. 189, ст. 1 ЗНРС, чл. 105 и чл.111, ст. 1 ЗНРХ, чл. 135 и чл. 141, ст. 1 ЗНФБиХ, чл. 1063 и чл. 1070, ст. 1 ЗООРЦГ, чл. 546 и чл. 552, ст. 1 ОЗС, као и чл. 1022 и чл. 1027, ст. 1 ЗООРМ.

21 Од укупног броја доступних и обрађених уговора, до уступања и расподеле имовине само једног од супружника дошло је у 54 случаја, док се пар предака у својству уступиоца појавио у свега 11 случајева.

22 У делу домаће доктрине изнето је и супротно мишљење, према којем се под „потомком“ има сматрати само усвојеник из потпуног усвојења, не и из непотпуног усвојења, без обзира на обим његових права према усвојоцу-уступиоцу (Благојевић, 1976: 308).

са положајем супружника у овим законодавствима. Сходно томе, у правима Републике Црне Горе и Федерације БиХ, уговор о уступању и расподели имовине за живота, уступилац може закључити и са хетеросексуалним партнером из фактичке ванбрачне заједнице,²³ а у правима Републике Словеније и Републике Хрватске, било са хетеросексуалним, било са истополним ванбрачним партнером, како из регистроване, тако и из нерегистроване, односно фактичке ванбрачне заједнице.^{24, 25}

23 Видети: чл. 9, ст. 1 ЗНФБиХ и чл. 9, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, 74/2008.

24 Својство законског наследника ванбрачном партнеру различитог пола из фактичке заједнице у праву Републике Словеније, признато је чланом 4а Закона о наслеђивању Републике Словеније из 1976. године, *Ур. лист СРС*, 15/1976, 23/1978 и *Ур. лист РС*, 13/1994 – ЗН, 40/1994 – одл. УС, 117/2000 – одл. УС, 67/2001, 83/2001 – ОЗ, 31/2013 – одл. УС и 63/2016). Доношењем Закона о регистрацији истополне партнерске заједнице из 2005. године, *Ур. лист РС*, 65/2005, 55/2009 – одл. УС, 18/2016 – одл. УС и 33/2016 – ЗПЗ, у праву ове земље дошло је и до признавања законских наследних права истополном партнеру из регистроване ванбрачне заједнице. Одлуком Уставног суда Републике Словеније из 2009. године (Одлоџба У-И-425/06-10, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlurid=20092715>, преузето 23. 9. 2016.), члан 22 Закона о регистрацији истополне партнерске заједнице, којим је било регулисано наслеђивање између истополних ванбрачних партнера, проглашен је неуставним, уз образложење да се њиме прави дискриминација у наслеђивању истополних ванбрачних партнера у односу на супружнике, односно ванбрачне партнере различитог пола. Услед тога, након наведене одлуке, у погледу наслеђивања између истополних партнера из регистрованих ванбрачних заједница, важе иста она правила која се примењују и у погледу наслеђивања између супружника, односно ванбрачних партнера различитог пола из фактичких заједница, према Закону о наслеђивању ове земље. Такође, Одлуком Уставног суда Републике Словеније из 2013. године (Одлоџба У-И-212/10-15, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2013-01-1220>, преузето 23. 9. 2016.), споменута одредба Закона о наслеђивању проглашена је неуставном, уз образложење да се њоме, на овакав начин, прави дискриминација у наслеђивању истополних ванбрачних партнера из фактичких заједница, и то искључиво по основу сексуалне оријентације. Стога, након наведене одлуке, право законског наслеђивања, у законодавству ове земље, припада и истополним ванбрачним партнерима из фактичких заједница, на исти онај начин на који се ово право остварује и између хетеросексуалних ванбрачних партнера из фактичких заједница.

25 У праву Републике Хрватске ванбрачном партнеру различитог пола из фактичке заједнице својство законског наследника признато је чланом 8, ставом 2 ЗНРХ. Такође, у члану 4, ставу 2 и члану 55 Закона о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске из 2014. године (*Народне новине*, 92/2014), законска наследна права призната су како истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница, тако и истополним партнерима из фактичких ванбрачних заједница.

3.1. Положај потомака као уговорне стране

Према Закону о наслеђивању Републике Србије, уговор о уступању и расподели имовине за живота је пуноважан само уколико су се са њим сагласили сви уступиоचेви потомци који ће у моменту смрти постати његови законски наследници, при чему они своју сагласност могу дати и накнадно.²⁶ У овом случају, уговор ће произвести наследноправна дејства, која се најпре огледају у томе да имовина која представља предмет уговора не улази у уступиочеву заоставштину, те ће исту када он умре, чинити само добра која нису обухваћена уговором, као и добра која је он накнадно стекао.²⁷ Такође, из ње се не може намирити нужни део уступиочевих нужних наследника,²⁸ нити се по отварању наследства уступиоца уступљени делови имовине могу урачунавати у наследни део његових законских наследника (Крећ, Павић, 1964: 331; Gavella, Belaj, 2008: 429; Антић, Балиновац, 1996: 478; Стојановић, 2008: 33). У супротном, односно, уколико се са уговором није сагласио барем један потомак који би у моменту уступиочеве смрти наследио по правилима интестатског наслеђивања, уговор нема споменута наследноправна дејства ни према једном од потомака, а уступљени делови се након смрти уступиоца сматрају поклонима.²⁹ С обзиром на чињеницу да у овом случају уговор нема наследноправну компоненту, то ће се стога, у случају повреде нужног дела, имовина обухваћена уговором узимати у обзир приликом његовог израчунавања, а уступљена имовинска права, с обзиром на то да се сматрају поклонима, када за то постоји захтев овлашћених субјеката, могу представљати предмет урачунавања у наследни део. Овакво решење прихваћено је и у осталим законодавствима насталим на простору бивше СФРЈ.³⁰

Анализа праксе Основног суда у Новом Саду у споменутом периоду показала је да се уговор о уступању и расподели имовине за живота увек закључивао са биолошким потомцима уступиоца и то по правилу са његовим првостепеним потомцима (није било случајева закључења уговора са усвојеницима или њиховим потомцима).³¹ Иако својство

26 Видети: чл. 183, ст. 1 и 2 ЗНРС.

27 Видети: чл. 186 ЗНРС.

28 Видети: чл. 49 и чл. 184, ст. 2 ЗНРС.

29 Видети: чл. 187 ЗНРС.

30 Видети: чл. 106, ст. 1 и 4, чл. 108 и чл. 109 ЗНРХ, чл. 136, ст. 1 и 3, чл. 137, ст. 3, чл. 138, ст. 1 и чл. 139, ст. 1 ЗНФБиХ, чл. 1064, ст. 1 и 2, чл. 1065, ст. 1, чл. 1066, ст. 3, чл. 1067 и чл. 1068, ст. 1 ЗООРЦГ, чл. 547, ст. 1 и 3, чл. 549 и чл. 550, ст. 1 ОЗС, као и чл. 1023, ст. 1 и 4 и чл. 1025, ст. 1 ЗООРМ.

31 Од 65 анализираних уговора, у укупно 60 случајева, као друга уговорна страна појављивала су се деца уступиоца, у четири случаја и деца и унуци по праву

уговорне стране могу имати и они потомци који у тренутку смрти неће постати законски наследници, те чија сагласност није неопходна за закључења уговора (Крећ, Рајић, 1964: 335; Ђурђевић, 2015: 246), овакви случајеви у пракси нису забележени. Такође, приметно је да су у више од половине закључених уговора у којима је уступилац имао више потомака имовинска добра уступљена само једном од њих, уз сагласност осталих потомака. У оваквим случајевима у уговорима се по правилу назначавало да је претходно дошло до намирења осталих потомака по неком другом, најчешће различитом правном основу. Најзад, у пракси је забележено и неколико случајева где је до закључења уговора о уступању и расподели имовине за живота долазило између уступеоца и његовог јединог потомка, чиме се неминовно доводи у питање смисао закључења овог уговора и отвара пут размишљању да ли се његовим закључењем, неко треће, у том моменту само уступеоцу познато лице, оставља без имовине, односно наследства, имајући у виду правна дејства овог правног посла. У домаћој доктрини је указано да се закључењем уговора о уступању и расподели имовине за живота од стране уступеоца са јединим потомком, изиграва слово закона о сврси закључења овог уговора, а то је уређење расподеле имовинских добара између потомака још за живота родитеља, како би се у будућности потенцијални сукоби између њих спречили или барем свели на најмању могућу меру (Стојановић, 2008: 30).

Према Закону о наслеђивању Републике Србије, чак и када нема потребне сагласности од стране потомака претка који уступа имовину за живота, уговор производи наследноправна дејства уколико потамак који је требало да се сагласи са садржином уговора умре пре уступеоца или се одрекне наслеђа или је недостојан за наслеђивање, а нема своје потомство.³² Према прописима осталих земаља у окружењу, поред наведених, као узрок који може анулирати дејство несагласности потомака са уговором о уступању и расподели имовине за живота, регулисано је и искључење потомка из наслеђа.³³ Како искључење наследника у случају да уступилац располаже својом заоставштином путем завештања може имати за последицу да потамак не добије ништа на име законског наследног дела, то је стога неопходно да овај вид разбаштињења и у домаћем праву представља узрок услед којег уговор може остати пуноважан и поред евентуалне несагласности неког од потомака за његово закључење

репрезентације, а свега у једном случају само унуци уступеоца, такође, по праву репрезентације.

32 Видети: чл. 183, ст. 3 ЗНРС.

33 Видети: чл. 106, ст. 5 ЗНРХ, чл. 136, ст. 4 ЗНФБиХ, чл. 1064, ст. 3 ЗООРЦГ, чл. 547/4 ОЗС и чл. 1023, ст. 5 ЗООРМ.

(Стојановић, 2008: 28). Овакво решење је у духу самог закона и института уговора о уступању и расподели имовине за живота.

Такође, за разлику од осталих законодавстава земаља у окружењу, домаће право не регулише ни утицај на пуноважност већ закљученог уговора чињенице накнадног рођења детета уступиоца, као и појављивања потомка који је био проглашен за умрло лице. У теорији је изнето мишљење да у оваквом случају делове имовине који су уступљени осталим наследницима треба сматрати поклоном (Антић, Балиновац, 1996: 486; Бабић, 2005: 284–285; Стојановић, 2008: 27). Сматрамо да је решење према коме у оваквом случају долази до конверзије уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор у поклону, ако је прихваћено у осталим законодавствима насталим на простору бивше СФРЈ,³⁴ осим, уколико се овај потомак накнадно не сагласи са уговором, потребно унети у домаћи законски текст, чиме би се спречила могућност различитог тумачења ове правне празнине у судској пракси (Стојановић, 2008: 27).

Напоследку, законски текст не даје одговор ни на питање да ли сагласност потомка који је закључио овај уговор, у случају његове смрти пре уступиоца, везује и његове потомке. У делу доктрине изнет је став према којем уговор у оваквом случају задржава у потпуности своје наследноправно дејство и према овим потомцима, што произилази из околности да уговор о уступању и расподели имовине за живота представља одрицање од било каквих наследноправних захтева у погледу имовине која је њиме обухваћена, а такво одрицање важи и за потомке онога који се одрекао (Крећ, Рајић, 1964: 342–343; Ђурђевић, 2015: 247).³⁵ С друге стране, у делу теорије изнето је прихватљивије мишљење, према којем се на дату сагласност са уговором право репрезентације не примењује, те да у оваквом случају сагласност потомка који је закључио уговор мора потврдити и његов потомак – репрезентант, а у циљу заштите његових наследноправних интереса, односно, спречавања изигравања њихових права. У противном, уговор о уступању и расподели имовине за живота се преображава у уговор о поклону (Антић, Балиновац, 1996: 482). Чини се да је последње изнето схватање исправно, јер је утемељено на закону, будући да је у њему прописано да се са уговором морају сагласити они потомци уступиоца „који ће по закону бити позвани да га наследе“. Због постојећих недоумица, односно различитих доктринарних ставова, те због могућности различитог поступања у судској пракси, сматрамо да би и ово питање било пожељно законом експлицитно регулисати.

34 Видети: чл. 109 ЗНРХ, чл. 139, ст. 2 ЗНФБиХ, чл. 1068, ст. 2 ЗООРЦГ, чл. 550, ст. 2 ОЗС и чл. 1025, ст. 2 ЗООРМ.

35 О аргументима којима се овакав став брани, опширније: Ђурђевић 2009: 55–56.

3.2. Положај супружника (ванбрачног партнера) као уговорне стране

У свим законодавствима на простору бивше СФРЈ, укључујући и наше, положај супружника (и ванбрачног партнера у појединим од њих) приликом закључења овог уговора, битно се разликује у односу на положај потомака. Наиме, пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота не зависи од чињенице да ли је њиме обухваћен и супружник уступиоца, с обзиром на то да он може, али и не мора имати својство уговорне стране.

У случају када супружник има својство уговорне стране, односно када је уступилац уговором обухватио и супружника, који се са тим сагласио, положај супружника се не разликује у односу на положај уступичевих потомака.³⁶ У пракси Основног суда у Новом Саду у посматраном периоду ово је представљало правило. Тако, од укупног броја анализираних уговора у којима се само један од супружника појављивао у својству уступиоца³⁷ није забележен ниједан случај необухватања супружника њиме. Наиме, супружник је редовно представљао уговорну страну који се саглашавао са уговором. Разлози за то друштвено и логички се могу претпоставити и прихватити, с обзиром на то да су се у закљученим уговорима у својству уговорне стране поред супружника, по правилу појављивали и потомци из уступичевог брака уступиоца са њим. У највећем броју оваквих случајева супружник се саглашавао са уступањем имовинских добара у корист потомака, при чему случајеви уступања ових добара, било искључиво у његову корист, било истовремено и у корист потомака, представљају реткост.³⁸ Иако је смисао уговора о уступању и расподели имовине за живота превасходно уређење питања расподеле имовине између потомака у циљу спречавања евентуалних сукоба између њих у будућности, законска одредба према којој и супружник може бити уговорна страна у овом уговору, који уколико се са њим сагласи има исти положај као и уступичеви потомци, свакако не искључује могућност уступања имовине и у корист уступичевог супружника, па у том смислу и искључиво у

36 Видети: чл. 189, ст. 1 ЗНРС, чл. 111, ст. 1 ЗНРХ, чл. 141, ст. 1 ЗНФБиХ, чл. 1070, ст. 1 ЗООРЦГ, чл. 552, ст. 1 ОЗС и чл. 1027, ст. 1 ЗООРМ.

37 Од укупног броја анализираних уговора (65), уступилац у 23 случаја није имао супружника, док се у 11 случајева, како је то наведено, у својству уступилаца јављао пар предака. У свим преосталим уговорима (31) супружник је био обухваћен уговором о уступању и расподели имовине за живота.

38 Тако је у посматраном периоду у свега пет закључених уговора супружник представљао уговорну страну у чију корист је дошло до уступања имовине. У три случаја имовина је уступљена како супружнику, тако и потомцима, док је у два случаја до уступања имовине дошло искључиво у корист супружника.

његову корист. Заправо, за пуно правно дејство овог уговора у тренутку уступиоаче делације није битна околност да ли је свакој од уговорних страна нешто уступљено, већ околност да су се са постојећим уступањем, односно расподелом, сагласила сва она лица која наспрам уступиоца могу представљати другу уговорну страну.

Уколико супружник није обухваћен уговором, односно, уколико његова сагласност са садржином уговора не постоји, закони свих земаља бивше СФРЈ постављају заштитно правило према којем ће уговор у оваквом случају задржати наследноправно дејство између потомака уступиоца, али ће у односу на супружника важити као уговор о поклону, те ће његово право на нужни део стога остати недирнуто.³⁹ У овом случају, основицу за израчунавање нужног дела супружника представљаће обрачунска вредност заоставштине у коју улази и вредност свих уступљених имовинских права. Циљ овог правила представља заштита супружника од могућности да се добра уступиоца путем овог уговора „прелију“ међу његове потомке, односно заштита наследноправних интереса супружника у ситуацији када он остане изван уговора (Антић, 1996: 489–490).

Правило према којем сагласност супружника и потомства уступиоца за закључење овог уговора немају исти утицај на његову пуноважност, у домаћој доктрини с разлогом представља предмет критике. Мишљења смо да законска одредба према којој у ситуацији када се супружник не сагласи са уговором, односно када остане изван њега, то не утиче на трансформацију овог уговора у уговор о поклону међу потомцима неоправдано фаворизује њихов положај. Треба имати у виду да је супружник оставиоца, исто као што је то случај и са његовим потомцима, законски наследник првог наследног реда, у којем он при томе има исти положај као и оставиоачеви првостепени потомци, осим у случају када су испуњени услови за смањење његовог наследног дела. Стога сматрамо исправним схватање изнето у доктрини, према коме би положај супружника требало у потпуности изједначити са положајем потомака у погледу правних последица давања сагласности са закључењем овог уговора (Стојановић, 2008: 28–29).

4. Правна дејства уговора о уступању и расподели имовине за живота

Правна дејства уговора о уступању и расподели имовине за живота произилазе из његовог специфичног карактера, с обзиром на то да он има и наследноправни и облигационоправни елемент (Gavella, Belaj, 2008: 428).

39 Видети: чл. 189, ст. 2 и 3 ЗНРС, чл. 111, ст. 2 и 3 ЗНРХ, чл. 141, ст. 2 и 3 ЗНФБиХ, чл. 1070, ст. 2 ЗООРЦГ, чл. 552, ст. 2 и 3 ОЗС и чл. 1027, ст. 2 и 3 ЗООРМ.

Наследноправна дејства пуноважног уговора о уступању и расподели имовине за живота огледају се, како је то наведено, у чињеници да уступљена имовина не може представљати предмет наслеђивања, нити се може узимати у обзир приликом израчунавања обрачунске вредности заоставштине, неопходне за утврђивање вредности нужног дела. Како уступљена имовина нема правни третман поклона, расподељена имовинска добра саговорницима уступиоца не могу се урачунати у њихов законски наследни део.

Поред ових дејстава која наступају моментом уступиочеве смрти, уговор о уступању и расподели имовине за живота производи и одређена дејства која произилазе из његовог облигационоправног елемента, а која, по правилу, наступају одмах након његовог закључења (Крећ, Павић, 1964: 331; Gavella, Belaj, 2008: 428–429).

У том смислу, уговором о уступању и расподели имовине за живота, на страни уступиоца, конституише се обавеза да саговорницима уступи имовинска добра у складу са уговором, односно, право саговорника да захтевају испуњење ове обавезе. Наиме, овај уговор представља правни основ за стицање права својине (и других имовинских права), али искључиво на имовини, односно на делу имовине која постоји у време закључења овог правног посла, што је прописано законодавствима свих земаља насталих на простору бивше СФРЈ.⁴⁰ Одредба којом се расподељују добра, односно ствари и права која ће се наћи у уступиочевој заоставштини *ex lege* је ништава,⁴¹ имајући у виду да је овакво располагање, по својој суштини, уговор о наслеђивању (Сворцан, 2004: 399; Стојановић, 2008: 31). Пракса Основног суда у Новом Саду показала је да је уговорима о уступању и расподели имовине за живота, у посматраном периоду, по правилу долазило до уступања целокупне имовине коју уступилац поседује у моменту закључења уговора, што се у њима редовно назначавало.⁴² У највећем броју случајева, предмет уступања представљало је искључиво право својине на непокретностима. Само у неколико закључених уговора,

40 Видети: чл. 185, ст. 1 ЗНРС, чл. 107, ст. 1 ЗНРХ, чл. 137, ст. 1 ЗНФБиХ, чл. 1066, ст. 1 ЗООРЦГ, чл. 548, ст. 103С, као и чл. 1022 и чл. 1024, ст. 1 ЗООРМ.

41 Видети: чл. 185, ст. 2 ЗНРС, чл. 107, ст. 2 ЗНРХ, чл. 137, ст. 2 ЗНФБиХ, чл. 1066, ст. 2 ЗООРЦГ, чл. 548, ст. 2 ОЗС и чл. 1024, ст. 2 ЗООРМ.

42 Уколико жели да уступи и расподели имовину којом није располагао уговором, уступилац мора да сачини анекс постојећег уговора или да закључи нови уговор. У пракси Основног суда у Новом Саду, за посматрани временски период, у два случаја су закључени анекси уговора о уступању и расподели имовине за живота, којима је уступилац на исти начин расподелио своју новостечену имовину као и првобитним уговором.

поред непокретности, предмет уступања представљало је и право својине на покретним стварима.⁴³

Уговор о уступању и расподели имовине за живота, уколико је то њиме одређено, може имати и дејство правног основа за настанак одређених права која је уступилац задржао за себе, свог супружника (или ванбрачног партнера у појединим од ових земаља) или неко треће лице. Тако је у праву Републике Србије, као и у правима осталих држава насталих на простору бивше СФРЈ, предвиђено да уступилац може за себе, свог супружника или за обоје, као и за неко треће лице, конституисати право уживања (у праву Републике Хрватске и реалног терета, односно у праву Федерације БиХ и право употребе или право становања) на свим или неким уступљеним добрима.⁴⁴

С обзиром на то да овај правни посао може представљати и правни основ за настанак одређених обавеза за лица којима су њиме уступљена имовинска добра, то он, иако је, по својој правној природи, по правилу добротинског карактера, јер њиме саговорници уступиоца имовинска добра најчешће добијају без накнаде, у споменутом случају може добити својства теретног или евентуално мешовитог правног посла.⁴⁵ Наиме, у законодавствима свих земаља насталих на простору бивше СФРЈ прописано је да уступилац уговором може предвидети дужност својих саговорника да га доживотно издржавају или да му плаћају доживотну ренту или уговорити неку другу накнаду. У правима Републике Србије, Републике Црне Горе, Републике Словеније и Републике Македоније посебно је уређена ситуација када су уживање или рента уговорени у корист уступиоца и његовог супружника, па један од њих умре, у ком случају, уживање и рента у потпуности прелазе на надживелог супружника, осим уколико

43 Тако су од укупног броја анализираних уговора (65) предмет уступања у 56 случајева представљале непокретности (по правилу, станови, породични стамбени објекти, пољопривредно земљиште), а у девет случајева и непокретности и покретности (најчешће путничка возила). У свим уговорима је јасно назначавано које су непокретности, односно покретне ствари представљале предмет уговорног располагања.

44 Видети: чл. 188, ст. 1 ЗНРС, чл. 110, ст. 1 ЗНРХ, чл. 140, ст. 1 ЗНФБиХ, чл. 1069, ст. 1 ЗООРЦГ, чл. 551, ст. 1 ОЗС и чл. 1026, ст. 1 ЗООРМ.

45 Опширније о уговору о уступању и расподели имовине за живота као теретном, односно мешовитом правном послу, видети (Крећ, Павић, 1964: 332, 343–344; Антић, Балиновац, 1996: 487–490; Стојановић, 2008: 32). У делу домаће доктрине, изнето је супротно мишљење, према коме овај уговор задржава карактеристику добротиности и онда када је њиме предвиђена дужност саговорника уступиоца да дају доживотно издржавање, доживотну ренту или да дају какву другу накнаду. Према овом схватању, у свим овим случајевима не ради се о накнади у смислу наплате, већ о налогу у бесплатном правном послу. У том смислу, видети више (Gavella, Belaj, 2008: 426; Ђурђевић, 2015: 244).

из уговора или околности случаја не произилази другачије. На овај начин, настоје се заштитити интереси надживелог супружника и обезбедити му пун износ ренте, односно плодуживање на свим стварима које је имао и пре смрти супружника, у пуном обиму. У правима Републике Хрватске и Федерације БиХ ово правило прописано је за случај уговарања свих споменутих права, односно обавеза у њима. У свим овим законодавствима, осим у праву Македоније, може се уговорити и обавеза потомака да исплате дугове уступиоца, као што на основу закона настаје и обавеза јемства између потомака, односно међусобна одговорност између ових лица за правне и материјалне недостатке на стварима.⁴⁶ Иако важећи прописи, приликом нормирања могућности уговарања обавезе исплате дугова и настанка одговорности за правне и материјалне недостатке на стварима, користе такву формулацију према којој оне могу настати само за потомство уступиоца, мишљења смо да ова обавеза, односно одговорност, може наступити и за уступичевог супружника (односно, у појединим од земаља које су представљале предмет анализе и за ванбрачног партнера), уколико је уговором о уступању и расподели имовине за живота до уступања имовине дошло и у његову корист.

Анализа праксе Основног суда у Новом Саду у посматраном периоду показала је да је у највећем броју закључених уговора о уступању и расподели имовине за живота долазило до конституисања права доживотног плодуживања.⁴⁷ Уговарање овог права нарочито је долазило до изражаја у случајевима где се у својству уступиоца појављивао пар предака, када је оно конституисано, по правилу, у корист оба супружника.⁴⁸ Од укупног броја преосталих уговора у којима је уговорано право доживотног плодуживања, а где се у својству уступиоца појављивао само један од супружника, у пракси су нешто чешћи случајеви у којима је уступилац ово право задржавао само за себе, у односу на случајеве у којима је право доживотног плодуживања конституисано и у корист уступиоца и његовог супружника или евентуално неког трећег лица. Веома

46 Видети: чл. 188, чл. 190, ст. 1 и чл. 191 ЗНРС, чл. 110, чл. 112, ст. 1 и чл. 113 ЗНРХ, чл. 140, чл. 142, ст. 1 и чл. 143 ЗНФБиХ, чл. 1069, чл. 1071, ст. 1 и чл. 1072ЗООРЦГ, чл. 551, чл. 553, ст. 1 и чл. 554 ОЗС, као и чл. 1026 ЗООРМ. У праву Републике Македоније судија или јавни бележник је дужан да поучи уступиоца на могућност конституисања свих горе наведених права. Видети: чл. 1026, ст. 1 ЗООРМ.

47 Од 65 анализираних уговора право доживотног плодуживања било је уговорено у укупно 52 случаја.

48 Од укупно 11 закључених уговора у којима се у својству уступиоца налазио пар предака, право доживотног плодуживања није конституисано само у једном случају. Од преосталих 10 уговора, наведено право је у девет случајева било конституисано у корист оба претка, док је у једном случају ово право за себе задржао само један од предака.

ретко, право доживотног плодуживања уговорано је искључиво у корист супружника уступиоца.⁴⁹ Напоменућемо да је до конституисања права доживотног плодуживања најчешће долазило на целокупној уступљеној имовини, а знатно ређе само на делу уступљене имовине.⁵⁰

Уговор о уступању и расподели имовине за живота, у највећем броју случајева, у пракси је имао својство доброчиног правног посла. Наиме, за разлику од права доживотног плодуживања чије уговарање је представљало правило, законска могућност уговарања дужности саговорника да уступиоца доживотно издржавају, коришћена је изузетно ретко. Тако су у само неколико закључених уговора саговорници преузимали обавезу да доживотно издржавају уступиоца, при чему је у свим овим случајевима наведена обавеза постојала на страни потомака, не и супружника.⁵¹ Споменућемо да је у свим случајевима у којима је било уговорено доживотно издржавање истовремено било конституисано и право доживотног плодуживања у корист уступиоца/уступилаца. У пракси Основног суда у Новом Саду у посматраном периоду ни у једном случају није уговорена обавеза саговорника уступиоца да преузму обавезу исплате његових дугова, нити је уговорана доживотна рента.

5. Закључак

Уговор о уступању и расподели имовине за живота у правима свих земаља насталих на простору бивше СФРЈ представља правни посао путем којег предак за живота може уредити имовинске односе са својим потомцима и супружником, а у појединим од њих и са својим ванбрачним партнером. Правна регулатива овог уговора у споменутих законодавствима утемељена је на сличним основама, с тим што извесне

49 Од укупно 42 уговора где се у својству уступиоца појављивао само један од супружника, а у којима је конституисано право доживотног плодуживања: у 23 случаја уступилац је ово право задржао само за себе; у 15 случајева наведено право конституисано је у корист уступиоца и његовог супружника или неког трећег лица (најчешће једног од потомака); напослетку, у четири случаја право доживотног плодуживања уговорено је искључиво у корист супружника уступиоца.

50 Од укупног броја закључених уговора у којима је конституисано право доживотног плодуживања (52), наведено право је задржано на целокупној уступљеној имовини у 41 уговору. У 11 уговора ово право задржано је на делу уступљене имовине, по правилу, на делу имовине само једног од више потомака у чију корист је дошло до уступања.

51 Уговарање доживотног издржавања забележено је у свега шест уговора о уступању и расподели имовине за живота. Тако су у три случаја потомци преузели обавезу да доживотно издржавају уступиоца, односно пар предака као уступеоце, док су у два случаја потомци преузели обавезу доживотног издржавања како уступиоца, тако и његовог супружника. У једном уговору забележена је обавеза потомака да доживотно издржавају само супружника уступиоца.

разлике у регулисању појединих питања ипак постоје. Чини се да би имплементација појединих законских решења предвиђених у појединим правима бивше СФРЈ унапредила квалитет нормирања уговора о уступању и расподели имовине за живота у домаћем праву. У том смислу, измене у његовој регулативи би требало да иду најпре у правцу прописивања да, уколико се након закључења овог правног посла уступиоцу роди дете или се појави потомак који је био проглашен умрлим, *ex lege* долази до конверзије уговора у поклон, осим уколико се овај потомак накнадно не сагласи са уговором. Такође, сматрамо да би као узрок услед којег овај уговор може остати пуноважан и поред евентуалне несагласности неког од потомака за његово закључење, поред већ постојећих, требало регулисати и искључење потомка из наслеђа.

У циљу спречавања могућности различитог поступања у домаћој судској пракси сматрамо да би у домаћем законодавству требало експлицитно регулисати и да је у случају када потомак, који је учествовао у закључењу уговора, умре пре уступиоца, а има своје потомке, за пуноважност уговора о уступању и расподели имовине за живота неопходна и сагласност потомкових десцендената, који у конкретном случају наслеђују уступиоца по правилима законског наслеђивања. Поред тога, у циљу остваривања једнакости пред законом уступиоцевог супружника са осталим субјектима који на основу овог уговора могу стећи имовину, мишљења смо да би његов положај у погледу правних последица давања сагласности са закључењем овог уговора требало у потпуности изједначити са положајем потомака. Када је реч о правним дејствима уговора, става смо да би било пожељно изричито прописати да обавеза јемства након уступања и расподеле, као и могућност исплате дугова уступиоца, настаје и за уступиоцевог супружника, уколико је до уступања и расподеле дошло и у његову корист. Напоследку, чини се да законско решење које је прихваћено у праву Републике Македоније, којим је прописана дужност судије или јавног бележника да приликом закључења уговора упозори уступиоца на права која његовим закључењем може задржати за себе, свог супружника или неко друго лице, за уступиоца имовине може бити од великог значаја, те стога сматрамо да би нормативне реформе могле ићи у правцу прописивања овакве обавезе за јавног бележника и у домаћем праву.

Анализа практичног аспекта уговора о уступању и расподели имовине за живота показала је да се на пренос имовине путем закључења овог уговора, по правилу, одлучују особе старије животне доби, да се у својству уступиоца, као уговорне стране, најчешће налази само један од супружника, као и да се у својству друге уговорне стране, по правилу јављају његови првостепени потомци и супружник. У пракси, до уступања имовинских добара најчешће долази искључиво у корист потомака.

Случајеви уступања имовине, било искључиво у корист супружника, било истовремено и у корист потомака, представљају реткост. Уговором о уступању и расподели имовине за живота, од стране уступиоца најчешће се врши уступање целокупне имовине једном од више његових потомака, при чему предмет уступања готово увек представљају непокретности. За разлику од права плодуживања, чије конституисање на терет примаоца уступљене имовине у пракси представља правило, законска могућност уговарања осталих обавеза за саговорнике уступиоца користи се или изузетно ретко, што је случај са могућношћу уговарања обавезе доживотног издржавања или се не користи уопште, што представља случај са могућношћу уговарања осталих законом предвиђених обавеза.

Напоследку, истаћи ћемо да, иако су резултати практичног истраживања показали да се уговор о уступању и расподели имовине за живота закључује изузетно ретко, треба имати у виду чињеницу да он представља најпогоднији правни инструмент регулисања имовинских односа између чланова најуже породице, с обзиром на то да се имовина расподељује уз сагласност свих будућих уступичевих наследника, чиме се елиминишу потенцијални спорови између њих након смрти уступиоца. Стога је постојање овог уговора у законодавству Србије од несумњивог значаја, те потребу за његовом правном регулативом не треба доводити у питање.

Литература

Антић, О. (2009). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.

Бабић, И. (2005). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Службени лист Србије и Црне Горе.

Благојевић, Б. (1976). *Наследно право у Југославији*. Београд: Завод за уџбенике.

Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет у Нишу.

Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Досије студио.

Ђурђевић, Д. (2014). *Јавнобележничка делатност*. Београд: Досије студио.

Ђурђевић, Д. (2009). Закон о облигационим односима и уговори у наследном праву, *Правни зборник*. 2. 49–75.

Закон о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске. *Народне новине*. Бр. 92 (2014).

Закон о јавном бележничтву Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 31 (2011), 85 (2012), 19 (2013), 55 (2014) – др. закон, 93 (2014) – др. закон, 121 (2014), 6 (2015) и 106 (2015).

Закон о наслеђивању Републике Словеније. *Урадни лист СРС*. Бр. 15 (1976), 23 (1978) и *Урадни лист РС*. Бр. 13 (1994) – ЗН, 40 (1994) – одлука УС, 117 (2000) – одлука УС, 67 (2001), 83 (2001) – ОЗ, 31 (2013) – одлука УС и 63 (2016).

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46 (1995), 101 (2003)– одлука УСРС и 6 (2015).

Закон о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине. *Службене новине ФБиХ*. Бр. 80 (2014).

Закон о наслеђивању Републике Хрватске. *Народне новине*. Бр. 48 (2003), 163 (2003), 35 (2005), 127 (2013) и 33 (2015).

Закон о наслеђивању Републике Црне Горе. *Службени лист ЦГ*. Бр. 74 (2008).

Закон о нотарима Републике Црне Горе. *Службени лист РЦГ*. Бр. 68 (2005) и *Службени лист ЦГ*. Бр. 49 (2008).

Закон о облигационим односима Републике Македоније. *Службен весник на РМ*. Бр. 18 (2001), 78 (2001), 04 (2002), 59 (2002), 05 (2003), 84 (2008), 81 (2009) и 161 (2009).

Закон о облигационим односима Републике Црне Горе. *Службени лист ЦГ*. Бр. 47 (2008).

Закон о регистрацији истополне партнерске заједнице Републике Словеније. *Урадни лист РС*. Бр. 65 (2005), 55 (2009) – одлука УС, 18 (2016) – одлука УС и 33 (2016) – ЗПЗ.

Крећ, М. Рајић, Ђ. (1964). *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*. Zagreb: Narodne novine.

Крстић, Н. (2014). Уговор о доживотном издржавању. У: *Мобилна правна клиника: од институције ка жртви* (приредили: М. Костић, Д. Димовски, И. Илић). Ниш: Центар за публикације Правног факултета. 189–218.

Облигацијски законик Републике Словеније. *Урадни лист РС*. Бр. 83 (2001), 32 (2004), 28 (2006), 40 (2007) и 97 (2007).

Одлука Уставног суда Републике Словеније из 2009. године (Odločba U-I-425/06-10, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlurid=20092715>).

Одлука Уставног суда Словеније из 2013. године (Odločba U-I-212/10-15, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?sop=2013-01-1220>).

Сворцан, С. (2006). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевицу.

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације.

Стојановић, Н. (2009). Облигационоправни уговори од посебног значаја за наследно право и установа нужног дела. *Зборник радова Тридесет година Закона о облигационим односима*. Крагујевац, 445–456.

Стојановић, Н. (2008). Уговор о уступању и расподели имовине за живота – законодавство, теорија и пракса. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 51. 25–39.

Jelena Vidić Trninić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Novi Sad

CONTRACT ON ASSIGNMENT AND DISTRIBUTION OF PROPERTY INTER VIVOS – THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

Summary

Contract on assignment and distribution of property inter vivos stands for obligational contract of particular importance for the institution of inheritance, taking into consideration that it can indirectly reflect on the legal status of the inheritor. The author gives comparative approach to certain legal solutions dedicated to this contract in the Serbian law, and the law of other countries incurred from the former Yugoslavia, taking into account similarities and differences in their normative formation. The stress in this paper is on the questions referring to the form of the legal work, the agreement parties, differences in the legal position of the alienator and his or hers legal effects, along with the application of legislations regulating this type of questions in domestic jurisprudence. Based on this analyses, the author is trying to point out the significance of the existence, namely, justification for the regulation of contracts on assignment and distribution of property inter vivos, also lack of standardization of specific issues related to this legal act, and to the directions of its normative developments de lege ferenda in the local law.

Key words: *assignment and distribution, alienator, descendants, spouses, form, legal effects.*

Радмила Миленковић,*

Докторанд Правног факултета у Нишу,
Виши суд у Нишу

ГДЕ СУ ГРАНИЦЕ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА КОД УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ?

Апстракт: Као и свака слобода гарантована човеку и слобода уговарања има одређена ограничења како би се избегло да неограничена слобода уруши правне и моралне темеље на којима се заснива одређени правни поредак. Из истих разлога ни слобода закључивања уговора о доживотном издржавању није и не може бити неограничена. Одређена ограничења прописује Закон о наслеђивању, док друга ограничења произлазе из општих одредби како Закона о наслеђивању тако и Закона о облигационим односима. У овом раду указаћемо најпре на границе слободе уговарања које је законодавац изричито поставио када је у питању уговор о доживотном издржавању, али и на ограничења која произлазе из општих одредби Закона о облигационим односима, а о којима би требало водити рачуна како би се остварио циљ овог уговора и спречила његова злоупотреба у друге сврхе, а не у оне које треба да буду остварене овим уговором.

Кључне речи: слобода уговарања, уговор о доживотном издржавању, прималац издржавања, давалац издржавања, уговорна обавеза.

1. Увод

Услед старости и озбиљнијих болести код човека долази до опадања психофизичких способности, због чега стара и болесна лица могу само уз појачан напор да задрже дотадашњи начин живота, а често основне биолошке и социјалне потребе могу да задовоље само уз помоћ других лица.

Обавезе млађих и радно способних чланова породице према њеним старим и болесним члановима, који из различитих разлога нису у стању

* radmilamilenkovic@yahoo.com

да се брину о себи на одговарајући начин, су претежно моралне природе. Законско издржавање, које се примарно састоји у плаћању одређеног новчаног износа, једина је обавеза коју по закону евентуално могу имати деца, односно пасторци према родитељима, усвојиоцима, очуху и маћехи.¹ То значи да законом нису прописане друге обавезе радноспособних лица које се тичу бриге о исхрани, хигијени, здравственој заштити остарелог члана породице.^{2,3}

Са друге стране, кроз систем институционалне заштите се, ни у много богатијим друштвима од нашег, не може обезбедити адекватна брига о свим лицима која због старости или болести нису у стању да се на одговарајући начин старају о себи.

Све су ово разлози који доводе до тога да је уговор о доживотном издржавању често једини излаз старим и за рад неспособним лицима из ситуације у коју их је довела биолошка законитост. Овај уговор зато има за циљ да прималац издржавања себи обезбеди издржавање које превазилази његове личне физичке и финансијске могућности, али и издржавање које му припада по закону.

За пружено издржавање прималац издржавања даје накнаду, на тај начин што после његове смрти одређене ствари из његове имовине прелазе у својину даваоца издржавања. Како се ради о теретном уговору, имовина која је њиме обухваћена не улази у састав заоставштине оставиоца, те овај уговор не представља основ по коме се стиче наслеђе нити се имовином која је стечена по овом основу одговара за дугове примаоца издржавања. Стога, уговор о доживотном издржавању има велики значај не само за уговораче, него и за правни положај законских наследника и повериоца примаоца издржавања.

1 Видети чл. 151, 152, 156, 158, 159. и чл. 160–162 Породичног закона (*Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015). У даљем тексту ПЗ.

2 О овоме се закључује имајући у виду дужности родитеља према детету где је обавеза издржавања само једна од обавеза родитеља. Видети: чл. 68–74 ПЗ.

3 Ипак, испуњење ових обавеза посредно гарантује Закон о наслеђивању (*Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015 – у даљем тексту ЗН) који у чл. 4, ст. 1, тач. 4 као недостојног за наслеђивање одређује оног наследника који се теже огрешио о законску обавезу издржавања оставиоца, или му је ускратио нужну помоћ. Тако нпр. Врховни касациони суд налази да „је недостојан за наслеђивање брачни друг оставиоца који је напустио оставиоца и ускратио му нужну помоћ иако су му због болести помоћ и нега биле неопходне.” (Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2071/2010 од 25. 1. 2011. године). Преузето из правне базе *Paragraf Lex*.

2. Ограничења слободe уговарања прописана Законом о наслеђивању

Уговорне стране приликом закључења уговора о доживотном издржавању своје односе регулишу у складу са начелом слободe уговарања, под којим се у најширем смислу сматра слобода уговорног уређења правних односа, слобода одлучивања, избора и регулисања тих односа (Реговић, 1981: 153). Ипак, аутономија воље у овом случају не може бити неограничена.

ЗН прописује, имајући у виду специфичности уговора о доживотном издржавању, одређена посебна ограничења ове слободe. Прво и основно ограничење слободe уговарања је законом прописана форма чије непоштовање чини уговор ништавим.⁴ Прописивањем обавезне форме не обезбеђује се само засведочење воље уговорних страна, него се и уговорним странама указује на значај правног посла који су предузеле.

Закон ограничава право примаоца да потпуно слободно изабере даваоца издржавања, те прописује да је ништав уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства.⁵ Ово изричито ограничење слободe уговарања представља санкционисање одређених ситуација које се оправдано могу очекивати у пракси, а које по схватању законодавца представљају злоупотребу положаја у коме се нашао прималац издржавања (Ђурђевић, 2009: 67; Живојиновић, 1997: 53–55).

Посредно ограничење прописано је и у чл. 203, ст. 1 ЗН по коме се закључен уговор може поништити на захтев законских наследника примаоца издржавања ако због болести или старости примаоца издржавања уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања.

Мимо напред наведених изричитих законских ограничења постављених у ЗН-у, одређена ограничења слободe уговарања поставио је Закон о облигационим односима.⁶ У оквиру уводног дела закона посвећеног основним начелима одређено је да се слободном вољом могу уређивати облигациони односи, у границама принудних прописа, јавног поретка и

4 Чл. 195 ЗН.

5 Чл. 196 ЗН.

6 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. У даљем тексту 300.

добрих обичаја.⁷ ⁸ Конкретна примена наведеног ограничења садржана је у одредбама које се односе на предмет и основ уговорне обавезе (Вукићевић, 1983: 65).

3. Ограничење права на закључење уговора о доживотном издржавању у својству примаоца издржавања

Прималац издржавања, као лице коме је издржавање потребно, има право да слободно изабере лице у које има поверења како би закључили уговор о доживотном издржавању, те да са потенцијалним даваоцем издржавања уреди садржину уговора у смислу одређивања права и обавеза уговорних страна.

Језичким тумачењем ЗН-а⁹ може се закључити да се у улози примаоца издржавања могу наћи сва физичка лица¹⁰ укључујући и пословно неспособна лица. Ипак, имајући у виду релевантне одредбе Породичног закона, у име лица која немају потпуну пословну способност овај уговор закључује законски заступник уз сагласност органа старатељства.¹¹ Правно лице не може закључити уговор у својству примаоца јер би се то противило како функцији и природи правних лица, тако и суштини доживотног издржавања (Живојиновић, 1997: 50).

Из члана 194, ст. 1 ЗН произлази да је прималац издржавања лице које има потребу за издржавањем и бригом до краја живота. Управо полазећи од смисла и суштине овог уговора, намеће нам се питање да ли се може закључити пуноважан уговор ако прималац издржавања нема потребу за издржавањем, на пример, радно је способан и има довољно средстава за

7 Члан 10 ЗОО.

8 „Слобода уговарања учесника у облигационим односима ограничена је не само принудним прописима него и добрим обичајима, а посебно оним садржаним у основним начелима Закона о облигационим односима.“ (Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6932/2008 од 12. 2. 2009. године. Преузето из правне базе *Paragraf Lex*).

9 Чл. 194, ст. 1 ЗН-а.

10 Истраживање је спроведено у Основном суду у Нишу, где је извршен увид у 843 предмета у којима је поднет предлог за закључење уговора о доживотном издржавању. Предлози су подношени у периоду од 6. 9. 2012. године до 22. 9. 2014. године. Од тога су у 742 предмета закључени уговори, док 101 предлог није резултирао закључењем уговора из различитих разлога. Од укупног броја закључених уговора, 308 уговора у својству примаоца издржавања закључиле су жене (41.50%), 304 уговора мушкарци (40.97%), у 129 уговора супружници заједно (17.39%), док су један уговор у улози примаоца издржавања закључили родитељ и дете лишено пословне способности (0,13%).

11 Чл. 140, ст. 2 и ст. 3 ПЗ.

живот?¹² Код двострано обавезујућих уговора једна страна се обавезује због извршења обавезе друге стране, а иза тог непосредног правног циља стоје различите побуде (Perović, 1981: 332). Сходно томе, основ обавезе примаоца издржавања је обавезивање даваоца да извршава радње издржавања, одакле произлази да лице које нема потребу за издржавањем не остварује никакав непосредан правни циљ закључењем овог уговора, те не постоји основ његовог обавезивања (кауза уговора), што по закону повлачи ништавост овог уговора.¹³ Међутим, сматрамо да ће уговор ипак произвести правно дејство уколико касније на страни примаоца настане потреба за издржавањем, сходно правилима о закључењу уговора под одложним условом.¹⁴

О непостојању потребе за закључењем овог уговора лако је закључити када се као прималац у уговору нађе радноспособно лице са средствима за живот. Са друге стране, старост и озбиљнија болест имплицирају саме по себи зависност од других лица, тако да би задирање суда у то да ли је нпр. неки седамдесетогодишњак имао потребу да закључи овај уговор или не, већ представљало кршење гарантоване слободе уговарања. Из тих разлога сматрамо да се питање постојања потребе за издржавањем има ценити имајући у виду одређене објективне околности везане за здравствено стање, године живота, као и приходе примаоца издржавања, будући да различита лица сличних животних околности не морају исто поступити у погледу тога да ли ће или неће да закључе овај уговор.

4. Ограничење права на закључење уговора о доживотном издржавању у својству даваоца издржавања

Док прималац издржавања може да буде свако физичко лице, укључујући и пословно неспособна лица, давалац издржавања не може бити лице које нема потпуну пословну способност, нити у његово име

12 У теорији је изнето схватање да недостатак реалне потребе примаоца издржавања за издржавањем указује на злоупотребу овог уговора (Мандић, Челић, 1997: 117). Супротно: На пуноважност уговора не утиче то што је прималац издржавања био здрав, радно и телесно способан, па му издржавање није било потребно (Novaković, 2015: 176).

13 Чланом 52 300 прописано је да ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав.

14 Чл. 74, ст. 1 300. На пример, супружници са четрдесетак година, запослени, доброг здравственог стања закључе уговор о доживотном издржавању између себе. Уговор никад није извршен, јер није ни било потребе за тим, пре него што прималац издржавања по уговору изненада изгуби живот у несрећи. У другој варијанти, прималац издржавања доживи старост у којој не може да се стара о себи на одговарајући начин, те настане потреба да му се пружи издржавање уговорено пре више година.

његов законски заступник може закључити пуноважан уговор. Разлог за ово је то што уговором за даваоца издржавања настају личне обавезе које је давалац дужан да трајно испуњава (Суботић-Константиновић, 1968: 46). Исти став је заузео и Врховни касациони суд у једној својој одлуци, наводећи да се уговором о доживотном издржавању, као двострано обавезним уговором, стварају обавезе за обе уговорне стране, те давалац издржавања може бити само оно физичко лице које је способно да својом изјавом воље, поред права, стиче и заснива обавезе.¹⁵

Давалац издржавања мора бити не само потпуно пословно способан, него мора да у тренутку закључења уговора о доживотном издржавању испуњава и одређене минималне услове које се тичу његове физичке и психичке способности да извршава наведени уговор (без обзира на чињеницу што је потпуно пословно способан). У супротном се ни сврха уговора не може остварити. Најочигледнији примери су лица којима недостаје минимум физичке снаге како би се бринула о примаоцу издржавања, нпр. веома стара лица, лица оболела од тешких болести или особе са тежим степеном инвалидитета која сама захтевају бригу других лица. У пракси ово питање има још већу важност када даваоци издржавања живе у месту које је удаљено од боравишта примаоца или у иностранству, а увидом у закључене уговоре о доживотном издржавању утврдили смо да број оваквих уговора није занемарљив.

Уговор о доживотном издржавању се закључује ради остваривања саме сврхе уговора у виду старања и бриге о примаоцу издржавања.¹⁶ Дакле, старање и брига о примаоцу издржавања представља основ (каузу)¹⁷ обавезе примаоца издржавања, односно објективну сврху и крајњи циљ уговора.

Тако је јасно, да нпр. непокретно лице или лице које живи у иностранству не може да извршава највећи део обавеза које овај уговор подразумева јер не може да примаоца води код лекара, да брине о његовој хигијени и исхрани. Међутим, уговорне стране могу да уговоре извршење обавеза преко трећег лица. Ипак, ово право уговорних страна је ограничено будући да се уговор о доживотном издржавању закључује управо због личности уговорних страна и међусобног поверења које постоји између њих. Из тих разлога не може се прихватити да је закључен пуноважан уговор о доживотном издржавању, уколико је уговорено да ће се обавезе

15 Решење Врховног касационог суда Рев 167/2015 од 12. 2. 2015. године. Преузето са сајта <http://www.vk.sud.rs/>.

16 Решење Врховног касационог суда Рев 167/2015 од 12. 2. 2015. године. Преузето са сајта <http://www.vk.sud.rs/>.

17 Кауза је непосредан, типичан правни циљ, који уговорник жели постићи преузимањем обавезе према другој страни (Радишић, 2008: 85).

даваоца издржавања искључиво извршавати преко трећег лица, док је давалац издржавања фактички изузет од било каквих непосредних обавеза према примаоцу. Али, уколико се давалац издржавања обавезао на одржавање личног контакта, који је одређеног квалитета и учесталости, са примаоцем издржавања, овакав уговор се треба сматрати за пуноважан. Дакле, кроз обавезивање на одржавање личне везе између уговорних страна, обезбеђује се очување сврхе овог уговора и његове природе.

У улози даваоца издржавања могу да се јаве како лица која нису ни у каквом сродничком односу са примаоцем издржавања тако и сродници, укључујући и оне који према примаоцу имају законску обавезу издржавања. Управо се овај уговор и најчешће закључује са лицима која би према примаоцу издржавања имала обавезу законског издржавања, тако да се као даваоци издржавања у највећем броју случајева јављају деца примаоца издржавања¹⁸, затим супружници и остали сродници.¹⁹ Како смо напред видели, обавеза даваоца законског издржавања је прилично уска, док је обавеза даваоца издржавања по уговору о доживотном издржавању знатно шира и обухвата оне обавезе које дужник издржавања нема по Породичном закону.

У старијој судској пракси и делу теорије доминирало је схватање да супружник не може да се јави у улози даваоца издржавања. Овакво схватање се заснивало на томе да брачни другови имају обавезе узајамног помагања и бриге по самом закону, које произилазе из чињенице постојања брака, због чега није дозвољено, одн. није морално да закључују уговор о доживотном издржавању.²⁰

Део теорије је данас напустио овакво схватање, док се у судској пракси више не налазе случајеви да су уговори о доживотном издржавању поништавани само због постојања брачне везе између уговорача. У прилог

18 Насупрот томе, у време постојања породичних задруга, као примаоци издржавања јављала су се лица без деце, док се сигурност у старости лица са децом обезбеђивала у оквиру породичних задруга (Грујић, 2011: 332; Mitrović, 1972: 81).

19 Од 742 закључена уговора о доживотном издржавању из узорка 316 уговора су примаоци закључили са децом, 49 са унуцима, 56 са супружницима, 7 са ванбрачним партнером, 70 са осталим рођацима и 12 уговора са лицима за које је у уговору изричито наведено да нису у сродству. У осталим уговорима није наведено у ком су односу прималац и давалац издржавања, иако се код великог броја оваквих уговора може претпоставити да су закључени са најближим сродницима имајући у виду да прималац и давалац издржавања имају иста презимена, а често и живе на истим адресама.

20 „Уговор о доживотном издржавању између брачних другова недозвољен је и ништав јер су брачни другови дужни да се издржавају и помажу под одређеним условима и околностима, а и зато што алеаторни карактер уговора о доживотном издржавању може створити нездраве односе између брачних другова” (Gams, 1966: 80; Суботић-Константиновић, 1968: 42–43).

пуноважности овог уговора у теорији се наводи да овакав уговор није противан ни закону ни природи брака, њиме се примаоцу издржавања пружа издржавање које превазилази меру и услове који су прописани законом (Кораћ, 1997: 19). Наводи се да је брачни друг често једина погодна личност за даваоца издржавања јер послове везане за негу, лечење и подмиривање других потреба примаоца издржавања на најбољи начин може да изврши други супружник због чега је неоправдано ускратити примаоцу издржавања да за даваоца издржавања одреди свог брачног друга (Кораћ, 1997: 19–21).

Овом приликом бисмо указали и на ситуацију када различита лица, и то управо најчешће супружници, закључују уговоре о доживотном издржавању на тај начин што један супружник, у улози примаоца издржавања, најпре закључи уговор са другим супружником као даваоцем издржавања, а затим закључе други уговор у коме замене улоге. Дакле, једно исто лице има положај и примаоца и даваоца издржавања, што само по себи намеће једно реторичко питање да ли лице коме је издржавање потребно може да истовремено буде давалац издржавања? Да ли то значи да је пракса овим манифестовала потребу за уговором о наслеђивању, који је прикрила на најлакши могући начин – уговором о доживотном издржавању²¹ или супружници овим путем хоће да регулишу своје односе и пре тренутка када један од њих евентуално буде у ситуацији да му је издржавање заиста потребно. И мимо ових случајева, уговор о доживотном издржавању који су закључили супружници побуђује највише сумње у истинитост своје каузе (Мандић, et al, 1997: 117). Из тих разлога је у теорији изнето мишљење које заговара реинтеграцију уговора о наслеђивању у српски правни поредак, као и забрану даљег закључивања уговора о доживотном издржавању између супружника (Станковић, 2015: 7–8). Указује се да би се тиме умањиле злоупотребе које се огледају у закључењу симулованих уговора о доживотном издржавању који превасходно имају за циљ да се њиховим настанком и изигравањем истинске каузе ових уговора заобиђу правила нужног наслеђивања и одговорности за дугове оставиоца (Станковић, 2015: 503–504).

21 У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије као најзначајнија новина у области наследног права предложено је поновно увођење у српско право уговора о наслеђивању, као основа позивања на наслеђе, с тим што би његово закључење било допуштено само супружницима. Ако би ово решење било прихваћено, оно би истовремено значило да супружници више не могу између себе да закључују уговор о доживотном издржавању (Станковић, 2015: 7–8).

5. Ограничење слободе одређивања садржине уговора

Уговор о доживотном издржавању закључују првенствено старија лица која не могу више да се старају о себи на одговарајући начин.²² Обавезе даваоца издржавања се одређују уговором и зависе од потребе примаоца издржавања, а ако то није одређено, ЗН претпоставља да је давалац дужан да обезбеди становање, храну, одећу и обућу, одговарајућу негу у болести и старости, трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе,²³ из разлога што прималац издржавања није у стању да ове потребе сам задовољи на одговарајући начин због чега има потребу да му помоћ пружи друга лица.

Обавеза даваоца издржавања је сложена обавеза (Novaković, 2015: 176; Милетић, Тишић, 1997: 36–42) јер обухвата велики број разноврсних давања и чињења која примаоцу издржавања треба да омогуће нормалан живот (задовољење свакодневних уобичајених потреба).²⁴ Обезбедити нормалан живот није одређен појам јер није код свих људи исти, већ зависи од многих околности: навика, способности, потреба, интересовања, степена образовања, здравственог стања, старосног доба и других околности које постоје код примаоца издржавања. Овим уговором прималац издржавања себи жели да обезбеди материјалну сигурност до краја живота²⁵ и да елиминира проблем усамљености који се јавља у старости (Novaković, 2015: 176). Из тих разлога обавеза даваоца издржавања се не може свести само на континуирану исплату одређених новчаних износа јер постојање само новчане обавезе на страни даваоца издржавања указује да се ради о уговору о доживотној ренти, без обзира на како су уговорачи назвали

22 Ово потврђује и актуелна пракса закључивања ових уговора. Тако 0,23% закључених уговора у узорку закључила су у својству примаоца издржавања лица старости од 30 до 40 година (ради се о лицима лишеним пословне способности, која су закључила уговор преко законских заступника), 0,46 % закључених уговора су закључила лица старости од 40 до 50 година, 8,31% од укупног броја уговора лица старости од 50 до 60 година, 24,25% лица старости од 60 до 70 година, 40,87% лица старости од 70 до 80 година, 25,17% лица старости од 80 до 90 година, и 0,7% лица старија од 90 година.

23 Члан 194, ст. 3 ЗН-а. Наведене обавезе су *exempli causa* наведене у Закону.

24 Упркос томе, судска пракса је заузела став да уговор није неважећи када је предмет обавезе даваоца издржавања био сведен на сређивање земљишно књижног стања у вези са станом, примаоца издржавања, и набавку лекова за примаоца издржавања (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4527/96 од 15. 11. 1996. године, наведено по: Субић, 1997: 82).

25 „Када уговор о доживотном издржавању не садржи обавезу континуираног издржавања примаоца издржавања, тада се ради о привидном уговору који нема дејство међу уговорним странама и као такав је ништав“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 621/96 од 6. 3. 1996. године). Преузето из правне базе *Paragraf Lex*.

уговор. Уговор о доживотном издржавању је много комплекснији, обухвата бригу о примаочевој личности, личне услуге и пружање пажње и не може се свести само на давање новца пошто то не произилази из законских одредби, као ни из смисла и циља који се треба постићи закључењем овог уговора (Петровић, 1997: 33).

Због карактера обавеза уговорних страна уговор о доживотном издржавању је истовремено и алеаторан и теретан, те садржина уговора не може да противречи ни једној ни другој природи уговора.²⁶

Код теретног уговора једна страна преузима на себе обавезу да би од друге уговорне стране добила корист која одговара ономе што она сама даје или чини, за разлику од добротних уговора где једна страна преузима на себе обавезу не очекујући да нешто добије од друге стране (Радишић, 2008: 127). За разлику од законске обавезе издржавања која извире из породичне солидарности, обавеза даваоца издржавања извире из сагласности воља, а свој основ (каузу) налази у извршењу противчинидбе примаоца издржавања (Ђурђевић, 2009, 63). Уговарачи својом вољом не могу да промене теретну природу уговора. То значи да на страни даваоца издржавања мора да постоји давање противвредности одређеног квалитета, јер у супротном закључен уговор не може и не треба да произведе дејство уговора о доживотном издржавању.

У том смислу, разликујемо две ситуације, прва постоји када се уговор о доживотном издржавању закључи као симуловани уговор и истим прикрије неки добротни уговор (уговор о поклону са или без налога). Друга ситуација постоји када уговорне стране отворено уговоре обавезе очигледно несразмерне вредности, односно када прималац издржавања свесно уговором „олакша“ положај даваоца. На пример, буде уговорено да прималац издржавања живи у дому за стара лица, који ће да плаћа од своје пензије, а да га давалац издржавања повремено обилази или се обавезе даваоца издржавања тако одреде да одговарају законским обавезама. То да ли су уговарачи прешли границу добротних уговора треба утврђивати у сваком конкретном случају.

Дакле, прималац издржавања може да са даваоцем сходно својим потребама уговори садржину обавезе, али уговарање симболичне обавезе даваоца или изостанак било какве обавезе преко оне која је прописана законом одузима овом уговору карактер теретног уговора и лишава га свих последица које теретни уговор ствара у правним односима. Алеаторна

26 При томе овде подвлачимо да се ради о питању пуноважности и закључења уговора, а не питању његовог извршења. На пуноважност уговора не утиче то што прималац није користио издржавање, иако га је давалац обезбедио (Novaković, 2015: 176). Да ли је и како уговор извршаван може бити основ за раскид уговора или да представља чињеницу на основу које се може закључити о томе да је уговор симулован.

природа уговора огледа се у томе што је неизвесно колико ће дуго и у ком обиму давалац пружати издржавања, али са друге стране уговором мора бити одређен минимум обавезе даваоца издржавања, јер је то елемент уговора који одражава његову теретну природу.

Прималац и давалац издржавања својом вољом не могу да измене ни алеаторну природу овог уговора, а што законодавац изричито регулише. У ситуацији када је обавеза даваоца мала у поређењу са коришћу, односно када је извесна блиска смрт примаоца, уговор се може поништити упркос вољи примаоца да на такав начин располаже својом имовином.²⁷ Тада се може поставити питање да ли је давалац издржавања уопште преузео стварну обавезу издржавања или је закључио уговор о доживотном издржавању у циљу прибављања несразмерне имовинске користи очекујући скору смрт примаоца издржавања (Јечменић, 2013: 228). Заправо је у овој одредби Закона о наслеђивању конкретизован један вид злоупотребе права на закључење уговора о доживотном издржавању примећен у пракси (Јечменић, 2013: 229; Ђурђевић, 2009: 69). Уговор о доживотном издржавању садржи у себи елемент ризика и он је саставни део његове каузе. Ако давалац издржавања може са великом вероватноћом рачунати на то да ће прималац издржавања релативно скоро умрети, за њега нема тог ризика јер улази у уговорни однос да би из уговора извукао сигуран добитак (Ђурђевић, 2009: 70–71).

Уговором о доживотном издржавању не може се одредити наследник примаоца издржавања, што представља још један вид ограничења слободе уговарања. Упркос томе, непосредним увидом у већи број уговора приметили смо да одређени уговори садрже карактеристичне формулације да се „даваоцу издржавања оставља одређена имовина у наслеђе“ или се наводи да су „остала деца примаоца издржавања намирена, те да се овим уговором обезбеђује давалац као дете примаоца које до тада није било намирено“. На случајеве када се уговором о доживотном издржавању не обезбеђује издржавања него поставља наследник већ је указано у литератури (Стојановић, 1997: 107; Ђорђевић-Црнобрња, 2011: 254).

У ситуацији када је спорно да ли су уговорне стране закључиле уговор о доживотном издржавању или уговор о наслеђивању, теорија је предложила да се тумачењем воље уговорних страна утврди да ли су уговарачи желели да давалац издржавања буде истовремено и наследник примаоца издржавања у ком случају се ради о уговору о наслеђивању који је санкционисан ништавошћу, док се у супротном ради о уговору о доживотном издржавању, који је дозвољен (Стојановић, 1997: 111). Ипак, треба имати у виду да прималац издржавања уговор о доживотном

27 Чл. 203 ЗН-а.

издржавању закључује у највећем броју случајева са неким од својих законских наследника у улози даваоца издржавања. У тим случајевима потенцијално наследничко својство даваоца издржавања свакако је познато примаоцу издржавања, ма колико да је правно неук, али и то да ће као последица закљученог уговора о доживотном издржавању имовина наведена у уговору припасти само даваоцу издржавања док остали наследници од исте имовине неће добити ништа. Стога је разумљиво да се, међу лицима која по вокацији нису правници, уступање имовине даваоцу, тим пре што до тога долази након смрти примаоца, „види“ као остављање имовине у наслеђе. У теорији је зато с правом наведено „да фреквенција његовог закључења (уговора о доживотном издржавању – прим. аут.) и структура уговорних страна сведоче о потреби људи у Србији за свесним и жељеним планирањем наслеђивања, макар у најширем смислу“ (Станковић, 2015: 171). Из тих разлога и начела *in favorem contractus*, сматрамо да је за пуноважност уговора о доживотном издржавању меродавно утврдити да ли је прималац издржавања имао потребу за издржавањем од стране другог лица, да ли је давалац био у стању да то издржавање пружи на одговарајући начин, те да ли је уговорено испуњавање обавеза издржавања које квалитативно и квантитативно превазилазе законске обавезе даваоца и да ли је постојала намера да се тако одређене уговорне обавезе извршавају. Тиме би се избегло да се због евентуалне језичке непрецизности уговор огласи ништавим, односно да се због ништавости једне одредбе у уговору (оне којом се поставља наследник) уговор у целини оглашава ништавим.²⁸

То што је уговор о доживотном издржавању двострано обавезан и теретан отвара могућности за разне злоупотребе овог уговора.²⁹ Питање недозвољеног мотива правно је релевантно када се ради о добротним уговорима, што уговор о доживотном издржавању свакако није. Међутим, ако је недопуштена побуда, а то је код ових уговора најчешће изигравање интереса нужних наследника и поверилаца, битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће бити без дејства.³⁰ Дакле, закључени уговор о доживотном издржавању неће моћи да произведе правно дејство ако је давалац издржавања знао да прималац закључује уговор да би оштетио

28 Чл. 105 300.

29 „Уговор о доживотном издржавању, који закључе странке не у намери давања, односно примања издржавања, макар и у прописаној форми, већ са циљем изигравања права будућих наследника, противан је духу Закона о наслеђивању и моралу, па је као такав ништав и не производи правно дејство.“ Одлука Врховног суда Косова, Гж 355/74 (наведено по: Стојановић, 1997: 107).

30 Чл. 53, ст. 2 300.

неко треће лице. То омогућава суду да завири у свест уговарача како би, имајући у виду циљ уговора, испитао њихове мотиве (Perović, 2006: 420). Ипак, врло је тешко доказати да је уговор закључен у таквој намери³¹ јер је побуда унутрашњи и прикривени субјективни фактор и може се поуздано утврдити ако је на неки начин манифестована у спољном свету (Rodin, 2013: 1123).

Формално правно посматрано, ова ситуација се разликује од ситуације закључења симулованог уговора који се такође закључује из недопуштених побуда. Код симуловања уговора уговорне стране у ствари закључују уговор о поклону или уговор о наслеђивању који представљају као уговор о доживотном издржавању. Овде уговорне стране стварно закључују уговор о доживотном издржавању, чак га и извршавају, али је његово закључење мотивисала пре свега нека недопуштена побуда за коју су знале или морале знати обе стране. Сматрамо да правни стандард „битно утицати на одлуку уговарача да закључи уговор“ треба утврђивати у сваком конкретном случају. При томе је кључна потреба примаоца издржавања за издржавањем од стране другог лица (Ćirić, Stojanović, 2002: 612). То значи да ако је потреба примаоца за издржавањем свакако постојала, уговор би био пуноважан без обзира што је прималац издржавања хтео да истовремено на такав начин посредно постигне недопуштен циљ, а за то је знао и давалац издржавања. (Нпр. стар и непокретан прималац издржавања изабере да закључи уговор о доживотном издржавању само са једним сином, знајући и желећи да тиме другог сина лиши било каквих права на својој имовини).

6. Забрана закључења симулованих уговора о доживотном издржавању

Ситуације које смо навели у претходном делу рада се тешко разлучују од ситуације када се уговор о доживотном издржавању закључује као симуловани уговор мада се у пракси овакви случајеви најчешће и преплићу. Симулованим уговором о доживотном издржавању се прикривају други уговори и то најчешће уговор о поклону као дозвољен или уговор о наслеђивању као недозвољен уговор.³² Последице и једних и других

31 „Претпоставља се да садржина писменог уговора изражава праву вољу уговорних страна и стога онај ко тврди супротно, да је уговор симулован, односно да прикрива други уговор, дужан је да то и докаже“ (Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 641/2006 од 20. 9. 2006. године. Преузето из правне базе *Paragraf Lex*).

32 „Уговор о доживотном издржавању, сходно правним правилима грађанског права, био би ништав ако његова садржина у писмену не одговоара стварној вољи странака, било да је једна од странака уговор закључила под принудом или у заблуди, или да

уговора су мање-више исте. Симуловани уговор о доживотном издржавању не производи дејство, али уколико се утврди да је између уговорних страна закључен други уговор, тај уговор ће произвести дејство уколико је дозвољен и уколико су испуњени услови за његову пуноважност.³³

Упркос законом прокламованој ништавости, уговор о доживотном издржавању је један од уговора који се и у теорији и пракси најчешће повезују са симуловањем уговора. У литератури је указано да је уговор о доживотном издржавању омогућио избегавање законских ограничења слободе располагања заоставштином за случај смрти (Антић, Балиновац, 1996: 507, те да „законски прописи представљају само правну форму у коју појединци импутирају обичајна правила наслеђивања“, те да „законодавац тиме омогућује одржавање обичајноправних правила“ (Ђорђевић-Црнобрња, 2011: 263). Ово потврђује и чињеница да се закључује велики број уговора о доживотном издржавању у поређењу са бројем закључених завештања.³⁴

Због свега напред наведеног потребно је јасно прецизирати у којим границама су уговорне стране слободне да регулишу своје односе у оквиру овог уговора, као и које услове треба да испуне давалац и прималац издржавања да би наведени уговор био пуноважан. У оквиру овако постављених законских граница суд би имао задатак да цени да ли је закључени уговор о доживотном издржавању представља праву вољу уговорних страна или је исти закључен са неким другим циљем, а све како уговор о доживотном издржавању не би постао основ за заобилажење принудних прописа и *de facto* нови основ позивања на наслеђе.

7. Закључак

Слобода уговарања има одређена ограничења како би се заштитили основни темељи правног поретка, али и како би се у правој мери остварила сврха уговора и претпостављени интереси трећих лица, а некад и самих уговорних страна. Из тих разлога не може да постоји неограничена аутономија воље и приликом закључења уговора о доживотном издржавању, тим пре што овај уговор непосредно и посредно може да утиче на већи број лица поред самих уговарача. То су пре свега нужни

је уговор сачињен са циљем да се изигра право наслеђа нужних наследника, а не да се на основу овога уговора обезбеди издржавање, што представља основни елемент уговора о доживотном издржавању“ (Одлука Врховног суда Србије, Гж. 1275/76, наведено према: Стојановић, 1997: 128).

33 Чл. 66, ст. 2 ЗОО.

34 Пред Основним судом у Нишу у периоду од 6. 9. 2012. до 22. 9. 2014. године поднето је 843 предлога за закључење уговора о доживотном издржавању, а 119 предлога за састав завештања.

наследници, али и остали законски наследници, као и повериоци примаоца издржавања. Закон о наслеђивању, са једне стране, забрањује уговор о наслеђивању, кроз институт нужног дела фактички ограничава слободу располагања имовином за живота (уговором о поклону) и за случај смрти (завештањем), док је са друге стране пракса прилично либерализовала услове за закључење уговора о доживотном издржавању. Из тих разлога оправдано се указује да је овај уговор постао најлакши начин да се заобиђу напред наведена ограничења и да се противно његовој сврси њиме постижу други циљеви, а не они које је законодавац имао у виду.

У раду је указано да, упркос сагласности воља уговорних страна, прималац издржавања може бити само лице које има објективну потребу за издржавањем другог лица, а давалац само оно лице које је фактички у стању да даје издржавање. Уговорене обавезе даваоца издржавања морају бити таквог карактера да, без обзира на алеаторност уговора, представљају противвредност обавези примаоца, морају бити сложене и морају у себи садржати и обавезу одржавања одговарајућег личног контакта уговорних страна.

На крају можемо да закључимо да је потребно да законодавац размотри прецизирање услова за закључење уговора о доживотном издржавању. Независно од тога судови се приликом оцене пуноважности овог уговора не могу ограничити само на испитивање постојања формалних услова за његово закључење. Ово је потребно како злоупотреба овог уговора не би обесмислила остале правне институте као што је одговорност наследника за дугове оставиоца, право на нужни део, а у крајњем и равноправност деце приликом наслеђивања.

Литература

Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд.

Вукићевић, Д. (1983). Начело слободе уређивања облигационих односа. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 23. 59–70.

Gams, A. (1966). *Bračno i porodično imovinsko pravo*. Београд.

Грујић, Н. (2011). Давалац издржавања код уговора о доживотном издржавању. *Гласник адвокатске коморе Војводине*. 6. 346–347.

Ђорђевић-Црнобрња, Ј. (2011). *Наслеђивање између обичаја и закона: са посебним освртом на област Врања*. Београд.

Ђурђевић, Д. (2009). *Zakon o obligacionim odnosima i ugovori u naslednom pravu*. *Pravni zbornik*. 2. 49–76.

Живојиновић, Д. (1997). Способност уговарача за закључење уговора о доживотном издржавању. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 50–57.

Јечменић, М. (2013). Повреда начела савесности и поштења и злоупотреба права из уговора о доживотном издржавању. *Гласник адвокатске коморе Војводине*. 5. 225–236.

Кораћ, Р. (1997). Уговор о доживотном издржавању супружника. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 16–21.

Мандић, Љ., Челић Д. (1997). Опште напомене и нека запажања о злоупотреби уговора о доживотном издржавању на Косову и Метохији. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 112–119.

Милетић, Б., Тишић Г. (1997). Предмет уговора о доживотном издржавању. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 36–42.

Mitrović, Lj. (1972). Neke karakteristike socijalnog položaja ostarelih u selu. *Sociologija i prostor: časopis za istraživanje prostornog i sociokulturnog razvoja*. 37–38. 76–86.

Novaković, D. (2015). Уговор о доживотном издржавању (неке специфичне карактеристике). *Megatrend revija*. Vol. 12. No 2. 171–184.

Perović, S. (2006). Sloboda uređivanja obveznih odnosa i javni poredak. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Vol. 56. Poseban broj. 401–424.

Perović, S. (1981). *Obligaciono pravo*. Београд.

Петровић, М. (1997). Уговор о доживотном издржавању са страним елементом. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 28–34.

Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право*. Београд.

Rodin, M. (2013). Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora.

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. v. 34. br. 2. 1109–1137.

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

Стојановић, Н. (1997). Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследно-правних уговора. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 103–111.

Стојановић, Н. (1997). Уговор о доживотном издржавању – избор судске праксе. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 120–135.

Субић, М. (1997). Поништење уговора о доживотном издржавању кроз судску праксу. *Уговор о доживотном издржавању: зборник радова*. Ниш. 75–84.

Суботић-Константиновић, Н. (1968). *Уговор о доживотном издржавању*. Београд.

Ćirić, Z., Stojanović N. (2002). Neke dileme oko poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju. *Pravni život*. 10. 607–618.

Прописи:

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*. бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о наслеђивању. *Сл. гласник РС*. бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Породични закон. *Сл. гласник РС*. бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Radmila Milenković,
Student of doctoral studies,
Faculty of Law, University of Niš

**WHERE ARE THE LIMITS OF CONTRACTUAL FREEDOM
CONSIDERING LIFE CARE CONTRACT?**

Summary

There is no unlimited freedom of testation involved in concluding a life care contract. One of the most important reasons for these limitations is that this agreement could affect legal positions of third parties beside the ones which are parties to the contract. Third parties that could be affected are forced heirs, other legal heirs and creditors of the care recipient. Despite this, court practice has liberalized the required conditions for concluding a lawful life care contract. Due to this fact, this contract has become the easiest way of avoiding legal restrictions and achieving the goals not intended by the legislation.

Therefore, it is necessary to specify the legal boundaries within which the contracting parties should be free to draft their contract will. Also, the law should identify the characteristics of the caregiver and care recipient requested for the validity of such a contract. Within the narrower legal limits, the court should determine if the life care contract represents the real will of the contracting parties or if there are other legal goals intended to be achieved by means of such an agreement. These legal changes should be introduced in order to prevent the life care contract from de facto becoming the grounds for getting the inheritance free from the demands of third parties.

Key words: *freedom of contract, life care contract, care recipient, caregiver, contract obligation.*

Др Анђелија Тасић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПОСТУПАК У ПАРНИЦАМА ЗА ПОНИШТАЈ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ СА ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ОСНОВНОГ СУДА У НИШУ**

***Апстракт:** Уговор о доживотном издржавању један је од уговора који је привукао подједнако велику пажњу правних теоретичара и примењивача права. Различити питања везана за овој уговор су спорна – форма закључења, стране уговорнице, границе располагања и начин окончања уговора. Предмет овог рада јесте остваривање права на поништај уговора о доживотном издржавању. Сагледано је из две перспективе – теоријске, при чему је фокус на материјалноправним разлозима за поништај овог уговора; и емпиријске, кроз анализу судских одлука донетих у поступцима у парницама за поништај овог уговора пред Основним судом у Нишу.*

***Кључне речи:** уговор о доживотном издржавању, судска пракса, поништај.*

1. Уводне напомене

Уговор о доживотном издржавању, облигациони уговор са наследно-правним дејством (Крстић, 2014: 190; Шовић, 1999: 177),¹ комплексан је правни посао који је пред теоретичаре и праксу поставио низ дилема које треба да буду решене. Једина неспорна изјава у вези са овим уговором била би – (скоро) све је спорно. Несагласност се јавља готово око сваког општег

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1 У литератури се среће и став да је то наследноправни уговор (Петровић, 2010: 289).

услова за настанак² овог уговора – форме потребне за закључење,³ лица која могу бити стране уговорнице⁴ и предмета уговора о доживотном издржавању.⁵ Спорови везани за уговор о доживотном издржавању решавају се у парници, према правилима општег парничног поступка, с обзиром да он представља основни и редовни пут пружања правне заштите.

Редован начин престанка уговора о доживотном издржавању јесте испуњењем обавеза уговарача у тренутку смрти примаоца издржавања. До престанка овог уговора може, међутим, доћи иако нису испуњене све обавезе које су уговорне стране на себе преузеле, раскидом или поништајем уговора о доживотном издржавању.

Предмет овог рада јесте остваривање права на поништај уговора о доживотном издржавању. Осим са теоријског становишта, овај проблем је сагледан и кроз призму праксе Основног суда у Нишу, кроз анализу судских одлука донетих 2012. и 2013. године.⁶

2 Општи услови настанка уговора су, поред набројаних, још и сагласност воља и основ уговора (Радишић, 2004: 78).

3 О форми уговора о доживотном издржавању опширније у делу рада: Право на поништај уговора о доживотном издржавању кроз призму Закона о наслеђивању.

4 Највише дилема изазвала је могућност да се супружници јаве као прималац и давалац издржавања. Нацрт Закона о наслеђивању садржао је одредбу да је ништав уговор о доживотном издржавању у коме се као давалац издржавања јавља лице које је по закону дужно издржавати примаоца, ако пре закључења уговора нису саслушани остали који имају законску обавезу издржавања. Она, међутим, није нашла место у коначној редакцији ЗН. Кључни аргумент против закључења уговора о доживотном издржавању међу супружницима јесте управо постојање законске обавезе издржавања супружа. У прилог тези да је закључење уговора о доживотном издржавању допуштено између супружника наводи се принцип слободе уговарања, затим податак да уговорно издржавање супружника постоји поред а не уместо законског издржавања, и, у крајњем, да је то уговор који се закључује *intuitu personae*, а прималац издржавања у свом супружнику види особу са којом има однос поверења, поштовања и разумевања (Кораћ, 1997: 16–21).

5 Предмет уговора о доживотном издржавању може се сагледати из угла даваоца и из угла примаоца издржавања. Предмет обавезе даваоца издржавања може се поделити на обавезе које је давалац издржавања дужан да изврши у току примаочевог живота (издржавање, вршење личних услуга, вођење примаочевог пољопривредног газдинства или примаоцеве радње) и чинидбе које је прималац дужан да изврши после смрти примаоца (обављање сахране примаоца издржавања и сношење трошкова сахране, давање помена примаоцу и подизање надгробног споменика). Предмет обавезе примаоца издржавања јесте пренос права својине и пренос других субјективних имовинских права (Милетић, Тешић, 1997: 35–45). О вишеструком располагању истом непокретном ствари опширније: Krstić, 2011: 597–614.

6 Новија судска пракса није узета у разматрање јер нису сви поступци започети после 2013. и правноснажно окончани.

2. Право на поништај уговора о доживотном издржавању из перспективе Закона о облигационим односима

Према члану 109 300,⁷ на ништавост суд води рачуна по службеној дужности. Као активно процесно легитимисано лице у овом поступку појављује се свако заинтересовано лице. Право да захтева утврђивање ништавости има и јавни тужилац, као странка у функционалном смислу. У том случају јавни тужилац покреће поступак у своје име, а у јавном интересу. Одлука која се доноси у парницама за поништај уговора је декларативног карактера, јер је уговор ништав од самог закључења.⁸ У судској пракси заузет је став да до прекорачења тужбеног захтева долази, тј. да суд суди *ultra et extra petita partium*, када, уместо захтеваног утврђења да је уговор ништав, поништи тај уговор.⁹ У првом случају би по среди била декларативна тужба код које је тужбени захтев управљен на утврђење да постоји или не постоји неки грађанскоправни однос, у овом случају уговор. Овом тужбом не тражи се да се створе, нити да се промене постојећи правни односи, нити се налаже било каква чинидба. У другом случају подигла би се конститутивна тужба, којом тужилац који тврди да му припада право да одређену правну ситуацију промени, тражи од суда да он, својом одлуком промени постојећи грађанскоправни однос. Ово је случај са оним грађанскоправним односима за које се промена допушта само уз садејство суда.

Ништави уговори имају одређени недостатак још тренутком закључења уговора. Ти недостаци могу се тицати пословне способности уговарача или сагласности њихових воља, затим предмета, основа или форме уговора.

У складу са чл. 47 Закона о облигационим односима, уговор се може поништити ако је предмет обавезе немогућ, недопуштен,¹⁰ неодређен или неодредив.¹¹ Како су предмет уговора о доживотном издржавању одређене позитивне престације уговорних страна, то оне морају бити дефинисане

7 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, у даљем тексту и 300.

8 Док нека права (немачко и пољско) сматрају да тужба за поништај (*querela nullitatis*) није потребна, наше право заступа супротно становиште (Ковачевић Куштримовић, 1997: 194).

9 Врховни суд Хрватске по ревизији број 1519/93, преузето из: Triva, Dika, 2004: 131.

10 Предмет обавезе је недопуштен када је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 49 300).

11 Предмет обавезе је одредив ако уговор садржи податке помоћу којих се може одредити или су стране оставиле трећем лицу да га одреди. Ако то треће лице неће или не може да одреди предмет обавезе, уговор је ништав (чл. 50 300).

на начин да их уговорне стране могу извршити. Попут предмета, и основ уговора мора бити допуштен. У супротном, уговор ће бити ништав (чл. 52 300).¹²

Побуда за закључење уговора, начелно, не утиче на његову пуноважност, али ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор, и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће бити без дејства (чл. 53 300). Будући да имовина која представља предмет уговора о доживотном издржавању не улази у заоставштину примаоца издржавања, то уговорне стране неретко за циљ имају изигравање прописа о наслеђивању.

Да би један уговор био пуноважан, потребно је да уговарачи имају пословну способност потребну за закључење тог уговора. Пажњу теоретичара посебно је привукла неспособност за расуђивање примаоца издржавања. По природи ствари, примаоци издржавања су често стара и болесна лица. Та чињеница, након њихове смрти, код потенцијалних наследника буди сумњу да нису били у стању да схвате значај закљученог уговора и последице које он производи. Како ће се у наставку рада видети, овај разлог за поништај уговора чест је и у пракси. Ипак, и способност за расуђивање даваоца издржавања јавила се у пракси као спорна,¹³ будући да је ово уговор који се закључује с обзиром на лична својства уговарача.

Уговор је ништав и ако је закључен под утицајем мана воље (чл. 60–67 300).

Напоследку, уговор је ништав и у случају да није закључен у одговарајућој форми (чл. 67–73 300), чему ће бити посвећена посебна пажња у наставку рада.

3. Право на поништај уговора о доживотном издржавању кроз призму Закона о наслеђивању

Поред разлога за поништај прописаних 300, уговор о доживотном издржавању може се поништити и из разлога наведених Законом о наслеђивању.¹⁴

12 Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (чл. 51, ст. 2 300).

13 Врховни касациони суд одлучивао је у поступку по ревизији о пуноважности уговора о доживотном издржавању које је, у име двогодишњег детета као даваоца издржавања, закључио његов законски заступник. Није утврђено да *a priori* малолетници могу или не могу да закључују овај уговор, већ је, у конкретном случају, одлука укинута и враћена нижестепеном суду на поновно одлучивање (Рев 165/15 (2)).

14 Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, у даљем тексту и ЗН.

Чланом 195 ЗН прописано је да уговор о доживотном издржавању мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Приликом потврђивања (солемнизације) уговора, јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се њоме не могу намирити његови нужни наследници, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању. Ставом 3 члана 195 законодавац недвосмислено прописује да је у супротном уговор ништав.¹⁵

У теорији постоје различита схватања око тога да ли овај разлог за ништавост уговора треба увек доследно применити, посебно у ситуацијама када је уговор извршен у целости. Сматра се да не би требало допустити поништај таквог уговора јер је остварен циљ уговора, а уговор се увек закључује ради остварења циља. Ако је уговор извршен у целости а странке нису тражиле његов раскид ни поништај, несврсисходно је такав уговор понистити због недостатка форме, јер се у тим случајевима јасно види да недостатак форме није имао негативне последице на положај уговарача (Сворцан, 1997: 90).

Насупрот овом, постоји мишљење по коме ЗН за закључење овог уговора предвиђа свечану форму са изричитом одредбом о ништавости услед њеног непоштовања. Из овога се даље изводи закључак да се на уговоре о доживотном издржавању таква конвалидација не може применити (Антић, 2009: 352). Узимајући у обзир јасну законску одредбу, други став чини се исправнијим.

Под рубрумом „Посебан облик ништавости“ (чл. 196 ЗН) издвојен је само један облик ништавости уговора о доживотном издржавању. Према томе, ништав је уговор у коме је давалац издржавања физичко или правно лице које се у оквиру свог занимања, односно делатности, и стара о примаоцу издржавања (медицинско особље, болнице, различите агенције и слично), ако претходно за уговор није добијена сагласност надлежног органа старатељства.

Иако није издвојен као посебан облик, ЗН ескплицитно уређује још један облик ништавости уговора о доживотном издржавању. На захтев законских наследника примаоца издржавања, суд може понистити уговор

¹⁵ Интересантно је да је суд санкционисао и рад судије који је пропустио да спроведе све потребне радње, што је довело до поништаја уговора о доживотном наслеђивању, па су заоставштину наследили наследници примаоца издржавања, уместо да она пређе у својину даваоца издржавања. Одлуком Савезног суда (Гж. 39/74, наведено према: Убавић, 2004: 142) пресуђено је да лице оштећено оваквим пропуштањем судије може да тражи накнаду штете од друштвено-политичке заједнице, при чему постојање одговорности није условљено намером или грубом непажњом судије, већ једино непримењивањем или погрешним примењивањем одређених прописа.

о доживотном издржавању ако због болести или старости примаоца издржавања уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања.¹⁶ Субјективни рок за поништај овог уговора је годину дана, и почиње да тече даном сазнања за уговор, а објективни рок је три године, и рачуна се од дана примаочеве смрти.¹⁷ Изричито је наглашено да субјективни рок не може почети да тече пре примаочеве смрти.

4. Поступак у парницама за поништај уговора о доживотном издржавању у пракси Основног суда у Нишу

Имајући у виду широку палету разлога за поништај уговора о доживотном издржавању и последице које има на правни положај наследника примаоца издржавања, моја полазна хипотеза била је да је поништај уговора о доживотном издржавању релативно чест предмет спора који је изнет пред суд на решавање. Како је већ објашњено, истраживачки узорак чиниле су парнице отпочеле 2012. и 2013. године, у којима су донете одлуке које су постале правноснажне. Ради сагледавања и анализе како примене материјалноправних тако и процесноправних прописа у овим парницама, истраживачки узорак чинили су само поступци у којима је одлука донета на основу контрадикторног расправљања.

Резултати емпиријског истраживања, међутим, оповргли су моју хипотезу у потпуности. У периоду од две године донете су само четири одлуке¹⁸ у поступку у парницама за поништај уговора о доживотном издржавању у којима је суд мериторно одлучивао о предмету спора.¹⁹

16 У литератури се наводе како предности тако и недостаци оваквог законског решења. Предности се огледају у спречавању злоупотреба, јачању алеаторности као једне од карактеристика овог уговора, заштити наследника примаоца издржавања и мањем оптерећењу државних фондова. Мане се односе на круг лица који може тражити поништај уговора по овом основу али и саму формулацију законског текста, будући да нема јасних правила на основу којих се може проценити да је смрт примаоца издржавања била извесна (Ćirić, Stojanović, 2002: 608–613).

17 Имајући у виду законску формулацију, у литератури се истиче да би се на први поглед могло закључити да је по среди посебан облик рушљивости уговора. Ипак, дубља анализа наведеног прописа сврстава уговоре закључене противно овој норми у неморалне, као подврсту ништавих уговора (Ćirić, Stojanović, 2002: 610). Аргумент који се користи да би се оправдао став о рушљивости уговора о доживотном издржавању из наведеног разлога јесте чињеница да су прописани преклузивни рокови за подизање тужбе (Stanković, 2011: 578).

18 Имајући у виду правила о анонимизацији судских одлука, као и чињеницу да наведене одлуке нису до сада објављиване, у раду нисам навела бројеве коришћених пресуда.

19 Најпре су прегледани сви предмети који се у бази података судских предмета воде под појмом „поништај уговора о доживотном издржавању“. Како је, међутим, међу овим

Будући да статистички метод на овако малом истраживачком узорку нема пуно смисла, у анализи поступка користићу се методом студије случаја.

У првом предмету поступак су покренуле унуке примаоца издржавања као супарничари, против његове ћерке као даваоца издржавања. У тужби су навеле да је „здравствено стање (примаоца издржавања) било очигледно толико нарушено да није било никакве неизвесности у погледу његовог оздрављења и опоравка, а скоро смрт била је потпуна и извесна“. Као правни основ поништаја уговора навеле су чл. 203 ЗН. Прималац издржавања умро је девет дана по закључењу уговора.²⁰

Тужена је пак у одговору на тужбу навела да је и пре закључења уговора о доживотном издржавању испуњавала све уговорне обавезе, за разлику од тужиља. Да би се предупредило вођење судског поступка, прималац издржавања је дан пре закључења уговора прегледан од стране сталног судског вештака неуропсихијатра, који је у свом мишљењу нашао да је прималац издржавања способан да се стара о себи, својим правима и интересима и у потпуности способан за закључење предметног уговора. У поступку доказивања саслушане су парничне странке и четири сведока, а изведен је и доказ читањем исправа. Из исказа странака и сведока произилази да су се спорне правно релевантне чињенице тичале тога ко се и у којој мери старао о примаоцу издржавања, какво је било његово психичко стање и које су околности довеле до закључења уговора. Посебно бих истакла следеће изјаве „прималац издржавања је сам хтео и инсистирао да са туженом закључи уговор, јер је говорио да жели да зна где ће његова имовина да оде“ (исказ тужене), и да је „прималац издржавања желео да уговор закључи да би се знало ко ће га сахранити и ко ће, после њега, о његовој супрузи бринути“ (исказ сведока).

У налазу судског вештака наведено је да из медицинске документације произилази да је смрт примаоца издржавања била извесна, али да се њено временско одређење није могло поуздано утврдити.

предметима било и оних у којима се одлучивало о раскиду уговора о доживотном издржавању, да бих била сигурна да није било и „обрнуте“ погрешне идентификације предмета спора, прегледала сам и све предмете у којима је као предмет спора означен раскид уговора о доживотном издржавању. Ипак, то није променило број од четири окончане парнице у поступцима за поништај уговора о одживотном издржавању.

²⁰ У судској пракси се, међутим, могу наћи и одлуке да само сазнање даваоца издржавања да прималац издржавања болује од тешке и неизлечиве болести не чини уговор сам по себи ништавим због тога што је смрт наступила кратко након закључења уговора. Уколико је давалац издржавања у дужем периоду обезбеђивао издржавање примаоцу, не може се сматрати да је извесна смрт у кратком року била мотив и основ за закључење уговора (Решење Основног суда у Ваљеву, Гж. 1718/03, наведено према: Мићовић, 2010: 288).

Суд је усвојио тужбени захтев тужиља, а по окончању другостепеног поступка, ова одлука потврђена је и постала је правноснажна. Првостепени поступак, у коме је саслушано чак осморо људи, трајао је само четири месеца и окончан је пошто су одржана само два рочишта. Имајући у виду просечну дужину трајања парничних поступака, ова парница представља светли пример остваривања начела о суђењу у разумном року.

У образложењу своје усвајајуће одлуке суд је навео следеће разлоге: уговор је закључен да би се изиграла права наследника, тужена није пружала издржавање, негу и помоћ примаоцу много пре закључења уговора, из чињенице да је смрт наступила у релативно кратком временском периоду након закључења уговора произилази да је она била извесна, а из исказа тужене да је мотив закључења уговора питање имовине, а не пружање неге и помоћи, произилази да је овај уговор противан моралу и да је његова сврха злоупотребљена.

У другој парници, прималац издржавања је најпре завештањем располагао непокретностима које има у својини, а затим је истим непокретностима располагао и уговором о доживотном издржавању, али у корист другог лица. Тужилац је братанац примаоца издржавања, док тужена није члан породице. Тужилац је у тужби навео да захтева поништај уговора о доживотном издржавању јер тужена није извршавала обавезе преузете уговором. Да би утврдио све правно релевантне чињенице, суд је од сведока добио информације о томе колико често је тужена посећивала примаоца издржавања, имајући у виду да не живе у истом граду, шта су била њена задужења, ко је организовао сахрану, а ко и где организовао и платио подужја, па је чак и извршио увид у листинг телефонских позива између страна уговорница. Оно што је забрињавајуће јесте чињеница да се ни парничне странке, а ни, још важније, суд нису осврнули на чињеницу да неиспуњење уговорних обавеза није разлог за поништај, већ за раскид уговора о доживотном издржавању²¹. Док странке нису у својим поднесцима дужне да наведу правни основ тужбе, дотле се очекује да *iura novit curia*. Суд се приликом доношења одлуке мора кретати у границама истакнутог тужбеног захтева. Чак и да се благонаклоно гледа на поступање суда и оно тумачи у смислу да он у току поступка води рачуна о свим разлозима ништавости, образложење пресуде у коме се наводи да је тужена у свему извршавала уговорне обавезе и да се због тога тужбени захтев одбија, отклања и последњу дилему у погледу резоновања суда. Мешање института раскида и поништаја уговора сматрам забрињавајућим, имајући у виду различите правне последице који они производе, али и чињеницу да они представљају базичне институте Облигационог права. Чак и да

21 О остваривању права на раскид уговора о доживотном издржавању, између осталих, опширније: Ковачевић, 2012: 60–72; Петрушић, 1997: 92–102.

није тако, непознавање права не извињава никог, а посебно не носиоце судских функција.

Трећу парницу покренула је тужиља против рођење сестре која је са њиховим оцем закључила уговор о доживотном издржавању. У тужби је навела више разлога за поништај уговора: неспособност примаоца издржавања да нормално расуђује о правним последицама закључења уговора (пословна неспособност уговарача), недопуштен мотив закључења уговора (изигравање права законских и нужних наследника), али и околност да прималац издржавања није био власник непокретности којом је располагао. Као и у првом описаном случају, прималац издржавања је истом непокретношћу располагао и уговором о доживотном издржавању и завештањем, с тим што је завештањем своју имовину на једнаке делове расподелио обема ћеркама.

У свом одговору на тужбу, али и усмено на рочишту за главну расправу, тужена је указала да су тужиља и прималац издржавања били у лошим односима, и да је после једне свађе он туженој предложио закључење уговора о доживотном издржавању, нагласивши да је „страшно повређен поступком тужиље и да ће, ако не закључи уговор са туженом, кућу продати а све њих истерати“. Подсетила бих да је слично резонување примаоца издржавања у првој описаној парници довело до поништаја уговора о доживотном издржавању, јер је суд нашао да је уговор закључен да би се изиграла права наследника, а да прави мотив закључења нису били пружање неге и помоћи. Иако је у овој парници тужена далеко дуже давала издржавање примаоцу издржавања, овакво поступање судија ипак указује на неконзистентност судске праксе.²²

Да би се предупредило вођење парнице, прималац издржавања је пре закључења уговора био подвргнут неуропсихијатријском вештачењу. Лекар неуропсихијатар дао је свој налаз и мишљење да је прималац издржавања потпуно пословно способан, да је способан да се брине о својим правима и интересима и закључи уговор о доживотном издржавању и да нема знакова да болује од трајног или привременог душевног обољења, привремене душевне поремећености или заосталости у душевном развоју.

Одржано је пет рочишта за главну расправу, првостепени поступак окончан је за годину дана.

Суд је одбио тужбени захтев тужиље уз образложење да је уговор у свему пуноважан, те да не постоје разлози ништавости из чл. 203, ст. 1 ЗН,

22 У теорији Наследног права постоји мишљење да чак и недопуштени мотиви за закључење уговора о доживотном издржавању, не могу имати утицај на ваљаност уговора, ако је одлучујућа за закључење уговора била побуда за издржавањем (Stojanović, 2004: 152, уз указивање на одлуку Окружног суда у Ваљеву, Гж. 591/00).

чл. 53, ст. 2 300 и чл. 103 300. Тужиља је на првостепену пресуду изјавила жалбу која је одбијена.

Последњу парницу која је предмет истраживања покренули су наследници примаоца издржавања (ћерка и унук) против даваоца издржавања, такође унука оставиоца. Као разлоге за ништавост навели су недостатке при закључењу самог уговора, пре свега, чињеницу да прималац издржавања није био писмен, али и да постоје сумње да је био слеп, из чега произилази да предметни уговор није могао да потпише. Осим тога, оспорили су право својине примаоца издржавања на делу непокретности којом је уговором располагао. Интересантно је да и сама тужена у свом исказу потврдила да је прималац издржавања био слеп, али је навела доказе којима оповргава тврдње тужиоца да је био неписмен (сведочанство из основне школе).

Суд је, применом принципа слободне оцене доказа, нашао да констатација о слабом виду примаоца издржавања не стоји у клаузули на самом уговору, да је уговор у свему закључен у складу са позитивноправним прописима и да тужиоци нису понудили доказе којима би поткрепили своје тврдње.

Одржана су четири рочишта за главну расправу, а првостепени поступак трајао је седам месеци. Ниједна од странака није изјавила жалбу.

5. Уместо закључка

Право на поништај уговора о доживотном издржавању остварује се у парници, по правилима општег парничног поступка. Разлози за поништај овог уговора прописани су како Законом о облигационим односима (општи услови), тако и Законом о наслеђивању (посебни услови). Иако су ови уговори бројни, разноврсни и детаљно уређени, ових парница је у пракси јако мало. Број од четири парнице у којима је пресуђено на основу расправљања мали је да би се извела нека шира теоријска уопштавања. Ипак, и он сам може бити добар показатељ да су прималац и давалац издржавања, по правилу, добро упознати са законским одредбама, те вештачењем пословне способности примаоца издржавања предупредују будуће вођење парница. Постојање уговора, по правилу, представља изненађење за законске наследнике примаоца издржавања, а потреба да прималац наследнике одржи у заблуди огледа се и у чињеници да истом непокретношћу располаже и завештањем и уговором о доживотном издржавању. Ипак, анализа овог феномена задире већ у подручје социолошких студија, а резултати истраживања још једном указују на важност регистра уговора о доживотном издржавању, којим би се предупредило вођење судских поступака.

Литература

- Антић, Б. (2009). *Наследно право*. Београд.
- Ковачевић Куштримовић, Р. (1997). *Грађанско право – општи део*. Ниш.
- Кораћ, Р. (1997). Уговор о доживотном издржавању између супружника. *Уговор о доживотном издржавању* (зборник радова). Ниш: Удружење за грађанскопроцесно и арбитражно право и Правни факултет Универзитета у Нишу. 16–21.
- Крстић, Н. (2014). Уговор о доживотном издржавању. У: Костић, М. Димовски, Д. и Илић, И. (Прир.) *Мобилна правна клиника – од институције ка жртви*. Ниш: Центар за публикације, Правни факултет. 189–218.
- Ковачевић, Н. (2012). Aktivna legitimacija za raskid ugovora o doživotnom izdržavanju. *Pravo – teorija i praksa*. Broj 4–6. 60–72.
- Крстић, Н. (2011). Višestruko raspolaganje nepokretnom stvari na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju. *Pravni život: tematski broj. Pravo i odgovornost*. Београд: Удружење правника Србије. 597–614.
- Милетић, Б. Тишић, Г. (1997). Предмет уговора о доживотном издржавању. Уговор о доживотном издржавању између супружника. *Уговор о доживотном издржавању* (зборник радова). Ниш: Удружење за грађанскопроцесно и арбитражно право и Правни факултет Универзитета у Нишу. 35–45.
- Мићовић, Б. (2010). Поништај уговора о доживотном издржавању због недостатка алеаторности. *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*. Крагујевац: Правни факултет. 281–297.
- Петровић, В. (2010). Уговор о доживотном издржавању. *Годишњак Правног факултета*. 1. 289–308.
- Петрушић, Н. (1997). Остваривање права на раскид уговора о доживотном издржавању. *Уговор о доживотном издржавању* (зборник радова). Ниш: Удружење за грађанскопроцесно и арбитражно право и Правни факултет Универзитета у Нишу. 92–102.
- Радишић, Ј. (2004). *Облигационо право (општи део)*. Београд: Номос.
- Сворцан, С. (1997). Раскид и поништај уговора о доживотном издржавању по Закону о наслеђивању Србије из 1995. године. *Уговор о доживотном издржавању* (зборник радова). Ниш: Удружење за грађанскопроцесно и арбитражно право и Правни факултет Универзитета у Нишу. 85–91.
- Stanković, М. (2011). Zaštita primalaca prema pravilima o prestanku ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu. *Pravni život: tematski broj. Pravo i odgovornost*. Београд: Удружење правника Србије. 557–582.
- Stojanović, Н. (2004). Уговор о доживотном издржавању у судској пракси. *Грађанска кодификација (sv. 3)*. Ниш: Центар за публикације. 139–153.

Triva, S. Dika, M. (2004). Građansko parnično procesno pravo. Zagreb: Narodne novine.

Ćirić, Z. Stojanović, N. (2002). Neke dileme oko poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju. *Pravni život: tematski broj. Pravo i svetski poredak*. Beograd: Udruženje pravnika Srbije. 607–619.

Убавић, М. (2004). *Уговори о доживотном издржавању са судском праксом (преко 500 судских одлука) и примерима уговора*. Београд.

Шовић, С. (1999). Злоупотреба права код уговора о доживотном издржавању. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*. 2/1999. 177–186.

Закон о наслеђивању. *Сл. гласник РС*, Бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Anđelija Tasić, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

JUDICIAL PRACTISE IN LIFETIME CARE AGREEMENT ANNULMENT PROCEEDINGS WITH REFERENCE TO JUDICIAL PRACTISE OF BASIC COURT IN NIŠ

Summary

In this paper, the author analyses both material and procedural rules considering annulment of lifetime care agreement. In order to appraise the rules contained in Inheritance Act and Act on Obligations, the author examined the results of empirical research. Having in mind that just a few judgments have been brought in two years period, the conclusion is that both parties of lifetime agreement are well-informed about legal provisions and implement them in order to prevent the civil proceedings. It is common that the agreement is unknown to the successors of recipients, which raise the question of legal database of concluded lifetime care agreements once again.

Key words: *lifetime care agreement, judicial practise, annulment.*

Прелазак заоставштине на наследнике

Др Гордана Станковић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Милена Трговчевић Прокић,
Судија Првог основног суда у Београду

УПРАВИТЕЉ НАСЛЕДСТВА

Апстракт: У овом раду аутори критички анализирају институт управитеља наследства. Аутори одређују правну природу управитеља наследства, поступак његовог одређивања и његова права и дужности. Увођење јавних бележника у правни систем и измене у ванпарничном процесном праву омогућиле су не само да управитеља наследства поставља и јавни бележник, као повереник суда, већ и да се у улози управитеља наследства нађе и јавни бележник, који, с обзиром на квалификације које има и функцију коју врши, може да компетентно управља заоставштином до њене деобе и предаје наследницима.

Кључне речи: наследничка заједница, управитељ наследства, ванпарнични поступак, јавни бележник као повереник суда.

1. Закон о наслеђивању,¹ који је у примени већ више од двадесет година, само у две одредбе, које се односе на наследничку заједницу, у делу којим је уређена деоба наследства, регулише институт управитеља наследства² у току трајања наследничке заједнице.³

У домаћој литератури, са ретким изузецима, управитељ наследства, као правни институт, није привукао посебну пажњу, тако да је о њему ретко или врло мало писано (Станковић, Јаневски, 2004: 51; Станковић, 2009: 12; Стојановић, 2013: 289) и то углавном у уџбеничкој литератури (Сворцан, 2006: 194; Ђурђевић, 2010: 344; Стојановић, 2011: 311).

1 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/95, 101/03 – УС и 6/15. У даљем тексту: ЗН.

2 Одредба чл. 229–230 ЗН.

3 Радна група која је припремала текст српског Грађанског законика за јавну дискусију крајем 2015. није мењала или допуњавала одредбе које се односе на управитеља наследством.

Управитељ наследства је физичко лице које у току трајања наследничке заједнице управља заоставштином уместо свих наследника.

2. Наследничка заједница, као правни феномен, настаје *ex lege*, у тренутку отварања наслеђа између више наследника једног оставиоца на заједнички наслеђеној и неподељеној имовини. Она настаје⁴ између санаследника, као оставиочевих универзалних сукцесора, и обухвата, као сутитуларе, тестаменталне, законске и нужне наследнике.

Наследничка заједница⁵ постоји од тренутка смрти оставиоца и траје све док се деобом не развргне. Наследници стичу право на деобу кад постане правноснажно решење о наслеђивању и тек тада могу своје наследно право да врше. Деобом заједнички наслеђене имовине престаје наследничка заједница, као правни однос између санаследника на целокупној заоставштини, и сваки од санаследника наслеђени удео припаја својој имовини.

2. Наследничка заједница је специфична имовинско-правна заједница по томе што се у улози сутитулара симултано јавља множина лица, што је њен објект заоставштина и што представља привремену заједницу санаследника.

Закон о наслеђивању не одређује правни карактер наследничке заједнице. Законским одредбама се само предвиђа да наследници до деобе заједнички управљају и располажу наследством.⁶ С обзиром на то, очигледно је да наследноправни прописи који говоре о наследничкој заједници имају у виду режим заједничке својине.

Специфичност наследничке заједнице као имовинско-правне заједнице поједини аутори у српској правничкој литератури виде и у томе што се у току њеног трајања уочавају две посебне фазе (Антић, 2002: 332; Сворцан, 2006: 194; Лексикон, 1996: 373). Прва фаза почиње од тренутка делације и траје до правноснажности решења о наслеђивању. У овој фази, која се у литератури означава као наследничка заједница у ужем смислу (Антић, 2002: 332) заоставштина представља заједничку имовину лица која претендују на наслеђе. Она фактички представља заједничку својину јер санаследници заједнички стичу право на наслеђе и, као заједничари, не знају колики су им удели. У другој фази, која почиње од момента кад је решење о наслеђивању постало правноснажно и траје све до деобе заоставштине, заоставштина доживљава метаморфозу и из заједничке својине се претвара у сусвојину. Правни положај санаследника током

4 Да би настала наследничка заједница неопходно је да кумулативно буду испуњена два услова: да постоје најмање два санаследника и заједнички наслеђена имовина.

5 У уџбеничкој литератури у којој се научно обрађује наследно право одређује се правна природа наследничке заједнице.

6 Видети одредбу члана 229, став 1 ЗН.

ове фазе се мења. Они после правноснажности решења о наслеђивању постају сувласници на наслеђеним добрима јер је решењем о наслеђивању утврђено не само да су санаследници, већ је утврђено и колики идеални део заоставштине припада свакоме од њих као сувласницима. Иако је очигледно да заоставштина у току свог трајања нема исту правну природу, у законским текстовима се користи исти технички термин за њено означавање.⁷

С друге стране, у литератури било је мишљења (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 302) да не постоје две фазе у току трајања наследничке заједнице и да се она уопште не метаморфозира у сувласничку заједницу. Правноснажно решење о наслеђивању има декларативни карактер јер се њиме само утврђују права која су санаследници имали у тренутку отварања наслеђа, а да се утврђивањем наследних квота од целокупне оставиоачеве заоставштине не врши никаква деоба између санаследника.

Има и аутора који специфичност наследничке заједнице, као имовинско-правне заједнице, виде у томе што су “удели санаследника познати, као код сусвојине, и што се ради о привременој заједници која доношењем решења о наслеђивању тј. деобом, престаје” (Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2004: 194). Треба приметити да су доношење решења о наслеђивању, када постају познати удели наследника, и деоба, када престају међусобни правни односи између наследника на целокупној заоставштини, два сасвим различита акта. Решењем о наслеђивању, које се доноси у оставинском поступку, утврђује се састав заоставштине и утврђује се ко су наследници и колики су њихови наследни делови. Деоба представља начин на који ће престати или бити развргнута ова привремена имовинска заједница.⁸ Док та привремена заједница траје, санаследници имају и даље права на целокупној заоставштини (Ђурђевић, 2010: 342; Ђурђевић, 210: 401)

3. Све док постоји наследничка заједница, наследством управљају и располажу заједно сви санаследници као њени титулари, без обзира на правни основ позивања на наслеђе, уколико сам оставилац није одредио режим управљања заоставштином до њене деобе.

С обзиром да до деобе наследства сви санаследници заједнички управљају наследством, постоји могућност да се они договоре и у погледу управљања наслеђем и да одреде да један од наследника управља наследством или да овласте неко треће лице да обавља послове управљања.

7 Видети члан 228 ЗН.

8 У законским текстовима и правничкој литератури у погледу појмовног одређивања имовинско-правних заједница и начина њиховог развргнућа постоји конфузија која има одређени утицај на судску праксу.

Поред самих наследника, наследством може да управља, уколико је одређен, и извршитељ тестаментa, одн. завештања (Ђурђевић, 2010: 286). Извршитељ тестаментa, одн. завештања је лице кога је сам завешталац одредио у свом тестаменту да се стара о тачном и потпуном извршењу његове последње воље. У току оставинског поступка извршитељ тестаментa (завештања) је нека врста помоћног судског органа јер има задатак да оставинском суду указује на све релевантне околности које се тичу испуњења завештаоачеве последње воље. После правноснажности решења о наслеђивању он може управљати заоставштином док траје наследничка заједница.

Поред оставиоца, извршитеља тестаментa може да одреди и суд. То ће се догодити ако је оставилац одредио у тестаменту да извршитеља тестаментa именује суд или кад постављени извршитељ тестаментa више није у животу или кад суд процени да је то неопходно у конкретном случају.⁹ За разлику од оставиоца, који може поставити за извршитеља тестаментa и заинтересовано лице, као што је наследник или легатар, суд може да именује за извршитеља тестаментa само незаинтересовано лице.

У својству извршитеља тестаментa може се појавити јавни бележник кога је оставилац одредио у свом тестаменту и поставио га да би се старао да се тестамент спроведе на начин како је то оставилац хтео, или кога је именовано суд, одн. јавни бележник коме је поверено спровођење оставинског поступка ако је оставилац тестаментом наложио оставинском суду да именује извршитеља тестаментa.

Јавни бележник може да буде постављен или именован за извршитеља тестаментa и ова његова функција није неспојива са јавнобележничком службом коју он врши. Вршење функције извршитеља тестаментa представља вид реализације правне помоћи странкама у оквиру јавнобележничке делатности. Ова функција јавних бележника, коју јавни бележник може да врши, представља израз поверења у институцију бележништва (Трговчевић Прокић, 2012: 81). Поверење према јавнобележничкој служби и јавним бележницима произлази из делатности коју јавни бележници, као самостални и независни стручњаци из области права, врше и имају као носиоци јавне функције.

Треба приметити да функција извршитеља тестаментa коју евентуално врши јавни бележник представља његов додатни посао који јавни бележник не обавља у функцији јавног бележника, већ као допунску делатност. Међутим, јавни бележник, као носилац јавне функције, и приликом обављања споредне, допунске делатности не сме да угрожава поверење које се указује јавнобележничкој професији нити

⁹ Нпр. кад суд посумња у намеру наследника да се стара да се спроведе оставиоачева воља изражена у тестаменту.

основне карактеристике јавнобележничке функције – непристрасност и независност. У вршењу функције извршитеља тестаментата он не може овај споредни посао који врши да пренесе на запослене у својој канцеларији.¹⁰

Уколико је оставилац поставио извршитеља тестаментата и предвидео да он све до деобе наследства управља заоставштином, неће постојати потреба да се именује управитељ наследства.

4. У погледу међусобних односа санаследника који се тичу управљања заједничким стварима у току трајања наследничке заједнице важи законски режим управљања. Акте управљања заједничком имовином, према одредбама закона, могу да предузимају сами санаследници или да поставе управитеља.

Уколико санаследници одлуче да сами предузимају акте управљања заједничком имовином до развргнућа наследничке заједнице, тада сви санаследници заједно и споразумно управљају наслеђеном заједничком имовином. Санаследници, као заједничари, управљају сви заједно без обзира на величину и вредност својих наследних делова у наследничкој заједници. Сви акти управљања који се тичу заједнички наслеђене имовине, без обзира да ли се ради о актима пословања или заступања, треба да буду предузети споразумно.

Уколико санаследници одлуче да сами не управљају наследничком заједницом, они могу споразумно и заједнички одлучити да послове управљања повере управитељу кога ће они изабрати. О потреби да се постави управитељ наследства у току трајања наследничке заједнице, избору управитеља, његовом постављењу и његовим овлашћењима одлучују санаследници споразумно.

Потреба за именовањем управитеља наследства најчешће настаје у току оставинске расправе или по њеном окончању, када су, по правилу, позната сва лица која ће бити или која су оглашена за наследнике.

Управитељ заједничке имовине санаследника, кога су они поставили, пуномоћник је санаследника који у њихово име и за њихов рачун управља наследством (Креч, Павић, 1964: 525). У улози управитеља може се наћи свако пословно способно лице које ужива поверење санаследника. Управитељ може бити и један од санаследника уколико тако одлуче остали наследници. У улози управитеља може се наћи једно или множина

10 Такав став прихваћен је у упоредном праву и у страниј судској пракси. У том смислу се о томе изјаснио и нпр. Врховни суд Немачке: „треба поћи од чињенице да постављање јавног бележника као извршитеља тестаментата почива на личном поверењу што не важи за запослене, односно његове представнике.“ Видети: Врховни покрајински суд у Франкфурту 7. 12. 1999, Mitt Bay Not, 2000: 464 (Цит. код: Beck'sches Notar-Handbuch, 2000: 1173).

лица.¹¹ Овлашћења управитеља одређују сами санаследници. Уколико се у улози управитеља налази више лица, могућно је да им се одреде различита овлашћења.

5. За случај да сами санаследници не поставе управитеља наследства или се не сложе о његовој личности, његовим управљачким способностима или о овлашћењима која треба да добије, настали неспоразум из домена управљања наследничком заједницом треба, у њиховом интересу, да буде елиминисан из њихових међусобних односа. Законодавац је за ову ситуацију која може да настане у међусобним односима санаследника предвидео посебан метод правне заштите. Настали неспоразум у погледу управљања наследничком заједницом решава, на тражење наследника, ванпарнични суд у ванпарничном поступку. Ванпарнични суд има задатак да одреди начин управљања заоставштином да би омогућио ефикасно остваривање права наследника (Антић, Балиновац, 1996: 602). Ванпарнични суд може да реши настали неспоразум тако што може да одреди део заоставштине којим ће сам управљати посебно сваки од наследника или тако што ће одредити управитеља наследства. Ванпарнични суд ће настали неспоразум између санаследника као заједничара решавати по правилима која су прописана правилима ванпарничне процедуре¹² за поступак за уређење управљања и коришћења заједничке ствари. По правилима овог поступка ванпарнични суд поступа кад постоји потреба да се уреди начин управљања и коришћења заједничке ствари заједничара – сувласника, сукорисника и других судржалаца исте ствари (Станковић, Мандић, 2014: 251; Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 657).

Несагласност која се јавља између санаследника и која представља повод за тражење правне заштите ванпарничног типа пред ванпарничним судом, не представља класичан спор између две стране у једном правном односу, попут спора који се решава у парници по правилима парничне процедуре (Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 25). Несагласност санаследника карактеришу одређене специфичности. Између странака, несумњиво, постоји несагласност у погледу уређивања њихових међусобних односа, али су њихове претензије усмерене ка остварењу истог циља – одређивању лица које ће управљати наследством у њиховом интересу. Због природе саме несагласности која је повод овом ванпарничном поступку, странке у ванпарничном поступку истичу, чак и кад су у супротним страначким улогама, идентичне захтеве (да се постави управитељ

11 Нпр. уколико се непокретности из састава заоставштине налазе у различитим крајевима или ако се у саставу заоставштине налази предузеће или радња.

12 Видети: Закон о ванпарничном поступку РС, *Службени гласник РС*, 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14 и 6/15.

наследства). У парничном поступку, међутим, захтеви парничара су контрадикторни и међусобно се искључују.

Управо специфична природа несагласности која постоји између санаследника представља један од разлога који је определио законодавца да предвиди ванпарничну процедуру као метод грађанскоправне заштите у конкретној правној ствари (Станковић, 2007: 4; Станковић, Мандић, 2013: 14). Чињеница да се ради о уређивању међусобних односа санаследника уз садејство суда, да се ради о неспоразуму лица чији су интереси паралелни, а не супростављени, и да сваки од њих потенцијално може да постане управитељ заоставштине одлуком суда, мотивисала је законодавца да пропише ванпарничну процедуру као правни пут за пружање правне заштите.

6. Поступак за одређивање управитеља наслеђа је ванпарнични поступак у коме ванпарнични суд садејствује ради уређивања оних односа у наследничкој заједници који се тичу управљања наследством.

Овај поступак може да се води као самостални ванпарнични поступак или да се, као инцидентни адхезиони поступак, придружено води уз поступак за расправљање заоставштине уколико потреба за постављањем управитеља наследства настане у току оставинског поступка. Адхезиони поступак у коме треба да се одлучи о именовану управитеља наследства најчешће се покреће кад оставински поступак претуго траје из различитих околности.¹³

7. Поступак се покреће код надлежног ванпарничног суда. За спровођење поступка надлежан је суд на чијем се подручју налази заоставштина. Ако се заоставштина налази на подручју више судова, месно је надлежан сваки од тих судова. Предлагач може да изврши избор коме ће од више надлежних судова поднети предлог.

Надлежни ванпарнични суд код кога је покренут овај поступак може да повери његово спровођење јавном бележнику. Уколико је у складу са одредбама ЗВП (1982) и Упутством за спровођење одредаба чланова 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и члана 98 Закона о јавном бележништву,¹⁴ спровођење конкретног првостепеног оставинског поступка поверено јавном бележнику, онда ће он бити надлежан и да спроведе инцидентни адхезиони поступак у коме ће одлучити о именовану

13 Нпр. због прекида поступка, због тога што се достављање врши у иностранству итд.

14 Упутством за спровођење одредаба чланова 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и члана 98 Закона о јавном бележништву, које су донели председник Врховног касационог суда и Високог савета судства и министар правде Републике Србије 13. маја 2016, предвиђено је поверавање оставинског поступка јавним бележницима у циљу дејудицијализације судске власти и растерећења ванпарничних судова у циљу побољшања њихове ефикасности.

управитеља наследства, на предлог учесника или по службеној дужности уколико постоји потреба да се на тај начин заштите интереси наследника.

8. Поступак за именовање управитеља наслеђа је двостраначки и у њему суделује најмање један предлагач и најмање један противник предлагача јер се о заједничарима може говорити само ако постоје најмање два субјекта, тј. најмање два санаследника.

Поступак се покреће предлогом једног од наследника који захтева да се несагласности у међусобним односима санаследника у погледу управљања заоставштином уреде тако што ће бити именован управитељ заоставштине. Предлагач може да буде и наследник који је упућен на парнични или на управни поступак ради решавања претходног питања.

Предлог може да стави сваки од санаследника који сматра да је повређен у праву управљања. Предлагач мора предлогом да обухвати све санаследнике као заједничаре. Могућна је субјективна кумулација у једној или у обе процесне улоге.

Предлог треба да има одређену садржину. Предлагач у предлогу треба да наведе све потребне податке о заоставштини која је предмет поступка, као и разлоге због којих се поступак покреће.

По пријему предлога, суд заказује рочиште ради усменог расправљања. На рочиште се позивају сви учесници.

Иако предлагач предлаже да суд отклони несагласност у међусобним односима санаследника у погледу управљања заоставштином тако што ће бити постављен управитељ заоставштине, зависно од тога да ли је до несагласности у погледу управљања наследством дошло у току оставинског поступка или после његовог окончања, требало би да суд укаже учесницима на могућност да споразумно уреде начин управљања заједничке ствари до деобе и да тако свој неспоразум реше мирним путем¹⁵ или да покрену поступак за деобу.

Ванпарнични суд има задатак да информативно саслуша учеснике у погледу личности која би могла да буде управитељ наследничке заједнице и у том погледу он спроводи потребне извиђаје који имају за циљ да се пронађе одговарајућа личност која пристаје да буде управитељ

15 Уколико има изгледа да до тога дође, суд ће им предочити да се могу поравнати и указаће им на природу и правно дејство судског поравнања. Кад има изгледа да учесници склопе поравнање, суд им помаже у споразумном уређивању начина управљања заоставштином. Споразум учесника суд уноси у записник као судско поравнање. Пошто им суд прочита записник са постигнутим поравнањем и учесници тај записник потпишу, судско поравнање је склопљено и суд ће обуставити поступак. Ако се заједничари не споразумеју, суд има задатак да уреди начин управљања заједничке ствари тако што ће поставити управитеља заоставштине.

заоставштине или која је компетентна да то буде с обзиром на састав заоставштине.

Пошто спроведе потребне извиђаје, суд на основу резултата поступка доноси решење којим одређује лице које ће управљати заоставштином и одређује му овлашћења.¹⁶

За управитеља наследства суд може да одреди једно или више лица и да им различито одреди овлашћења. Управитељ може бити и неки од наследника.¹⁷ Суд ће поставити управитеља наследства управо из круга санаследника или најчешће из њиховог породичног круга. У литератури се сматра (Сворцан, 2004: 603) да у пракси овакво решење треба максимално избегавати с обзиром на могућност да остали наследници такву одлуку увек лоше протумаче и да посумњају у објективност суда. С друге стране, понекад ће веће гаранције за квалитетно и савесно обављање ове дужности пружати лица која не припадају кругу санаследника, посебно ако су сами наследници некомпетентни за одређену врсту управљачког посла.

Суд ће одбити предлог за постављање управитеља наслеђа уколико је сам оставилац одредио тестаментом извршитеља завештања, одн. Тестаментa, јер се његова овлашћења односе и на управљање наследством у току трајања наследничке заједнице.

Против решења којим се одређује управитељ наследства допуштена је жалба. У погледу жалбе против решења, важе правила општег ванпарничног поступка (Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 111).

Против правноснажне одлуке у овом поступку не може се изјавити ревизија јер је њено изјављивање законом искључено.

9. Поред суда, управитеља наследства може да постави и јавни бележник као повереник суда уколико му је надлежни суд поверио спровођење покренутог првостепеног поступка (Станковић, 2015: 25). Ова могућност произлази из одредбе члана 30а ЗВП којом је предвиђена и разрађена комесаријална функција јавних бележника (Станковић, Мандић, 2013: 311, Станковић, Мандић, 2013: 169; Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 157).

10. Надлежни ванпарнични суд може да повери покренути поступак за уређивање управљања и коришћења заједничке ствари јавном бележнику уколико оцени да је то целисходно у конкретном случају (Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 160,163). Поступак за уређивање управљања и коришћења заједничке ствари налази се у кругу оних

16 УЗН нису прецизно одређена овлашћења управитеља наследничке заједнице кога је својим решењем поставио ванпарнични суд. То је и разлог што се у судској пракси срећу различита решења. Једна од последица је и у томе што судови врло често одређују управитељу она овлашћења која по закону припадају старатељу заоставштине.

17 Чл. 228, став 3 ЗН.

ванпарничних правних ствари из надлежности ванпарничног суда које он може поверити јавном бележнику јер се ради о спровођењу поступка који спада у поступке за уређење имовинских односа и за који није предвиђена искључива надлежност суда одредбом члана 30а Закона о ванпарничном поступку. Одлука суда о поверавању овог ванпарничног поступка јавном бележнику ствар је оцене целисходности.

Против решења којим суд поверава спровођење покренутог поступка за уређење управљања и коришћења заједничке ствари јавном бележнику није допуштена жалба.

На основу решења поступајућег судије да се поступак повери бележнику, председник основног суда ће донети решење о именовању јавног бележника у складу са правилима која предвиђа ЗВП (1982) и уступити спровођење ванпарничног поступка јавном бележнику.

Јавни бележник коме је поверено спровођење поступка за постављење управитеља наслеђа дужан је да поступак спроведе по правилима ЗВП уз надзор који врши суд (Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 182).

Против решења које је донео ванпарнични суд учесници имају право да изјаве жалбу под истим условима и по истим правилима као да га је донео суд. Правни лек се подноси јавном бележнику код кога се предмет налази.

11. Управитељ наследничке заједнице кога је поставио ванпарнични суд, одн. јавни бележник својом одлуком је специфична врста старатеља који има посебна овлашћења у погледу управљања заоставштином без обзира да ли су наследници пословно способна или пословно неспособна лица, за разлику од управитеља кога именују сами наследници. Специфичан правни однос који постоји између санаследника као заједничара и настала правна ситуација у погледу управљања наслеђем захтевају посебан облик заштите њихових интереса. Отклањање насталог неспоразума у погледу управљања наслеђем суд елиминише постављањем управитеља наследства као специфичног старатеља који ће се непосредно старати о управљању наслеђем у интересу свих санаследника.

Управитељ наследства је посебан заједнички старатељ свих санаследника као заједничара који има секторска овлашћења, одн. овлашћења која се тичу само управљања наслеђем.

Функција управитеља наследства је привремена и траје само одређено време – од правноснажности решења којим је постављен до деобе заоставштине, без обзира на начин деобе. Деобом престаје потреба за старатељском заштитом овог типа. Пре деобе, његова функција може престати смрћу и разрешењем ове дужности.

За разлику од управитеља заоставштине кога су поставили сами наследници, управитељ кога је именовао суд, односно јавни бележник није

њихов пуномоћник јер основ његовог овлашћења да управља наследством не лежи у вољи самих санаследника. Основ овлашћења за предузимање радњи управљања заједничком имовином свих наследника до развргнућа наследничке заједнице деобом произлази из судске одлуке – решења ванпарничног суда којим је одређен да управља наслеђем. Управитељ заоставштине није овлашћен да врши било које наследноправно овлашћење.

12. У домаћој правној литератури постојало је и схватање да управитељ заоставштине има положај и једнака права као и извршитељ тестамена до свршетка оставинске расправе, а да је после правноснажности решења о наслеђивању пуномоћник наследника без обзира што га је именовао суд (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 304). Овакво мишљење је, несумњиво, било погрешно с обзиром на правну природу решења о постављању управитеља наследничке заједнице, као одлуке коју доноси ванпарнични суд и која представља акт државне власти којом се уређује једна правна ситуација у којој је потребно садејство суда. С друге стране, то је супротно и природи самог уговора о пуномоћју, те суд као државни орган који пружа правну заштиту, односно јавни бележник, као повереник суда, никако не може да се нађе у улози властодавца.

13. Управитељ је овлашћен да само управља наследством тако што ће обављати послове редовног управљања заоставштином. Редовно управљање заоставштином представља доношење одлука које се тичу чувања, одржавања, поправке или употребе појединих ствари из састава заоставштине. Он је овлашћен да предузима текуће и нужне послове да би се сачувала вредност заоставштине. Он може да исплаћује трошкове поправке или чувања ствари. Управитељ нема право да располаже стварима и правима из заоставштине, нити је овлашћен да наплаћује оставиочева потраживања, исплаћује дугове, легате или налоге.

Управитељ наследства је овлашћен да располаже стварима и правима из састава заоставштине само уколико је то потребно ради исплате трошкова или ради отклањања какве штете. Сматра се да се ради о допуштеном располагању стварима или правима из заоставштине која су потребна ради исплате трошкова оставинског поступка, пописа и процене заоставштине, чувања ствари, оставиочеве сахране и слично (Антић, Балиновац, 1996: 603). Управитељ заоставштине би требало да ове акте располагања предузима уз претходну дозволу или уз накнадно одобрење суда.

Међутим, у одредби члана 230 ЗН каже се да управитељ заоставштине може изузетно да предузима одређене акте располагања стварима и правима из заоставштине са одобрењем суда. Ако управитељ евентуално предузме ове послове пре но што добије дозволу од суда, његови акти

располагања представљају рушљиве правне послове које накнадно може да одобри и може да конвалидира суд. Поред суда, послове управитеља заоставштине могу да конвалидирају и сами санаследници ако се са предузетим актима располагања сложе (Антић, Балиновац, 1996: 603). У том случају нема потребе да суд накнадно одобрава предузете послове управитеља.

14. За разлику од старатеља заоставштине, управитељ заоставштине, без обзира да ли су га поставили санаследници или га је поставио суд, односно јавни бележник, није овлашћен ни да тужи, ни да буде тужен. Он не може бити странка у функционалном смислу јер нема такво овлашћење пошто се његова овлашћења крећу у сфери управљања наслеђем.

15. Разлика између управитеља наследством и старатеља заоставштине потиче, не само због функције коју они имају поводом заоставштине, већ и по томе што су одређени у различитим посебним ванпарничним поступцима. Старатеља заоставштине одређује надлежни орган (суд или јавни бележник) који спроводи оставински поступак.¹⁸ Управитеља заоставштине одређује, по правилу, надлежни орган у поступку за управљање и коришћење заједничке ствари, без обзира да ли је у питању самосталан или адхезиони ванпарнични поступак. То су два различита посебна ванпарнична поступка у којима се поступа по различитим правилима ванпарничне процедуре.

Разлика између старатеља заоставштине и управитеља наследством потиче и из различитих правнополитичких циљева који су мотивисали законодавца да предвиди ова два института.

Старатељ заоставштине се поставља у току оставинског поступка да би се заштитили интереси наследника. Управитељ наслеђа се поставља да би се спречила штета,¹⁹ самовлашће или чита неправда за поједине учеснике – санаследнике до деобе наследничке заједнице у интересу санаследника и сачувала економска вредност наследства. Старатељ заоставштине се поставља чим се укаже потреба за заштитом појединог наследника или кад је то потребно. Старатељ заоставштине се поставља кад су наследници непознати, када се одсутном наследнику не зна

18 Јавни бележник може да постави старатеља заоставштине само ако му је поверено да спроведе првостепени оставински поступак. Уколико је јавном бележнику поверена процесна радња, као на пример састављање смртовнице, попис и процена заоставштине или предузимање одређене мере обезбеђења заоставштине, јавни бележник у том случају не може да постави старатеља заоставштине јер је одредбама ЗВП (1982) предвиђено да инцидентни адхезиони поступак за постављање привременог старатеља заоставштине покреће сам суд који спроводи поступак (Станковић, Трговчевић Прокић, 2016: 462).

19 Нпр. продаја ствари које су подложне кварењу, поправка алата.

пребивалиште или боравиште, кад то захтевају оставиоци повериоци, легатари или корисници налога да би се обезбедила реализација њихових права, као и кад је то потребно. Сматра се да потреба за постављањем старатеља заоставштине постоји када постоји сумња да је лице, које по закону полаже право на наслеђе, једини или најближи сродник умрлог те да постоје и лица која би могла имати једнако или јаче право на наслеђе,²⁰ или када је надлежни орган који спроводи оставински поступак прекинуо расправљање заоставштине и упутио учеснике на парнични поступак или поступак пред органом управе. Он има задатак да сачува заоставштину од оставиоцеве смрти до ефективног преузимања заоставштине од стране наследника као и да испуњава обавезе из правних односа које је засновао оставилац (Ђурђевић, 2010: 290).

Управитељ наслеђа се поставља у току трајања наследничке заједнице јер наследници заједнички треба да управљају и располажу заоставштином уколико сам оставилац није тестаментом предвидео лице које ће до деобе наслеђа управљати заоставштином или кад нема сагласности самих наследника о начину коришћења и управљања наслеђем. Кад међу наследницима нема сагласности о управљању наслеђем, поставља се управитељ наследства.

Разлика између старатеља заоставштине и управитеља наслеђа манифестује се и у ширини њихових овлашћења. Старатељ заоставштине има знатно шира овлашћења од управитеља наслеђа. Старатељ заоставштине у погледу управљања и располагања заоставштином има исти положај као и наследник (Цуља, 1938: 676), док је управитељ наслеђа овлашћен да само предузима одређене послове у домену управљања,²¹ с тим да за поједине важније радње, посебно кад превазилазе редовно управљање, мора да има сагласност санаследника или дозволу суда.

Старатељ заоставштине је странка у функционалном смислу и он у своје име а у интересу наследника може да покреће судске поступке и да буде тужен.

Уколико су управитеља наслеђа поставили сами наследници он је њихов пуномоћник и од њих може да добије овлашћење да их као јединствене материјалне супарничаре заступа. Ако је управитеља заоставштине поставио суд, он је специфична врста посебног старатеља који има посебна имовинска овлашћења у погледу управљања наслеђем, без обзира да ли су наследници пословно способна или пословно неспособна лица, да би се оно сачувало до деобе. Управитељ кога је поставио надлежни орган није овлашћен да наследнике заступа пред судом.

20 Видети одредбу члана 117, став 5 ЗВП.

21 Управитељ наследства је дужан да нпр. прикупљену закупнину уплати у судски или јавнобележнички депозит.

16. Разлика која постоји између управитеља заоставштине и старатеља заоставштине²² условљава да надлежни орган, суд или јавни бележник, који спроводи оставински поступак, не може да постави јавног бележника за старатеља заоставштине у току оставинског поступка јер у домаћем праву јавни бележник нема законско овлашћење да заступа странке. Међутим, у упоредном праву, јавни бележник има и функцију заступања, као што је то на пример случај у немачком праву у коме нотар може одлуком органа старатељства да буде постављен за старатеља пословно неспособног лица с тим да улогу старатеља пословно неспособног лица не обавља као јавни бележник (нотар) већ у својству старатеља. Нотар који врши функцију старатеља има сва права и обавезе као старатељ, а то укључује и право и дужност да заступа штићеника као лице под старатељством (Трговчевић Прокић, 2012: 83).

Сматрамо да суд може не само да одреди као управитеља наслеђа јавног бележника већ и да сам јавни бележник, уколико му је суд поверио да спроведе првостепени поступак за уређење управљања и коришћења заједничке ствари, може одредити другог јавног бележника за управитеља наслеђа по свом избору или на предлог учесника. Ванпарнични суд или јавни бележник, као надлежни орган, може поставити јавног бележника за управитеља наслеђа јер управитељ наслеђа не заступа наследнике нити врши наследноправна овлашћења што је у складу са јавнобележничком функцијом јер и јавни бележници не могу да се баве заступањем.

17. Треба приметити да се управитељ наслеђа разликује и од чувара наслеђа кога су поставили суд или јавни бележник у претходном поступку ради обезбеђења појединих ствари из састава заоставштине. Чувар заоставштине, као поуздано физичко или правно лице, има искључиво задатак да сачува поједине ствари из оставинске масе и нема овлашћење да управља стварима које су му поверене на чување, за разлику од управитеља наследства чији је основни задатак да управља наследством у интересу наследника до деобе наслеђа.

22 У судској пракси код једног броја судија постоји дилема да ли старатеља заоставштине може да именује јавни бележник као повереник суда. Дилема је последица стриктног језичког тумачења одредбе члана 103 ЗВП (1982) у којој стоји да ће постављење привременог старатеља извршити суд кад је потребно да он буде постављен у току оставинског поступка, тако да се изводи закључак да је у питању искључива надлежност суда. Приликом интерпретације ове одредбе губи се из вида да је одредба члана 103 ЗВП (1982) била неопходна у процесном закону с обзиром да представља изузетно овлашћење за суд јер је поступак за постављање (привременог) старатеља у компетенцији органа старатељства, а изузетак кад старатеља поставља суд мотивисан је разлозима хитности и потребом да се заштите интереси наследника и трећих лица. Уколико ванпарнични суд повери комплетно спровођење оставинског поступка јавном бележнику, онда он у повереној правној ствари поступа по правилима ванпарничног поступка и има иста овлашћења која има и судија.

Литература

- Антић, О. (2002). *Наследно право*. Београд: Самостално издање.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Антић, О. Ђурђевић, Д. (2003). *Приручник за наследно право*. Београд: Правни факултет.
- Beck'sches Notar-Handbuch. (2000). 3. Auflage. red. Wolfram Waldner, München: Verlag C. H. Beck.
- Ђорђевић, В. Сворцан, С. (1997). *Наследно право*. Краљево: Правни факултет у Крагујевцу.
- Ђорђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.
- Ђурђевић, Д. (2010). *Институције наследног права*. Београд: Службени гласник.
- Ђурђевић, Д. (2010). *Osnovi naslednog prava Crne Gore*. Podgorica: CID.
- Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/03 – одлука УС, 6/15.
- Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15.
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2004). *Стварно право*. Ниш: Правни факултет.
- Крећ, М. Рајић, Ђ. (1964). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Zagreb: Narodne novine.
- Лексикон грађанског права*, (1996). Београд: Номос.
- Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању Србије са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет.
- Сворцан, С. (2006). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет.
- Станковић, Г. (1998). Ванпарнични поступци у наследноправним стварима. У: *Зборник радова Новине у Закону о наслеђивању*, Крагујевац: Правни факултет.
- Станковић, Г. Јаневски, А. (2004). Управител на наследничка заедница, У: *Зборник во чест на Миле Хаџи Василев*. Скопје: Правен факултет.
- Станковић, Г. (2007). *Грађанско процесно право, друга свеска, Ванпарнично и извршно процесно право*. Ниш: Удружење за грађанско процесно и арбитражно право.
- Станковић, Г. (2009). *Управитељ наследничке заједнице*. Београд: *Правни информатор*.
- Станковић, Г. (2014). *Закон о ванпарничном поступку, Објашњења, тумачења и стварни регистар*. Београд: Службени гласник.
- Станковић, Г. Мандић Љ. (2013). *Ванпарнично процесно право*. Косовска Митровица: Свен.

Станковић, Г. Мандић Љ. (2013). *Организационо грађанско процесно право*. Косовска Митровица: Свен.

Станковић, Г. Трговчевић Прокић, М. (2016). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*, Београд: Службени гласник.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.

Стојановић, Н. (2013). *Управитељ наследства као заштитник интереса наследника. У: Годишњак на Правниот факултет „Јустиниан први“ во чест на Љиљана Спиrowик-Трпеновска*. Скопје: Правен факултет.

Трговчевић Прокић, М. (2012). *Овлашћење јавног бележника и организација бележништва*, Београд: Службени гласник.

Трговчевић Прокић, М. (2012). *Приказ Закона о јавним бележницима Србије и потреба за усклађивањем са другим законима. Правни живот*. 12.

Упутство за спровођење одредаба чланова 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и члана 98 Закона о јавном бележништву, Вебсајт Високог савета судства.

Цуља, С. (1938). *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, св. II, *Ванпарнични поступци*. Београд: Геца Кон.

Gordana Stanković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Milena Trgovčević-Prokić, LL.D.

Judge of the Primary Court

MANAGER OF THE HERADITARY COMMUNITY

Summary

In this paper, the authors critically analyze the institute of the manager of the inheritance community. The authors define the legal nature of the manager's heritage, the procedure for its determination and their rights and duties. The introduction of public notaries in the legal system and the changes in non-contentious procedural law have allowed not only the appointment of the succession of managers by the notary public, as trustee of the court, but also in the role of manager of succession the notary public is present, which, given the qualifications that it has and the function that is performing, can competently manage the legacy until it is divided by its sucesors.

Key words: *hereditary community, manager of inheritance, non-contentious procedure, a notary public as a court commissioner.*

Поступак у наследним стварима

Др Гордана Станковић,
 Редовни професор Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ПОВЕРАВАЊЕ ОСТАВИНСКОГ ПОСТУПКА ЈАВНОМ БЕЛЕЖНИКУ

Апстракт: *Првостепени суд, према одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, овлашћен је да, под условима који су предвиђени законом, уколико оцени да је то целисходно, повери јавном бележнику даље спровођење започетог првостепеног ванпарничног поступка за који је надлежан или предузимање поједине ванпарничне радње у текућем ванпарничном поступку. У раду се критички анализира поверавање појединих ванпарничних радњи из оставинског поступка и самог поступка јавном бележнику.*

Кључне речи: *јавни бележник, ванпарнични поступак, ванпарнична процесна радња.*

1. Одредбом члана 30а Закона о ванпарничном поступку Републике Србије,¹ разрађена је комесаријална функција јавног бележништва предвиђена одредбом члана 4, став 3 Закона о јавном бележништву (Станковић, Мандић, 2013: 311; Станковић, Мандић, 2013: 166).² Овом законском одредбом предвиђена је могућност да првостепени суд, уколико оцени да је то целисходно,³ под условима који су предвиђени одредбама ЗВП, повери јавном бележнику даље спровођење започетог првостепеног ванпарничног поступка за који је надлежан⁴ или предузимање поједине

1 Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник РС*, 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15, 106/15.

2 Закон о јавном бележништву, *Сл. гласник РС*, 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 93/14 – др. закон и 121/14, 6/2015, 106/15. У даљем тексту: ЗЈБ /2011).

3 Законом о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку (2014) стављене ван снаге одредбе чл. 98 и 99 ЗЈБ (2011) којима је било дато дискреционо право суду да одлучи који ће се поступци и радње поверити јавном бележнику.

4 Одредбом става 2 члана 30а ЗВП законодавац је изричито набројао да се јавном бележнику не могу поверити одређени официјелни ванпарнични поступци: поступак за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, поступци вођења јавних књига

ванпарничне радње у текућем ванпарничном поступку (Станковић, 2014: 55; Станковић, Мандић, 2013: 312).

Поверавање покренутог ванпарничног поступка из надлежности суда јавном бележнику представља вид дејудицијализације који је мотивисан правнополитичким разлозима – настојањем да се суд, у складу са препорукама Комитета министара Савета Европе,⁵ растерети одређеног броја неспорних правних ствари и постигне ефикасност у пружању правне заштите, с тим што се тиме не угрожава правна сигурност грађана јер правну заштиту у повереним правним стварима пружају лица која нису ни државни органи, ни државни службеници, али која су посебно квалификовани и независни стручњаци из области права који на основу поверених јавних овлашћења суделују, као повереници суда, у поступку пружања правне заштите. Уколико се, међутим, ради о поверавању појединих процесних радњи, јавни бележници се јављају у улози помоћних органа суда јер по налогу суда предузимају одређене процесне радње и на тај начин пружају посебну правну помоћ суду. Дужност пружања правне помоћи суду имају не само судови, већ и други државни органи и правосудне институције. Јавни бележник, као носилац јавне функције коју му је поверила држава, иако није ни државни орган, ни државни службеник, дужан је да пружа правну помоћ судовима у оквиру своје јавнобележничке делатности.

2. Новелама ЗВП из 2014.⁶ законодавац је омогућио да оставински суд може да повери јавном бележнику да спроведе покренути оставински поступак у првом степену, да предузме поједине претходне радње у оставинском поступку или да спроведе претходни поступак, као и да предузме поједине процесне радње у току оставинске расправе.

и регистара за које је законом предвиђено да их води суд и састављање исправа за које је ЗВП или посебним законом предвиђена искључива надлежност суда. Законом је предвиђено и да суд не може да повери јавном бележнику оне правне ствари које су у искључивој надлежности ванпарничног суда као што су нпр. статусне ствари, породичне ствари, поступак за рехабилитацију, поступак због повреде права на суђење у разумном року или поједине имовинске ванпарничне ствари. Кад су у питању имовински ванпарнични поступци, суд не може јавном бележнику поверити спровођење поступка расправљања заоставштине када је за наслеђивање меродавно право стране државе.

5 Препорука о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова бр. Р (86) 12 од 6. септембра 1986. године. У Препоруци Комитета министара Савета Европе изричито је наведена потреба за смањивањем „вансудске дужности судија“ а као пример је наведен управо оставински поступак.

6 Закон о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник РС*, 55/14. У даљем тексту ЗВП (2014).

3. Суд може да повери спровођење конкретног првостепеног оставинског поступка само ако је по закону надлежан за његово спровођење⁷ и уколико је оценио да је то целисходно.⁸

Генерална оцена о целисходности поверавања првостепеног оставинског поступка јавним бележницима дата је у Упутству за спровођење одредаба чл. 30а и 110а ЗВП⁹, које су донели председник Врховног касационог суда и Високог савета судства и министар правде 13. 5. 2016. На доношење овог упутства утицао је велики број нерешених оставинских и других предмета у судовима у Републици Србији и потреба да се предузму системске, свеобухватне и дугорочне мера на националном нивоу да би се повећао ниво ефикасности, смањио број нерешених старих судских предмета, скратило трајање судских поступака, омогућило поступање по оставинским предметима у разумном року, створили услови за остваривање ефикасног правног система, делотворно управљање поступком, рационално коришћење правосудних ресурса и повећало поверење јавности у судство.

Доношењу овог упутства претходили су и одређени законодавни захвати који су омогућили интензивније преношење оставинских правних ствари јавним бележницима. Ради се о изменама правила о накнадама јавним бележницима, које су извршене новелама ЗЈБ (2011) крајем 2015. (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 127; Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 189; Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 639). Околност да је одредбама ЗВП било предвиђено да се награда и накнада за рад јавних бележника

7 Поред ванпарничних поступака који су предвиђени у одредби члана 30а ЗВП, могућно је да суд повери јавном бележнику и један ванпарнични поступак који је предвиђен одредбама ЗПП (2011) и који може да се адхезионо води уз ванпарнични поступак. Ради се о поступку за обезбеђење доказа који је покренут у току ванпарничног поступка и чије спровођење суд може да повери јавном бележнику уколико постоји предлог за обезбеђење доказа.

8 У прелазним одредбама Закона о изменама и допунама ЗВП (2014) предвиђени су и други, допунски услови, који важе у погледу поверавања ванпарничног поступка јавном бележнику. Суд може, према одредби чл. 57, ст. 1 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014) да повери јавном бележнику да спроведе само онај поступак који је започет после дана почетка примене ЗЈБ (2011), тј. после првог септембра 2014, када су започели да функционишу јавни бележници. Ако је у поступку који је спроведен пред судом укинута решење којим се окончава поступак и предмет упућен на поновно суђење, спровођење поновног поступка не може се поверити јавном бележнику (чл. 57, ст. 3 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014)).

9 Доношење Упутства било је у складу са циљевима који су утврђени у Националној стратегији реформе правосуђа 2013–2018. и пратећег Акционог плана за њено спровођење, али и Акционог плана за поглавље 23 – „Правосуђе и основна права“ у оквиру приступних преговора Републике Србије са Европском унијом, који је Влада РС усвојила на седници одржаној 27. 4. 2016.

исплаћује из буџета суда изазвала је у пракси проблеме и судовима¹⁰ и јавним бележницима¹¹, тако да је актом Високог савета судства,¹² да би се заштитио судски буџет, практично била заустављена дејудисијализација (Трговчевић-Прокић, 2016: 432). Измене у ЗЈБ (2011) (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 639), Закона о судским таксама¹³ и Јавнобележничке тарифе, коју је донео министар,¹⁴ отвориле су могућност да оставински судови поверавају оставинску расправу или поједине процесне радње јавним бележницима у већој мери почев од маја 2016, када је и донето Упутство за спровођење одредаба чл. 30а и 110а ЗВП, које су донели председник Врховног касационог суда и Високог савета судства и министар правде 13. маја 2016.

4. Према одредби чл. 110а, надлежни оставински суд који је покренуо оставински поступак може јавном бележнику да повери спровођење оставинске расправе.¹⁵ Овом одредбом законодавац је омогућио да одлуком

10 Суд, по правилу, није имао довољно средстава за исплату награде и накнаде јавним бележницима јер су недостајала и средства за исплату трошкова службених одбрана, за ангажовање судија поротника и вештака, те из тих разлога није поверавао оставинску расправу, али и састављање смртовнице јавним бележницима с обзиром на ограничена средства потребна за рад судова као и због одговорности за закониту, наменску и економичну употребу буџетских средства (детаљно: Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 136).

11 Питање исплате награде у повереном поступку или процесној радњи, стварало је додатне проблеме јавним бележницима. Они су били дужни према одредби чл. 134, ст. 6 Закона о изменама и допунама ЗЈБ (2015) да од наплаћене награде без ПДВ, на име таксе за јавни приход уплате износ од 30% од наплаћене награде у року од 15 дана рачунајући од наплаћене награде. Јавни бележник је, на основу закона, независно од награде и накнаде трошкова, био дужан да наплати таксу за обављену услугу која представља јавни приход, чија је висина одређена законом. С друге стране, проблем се усложњавао у оним ситуацијама када суд јавним бележницима није исплатио награду, а приликом подношења захтева за трошкове суду они су уплаћивали и судску таксу. С обзиром на то да суд није располагао буџетским средствима да исплати јавним бележницима у повереним радњама, односно поступцима награду, то се постављало и питање да ли ће јавним бележницима бити и наплаћен порез на ову таксу, без обзира што им суд није исплатио награду, а у поступку утврђивања наплате и контроле јавних прихода, наплатом пореза, што је регулисано Законом о пореском поступку и пореској администрацији (2002), јер бележници приликом подношења захтева за наплату награде суду достављају и копију захтеване награде пореској управи и уплаћују таксу (детаљно о томе: Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 190)

12 Високи савет судства, 2015.

13 Закон о судским таксама, *Службени гласник РС*, 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – др. закон, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 и 106/15.

14 Јавнобележничка тарифа, *Службени гласник РС*, 12/16.

15 Јавном бележнику се могу поверити спровођење оставинског поступка на тражење потенцијалних наследника пошто је суд обуставио оставински поступак јер су заоставштину чиниле само покретне ствари.

оставинског суда у одређеним оставинским правним стварима функционална надлежност за спровођење првостепеног оставинског поступка буде по одлуци суда подељена између судије основног суда и јавног бележника.

5. Надлежни оставински судија који је покренуо оставински поступак може да повери спровођење оставинске расправе јавном бележнику уколико се ради о оставинским предметима у којима је поступак покренут после 1. септембра 2014, кад је започела да функционише јавнобележничка служба, уколико суд није заказао рочиште или није одржао рочиште и ако већ није плаћена судска такса.

6. Да би јавни бележник могао да спроведе поверени оставински поступак, потребно је да надлежни судија донесе одлуку о поверавању конкретне правне ствари јавном бележнику (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 163) и да потом председник суда именује јавног бележника који ће, пошто му буде достављен оставински предмет, наставити са спровођењем првостепеног оставинског поступка (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 166).¹⁶ Одлуке које доносе надлежни судија и председник суда, иако представљају решења, разликују се по својој правној природи. Решење које доноси поступајући судија представља решење о управљању поступком (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 165),¹⁷ док је решење председника суда акт судске управе (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 167) којим се реализује одлука надлежног оставинског судије и, истовремено, растеређује надлежни суд једне ванпарничне правне ствари.

Решење којим се јавном бележнику поверава спровођење оставинске расправе судија који је по службеној дужности покренуо оставински поступак може да донесе тек пошто буде састављена потпуна смртовница.¹⁸ У том тренутку у развоју оставинског поступка судија је у прилици да, на основу података које потпуна смртовница садржи, утврди да ли постоје услови за отварање оставинске расправе, да ли постоје или не постоје услови да се

16 Приликом именовања јавног бележника који треба да поступа, председник суда је дужан да води рачуна и о томе да ли су бележници именовани на подручју оних општина, које су ван седишта суда и где нема судских јединица. Уколико су бележници именовани на подручју општине где је оставилац имао последње пребивалиште или боравиште или се на подручју општине налази претежни део његове заоставштине, састављање смртовнице или спровођење оставинске расправе председник суда треба да повери јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју те општине.

17 Иако је по својој процесној функцији решење о поверавању оставинског поступка одлука о управљању поступком, она је, истовремено и акт располагања поступком којим поступајући судија преноси вршење судске власти јавном бележнику и своју изворну надлежност за расправљање заоставштине на јавног бележника.

18 Смртовницу, по правилу, саставља јавни бележник. Међутим, уколико је смртовница била непотпуна, смртовницу може да састави и сам судија или да то, по налогу суда, учини судијски помоћник.

оставински предмет уступи јавном бележнику да настави са спровођењем оставинског поступка и да ли је то целисходно или треба да одлучи да обустави оставински поступак. Уколико за расправљање конкретне заоставштине није меродавно право Републике Србије, нису испуњени законски услови за поверавање оставинске правне ствари јавном бележнику јер они, по самом закону, нису овлашћени да спроводе оставински поступак у коме треба да примене право стране државе.

Ако после смрти умрлог лица није остала имовина или заоставштину оставиоца чине само покретне ствари, оставински суд је дужан да обустави поступак за расправљање заоставштине и у том случају нису испуњени услови да се одлучује о поверавању оставинске расправе јавном бележнику. Међутим, он ову одлуку може да донесе и касније, уколико неко од лица позваних на наслеђе затражи да се спроведе оставинска расправа.

7. Законодавац је у одредби члана 110а, став 2 ЗВП предвидео да се настављање покренутог оставинског поступка по правилу повери оном јавном бележнику који је састављао смртовницу¹⁹ јер је он већ поступао у конкретној правној ствари. Уколико поступајући судија поверава спровођење оставинске расправе јавном бележнику који је сачинио смртовницу, није потребно да председник суда, након што је одредио јавног бележника за састављање смртовнице, поново доноси решење о одређивању јавног бележника коме се поверава спровођење поступка јер је он већ познат.

8. Поступајући судија неће моћи да донесе решење о поверавању оставинске расправе јавном бележнику који је већ био именован да поступа у конкретној правној ствари уколико постоје одређене сметње. Пре свега, могућно је да је суд утврдио да нису испуњени услови за поверавање оставинског поступка јер се ради о правној ствари за коју није меродавно домаће, већ страни право или му је спровођење поступка поверио суд на чијем се подручју не налази службено седиште јавног бележника. Сметња се може састојати у томе што је јавни бележник у међувремену умро или престао да обавља јавнобележничку делатност или кад постоје друге околности због којих он може да одбије да спроведе оставинску расправу. То се може догодити кад постоје разлози за његово искључење или за изузеће, кад је привремено спречен да обавља јавнобележничку делатност, кад је према њему покренут дисциплински поступак или је суспендован.²⁰

19 Спровођење оставинске расправе суд може поверити јавном бележнику који је сачинио смртовницу само у предметима примљеним после 1. септембра 2014, кад је започела званично да функционише јавнобележничка служба и у оним предметима у којима није већ наплаћена судска такса.

20 Преоптерећеност јавног бележника не представља оправдани разлог због кога он може да одбије да спроведе поверену правну ствар.

9. Против решења о поверавању оставинске расправе јавном бележнику није дозвољена жалба. Решење о поверавању оставинске расправе доставља се јавном бележнику са списима предмета.

10. Јавни бележник коме је поверено да спроведе оставинску расправу поступа по правилима поступка који му је поверен – поступа по општим правилима ванпарничног поступка и по правилима посебног ванпарничног поступка за расправљање заоставштине. То значи да он у повереном вршењу судске власти може да предузима све оне процесне радње које по самом закону може да предузима оставински суд. Он је овлашћен да од наследника узима наследне изјаве, да заказује и одржава рочишта, да именује старатеља заоставштине, да одреди управитеља наследства, да одређује привремене мере, да упути учеснике на парнични поступак или на поступак пред органом управе, да доноси решење о легату и да донесе решење о наслеђивању.

11. Решење о наслеђивању и решење о легату које је јавни бележник донео као повереник суда може се нападати правним лековима под истим условима и по истим правилима као да га је донео суд. Правни лек се изјављује јавном бележнику код кога се предмет налази. Јавни бележник у поступку по правном леку спис предмета доставља основном суду који му је поверио спровођење оставинске расправе, да би оставински суд припремио предмет у складу са Судским пословником и доставио га инстанцијом суду који треба да одлучи о правном леку.

12. Законодавац је предвидео да суд може јавном бележнику да повери и предузимање одређене процесне радње у текућем судском поступку. Поверавање поједине ванпарничне радње јавном бележнику резултат је, с једне стране, околности што првостепени ванпарнични поступак није, као парнични поступак, заснован на доследној примени принципа непосредности²¹ у погледу организације расправљања²² и доказивања,²³ а с

21 Иако је првостепени ванпарнични поступак, по правилу, заснован на монократском принципу, који сам по себи обезбеђује непосредност у поступку, законодавац је одступио од овог принципа јер је омогућио да поједине процесне радње предузимају не само судијски помоћници већ и јавни бележници. Судијски помоћници могу да предузимају поједине радње у текућем поступку кад је то предвиђено одредбама ЗВП или другим законом (члан 17, став 3 ЗВП), а јавни бележници кад ванпарнични суд одлучи да им повери предузимање поједине радње.

22 Могућност да се у ванпарничном поступку не одржава усмена расправа и да суд може да одлучује без заказивања и одржавања рочишта за усмену расправу, фаворизује принцип писмености и елиминише примену принципа усмености и непосредности.

23 И могућност да се, у складу са правилом о сходној примени правила парничног поступка, користе и примењују нова доказна правила из ЗПП (2011) која омогућавају да се користе исправе које замењују сведочење у оним поступцима где није обавезно непосредно извођење доказа сведочењем, фаворизовала су извођење доказа исправама. Она су довела су до тога да се не само да се избегне непосредан контакт сведока и

друге стране, идејом о дужности пружања правне помоћи судовима коју имају сви правосудни и други органи (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 59).

13. Оставински суд може да повери поједине процесне радње у складу са правилима која су предвиђена у општим одредбама ЗВП или у складу са правилима посебног поступка за расправљање заоставштине.

14. ЗВП у општим одредбама није изричито предвидео које се судске процесне радње могу поверити јавном бележнику. Судске процесне радње у ванпарничном поступку различите су по садржини. Оне могу да буду радње покретања поступка по службеној дужности, радње управљања поступком, радње извиђања и доказивања, радње достављања писмена, радње засведочавања предузетих процесних радњи, радње пружања правне помоћи и радње одлучивања.

У текућем оставинском поступку који спроводи суд он може да повери јавном бележнику, по правилу, само радње извиђања и радње достављања писмена.²⁴ Од јавног бележника се може захтевати нпр. да узме наследничку изјаву, да изврши увид у јавне књиге и регистре, да достави писмено,

суда (и суда и вештака), већ и елиминише потреба да се организује усмено извиђање и расправљање. Нова доказна правила трасирала су могућност да поједине процесне радње којима суд формира процесну подлогу за одлучивање буду замењене радњама које су, пре или у току ванпарничног поступка, предузели јавни бележници који, у оквиру своје изворне надлежности, имају овлашћење да састављају или оверавају приватне исправе које служе као доказ и у ванпарничном поступку. Тако је нпр. валидна не само наследничка изјава која је дата пред судом већ и пред јавним бележником или изјава сведока коју је засведочио или оверио јавни бележник.

24 Одредбама ЗПП (2011), који се у смислу одредбе чл. 30 ЗВП сходно примењује у ванпарничним стварима, предвиђена је могућност да се достављање писмена врши и преко преко јавног бележника, као једног од органа достављања. Одредбама ЗЈБ (2011) предвиђено је да радњу достављања, коју је суд поверио јавном бележнику, може да предузме и приправник јавног бележника. Сам поступак достављања регулисан је одредбама ЗПП. Јавни бележник коме је поверено достављање дужан је да примењује одредбе ЗПП које се односе на достављање писмена у погледу начина на који се достављање врши у зависности од субјекта коме се писмено доставља и врсте писмена које се доставља. Правила која се односе на достављање предвиђена правилима парничног поступка примењују се у свим ситуацијама када је суд поверио да достављање писмена предузме јавни бележник. Одредбама ЗПП (2011), које се сходно примењују у ванпарничном поступку, предвиђен је и начин достављања писмена јавном бележнику. По тим правилима ванпарнични суд је дужан да врши достављање свих писмена јавном бележнику. Достављање јавном бележнику врши се преко његове канцеларије и предајом писмена лицу које ради у његовој канцеларији на начин који је предвиђен за пуномоћнике из реда адвоката (одредба чл. 136, ст. 3 ЗПП (2011)). Треба приметити да ће јавни бележници, као органи достављања, моћи да помогну судовима код достављања, али то никако не значи да ће они редовно бити достављачи суда или стална доставна служба суда. Суд ће поверавати достављање одређених писмена или позива преко јавног бележника само у изузетним случајевима,

да предузме разне техничке радње којима се припрема расправљање и одлучивање, да о њима састави јавнобележничку исправу која ће касније, као доказ, бити изведена пред ванпарничним судом, да изврши печатење стана или просторија које су припадале оставиоцу.

15. У појединим одредбама ЗВП које се односе на оставински поступак законодавац је изричито предвидео да се предузимање одређених ванпарничних радњи у претходном поступку може поверити јавном бележнику или је одредио паралелну надлежност суда (судије и судијског помоћника) и јавног бележника за њихово предузимање.²⁵ У оставинском поступку законодавац је сам извршио оцену целисходности у погледу поверавања појединих радњи јавном бележнику и предвидео, пре свега, да суд може да повери јавном бележнику оне процесне радње које је према ранијим законским решењима предузимао надлежни орган управе.

16. Према одредбама ЗВП, састављање смртовнице поверава се оном јавном бележнику на чијем се службеном подручју налазило последње пребивалиште, односно боравиште оставиоца, а ако оставилац није имао пребивалиште, односно боравиште у Републици Србији, састављање смртовнице се поверава јавном бележнику на чијем се службеном подручју налази заоставштина или њен претежни део. Ово законско решење обезбеђује потпуно и квалификовано састављање смртовнице и ослобађа суд дужности да то чини или да повери састављање смртовнице матичару, како што је ранијим законским решењима било предвиђено (Станковић, Мандић, 2013: 222). Јавни бележник има право да и без одлуке суда изврши попис и процену заоставштине приликом састављања смртовнице, ако то од њега тражи наследник или легатар. Новим законским решењима законодавац је не само обезбедио значајан квалитет у погледу састављања смртовнице као јавне исправе, већ је знатно убрзао и одвијање оставинског поступка.

17. Поред састављања смртовнице, законодавац је предвидео и да друге претходне радње у оставинском поступку које се односе на попис и процену заоставштине могу да буду поверене јавном бележнику. Према ранијим законским решењима која је предвиђао изворни текст ЗВП, попис заоставштине је могао да врши надлежни орган управе или радник суда кога је одредио оставински судија (Станковић, Мандић, 2013: 222). Пошто се ради о радњама које имају претежно технички карактер а којима се припрема подлога за одлучивање, јер се утврђује састав заоставштине, законодавац се

у оним ванпарничним стварима кад достављање преко других, редовних органа достављања није било могућно.

25 У осталим посебним ванпарничним поступцима законодавац је оставио могућност суду да сам оцени коју ће процесну радњу поверити јавном бележнику и да ли је поверавање поједине процесне радње целисходно или није.

определио за могућност да ове радње може да предузме и јавни бележник који ће на тај начин растеретити суд од предузимања оних процесних радњи које не представљају суђење, одн. одлучивање (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 127).

Иако законодавац третира попис заоставштине и процену заоставштине као радње које се у оставинском поступку поверавају или могу поверити јавном бележнику, ради се у ствари о посебној врсти претходног међупоступка поступка који може да се интерполира у текући оставински поступак. У току поступка пописа и поступка процене предузимају се различите процесне радње – врши се попис заоставштине, саставља о томе записник а по потреби врши се и процена. Процену врши сам јавни бележник или уз помоћ вештака. У току предузимања ових радњи саставља се записник којим се засведочавају предузете активности.

Према одредби члана 96 ЗВП, јавни бележник може да врши попис и процену заоставштине на основу одлуке суда²⁶ коју суд доноси уколико наследници, легатарии или повериоци умрлог захтевају од суда да се она изврши. Осим тога, суд по службеној дужности доноси одлуку да попис и процену заоставштине изврши јавни бележник и када се не зна за наследнике или за њихово боравиште, кад су наследници лица која услед малолетства, душевне болести или других околности нису способна да се сама старају о својим правима и интересима, кад заоставштину треба да наследи Република Србија или у другим оправданим случајевима.

Одлуком којом поверава јавном бележнику да изврши попис и процену заоставштине суд је дужан да наложи јавном бележнику да предузме још неке ванпарничне радње јер је сам законодавац предвидео самим законом да јавни бележник приликом пописа и процене заоставштине предузима, по природи ствари, још неке судске ванпарничне радње. Приликом спровођења пописа и процене заоставштине, он је дужан да састави записник о попису и процени (чл. 99а ЗВП) и да записник достави оставинском суду и сваком учеснику у поступку.

18. Законом је изричито предвиђена могућност да јавни бележник, коме је поверено да изврши попис и процену заоставштине, може да одреди привремене мере за обезбеђење заоставштине уколико су испуњени законски услови (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 59). Јавни бележник је дужан да предузме ову судску радњу и одреди привремене мере за обезбеђење заоставштине све док не преда смртовницу оставинском суду. Привремене мере обезбеђења састоје се у томе што се имовина или њен део предају на чување поузданом лицу, што се готов новац, драгоцености, хартије од

²⁶ Јавни бележник има право да и без одлуке суда изврши попис и процену заоставштине приликом састављања смртовнице ако то од њега тражи наследник или легатар.

вредности, штедне књижице и друге важне исправе предају на чување суду на чијем подручју се налазе или што се одлучује о печатењу оставиоцевог стана, појединих просторија у стану или других просторија које припадају оставиоцу (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 443).

Предузимање привремених мера за обезбеђење заоставштине представља вршење судске функције и одлучивање у поступку обезбеђења као адхезионом извршном поступку који се води уз ванпарнични поступак.

19. И сам суд који одређује привремене мере обезбеђења заоставштине, може, по самом закону, да одреди да се одређене покретне ствари предају на чување јавном бележнику, посебно у ситуацији када су наследници непознати или одсутни и када се утврди да ниједан од присутних наследника није способан да управља заоставштином, а он нема законског заступника. Одређивањем радње чувања одређених покретних ствари по одлуци суда законодавац је ојачао депозитну функцију јавног бележништва јер је предвидео да радње чувања депонованих ствари може да врши јавни бележник по налогу суда.

20. Кад поједине ванпарничне радње које се могу поверити јавном бележнику нису изричито предвиђене одредбама ЗВП, оцену о целисходности њиховог поверавања јавном бележнику доноси сам судија. У погледу поверавања појединих ванпарничних радњи није од утицаја чињеница кад је поступак покренут – да ли је поступак покренут пре или после ступања на снагу новелираног ЗВП.²⁷ Као и кад се ради о поверавању првостепеног ванпарничног поступка, ванпарнични суд је дужан да се руководи принципом целисходности приликом одлучивања²⁸ о томе да ли ће поверити јавном бележнику да предузме поједине процесне радње из судске надлежности у текућем ванпарничном поступку. Суд је дужан да приликом одлучивања да ли ће поверити јавном бележнику предузимање поједине процесне радње води рачуна и о томе да ли има изгледа да ли ће поступак пред јавним бележником бити ефикаснији од судског поступка. Међутим, уколико судија који поступа у конкретној правној ствари зна да једини јавни бележник који је именован

27 Ванпарнични суд је новелама ЗВП овлашћен да може да повери јавном бележнику предузимање појединих радњи у поступку и у поступцима који су започети пре дана почетка примене ЗЈБ (2011) – чл. 57, ст. 2 Закона о изменама и допунама ЗВП (2014).

28 Приликом одлучивања о целисходности поверавања поједине процесне радње, суд је дужан да води рачуна о низу различитих околности, као на пример да ли је конкретни основни суд оптерећен превеликим бројем ванпарничних предмета, да ли су сви учесници са службеног подручја истог јавног бележника, о висини накнаде и награде за поступање јавног бележника, да ли је потребно и да ли ће учесници моћи да уплате предујам за накнаду и награду јавном бележнику, у смислу сходне примене правила парничног поступка а, ако су учесници ослобођени претходног сношења трошкова поступка, и да ли ће поверавање јавном бележнику повећати издатке у судском буџету.

за подручје основног суда из оправданих разлога неће моћи да поступа у конкретном предмету јер му је познато да постоји разлог за искључење јавног бележника или му је познато да је јавни бележник оправдано одсутан и да неће моћи да поступа приликом предузимања поверене процесне радње, онда ће на одлуку суда да не повери предузимање конкретне процесне радње утицати околност да ће доћи до одуговлачења поступка.

Оцена целисходности код поверавања поједине процесне радње јавном бележнику зависи и од оцене економичности, ефикасности и правне сигурности, посебно ако се ради о личном достављању када се јавни бележник јавља као орган достављања.

21. Одредбом члана 102, став 5 ЗВП законодавац је изричито предвидео да одлуку којом се дозвољава да се скину печати са оставиочевих просторија које су запечаћене може да донесе искључиво оставински суд.

Уколико постоји потреба да се привремено отпечате запечаћене просторије које су припадале оставиоцу ради одређених поправки или отклањања хаварија, оставински судија може наложити јавном бележнику да привремено отпечати запечаћене просторије ради отклањања последица хаварија у њима или ради неопходних поправки,²⁹ чак и кад је оставински поступак окончан.

22. Одредбом чл. 30б ЗВП законодавац је уредио начин поверавања појединог ванпарничног поступка или ванпарничне радње јавном бележнику и сам поступак поверавања.

Зависно од тога да ли се ради о поверавању оставинске расправе, претходног поступка или радње у претходном поступку, али и од природе поједине процесне радње која се поверава, оставински суд може донети одлуку ван рочишта или на рочишту, уколико се оно одржава, по сопственој оцени или после консултација и непосредне комуникације са учесницима или на њихов предлог. Уколико су испуњени услови који се односе на поверавање правне ствари јавном бележнику, суд ће донети решење о поверавању поступка или поједине процесне радње јавном бележнику.³⁰

Решење о поверавању оставинске расправе, претходног поступка или поједине процесне радње доноси поступајући судија првостепеног суда. Решењем којим поверава јавном бележнику предузимање поступка или поједине процесне радње, судија преноси (поверава) вршење судске власти јавном бележнику у једном сегменту поступка у складу са законом који допушта такву могућност и под условима који су законом предвиђени.

29 У том смислу и одлука Првог основног суда у Београду, у предмету ЗРЗ. бр. 3509/13.

30 Решење о поверавању поједине ванпарничне радње јавном бележнику поступајући судија може донети у току ванпарничног поступка, без обзира да ли је тај поступак официјелан или неофицијелан, зависно од тога да ли је целисходно, економично и ефикасно да конкретну радњу предузме јавни бележник.

23. Судија који одлучује о поверавању јавном бележнику не одређује конкретног јавног бележника, као повереника надлежног суда. Судија само доноси решење да се предузимање поједине ванпарничне радње поверава јавном бележнику. Судија који одлучује да се поступак повери јавном бележнику није надлежан да одреди личност јавног бележника који ће поступати у тој правној ствари јер то спада у домен судске управе. Решење о одређивању конкретног јавног бележника са подручја првостепеног суда доноси председник суда (члан 30в). Судија је дужан да решење које је донео, заједно са списима предмета, проследи председнику суда.

24. Уколико на подручју основног суда још увек нема именованих јавних бележника или је суду познато да једини јавни бележник у конкретној правној ствари неће моћи да поступа, јер постоје разлози за његово искључење на које је указао суду један од учесника, суд неће доносити решење о поверавању правне ствари јавном бележнику, иако би то у конкретном случају било целисходно, пошто би то изазвало непотребно одуговлачење поступка. Нпр. суд неће моћи да повери достављање писмена уколико достављање треба извршити крвном сроднику јавног бележника или ванбрачном партнеру јавног бележника јер је та околност позната самом судији или једном од учесника.

25. Решење којим суд поверава јавном бележнику спровођење поступка, по својој правној природи, представља решење о управљању поступком (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2016: 165). Ово решење представља посебну подврсту решења јер представља и налог јавном бележнику да поступа у повереној правној ствари у складу са законом. Решењем којим поверава јавном бележнику спровођење поступка суд одређује рок у којем он треба да предузме поверену процесну радњу.

26. Решење којим се одређена правна ствар поверава јавном бележнику суд доноси, зависно од тренутка у развоју поступка и од тога да ли се ради о поверавању поступка или поједине ванпарничне радње и њене природе, ван рочишта или на рочишту. Решење које се доноси на рочишту засведочава се записником а потом се израђује се посебна одлука.

27. С обзиром на правну природу решења о поверавању поступка или радње јавном бележнику, предвиђено је да није дозвољена жалба. Уколико би евентуално била дозвољена жалба, поступак би се само одуговлачио, што не би било у складу ни са правнополитичким циљевима, ни са правом странака да им правна заштита буде пружена у разумном року (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 59).

28. Поступајући судија је дужан да врши контролу над радом јавног бележника. Уколико из одређених разлога јавни бележник не може да предузме поверену процесну радњу, јер постоје објективни разлози који га у томе спречавају, судија који је донео конкретно решење о поверавању

спровођења поступка или предузимање процесне радње јавном бележнику дужан је да, пошто донесе решење о одузимању поверене радње јавном бележнику, сам поступа у конкретној ванпарничној правној ствари.

29. Законодавац је поступак именовања јавног бележника поверио судској управи и настојао је да се у овом поступку обезбеди законитост, објективност, равноправност и правичност. Поверење поступка правне заштите из компетенције суда захтева и надзор надлежног суда јер се ради о вршењу судске функције и судске власти која се одлуком судије поверава носиоцу јавне функције.³¹

30. Председник суда који је надлежан да поступа у конкретној правној ствари и чија је надлежност заснована у складу са законом, доноси решење о одређивању јавног бележника коме се упућује поверени предмет и на тај начин врши расподелу предмета јавним бележницима са свог подручја. То ће најчешће бити председник основног суда јер је, према одредбама Закона о уређењу судова (одредба чл. 22) основни суд надлежан да у првом степену поступа у ванпарничним стварима за које није надлежан неки други суд, а највећи број ванпарничних правних ствари је у стварној надлежности основних судова.

31. Одређивање конкретног јавног бележника који треба по решењу судије да поступа представља службену радњу председника суда. По својој правној природи, ова радња не представља ванпарничну радњу већ радњу судске управе јер је предузима председник суда у оквиру свог делокруга. Председник суда поступа у овом случају по правилима посебног управног поступка.

32. Одредба члана 30в ЗВП којом је предвиђено да председник основног суда може да одреди искључиво оног јавног бележнику коме ће упутити конкретни предмет чије се службено седиште налази на подручју тог основног суда,³² не односи се на ситуацију кад се предузима поједина процесна радња

31 Осим тога, председник основног суда надлежан је по Закону о уређењу судова (2008) да утврђује годишњи распоред рада судија (одредба чл. 34 Закона о уређењу судова), па је самим тим и надлежан да одреди и јавног бележника као повереника суда. Председник основног суда, који руководи радом судске управе, по закону има задатак да организује све активности које служе вршењу судске власти, да обезбеђује законитост у раду суда, спречава одуговлачење у раду и одговоран је за правилан и благовремен рад суда (одредба чл. 51–52 Закона о уређењу судова).

32 Према ЗЈБ (2011), јавни бележник има једно службено седиште и он је дужан да води јавнобележничку канцеларију у месту свог службеног седишта. Службено подручје и седиште јавног бележника одређује се према надлежности основног суда (одредба чл. 16–17 ЗЈБ). Приликом одређивања јавног бележника који треба да поступа у повереној правној ствари председник суда је дужан да предмете поверава јавном бележнику који има седиште на његовом подручју. Према одредби чл. 17 ЗЈБ, суд може да повери конкретној ванпарничној правној ствари само оном или оним јавним бележницима

јер се одређене процесне радње, као што је достављање, по природи ствари могу предузети и на подручју неког другог суда.

33. У одредби чл. 30в предвиђени су критеријуми по којима се одређује јавни бележник коме ће бити упућена правна ствар уколико на подручју једног суда постоји већи број јавних бележника. Кад на подручју суда своје седиште има више јавних бележника, јавни бележник коме се поверава конкретна правна ствар одређује се са листе јавних бележника на којој су они сврстани по азбучном реду презимена.³³

34. Одредбом чл. 30в, ст. 3 ЗВП регулисана је ситуација која може да настане кад на подручју основног суда своје седиште има више јавних бележника. У том случају председник основног суда је дужан да предмете равномерно расподељују јавним бележницима по азбучном реду по презимену бележника. Законодавац се определио за принцип азбучног реда презимена јер се по том критеријуму именовани јавни бележници налазе на списку.³⁴

35. Одредбом чл. 30в, ст. 4 ЗВП регулисана је ситуација која може да настане у случају да је неки јавни бележник променио презиме или је принцип азбучног реда морао да буде нарушен, због оправданог разлога или оправданог одбијања јавног бележника да поступи у конкретној ванпарничној правној ствари. У тој ситуацији законодавац је предвидео да се предузимање радње поверава следећем јавном бележнику који је следећи по редоследу или оном јавном бележнику који је најмање био ангажован јер је добио најмање предмета на поступање. На овај начин поверавања предмета јавном бележнику избегава се могућност за фаворизовање неког јавног бележника у односу на другог.

36. Разлози због којих јавни бележник може да одбије да поступи у конкретној повереној ванпарничној ствари, због оправданог разлога или због оправданог одбијања, предвиђени су у одредби чл. 30г. Оправдани

који имају службено седиште на његовом подручју. Председник суда може упутити предмет јавном бележнику чије се службено седиште налази на подручју тог суда јер је у питању правна ствар из надлежности тог суда коју је поступајући судија поверио јавном бележнику у складу са законом.

33 Упутством је предвиђено да је целисходно да председник суда, приликом одређивања јавног бележника, ради смањења трошкова, одреди јавног бележника са подручја суда именованог за општину на којој је оставилац имао пребивалиште.

34 Упутство о поступању приликом поверавања правне ствари јавном бележнику предвиђа да се решење о одређивању јавног бележника може генерисати као образац који садржи Су број, име и презиме и службено седиште јавног бележника, потпис председника суда и датум доношења решења. Уколико у пословном софтверу није генерисан посебан образац, судови могу израдити за своје потребе типске образце (штамбиље) који ће садржати наведене податке и бити отиснути на решењу о поверавању спровођења оставинске расправе јавном бележнику који је сачинио смртваницу.

разлог због кога може да буде нарушен принцип азбучног реда представља постојање разлога за искључење или изузеће конкретног јавног бележника јер у моменту кад је председник суда одређивао решењем конкретног јавног бележника та околност није била позната. Осим тога, у време доношења решења којим је председник суда одредио конкретног јавног бележника у складу са правилима о начину одређивања конкретног јавног бележника, њему нису били познати оправдани разлози због којих јавни бележник може да одбије да поступа у повереној правној ствари (нпр. болест, дуже одсуство, службена спреченост итд).

37. Законом прописан начин одређивања јавног бележника који треба да поступа спречава могућност за фаворизовање неког јавног бележника у односу на другог. Код овог начина одређивања јавног бележника законодавац је водио рачуна само о томе да јавни бележници буду равномерно оптерећени повереним правним стварима. Законодавац на овај начин није фаворизовао ниједног учесника одн. ни предлагача ни противника предлагача у контенциозним ванпарничним стварима, а у официјелним поступцима са множином учесника (као што је нпр. оставински поступак) није фаворизовао ниједног. Као што учесници не могу да утичу на одређивање судије који ће поступати у њиховој правној ствари, тако не могу ни да утичу на именовање јавног бележника који ће поступати.

38. Председник суда у чијој је надлежности одређивање конкретног јавног бележника који треба да поступа дужан је да донесе решење у коме ће именовати конкретног јавног бележника коме треба проследити решење о поверавању правне ствари које је донео надлежни судија и сам ванпарнични спис.³⁵

35 Треба приметити да одредба чл. 30в у ст. 4 није коректно правно-технички редигована. У одредби ст. 4 овога члана употребљен је један неадекватан правно-технички термин. Ради се о томе да је законодавац, уместо термина „поверавање ванпарничног поступка или поједине ванпарничне радње“ употребио неадекватан термин „посао,“ вероватно у настојању да текст одредбе буде што краћи или због тога што је преузео идентичну редакцијску грешку из одредбе чл. 17, ст. 2 ЗЈБ (2011) који говори „о повереним пословима“ уместо о повереним правним стварима или радњама. Поверавање процесне радње у поступку у коме надлежни ванпарнични суд врши судску функцију, пружа правну заштиту и врши судску власт, не представља грађанскоправни посао. Суд који упућује једну правну ствар јавном бележнику не упућује понуду за закључење посла. Између суда који поверава једну правну ствар јавном бележнику не постоји никакав уговорни однос, те се не ради о (правном) послу. Нити је суд наручилац посла, нити је јавни бележник, који као повереник суда врши јавна овлашћења, извршилац посла. Суд, у складу са законом, преноси вршење судске власти јавном бележнику јер то закон предвиђа и допушта из одређених правнополитичких разлога. Јавни бележник инвеституру – налог за поступање и одлучивање у одређеној ванпарничној правној ствари добија од суда коме је поверено да врши судску власт.

39. Одредбом чл. 30г ЗВП предвиђена је дужност јавног бележника да поступа као повереник суда и предвиђени су разлози због којих може да одбије да поступа у повереној правној ствари.

40. Уколико јавни бележник који је одређен одлуком председника суда да поступа у повереном предмету обавести председника суда да у тој правној ствари не може да поступа јер постоје оправдани разлози или оправдано одбије да поступа, председник суда је дужан да донесе ново решење и да одреди новог јавног бележника или да обавести судећег судију да нема могућности да се одреди други јавни бележник, јер је он једини јавни бележник на подручју основног суда, и да је он дужан да настави са поступком у конкретној правној ствари.

41. У повереним правним стварима јавни бележник поступа по правилима која важе за поступак који му је поверен или се односе на радњу коју треба да предузме. Јавни бележник, поред правила ЗВП (општих правила и правила која се односе на посебан ванпарнични поступак), примењује сходно и она правила парничне процедуре у погледу којих у ЗВП постоји законска празнина. Јавни бележник је овлашћен да прибавља потребне податке и да прибавља потребне исправе од других надлежних органа.³⁶ Јавни бележник по службеној дужности може да прибавља потребне исправе као што су нпр. изводи из матичних књига рођених, поседовни листови из катастра итд.

42. Јавни бележник је дужан да одређену поверену процесну радњу предузме у року који је одредио судија који је донео одлуку да је целисходно да се конкретна правна ствар повери јавном бележнику. Рок који одређује судија у решењу, по својој природи, може да буде законски и судски рок, зависно од тога да ли је правилима којима је уређен конкретни посебан ванпарнични поступак прецизно предвиђен рок у коме треба обавити службене радње или је препуштено судији да, према околностима конкретног случаја, тај рок одреди. У појединим ванпарничним стварима законодавац је изричито одредио рок у коме треба да се спроведе одређени поступак или предузме одређена радња, као што је то случај са оставинским поступком. У неким од имовинских ванпарничних поступака који се могу поверити јавном бележнику нису предвиђени рокови у којима се предузимају поједине процесне радње. У том случају судија одређује судски рок.

36 Јавни бележник нпр. по службеној дужности прибавља од надлежног органа адресу пребивалишта или боравишта учесника кад му је поверено да изврши радњу достављања а у питању је лично достављање које није могло да се изврши на адреси која је била означена у списима. Или, приликом састављања смртнице јавни бележник може да прибавља податке који се односе на вредност покретних ствари које улазе у састав заоставштине.

43. Јавни бележник има право на награду за рад и накнаду трошкова који су настали вршењем повереничке функције у оставинским правним стварима. Према изменама Закона о јавном бележничтву из децембра 2015, престала је да важи одредба члана 30и ЗВП. Законодавац је новим законским решењем предвидео да накнаду трошкова и награду за свој рад наплаћује сам јавни бележник према јавнобележничкој тарифи (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 639).³⁷

Литература

Станковић, Г. (2015). *Закон о ванпарничном поступку, Објашњења, тумачења и стварни регистар*. Друго издање. Београд: Службени гласник.

Станковић, Г. Мандић Љ. (2013). *Организационо грађанско процесно право*. Косовска Митровица: Свен.

Станковић, Г. Мандић Љ. (2013). *Ванпарнично процесно право*. Косовска Митровица: Свен.

Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2016). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*. Београд: Службени гласник.

Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2015). Поверавање поједине процесне радње јавном бележнику. *Правна ријеч*. 43 (XII). 59–74.

Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2016). Правила о накнади и награди за рад јавног бележника. Зборник радова *Услуге и услужна правила*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2015). Измене и допуне Закона о ванпарничном поступку. Зборник радова *Нови прописи у Републици Србији*. Београд: Глосаријум.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник РС*. бр. 25/82, 48/88, 46/95, 18/05, 85/12, 45/13, 55/14, 6/15.

Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. бр. 46/95, 101/2003 – одлука УС, 6/2015.

Закон о јавном бележничтву. *Службени гласник РС*. бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 121/14, 6/15, 106/15.

Закон о судским таксама. *Службени гласник РС*. бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – др. закон, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14 и 106/15.

37 Новим законским решењем законодавац је настојао да избегне проблеме који су постојали у време кад је суд био дужан да обрачунава и исплаћује јавном бележнику накнаду трошкова и награду, као и да смањи ангажовање и трошкове суда поводом исплате и наплате исплаћених трошкова и награде.

Закон о уређењу судова. *Службени гласник РС*. бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 40/15.

Јавнобележничка тарифа. *Службени гласник РС*. бр. 12/16.

Препорука о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова бр. Р (86) 12 од 6. септембра 1986.

Упутство за спровођење одредаба чланова 30а и 110а Закона о ванпарничном поступку и члана 98. Закона о јавном бележништву, Вебсајт Високог савета судства.

Gordana Stanković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

DELEGACY PROBATE PROCEDURE TO A NOTARY

Summary

According to regulations of the Law on non-Contentious Proceedings of the Republic of Serbia (1982), The court of First Instance is authorized, if assessed expedient, to delegate to a notary further implementation of the initiated first instance non-contentious proceedings which it is competent for or taking over of a certain non-contentious action in a current non-contentious procedure under legally defined conditions. In the paper the authors discuss which procedural actions could be delegated to a notary and critically analyze existing legal solutions.

Key words: *notary, non-contentious procedure, non-contentious action.*

Др Невена Петрушић,*
 Редовни професор Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

РЕЖИМ РЕШАВАЊА ПРЕТХОДНИХ ПИТАЊА У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ У КОНТЕКСТУ НАЧЕЛА ЕФИКАСНОСТИ**

Апстракт: Установа претходног питања је универзални процесни институт који постоји у свим секторима цивилне процедуре. У доктрини процесног права још увек је споран и сам појам претходног питања, а контраверзна су мишљања у погледу многих његових елемената. Посебно су занемарени теоријски и практични проблеми везани за решавање претходних питања у ванпарничним стварима. У овом раду критички је анализиран процесни режим решавања претходних питања која се као спорна појављују у оставинском поступку. Овај режим је сагледан у контексту начела ефикасности и нових европских тенденција у регулисању ванпарничне процедуре, које су такве природе да је упућивање на поступак ради решавања претходних питања постало изузетак.

Кључне речи: оставински поступак, претходно питање, прекид поступка, начело ефикасности.

1. Увод

У грађанским судским поступцима често се појављује потреба за решавањем претходног питања.¹ У теорији грађанског процесног права претходно питање дефинише се као правно питање о постојању

* nevena.petrusic@gmail.com

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018 године.

1 У домаћој литератури, поред израза “претходно питање”, уобичајено је да се као синоними користе и изрази “прејудицијелно” и “инцидентно питање”. Изражен је, међутим, и став да се између претходног и прејудицијелног питања не може ставити

и садржини условљавајућег правног односа или права од кога зависи одлука суда, које још увек није решено у поступку пред судом или другим надлежним органом, а које представља самосталну целину и подобно је да буде самостални предмет одлучивања (Poznić, Rakić-Vodinelić, 1999: 207; Triva, Dika, 2004: 96; Станковић, 2013: 421; Старовић, Кеча, 1995: 81; Јакшић, 2006: 417; Јаневски, Зороска-Камиловска, 2009: 342).

Правила о решавању претходних питања у ванпарничном поступку садржана су у општим и посебним одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије.² Анализа ових правила показује да у ванпарничном поступку, као и у парничном, важи мешовити (тзв аустријски) систем решавања претходних питања,³ и да постоје три категорије претходних питања: 1) претходна питања у погледу којих ванпарнични суд сам врши избор метода за њихово решавање, 2) претходна питања која ванпарнични суд не може сам решити, и 3) претходна питања која мора решити сам ванпарнични суд у текућем ванпарничном поступку (Петрушић, 2001, 212–213).

Према општем режиму решавања претходних питања,⁴ ванпарнични суд је начелно овлашћен да сам изабере начин решавања претходног питања. Кад одлука ванпарничног суда зависи од претходног решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању одлуку још није донео суд или други надлежни орган, суд може сам решити то питање или странке упутити на покретање поступка пред надлежним судом, односно управним органом ради његовог решавања. Уколико су, међутим, међу странкама спорне чињенице важне за решавање претходног питања, а то питање је парничне или управно-правне природе, искључена је могућност да га ванпарнични суд сам реши, већ је дужан да странку чије право сматра *мање вероватним*, упутити да у одређеном року покрене парницу или управни поступак ради његовог решавања. У појединим посебним ванпарничним поступцима важе, међутим, посебна правила о

знак једнакости јер се ради о категоријално различитим правним појмовима (Salma, 1995: 26–29).

2 *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. 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).

3 Историјски и упоредноправно посматрано, постоје три система решавања претходних питања: систем потпуне везаности суда одлуком надлежног органа о претходном питању, систем самосталног решавања претходног питања и тзв, мешовити систем, који подразумева да надлежни орган може да реши свако претходно питање, без обзира да ли је за његово решавање надлежан, али ако је претходно питање већ решено, суд је везан одлуком надлежног органа којим је то питање решено (Triva, Dika, 2004: 97–99).

4 Чл. 22, ст. 1 и чл. 23. ЗВП.

начину решавања претходних питања, какав је случај и са оставинским поступком.

У овом раду критички су анализирана законска правила о решавању претходних питања која се као спорна појављују у оставинском поступку. Циљ рада је да се испита квалитет законских решења, сагледа њихов утицај на остваривање начела ефикасности и права учесника да оставински поступак буде окончан у разумном року, у контексту нових тенденција у развоју ванпарничне процедуре.

2. Претходна питања у оставинском поступку

Претходно питање у оставинском поступку, као и у сваком другом грађанском судском поступку, увек је неко правно питање. У процесном смислу, било које чињенично питање, ма колико од њега зависила одлука о ванпарничној ствари, не представља претходно питање и не подлеже режиму прописаном за решавање ове специфичне врсте правних питања.⁵ Разлог због кога чињенично питање нема карактер претходног питања огледа се и у томе што спор о (не)постојању неке чињенице редовно не представља самостални предмет судског одлучивања, тако да би евентуална тужба за утврђење постојања, односно непостојања чињенице била недопуштена.⁶

У оставинском поступку утврђује се ко су наследници умрлог, какав је састав његове заоставштине, која права припадају наследницима, испорукопримцима и другим сингуларним сукцесорима *mortis causa*. У погледу сваког од наведених елемента може се појавити једно или више претходних питања од чијег решавања зависи садржина одлуке.⁷

5 У литератури се, међутим, среће и схватање да је режим решавања претходног питања различит, у зависности од тога да ли се оно односи на постојање права, тј. правног односа, или се, пак, “као претходно питање јавља чињеница од које зависи постојање права тј. правној односа” (Видети: Георгиевски, 1980: 58). Слично је мишљења и Камхи. (Kamhi, 1968: 31). Наведена схватања су наишла на критику. Видети: Triva, 1981: 46, Петрушић, 2001, 2013.

6 Законом о парничном поступку из 2011. проширен је предмет тужбе за утврђење, па се овом тужбом може тражити и утврђивање постојања, односно непостојања чињенице, из услов да је то предвиђено законом или другим прописом (Станковић, 2013: 355; Петрушић, Симоновић, 2013: 368)

7 Тако се, на пример, у погледу утврђења ко су наследници може појавити као спорно питање да ли између оставиоца и одређеног лица које се јавља као претендент на наслеђе постоји однос на основу кога се по закону наслеђује, а у погледу утврђења састава заоставштине може се као спорно појавити питање да ли је одређено право припадало оставиоцу, тј. да ли улази у састав заоставштине и др. За утврђивање величине наследних делова може се, као

3. Опис и анализа законског режима решавања претходних питања

Посебна правила о начину решавања претходних питања која се појављују у оставинском поступку садржана су у члановима 119, 120 и 121 ЗВП.

У чл. 119 став 1 ЗВП садржано је основно правило према којем је суд дужан да прекине расправљање заоставштине и упутити странке да покрену парницу или поступак пред органом управе, ако су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи неко њихово право. У ставу 2 наведена су, само примера ради, правна питања која се тичу права учесника, а у погледу којих постоји дужност суда да странке упутити на парницу или управни поступак.⁸ У ставу 3 регулисан је начин решавања правних питања која решава сам оставински суд тако што је прописано да сва претходна питања која се тичу права учесника а у погледу којих не постоји спор о чињеницама решава сам оставински суд.

У чл. 121 ЗВП издвојена су претходна питања која оставински суд не може сам решавати, независно од тога да ли се поводом њих учесници споре о чињеницама или о примени права. То су правна питања која се тичу права потомака оставиоца да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у повећању вредности оставиоцеве имовине и правна питања која се тичу састава заоставштине.⁹

претходно правно питање, јавити питање да ли поклон наследнику треба урачунати у његов наследни део.

⁸ Одредба из чл. 119 ст. 2 ЗВП лоше је редигована јер су наведена и чињенична и правна питања која међу учесницима могу бити спорна. Тако је као пример спорних чињеница од којих зависи право на наслеђивање наведена пуноважност тестаментa, иако пуноважност тестаментa не представља спорно чињенично питање, већ је оно, *par excellence*, правно питање, што, наравно, не искључује могућност постојања спорних чињеница од којих зависи пуноважност тестаментa. Таква редакција одредбе из члана 119, ст. 3 ЗВП вероватно је и разлог због кога се у процесној литератури претходним питањем проглашавају саме спорне чињенице. Тако се, на пример, наводи да „Чињенице које су спорне међу учесницима предвиђене (су) у диспозицији материјалноправне норме којом је уређен један правни однос. Пошто су у питању чињенице за чије је утврђење, према закону, надлежан да одлучује парнични суд, оставински суд није надлежан да одлучује о захтевима за утврђење тих чињеница“ (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 510).

⁹ Поставља се питање да ли у групу претходних питања која се тичу састава заоставштине спада и спор у погледу права заједничке својине на предметима домаћинства чланова породице који су са оставиоцем живела у заједничком домаћинству. У литератури се износи став да „Примена чл. 119, ст. 2 и 3 ЗВП, у погледу предмета домаћинства мање вредности, не долази у обзир, јер, према важећем ЗН,

Међу одредбама о решавању претходних питања која се појављују у оставинском поступку налази се и одредба садржана у чл. 120. ЗВП којом су утврђена спорна питања о којима оставински суд не може одлучивати, већ учеснике мора „упутити на парницу“, с тим што не прекида оставински поступак. Ради се о питањима која се тичу права на легат (испоруку)¹⁰ или других права према заоставштини. У литератури се као мотив за овакво законско решење наводи сама природа ових права, која су тражбеноправна и која, управо због тога, не утичу на утврђивање ко су наследници и која је величина њихових наследних делова. Указује се, такође, и на непрецизност правила из чл. 121. ЗВП јер њима није регулисано да ли до упућивања на парницу долази када се појави било која врста спора или само спор о чињеницама (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 77).

Сасвим је извесно да су право на завештање и друга права која појединци имају према заоставштини тражбене природе. Међутим, разлог због кога спорна питања у вези са овим правима не доводе до прекида оставинског поступка јесте чињеница да у оставинском поступку ова питања, процесноправно посматрано, уопште не представљају претходна питања јер од њиховог решавања не зависи утврђивање састава

ови предмети и не чине заоставштину, и као такви нису категорија наследног права. Отуда и оставински суд није више надлежан да у решење о наслеђивању уноси податке о овим добрима“ (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 76, напомена 354). Познато је да је Закон о наслеђивању из 1995. одступио од ранијег специјалног наследноправног режима стицања својине на предметима домаћинства у својини оставиоца, према коме је својина на предметима домаћинства улазила у састав заоставштине и из ње се накнадно издвајала у корист одређених субјеката. Према чл. 1, ст. 3 ЗН, оставиочево право својине на предметима домаћинства уопште не улази у заоставштину, те се самим тим и не наслеђује (Петрушић, 1998: 125). Сматрам, међутим, да овај режим не искључује могућност да се спор о (не)постојању права својине на предметима домаћинства појави као претходно питање у оставинском поступку јер је решавање овог питања од значаја за утврђивање састава заоставштине. Ако, на пример, један учесник тврди да право својине на одређеном предмету домаћинства чини саставни део заоставштине, а други учесници (чланови домаћинства оставиоца) тврде да им на том предмету припада заједничка својина, овај спор је од прејудицијелног значаја за утврђивање састава заоставштине. Зато учесник чије је право мање вероватно може бити упућен на парницу ради доказивања да члановима породице оставиоца који су са њим живели у истом домаћинству припада, односно да не припада право заједничке својине на конкретном предмету.

¹⁰ Закон о наслеђивању (Сл. гласник РС, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015) напустио је већ одомаћене правно-техничке термине и увео термине који су коришћени у старом српском праву. Тако се за „тестамент“ користи назив „завештање“, а за „легат“ – „испорука“. Иако је Закон о ванпарничном поступку у међувремену више пута мењан, нису вршене неопходне термилошке измене у домену оставинског поступка, па су термини из ЗВП остали неусклађени са терминима који се користе у Закону о наслеђивању.

заоставштине, нити су од утицаја за утврђивање ко су наследници и која им права припадају. Ради се, заправо, о томе да постојање спора у вези права на завештање или другог тражбеног права према заоставштини, без обзира да ли се спор тиче чињеница или примене права, искључује могућност да се о њима одлучи у оставинском поступку. Због самог постојања спора у вези права на испоруку и других тражбених права према заоставштини, ове правне ствари постају парничне правне ствари, па је за њихово решавање редовни пут правне заштите парница. Сагласно томе, смисао одредбе о дужности суда да претенденте на испоруку и друга тражбена права „упути на парницу“ не огледа се у томе да се учесници упуте на поступак ради решавања претходног питања, већ у томе да се учесницима пружи поука о поступку у коме могу да остваре своја тражбена права.¹¹

Анализа правила ЗВП о решавању претходних питања која се као спорна појављују у оставинском поступку показује да постоје две групе претходних питања: претходна питања која оставински суд не може сам решити и претходна питања која оставински суд мора сам решити.

Претходна питања која оставински суд *не може сам решити* јесу: 1) сва правна питања која се тичу права на наслеђивање и других права учесника поводом којих међу њима постоји спор о чињеницама, 2) претходна питања која се тичу састава заоставштине, независно од природе спора који међу учесницима постоји, и 3) претходна питања која се тичу права потомака на издвајање из заоставштине дела по основу доприноса у стицању заоставштине, такође независно од природе спора који међу учесницима постоји.

Претходна питања која оставински суд *мора сам решити* су сва правна питања која се тичу права на наслеђивање и других права учесника поводом којих међу учесницима постоји само спор о примени права.

У вези са тим, треба указати да су овлашћења суда да бира начин решавања претходних питања која се као спорна јављају у оставинском поступку ужа у односу на овлашћења која суд има у другим ванпарничним поступцима. Наиме, дикција одредбе из члана 119, став 3 ЗВП, која је формулисана на начин карактеристичан за стриктна правила („*оставински суд расправиће*“...) упућује на закључак да оставински суд нема овлашћење да врши избор начина решавања претходног питања које се тиче права учесника, уколико међу учесницима није споран чињенични комплекс од кога зависи њихово решавање. Ова правна питања суд у оставинском поступку мора сам решити, за разлику од других ванапарничних поступака

11 У парници у којој се остварује право на испоруку тужилац је лице које тврди да му припада право на испоруку, док је као тужени може јавити наследник коме је оставилац наложио испуњење испоруке или множина наследника или сви наследници, ако је завешталац пропусти да одреди ко је дужник испоруке (чл. 145. Закона о наслеђивању).

у којима суд, сагласно члану 22 ст. 1 ЗВП, овај тип претходних питања *може* или сам решити или учеснике упутити на покретање одговарајућег поступка (Петрушић, 2001: 213).^{12,13} Иако не постоји рационално објашњење због чега је законодавац само у оставинском поступку искључио могућност избора начина решавања претходних питања у погледу којих међу странкама нису спорне чињенице, евидентно је да се режим решавања претходних питања у оставинском поступку у погледу којих међу учесницима постоји само спор о примени права разликује од општег режима који важи у осталим ванпарничним поступцима.

Када је реч о томе који се учесник упућује на парницу, односно управни поступак, и у оставинском поступку важи опште ванпарнично процесно правило из чл. 23, ст. 2 ЗВП које гласи: „Суд ће упутити на парницу, односно на поступак пред управним органом оног учесника чије право сматра мање вероватним, ако овим или другим законом није друкчије одређено“. Иако се наведена одредба примењује више од три деценије, у теорији и пракси још увек нема сагласности о томе на основу којих критеријума суд заузима став о томе чије је право „мање вероватно“. У литератури се наводи да поводом овог питања постоје три схватања: да се на парницу, односно управни поступак упућује учесник чије је тврђење мање вероватно, да се упућује учесник који је за своје тврђење понудио „мање убедљиве доказе“ и да упућивање зависи од тога ког учесника погађа терет доказивања (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 511–512). Чини се, међутим, да није реч о различитим схватањима, већ о различитим критеријумима који се међусобно не искључују. Оставински суд је по закону дужан да ради решавања претходног питања на парницу, односно управни поступак упутити учесника чије је право „мање вероватно“. Оставински суд конкретизује овај правни стандард у сваком појединачном случају, што подразумева да „вероватност права“ оцењује према томе колико му се, *prima facie*, чине веродостојним докази којима учесник поткрепљује основаност свог

12 У процесној литератури се, међутим, среће и схватање да ванпарничном суду не припада овлашћење на избор начина решавања претходног питања када међу странкама не постоји спор о чињеницама важним за решење претходног питања. Тврди се, наиме, да реч «може» није адекватно употребљена јер допушта тумачење да је ствар оцене суда да ли ће на питање условљавајућег односа сам одговорити (Познић, 1991: 412).

13 Сматра се да ванпарнични суд није везан својом одлуком о начину решавања претходног питања, те да је у могућности да самоиницијативно настави прекинути поступак ако накнадно оцени да ће сам брже и ефикасније сам решити претходно питање (Janevski, Zoroska-Kamilovska, 2010: 324).

тврђења, али мора узети у обзир и правила о расподели терета доказивања, укључујући и она која проистичу из законских претпоставки.¹⁴

У решењу о упућивању на парницу, односно управни поступак суд је дужан да образложи на основу чега је заузео став да је право одређеног учесника „мање вероватно“. Истраживања праксе, међутим, показују да су образложења често оскудна;¹⁵ понекад се само наводи да је одређени учесник упућен на парницу или да је његово право суд оценио мање вероватним. Понекад се наводи да је учесник упућен на парницу као „слабији у праву“, што има призивак прејудуцирања (Петрушић, 1995: 296).

Приликом елаборирања проблема везаних за оцену „вероватности“ права учесника, поједини аутори износе став да је у случају „погрешног упућивања на парницу парнични суд дужан да се огласи ненадлежним за поступање, те да упути странке на оставински поступак ради измене решења о упућивању на парницу“ (Станковић, Трговчевић-Прокић; 2015: 512). Овакав став нема подлогу у законском тексту. Уколико је оставински суд заузео погрешан став о томе чије је право мање вероватно, па је на парницу упутио „погрешног“ учесника, парнични суд се не може огласити ненадлежним јер није ненадлежан, а још мање може упућивати странке на оставински поступак ради „измене решења оставинског суда о упућивању на парницу“.

Оставински суд је дужан да одреди предмет будућег поступка на који учесника упућује (Janevski, Zoroska-Kamilovska, 2010: 327). У пракси, међутим, судови понекад наводе садржину самог приговора учесника или наводе да се учесник упућује на парницу да би „доказао своје тврђење“. Овакав приступ је погрешан и може довести до истицања неодговарајућег захтева, тј. захтева чија садржина не кореспондира са претходним питањем које се појавило у оставинском поступку, што, у крајњем, доводи до одуговлачења поступка.

Када суд одлучи да учесника упути на парницу, односно управни поступак ради решавања претходног питања, ова одлука аутоматски не доводи до прекида поступка, како би се то погрешно могло закључити из дикције одредбе из чл. 119 ст. 1. ЗВП, која је формулисана на начин

14 Тако судови стоје на становишту да је право завештајног наследника да наследи целокупну имовину мање вероватно од права законских наследника на нужни део јер постоји законска претпоставка да им ово право припада, па се у случају спора о томе да ли су нужни наследници намирени у свом нужном делу на парницу упућује завештајни наследник, који то треба да докаже (Решење Вишег суд у Новом саду, Гж. 1067/10 од 4. 11. 2010, наведено према Лазаревић: 2014: 281).

15 У пракси се сматра да је дошло до битне повреде одредаба поступка ако решење о упућивању учесника на поступак ради решавања претходног питања не садржи разлоге због којих је донето (Решење Вишег суда у Панчеву, Гж. бр. 884/10 од 19. 4. 2010. (Наведено према: Лазаревић, 2014: 280).

карактеристичан за стриктно правило (*Суд ће прекинути расправљање заоставштине и упутити странке...*). Наиме, сагласно чл. 24 ЗВП, суд је дужан да одреди рок у коме учесник може покренути поступак ради решавања претходног питања, који не може бити дужи од 30 дана, а поступак прекида само ако у овом року добије обавештење да је учесник покренуо поступак на који је упућен. То, међутим, није једина ситуација у којој ће поводом решавања претходног питања доћи до прекида поступка, с обзиром да ЗВП пружа могућност да се поступак ради решавања претходног питања покрену и по протеку рока од 30 дана, све до окончања оставинског поступка, с тим што поступак ради решавања претходног питања може покренути не само учесник који је на њега упућен, већ и други заинтересовани учесник у оставинском поступку. Тако, на пример, ако учесник оспори пуноважност тестамена, па га оставински суд упути на парницу за утврђивање ништавости тестамена, а он у остављеном року не покрене парницу, парницу може покренути било који учесник који своје право изводи из тестамена, с тим што ће тражити да парнични суд утврди пуноважност тестамена. У чл. 24, ст. 2 ЗВП регулисане су и последице које наступају ако до окончања поступка не буде покренут поступак ради решавања претходног питања. Закон је изричит: у том случају суд ће довршити поступак без обзира на захтеве у погледу којих је учесник упућен на парницу, односно управни поступак.

У стручној литератури се среће став да покретање парнице по протеку рока који је суд одредио, „*након што је оставински суд већ одлучио о наставку прекинутог оставинског поступка није од утицаја на настављени поступак и на његово довршење, независно од те покренуте парнице. У том случају странка која је упућена на парницу може своја права остваривати у поступку на који је упућена*“ (Лазаревић, 2014: 277). Ово мишљење нема законско упориште и последица је занемаривања општег ванпарничног процесног правила садржаног у чл. 24 ст. 2 ЗВП, које се примењују и у оставинском поступку. Према овом правилу, суд ће довршити поступак без обзира на захтеве у погледу којих је учесник упућен на парницу, односно на поступак пред управним органом, ако ни један од учесника до завршетка ванпарничног поступка не покрене парницу, односно поступак пред управним органом. Јасно је, дакле, да у случају пропуштања рока за покретање поступка ради решавања претходног питања учесници имају могућност да овај поступак и касније покрену, све до окончања поступка, што ће довести до прекида оставинског поступка.

4. Решавање претходних питања у оставинском поступку који спроводи јавни бележник

Одредбама садржаним у новом чл. 30а, који је у текст ЗВП унет 2014. приликом његовог новелирања¹⁶ прописана је могућност да суд спровођење појединих ванпарничних поступака повери јавном бележнику,¹⁷ с тим што је ова могућност искључена у погледу појединих поступака који су у чл. 30а ст. 2 ЗВП таксативно наведени. С обзиром да се на листи „искључених“ поступака налази само оставински поступак у коме је за одлучивање меродавно право стране државе (чл. 30а ст. 2, *in fine*), поступци у којима се оставинске ствари решавају применом домаћих материјалноправних норми могу бити поверене јавном бележнику.

У теорији се поставило питање да ли је јавни бележник у повереном оставинском поступку овлашћен да доноси одлуке о упућивању учесника на поступак ради решавања претходног питања и прекида оставински поступак, с обзиром да се законодавац о томе није изричито изјаснио (Стојановић, Видић Трнинић, 2015: 79). Коментатори ЗВП стоје на становишту да јавни бележник у погледу одлучивања о претходним питањима има сва овлашћења која има и оставински суд (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 513).

Сасвим је извесно да је јавни бележник, *de lege lata*, овлашћен да доноси све одлуке које се тичу претходних питања, укључујући и могућност да сам реши сва претходна питања која може решити и оставински суд, јер ЗВП не оставља простор за било какву дилему: чл. 30д ЗВП изричито је прописано да јавни бележник поступа по правилима која важе за поступак који му је поверен. Може се, међутим, дискутовати о томе да ли је овакво законско решење адекватно.

16 Закон о изменама и допунама Закона о ванпрничном поступку из 2014. (*Сл. гласник РС*, бр. 55/14).

17 Према чл. 2 ст. 4 Закона о јавном бележништву Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015), јавни бележник је стручњак из области права, именован од стране министра надлежног за правосуђе, који на основу јавних овлашћења прихвата од странака изјаве воље и даје им потребну писмену форму и о томе издаје исправе које имају карактер јавних исправа, чува оригинале тих исправа и друге поверене документе, издаје преписе исправа, јавно потврђује чињенице, даје странкама савете о питањима која су предмет његове делатности и предузима друге радње и врши друге послове одређене законом.

У већини законодавстава у региону (Босна и Херцеговина,¹⁸ Република Српска,¹⁹ Хрватска,²⁰ Црна Гора²¹) прихваћено је решење да одлуку о прекиду оставинског поступка ради решавања претходних питања доноси оставински суд, коме је јавни бележних дужан да врати списе ако утврди да се појавило претходно питање које треба решити. Чини се да у актуелном српском режиму решавања претходних питања која се појављују у оставинском поступку не постоје разлози због којих би јавном бележнику требало ускратити овлашћење да у случају отварања претходних питања у повереном оставинском поступку поступа на начин на који поступа и оставински суд. Када је реч о претходним питањима у погледу којих је међу учесницима спорна само примена права, јавни бележник их може решити подједнако добро као и оставински суд, а претходна питања у погледу којих је споран чињенични комплекс ионако не може решавати оставински суд, па ни јавни бележник. Што се тиче способности јавног бележника да ваљано квалификује спорна чињенична и правна питања, процени чије је право „мање вероватно“ и донесе решење о упућивању на одговарајући судски, односно управни поступак, мишљења сам да су и за сваку од ових делатности јавни бележници стручно оспособљени, имајући у виду услове за њихово именовање.

5. Критика законског режима решавања претходних питања

Анализа правила којима је регулисан начин решавања претходних питања показује да су овлашћења оставинског суда да сам реши претходна питања које се појављују у оставинском поступку, веома сужена. Она су знатно ужа у односу на овлашћења која ванпарнични суд има у другим ванпарничним поступцима, која је суд имао према правилима Закона о судском ванпарничном поступку Краљевине Југославије из 1934. године,²² а ужа су и у односу на овлашћења која суд има у правним системима појединих држава у региону, као што су Босна и Херцеговина и Хрватска. У процесној литератури одавно је указано на нелогичност решења по

18 Чл. 260, ст. 2 *Zakon o nasleđivanju Federacije Bosne i Hercegovine (Službene novine Federacije BiH*, бр. 80/14).

19 Чл. 154 Закона о ванпарничном поступку Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009).

20 Чл. 244, ст. 2 *Zakona o nasljedjivanju Hrvatske (Narodne novine*, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15).

21 Чл. 151, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку Црне Горе (*Službeni list CG*, бр. 27/2006).

22 Према пар. 10. ст. 1. овог закона, ванпарнични суд је био дужан да сам реши претходно питање, ако законом није другачије одређено, укључујући и претходна питања чије решавање зависи од утврђења спорних чињеница (Петрушић, 1995: 286).

коме је ванпарничном суду забрањено да сам реши претходно питање, ако су међу учесницима спорне чињенице важне за његово решавање, с обзиром да је у ванпарничном поступку истражно начело јаче изражено и да парничном суду не стоје на располагању „*никаква јача ни поузданија доказна средства*“ у односу на она која може користити и парнични суд (Благојевић, 1937: 37; Zuglia, 1938: 593). Истакнуто је да забрана решавања претходног питања од стране ванпарничног суда, када су међу учесницима спорне чињенице од којих зависи његово решавање, израз „генетске неравноправности“ ванпарничног поступка у односу на парнични и доказ његове „ин-валидности“ (Ракић-Водинелић, 1989: 21).

Несумњиво је да постојећи режим решавања претходних питања манифестује став законодавца да се у ванпарничном поступку не могу ваљано решити претходна питања када је спорна њихова чињенична подлога и да сам ванпарнични поступак, као процесни метод, не пружа довољне гаранције за правилно утврђивање чињеница од којих зависи одлука о претходном питању. Такав приступ одраз је традиционалног поимања ванпарничног поступка као „неспорног поступка“, који није прилагођен решавању спорова, што се додатно брани и тиме да су правила ванпарничне процедуре, посебно због тога што су међусобно различита, сметња за доношење правилне одлуке о претходном питању (Старовић, 1989: 44). Због тога је оставински суд дужан да учесника упуту на парницу и када је, на пример, спорна само једна релевантна чињеница, као и онда када је споран састав заоставштине, а учесници нису сагласни само око примене права, што је потпуно нецелисходно. Евидентно је да актуелни режим решавања претходних питања која се појављују у оставинском поступку директно угрожава начело ефикасности, као једно од основних процесних начела, које директно утиче на права учесника да оставински поступак буде окончан у разумном року. Упућивање учесника на парницу, чије је и само покретање неизвесно, привремено обустављање ванпарничног поступка и његово касније настављање, често и после неколико година, све су то разлози због којих многи оставински поступци трају годинама.

Управо је потреба за убрзањем ванпарничних поступака био један од разлога због којих је област ванпарничног процесног права последњих година доживела корените промене. Најбољи пример пружају Савезни закон о ванпарничном поступку Аустрије из 2003. (AußStrG)²³ и Закон

23 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen od 12. 12. 2003. (BGBl I 112). Закон је ступио на снагу 1. 1. 2005. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003047> (приступ 4. 10. 2016.).

о поступку у породичним и ванпарничним стварима Немачке из 2008. (FamFG).²⁴

Аустријски AußStrG резултат је вишегодишњег рада на реформи ванпарничног процесног права, које је први пут кодификовано Законом о судском поступку у ванпарничним стварима, уведеним Царским патентом из 1854.²⁵ Усвајањем AußStrG у потпуности је измењен концепт ванпарничне процедуре и креиран је читав низ нових општих ванпарничних процесних правила садржаних у чак 80 параграфа, којих је неупоредиво више у односу на 19 параграфа садржаних у раније важећем закону (Salma, 2008: 243).²⁶ Једна од основних одлика AußStrG огледа се у томе што обезбеђује остваривање свих постулата правичног суђења, што подразумева адекватну конкретизацију начела саслушања странака,²⁷ прописивање дужности учесника да потпуно и истинито изнесу односно понуде све релевантне чињенице и доказе који су им познати и пружа потребне одговоре и разјашњења, могућност формалног и неформалног доказивања²⁸ и ефикасан систем правних лекова, који обезбеђује побијање

24 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit од 17. децембра 2008. (BGBl. I S. 2586, 2587). Закон је у међувремену је претрпео неколико измена и допуна, од којих је последња од 20. новембра 2015. (BGBl. I S. 2018). <http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/> (приступ 4. 10. 2016.).

25 Неколико је кључних разлога због којих се приступило реформи ванпарничног поступка. Пре свега, Закон о судском поступку у ванпарничним стварима из 1854. није у потпуности регулисао ванпарничне поступке, тако да су судови били принуђени да сами креирају правила поступања. Такође, временом су и другим законима уређени поједини ванпарнични поступци, што је материју ванпарничног поступка чинило непрегледном и изазивало правну несигурност. Такво стање је било неодрживо, имајући у виду принципе правне државе и стандарде правичног поступка (Образложење AußStrG, 2003).

26 Ипак, нова општа ванпарнична процесна правила не чине општи ванпарнични поступак, како се у литератури наводи (Salma, 2008: 243), већ она и даље представљају скуп општих, заједничких ванпарничних процесних правила.

27 Према пар. 18. AußStrG, уколико није прописано обавезно одржавање усмене расправе, суд може заказати усмену расправу о целој правној ствари или о појединачним елементима правне ствари, уколико сматра да ће то допринети убрзању поступка, правилном утврђивању чињеница и претресању правних питања.

28 Према пар. 31 AußStrG, у циљу утврђивања чињеничног стања суд може да изведе сваки доказ, а овлашћен је да доказ изведе и прибави обавештења и када се сви учесници томеprotиве, ако основано сумња у истинитост чињеница на које упућује законска претпоставка или већ изведени доказ. Суд може именовати вештаке, без изјашњења странака о личности вештака. У поступцима у којима је обавезно одржавање расправе, суд је дужан да изме у обзир и чињенице које су изнесене ван расправе и изведе потребне доказе, као и да учесницима наложи предузимање допунских радњи и сам предузме потребне радње. Уколико суд наложи лично саслушање учесника,

одлука пред највишом судском инстанцом (Maganić, 2006: 486). Такав приступ омогућио је увођење забране упућивања на парницу²⁹ ради решавања претходних питања чија је чињенична подлога спорна јер су за утврђивање чињеница обезбеђене исте процесне гаранције које пружа парнични поступак, тако да је упућивање на парницу непотребно (Maganić, 2006: 491). Када је реч о решавању претходних питања, према пар. 25, ст. 2 т. 1 AußStrG, до прекида ванпарничног поступка ради њиховог решавања може доћи само ако је то претходно питање већ предмет неког другог поступка, и то под условом да прекид не доводи до непотребног одуговлачења. Када је у питању оставински поступак, спорна питања у вези заоставштине и права на наслеђивање решава сам оставински суд, с тим што постоји могућност подизања тзв. наследничке тужбе о којој одлучује парнични суд.

Рад на реформи немачког ванпарничног процесног права резултирао је усвајањем FamFG, који је поступак учинио флексибилнијим и мање формалним, оријентисао га на пружање помоћи, нагласио заједничку одговорност суда и странака за исход, ток и брзину у поступању и отворио шири простор за мирно решавање спорова. Општим правилима садржаним у пар. 1–110 FamFG, којих је неупоредиво више у односу на правила садржана у раније важећем закону, регулисано је поступање суда и учесника приликом решавања ванпарничних правних ствари, одређивања привремених мера заштите и спровођења одлука. Наводим само неколико најзначајнијих законских решања која суду пружају могућност да успешно решава сва спорна чињенична и правна питања. Пре свега, одредбама FamFG детаљно је операционализовано истражно начело, утврђена је дужност странака да сарађују,³⁰ разрађено је начело саслушања странака и апострофиран је принцип отвореног правосуђења. У том смислу, прописана је дужност суда да се стара да се учесници благовремено изјасне о свим битним чињеницама, али и да сам истражи чињенице које нису изнете, као и да упозори учеснике на своје правно гледиште ако га оцењује другачије од учесника и ако на њему хоће да заснује своју одлуку.³¹ У погледу извођења доказа, уведено је правило да суд по сопственој оцени

или му наложи да преда одређану исправу или предмет, суд је овлашћен да примени и принудна средства ако се учесник из неоправданих разлога не одазове позиву, односно не испуни захтев суда.

29 Такав приступ омогућио је да ванпарнични поступак постане адекватан метод за многе спорне правне ствари, као што су патернитетски и матернитетским спорови, спорови о издржавању и др.

30 У пар. 27 FamFG прописано је да учесници треба да сарађују при утврђивању чињеничног стања, као и да њихови чињенични наводи буду потпуни и веродостојни.

31 Пар. 28 FamFG.

одлучује да ли ће релевантне чињенице утврђивати путем формалног или неформалног доказивања, уколико формално доказивање није прописано самим законом. Ако је учесник оспорио чињенични навод, а чињеница је део подлоге за одлучивање, суд је дужан да њену истинитост утврди путем формалног доказивања, при чему се учесницима мора пружити прилика да се изјасне о резултатима доказивања уколико је то неопходно ради разјашњавања чињеничног стања.³² Уведен је систем правних лекова који обезбеђује адекватну контролу законитости одлука, а детаљно је регулисан и начин спровођења одлука ванпарничног суда.

У погледу решавања претходних питања, основно је правило да је ванпарнични суд овлашћен да их сам решава, а поступак може прекинути ако је претходно питање предмет неког другог поступка који се већ води.³³ У оставинском поступку, који се спроводи на предлог наследника, којим је суд везан, и чији је циљ издавање наследничког уверења (*Erbschein*) (Ђурђевић, 2012: 86), оставински суд решава сва спорна питања чињеничне и правне природе, укључујући и питања која се тичу пуноважности тестаментa, способности за завештање и др,³⁴ при чему су чињенице утврђене ако је суд стекао уверење о њиховој истинитости, а ако овај степен није достигнут, приликом одлучивања примењује правила о терету доказивања.

6. Закључак

Актуелни режим решавања претходних питања која се јављају у оставинском поступку не омогућава да оставински суд, руковођен начелом целисходности, бира начин решавања претходних питања и практично му ускраћује могућност да сам решава претходна питања – не само да не може решавати претходна питања поводом којих су међу учесницима спорне чињенице, већ ни питања која се тичу састава заоставштине чак и када је спорна само примена права. Иста ограничења важе и у оставинском поступку који је поверен јавном бележнику. Последица таквог приступа у регулисању начина решавања претходних питања јесу дуготрајни оставински поступци, који додатно компликују односе у наследничкој заједници. Имајући у виду савремене трендове у развоју ванпарничног процесног права држава чију традицију домаће ванпарнично процесно

32 Пар. 30 FamFG.

33 Пар. 21 FamFG.

34 Уколико је током оставинске расправе било спора међу учесницима, суд најпре доноси решење о основаности предлога за издавање наследничког уверења, па тек по његовој правноснажности издаје наследничко уверење које представља посебан и строго формалан акт (Ђурђевић, 2012: 88).

право баштини, неопходно је приступити свеобухватној и темељној реформи ванпарничног поступка, што подразумева креирање адекватних општих ванпарничних процесних правила и трансформисање посебних ванпарничних поступака, укључујући и оставински поступак, на начин који обезбеђује пружање законите, брзе, ефикасне и делотворне правне заштите, у складу са стандардима правичног суђења у свим његовим аспектима. Међу одредбама које захтевају нормативну интервенцију јесу и одредбе о начину решавања претходних питања, које треба мењати пратећи савремене тенденције у упоредном праву.

Литература

Благојевић, В. (1937). Истраживање материјалне истине у грађанском парничном и ванпарничном поступку. *Архив*, бр. 1–2.

Георгиевски, С. (1980). *Коментар на Законот за вонпроцесната постапка*. Скопје: Култура.

Ђурђевић, Д. (2012). Nasledničko uverenje (Erbschein) u nemačkom pravu. *Strani pravni život*. 2.

Zuglia, S. (1938). *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, II sveska, Vanparnični postupci*. Београд.

Јакшић, А. (2006). *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације.

Јаневски, А. Зороска-Камиловска, Т. (2009). *Граѓанско процесно право, Књига прва, Парнично право*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“.

Јаневски, А. Зороска-Камиловска, Т. (2010). Rešavanje prethodnog pitanja u vanparničnom postupku Republike Makedonije. *LeXonomica – Journal of Law and Economics*. 2 (II).

Kamhi, S. (1968). *Vanparnični postupak*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Лазаревић, Д. (2014). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*. Београд: Пословни биро.

Maganić, A. (1991). Nužnost reforme hrvatskog izvanparničnog prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. V. 27.1/2006.

Poznić, B. Rakić-Vodinelić, V. (1999). *Грађанско процесно право*. Београд: Савремена администрација.

Петрушић, Н. (1995). *Поступак за деобу заједничких ствари или имовине*. Ниш: Правни факултет.

Petrušić, N. (2001). Opšti režim rešavanja prethodnog pitanja u vanparničnom postupku. *Pravni život*. 12.

Петрушић, Н. Симоновић, Д. (2011). *Коментар Закона о парничном поступку*. Београд: Службени гласник.

- Ракић-Водинелић, В. (1989). (Не)потребност ванпарничног поступка. *Правни живот*. 1.
- Salma, M. (1995). *Prethodno pitanje u građanskom sudskom postupku*. Novi Sad: Pravo.
- Salma, M. (2008). О ванпарничном поступку Аустрије. *Glasnik Advokatske kotore Vojvodine*. 4–5.
- Станковић, Г. (2013). *Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право*. Београд: Мегатренд.
- Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2015). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*. Београд: Службени гласник.
- Старовић, Б. (1989). Спор и претходно питање у ванпарничном поступку. *Право*. 1–2.
- Старовић, Б. Кеча, Р. (1995). *Грађанско процесно право*. Нови Сад: Правни факултет.
- Стојановић, Н. Видић Трнинић, Ј. (2015). *Поступак за расправљање заоставштине у Србији*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације.
- Triva, S. Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno право*. Zagreb: Narodne novine.
- Triva, S. (1981). *Zakon SR Makedonije o izvanparničnom postupku i komentar Stefana Georgievskog. Naša zakonitost*. 7–8.

Nevena Petrušić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE REGIME OF RESOLVING PRELIMINARY ISSUES IN PROBATE PROCEEDINGS IN THE CONTEXT OF EXERCISING THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Summary

The analysis of the Non-Contentious Procedure Act rules on resolving preliminary issues which are disputable in probate proceedings shows that there are two sets of preliminary questions: previous issues that probate court cannot resolve itself and previous issues that probate court must resolve itself. It excludes the possibility that the court, guided by reasons of effectiveness, choose the ways of resolving preliminary issues on its own. The existing regime of resolving preliminary

issues embodies the attitude of the legislator that the non-contentious procedure as a procedural method does not provide sufficient guarantees for the proper resolution of the previous questions when there is a dispute over their factual grounds. Such an approach reflects the traditional concept of extra-judicial proceedings as “a non-contentious procedure”, which is not suited to resolving disputes. The limited opportunity of probate court to settle previous issues which are disputable in probate proceedings threatens the principle of procedural efficiency which directly affects the participants’ right to a fair trial within a reasonable time.

Referring the participants to litigation (which may or may not be initiated), a temporary suspension of non-contentious proceedings and its subsequent continuation (frequently a few years later) are the reasons why many probate proceedings last for years. The need to make the extrajudicial (non-contentious) proceedings more expedients was one of the reasons why the field of non-contentious procedure has sustained considerable changes in the past few years. The best examples are the Austrian Federal Act on Non-contentious Procedure (AußStrG) of 2003, and the German Act on the Procedure in Family and Non-contentious Matters (FamFG) of 2008. In terms of resolving the preliminary issues in probate proceedings, both Acts empower the courts to resolve all disputable issues regarding inheritance and the right to inheritance, but it does not exclude the heirs’ right to file a complaint which is decided by a civil court. Bearing in mind the current trends in the development of non-contentious procedural law in the countries whose national non-contentious procedure is based on this legal tradition, it is necessary to embark on a comprehensive and fundamental reform of the non-contentious procedure, its general rules and provisions dealing with special proceedings, including the probate procedure. Among the provisions that require a regulatory intervention are the provisions on how to resolve the preliminary issues, which need to be changed in line with the contemporary trends in comparative law.

Key words: *probate procedure, preliminary issue, suspension of non-contentious proceeding, principle of efficiency.*

Др Владимир Боранијашевић*
 Ванредни професор Правног факултета,
 Универзитет у Приштини са привременим
 седиштем у Косовској Митровици

ПРОГЛАШЕЊЕ ТЕСТАМЕНТА У ПОСТУПКУ ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

Апстракт: Поступак за расправљање заоставштине представља један од посебних ванпарничних поступака у коме се утврђују наследноправна дејства која настају смрћу физичког лица или проглашењем несталога лица за умрло. Овај поступак, у коме се утврђује састав заоставштине и ко су наследници оставиоца, припрема се низом претходних радњи у које спада и проглашење тестамената. Онда када постоји тестамент оставиоца, у поступку за расправљање заоставштине се, по посебно прописаним правилима, тестамент проглашава. На тај начин се омогућује да се сазна да тестамент постоји, да се сазна његова садржина, а самим проглашењем се утиче на утврђивање наследника. Након сумарног указивања на појам и врсте тестамената, аутор у раду анализира специфична правила по којима се поступа приликом проглашења тестамената, упућује на разлике које постоје у поступку за проглашење тестамената у зависности од тога која врста тестамената се проглашава и обрађује питање проглашења несталога или уништеног тестамената.

Кључне речи: ванпарнични поступак, поступак за расправљање заоставштине, тестамент, проглашење тестамената, записник.

*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de
 eo quod quis post mortem suam fieri velit.*
 (Modestinus – D. 28, 1, 1)

Тестамент је ваљана изјава наше воље о томе шта би неко желео да се учини после његове смрти.

* vladimir.boranjasevic@pr.ac.rs

1. Увод

Закон о наслеђивању Републике Србије¹, поред материјалних норми којима регулише материју наследног права, садржи и поједине одредбе процесног карактера. Тачније, у случају да је поводом одређених правних ствари из наследноправних односа потребна правна заштита, законодавац је одредио да те правне ствари имају грађанскоправни карактер и предвидео ванпарнични поступак као метод правне заштите (Станковић, 1998: 25). Поред поступка за расправљање заоставштине, природу ванпарничног поступка имају и други поступци предвиђени одредбама ЗН-а.

Одредбама Закона о ванпарничном поступку Републике Србије² прописана су правила по којима се поступа у низу посебних ванпарничних поступака. Један од посебних ванпарничних поступака који спада у групу поступака за уређење имовинских односа је и поступак за расправљање заоставштине.

Поступак за расправљање заоставштине је поступак у коме се утврђују наследноправна дејства која настају смрћу физичког лица или проглашењем несталог лица за умрло (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 419). У овом поступку се утврђује састав заоставштине, оно што наследници треба да наследе. Такође, утврђује се ко су наследници оставиоца, с обзиром на чињеницу да они који треба да наследе оставиоца у тренутку његове смрти не морају да знају да су потенцијални наследници и да су постали наследници, нити могу да постану наследници против своје воље. Поступак за расправљање заоставштине се одвија у три фазе: покретање поступка и припремање оставинске расправе; расправљање заоставштине и доношење решења о наслеђивању којим се утврђују наследноправна дејства која настају смрћу једног лица (Станковић, Мандић, 2013: 224).

Како би се што боље припремио за спровођење поступка за расправљање заоставштине, оставински суд предузима низ претходних радњи. Претходне радње у поступку за расправљање заоставштине су: састављање смртовнице, попис и процена заоставштине, постављање старатеља заоставштине, одређивање привремених мера за обезбеђење заоставштине.

1 Закон о наслеђивању – ЗН, *Службени гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УС РС, 6/2015.

2 Закон о ванпарничном поступку – ЗВП, *Службени гласник СРС*, 25/82, 48/88 и *Службени гласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон.

Проглашење тестаментна једна је од врло значајних претходних радњи коју суд предузима у поступку за расправљање заоставштине. Управо проглашење тестаментна представља предмет овог рада. Како би на потпун начин била представљена правила поступка за проглашење различитих врста тестаментна у оставинском поступку, на почетку рада ће сумарно бити обрађено питање појма тестаментна, указано на врсте тестаментна а потом детаљно анализирана специфична правила по којима се поступа приликом проглашења тестаментна.

2. Појам и врсте тестаментна

Тестамент је једнострана, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти, у законом одређеном облику.³ Својом у законом уређеном облику, једностраном, строго личном и опозивом изјавом воље за то способно лице одређује расподелу своје имовине после своје смрти и „евентуално, даје друге изјаве и наредбе у вези са својом смрћу“ (Антић, 2002: 187).⁴ Тестамент је у наследноправном смислу „изјава последње воље тестаментално способног лица, којом оно располаже својом имовином или једним њеним делом, за време када више неће бити у животу (mortis causa)“ (Ђорђевић, 1997: 193).

Из законске дефиниције и дефиниција тестаментна заступљених у литератури долази се до закључка да је за постојање тестаментна неопходно испуњење одређених услова. Најпре, нужно је да постоји физичко лице које је способно да сачини тестамент. То значи да физичко лице које жели да сачини тестамент мора да има најмање петнаест година живота и да је способно за расуђивање.⁵ Нужно је постојање воље која се у тестаменту износи као последња воља, која мора бити озбиљна, стварна и слободна, потребно је да постоји имовина или део имовине на који се последња воља тестатора односи⁶ и неопходно је постојање форме у којој се та воља изражава, с обзиром на различите врсте тестаментна који се могу сачинити.

3 Чл. 78 ЗН.

4 Поред распоређивања имовине за случај смрти, садржину тестаментна могу чинити и друге изјаве и наредбе. Оставилац у тестамент може да унесе одредбе неимовинске природе (нпр. признање ванбрачног очинства, одређивање места и начина сахране, итд.) али и наредбе које, иако изражене у императиву, морају бити у сагласности са правним нормама државе у којој се остварују дејства тестаментна (Тако: Антић, 2002: 187).

5 Чл. 79 ЗН.

6 Предмет наслеђивања дефинисан је одредбама из чл. 1 ЗН. Наслеђује се заоставштину а њу чине сва наслеђивању подобна права која су оставиоцу припадала у тренутку смрти. Шта не чини заоставштину, прописано је одредбама из чл. 1, ст. 3 и 4 ЗН.

Тестамент као правни посао, као што је познато, представља правни посао *mortis causa*, добротин и једнострани правни посао, строго лични, формални и једнострано опозив правни посао. Тестамент се може сагледати у формалном и материјалном смислу. У формалном смислу тестаментом се сматра свака изјава воље која је уперена на постизање неког наследноправног ефекта, док се под тестаментом у материјалном смислу подразумева последња воља оставиоца, она воља која изазива промене у правном животу, те тестватор може имати само један тестамент у материјалном смислу (Ђорђевић, 1997: 194; Антић, 2002: 187–188; Стојановић, 2011: 192).⁷

Пошто је тестамент строго формални правни посао, тестамент је пуноважан само уколико је сачињен у законом прописаном облику и под условима који су законом предвиђени. Тестаменти се према форми у којој су сачињени деле на писмене и усмене тестаменте.

Према одредбама ЗН-а, сви тестаменти (својеручно завештање, писмено завештање пред сведоцима, судско завештање, конзуларно завештање, међународно завештање, војно завештање, бродско завештање) у писменој су форми осим усменог тестаamenta, који је изузетан по форми.

Усмени тестамент је изјава последње воље коју завешталац изјављује пред истовремено присутна три сведока, ако због изузетних прилика не може да сачини писмено завештање.⁸ Усмени тестамент престаје да важи по истеку 30 дана од дана престанка прилика у којима је сачињен, а сведоци усменог завештања су дужни да без одлагања написмено саставе завештаочеву вољу и да је што пре предају суду или да је усмено понове пред судом износећи при том када је, где и у којим приликама завешталац изрекао своју последњу вољу.⁹

7 У литератури се врши подела тестаamenta према њиховом садржају, односно циљу који се њима жели постићи на тзв. позитивне и негативне тестаменте. Позитивни тестаменти су по правилу редовни тестаменти и њима се непосредно врши распоред заоставштине. С друге стране, тзв. негативним тестаментима се законски или нужни наследници искључују, односно лишавају њиховог законског, односно нужног дела (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 202–203). Тестамент се, такође, сагледава и као тестамент у субјективном и тестамент у објективном смислу. Тестамент у субјективном смислу је исто што и тестамент у материјалном смислу док је тестамент у објективном смислу у ствари исправа, односно објекат на коме је последња воља тестватора изјављена (Ђорђевић, Сворцан, 1997: 203; Антић, 2002: 188; Стојановић, 2011: 193).

8 Чл. 110, ст. 1 ЗН.

9 Чл. 111, ст. 1 ЗН.

3. Поступак за проглашење тестаментa

Поступак за проглашење тестаментa регулисан је одредбама ЗВП-а. Иако се у пракси судова у Републици Србији показало да се тестамент ретко користи као начин за распоређивање сопствене имовине за случај смрти, проглашење тестаментa у поступку за расправљање заоставштине има велики значај.¹⁰ Поступак за проглашење тестаментa може бити адхезиони ванпарнични поступак или самостални ванпарнични поступак који се води поводом поступка за расправљање заоставштине или у току претходног оставинског поступка (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 467). Основна функција проглашења тестаментa састоји се у публицитету: проглашењем тестаментa сам тестамент добија публицитет (Познић, Ракић-Водинелић, 1999: 550), сазнаје се за постојање тестаментa и омогућава трећим лицима да се упознају са његовом садржином.

Надаље, проглашење тестаментa је значајно јер се овом радњом припрема сам ток поступка за расправљање заоставштине, с обзиром на чињеницу да се проглашење тестаментa врши на почетку поступка. Ова претходна радња је врло битна, јер се најпре сазнаје да постоји тестамент и несумњиво утврђује његово постојање, а потом се самим проглашењем тестаментa утиче и на утврђивање наследника.

Тренутак проглашења тестаментa значајан је и због чињенице да се почетак многобројних рокова у погледу остваривања одређених наследноправних овлашћења везује управо за тренутак проглашења тестаментa (Стојановић, Видић-Трнинић, 2015: 66).¹¹

Поступак за проглашење тестаментa као целину чине следеће судске радње: отварање тестаментa, читање тестаментa, стављање потврде о проглашењу тестаментa на сам тестамент и састављање записника о проглашењу тестаментa (Стојановић, 2011: 412).

3.1. Поступак за проглашење писменог тестаментa

Према закону, орган који саставља смртовницу провериће да ли је после умрлог остао писмени тестамент или исправа о усменом тестаменту и тестамент који је завешталац оставио доставиће суду

¹⁰ Званични подаци за подручје Основног суда у Нишу показују да је од 1. јануара 2015. године до 31. децембра 2015. године сачињено укупно 47 завештања, од којих је 11 остављено на чување у суду.

¹¹ Нпр. рок за поништај завештања због завештајне неспособности, мана у изјављеној вољи и повреде облика завештања; рок да се захтева исплата новчане противвредности, односно смањење тестаментарних располагања када је повређено право на нужни део, итд.

заједно са смртовницом.¹² Под органом који саставља смртовницу подразумева се јавни бележник коме се поверава састављање смртовнице, судијски помоћник или поступајући судија у поступку за расправљање заоставштине. Наиме, јавни бележник је помоћни орган суда и у његовој је надлежности састављање смртовнице. Суд, пошто прими извод из матичне књиге умрлих у коју је уписана чињеница смрти или проглашења за умрло одређеног физичког лица, решењем поверава јавном бележнику да састави смртовницу.¹³ Јавни бележник, по налогу суда, предузима ову процесну радњу.¹⁴ У одређеним ситуацијама, јавни бележник неће састављати смртовницу већ ће то учинити судијски помоћник или поступајући судија. Уколико на подручју суда нема именованог јавног бележника или суд дође до сазнања да постоје разлози због којих јавни бележник привремено или коначно не може да састави смртовницу, смртовницу саставља суд. Такође, суд може да процени да није целисходно да јавном бележнику повери састављање смртовнице и тада сам саставља смртовницу, сходно законском овлашћењу да одлучује о целисходности поверавања јавном бележнику да спроводи поједине поступке и да предузима поједине процесне радње из судске надлежности.¹⁵ Разлози привремене или трајне спречености јавног бележника да поступа по налогу суда, недостатак средстава у буџету суда да се исплати накнада и награда јавном бележнику, да ли су сви учесници поступка сагласни да се радња повери јавном бележнику, да ли ће поступак пред јавним бележником бити ефикаснији од судског због оптерећења суда, само су нека од питања о којима суд води рачуна приликом одлучивања о целисходности поверавања поступка или радње јавном бележнику.¹⁶

Јавни бележник, уколико предузима поверену радњу, дужан је да провери и утврди да ли је оставилац оставио тестамент – писани тестамент или исправу о усменом тестаменту. Приликом спровођења претходних

12 Чл. 105 ЗВП.

13 Суд може јавном бележнику поверити спровођење поступка за који је по закону надлежан или предузимање појединих ванпарничних радњи под условима предвиђеним одредбама ЗВП-а. Видети: чл. 30а, ст. 1 ЗВП у вези са чл. 98, ст. 1 Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

14 Према ранијим законским решењима, смртовницу је састављао матичар који је био надлежан да изврши упис смрти у матичну књигу умрлих и који је био дужан да у року од 30 дана од извршеног уписа достави смртовницу оставинском суду (Детаљно: Станковић, 2007: 114–115; Станковић, Мандић, 2013: 228230).

15 Чл. 30а, ст. 3 ЗВП.

16 Детаљно о целисходности поверавања поступка или радње јавном бележнику, видети: Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 161–163, 430.

радњи у поступку за расправљање заоставштине врши се провера да ли је умрли оставио тестамент. Информације о постојању тестаента се могу добити на различите начине. Најпре, орган који саставља смртовницу информацију о постојању тестаента тражи од сродника умрлог и лица са којима је умрли живео. Као лица која су са њим живела или била блиска, сродници и лица са којима је умрли живео су први потенцијални извори о постојању последње воље умрлог о располагању имовином за случај смрти. Потом, и сва друга лица могу бити у ситуацији да пруже информацију о постојању тестаента.

Такође, до тестаента је могуће доћи и приликом пописа имовине оставиоца. Попис имовине представља претходну радњу у поступку за расправљање заоставштине коју предузима јавни бележник а у циљу утврђивања састава заоставштине умрлог лица. Приликом спровођења пописа имовине оставиоца могуће је да се међу стварима оставиоца пронађе и тестамент који ће орган који врши попис имовине доставити суду уз записник о попису и процени ствари, или заједно са смртовницом.

Могућа је и ситуација у којој лице код кога се налази тестамент одбија да преда суду тестамент и на тај начин спречава оставински суд да тестамент прогласи и припреми даљи ток оставинског поступка. Тада суд поступа по правилима о едиционој дужности (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 469), заказује рочиште и на рочиште позива лице код кога се налази тестамент. Након спроведених извиђаја и извођења предложених доказа суд доноси решење којим налаже лицу код кога се тестамент налази да тестамент преда суду. Ово решење представља извршну исправу и подобно је за принудно извршење јер се њиме лицу код кога се налази тестамент налаже извршење чинидбе, неновчане природе.¹⁷

Према закону, када суд утврди да је лице које је оставило тестамент умрло или да је проглашено за умрло, отвориће његов тестамент без повреде печата, прочитаће га и о томе саставити записник.¹⁸ Наведена законска одредба даје нам одговор на велики број питања. Као прво, одговор на питање када се отвара тестамент. Тестамент се проглашава пошто суд утврди да је лице које је оставило тестамент умрло или да је проглашено за умрло. Чињеницу да је лице умрло суд ће утврдити увидом у извод из матичне књиге умрлих, који му је матичар надлежан да изврши упис смрти у матичну књигу умрлих доставио у року од 30 дана од дана уписа. Чињеница да је лице које је оставило тестамент проглашено за

17 Лице код кога се тестамент налази може да прикрије постојање тестаента или уништи тестамент у намери да спречи наступање дејстава оставиоцеве последње воље. Уколико је то лице један од наследника оставиоца, оно ће бити недостојно за наслеђивање (чл. 4, ст. 1, т. 3 ЗН).

18 Чл. 106, ст. 1 ЗВП.

умрло утврђује се увидом у решење ванпарничног суда који је у посебном статусном ванпарничном поступку једно лице прогласио за умрло услед испуњења законом предвиђених услова. Логичан је закључак да се поступак за проглашење тестаментa води тек након смрти оставиоца или његовог проглашења за умрло, пошто суд ту чињеницу несумњиво и утврди увидом у исправе. Тестамент није могуће прогласити за живота оставиоца, чак кад то он сам захтева а с друге стране, сам оставилац не може забранити, ни на који начин, да тестамент буде проглашен након његове смрти (Стојановић, 2011: 412).

Надаље, овом одредбом се уређује поступање суда код кога се налазио тестамент на чувању. Пошто је тестамент био у суду на чувању, суд ће, пошто утврди да је дошло до смрти лица или проглашења за умрло лица које је оставило тестамент, тестамент и прогласити. Суд ће на исти начин поступити и када тестамент није био на чувању код суда, али је му је писани тестамент или исправа о тестаменту предата заједно са смртовницом или на други начин. Логично се надовезује питање месне надлежности суда за проглашење тестаментa које је уређено на специфичан начин. Тестамент ће прогласити суд код кога се тестамент нађе или коме је поднесен тестамент, иако је за расправљање заоставштине надлежан други суд или инострани орган.¹⁹ Суд код кога је тестамент био на чувању или му је предат, дужан је да прогласи тестамент и сачини записник о проглашењу тестаментa, чији ће оверени препис заједно са оригиналом тестаментa доставити суду надлежном за спровођење поступка за расправљање заоставштине.

У литератури је постављено питање да ли постоји могућност да јавни бележник прогласи тестамент. Одредбом ЗВП-а је предвиђено да суд може јавном бележнику поверити састављање смртовнице, попис и процену заоставштине²⁰ као и одређивање привремених мера за обезбеђивање заоставштине.²¹ Међутим, проглашење тестаментa није предвиђено као радња која се може поверити јавном бележнику, осим уколико му поступак за расправљање заоставштине није поверен у целости. Има и мишљења да јавном бележнику треба дозволити проглашење тестаментa јер то не представља „судски посао у смислу суђења“ (Стојановић, Видић-Трнинић, 2015: 119). Како јавни бележник не може да узима наследничке изјаве нити да брине о заоставштини када се може одредити за привременог старатеља заоставштине, осим ако суд не оцени да је такво поверавање целисходно, сматра се да и ове радње треба поверити јавном бележнику и постићи растерећење судова и олакшати положај учесника поступка

19 Чл. 106, ст. 5 ЗВП.

20 Чл. 96, ст. 1 ЗВП.

21 Чл. 102, ст. 1 и 3 ЗВП.

посебно у случајевима када у местима у којима живе нема надлежних судова (Стојановић, Видић-Трнинић, 2015: 67).

3.1.1. Рочиште за проглашење тестаментa

Оставински суд, пошто утврди да је лице које је оставило тестамент умрло или је проглашено за умрло, заказује рочиште за проглашење тестаментa. Како су законски наследници означени у смртовници, суд позива на рочиште законске наследнике а уколико је могуће, на рочиште позива и тестаменталне наследнике и легатарe.

На рочишту за проглашење тестаментa, суд отвара тестамент без повреде печата, чита тестамент и о предузетој радњи саставља записник. Како проглашење тестаментa има строго формално процесно дејство, обавезно је присуство јавности на рочишту за проглашење тестаментa. Према закону, отварање и читање тестаментa се врши у присуству два пунолетна грађанина, који могу бити и наследници.²² Такође, проглашењу тестаментa могу присуствовати и наследници, легатари и друга заинтересована лица и они могу тражити препис тестаментa.²³ Поменути одредбама закона конкретизован је принцип јавности приликом проглашења тестаментa. Проглашењу тестаментa, најпре, неопходно је да присуствују два пунолетна грађанина. Самом констатацијом да се ради о пунолетним грађанима, који су навршили 18 година живота, подразумева се да су лица у својству сведока проглашења тестаментa и пословно способна лица. Изузетак од овог правила могао би бити у чињеници да и лица која нису пунолетна могу бити сведоци проглашења тестаментa. Тачније, уколико је одређено лице еманциповано судском одлуком или је неко лице, иначе малолетно, закључило брак уз дозволу суда, та лица могу у изузетним случајевима бити сведоци проглашења тестаментa (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 470).

Принцип јавности операционализован је и правилом да, поред сведока проглашењу тестаментa могу присуствовати наследници, легатари и друга заинтересована лица. Посебно се истиче да је целисходно решење које не предвиђа дужност суда да их позове на рочиште за проглашење тестаментa јер би, у супротном, изостанак неког од ових лица са рочишта изазивало одуговлачење поступка за проглашење тестаментa (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 470).

Суд је дужан на рочишту да прогласи тестамент без обзира да ли је тестамент пуноважан или није. Тачније, суд ће отворити тестамент, прочитати га и саставити записник о проглашењу тестаментa без обзира

22 Чл. 106, ст. 3 ЗВП.

23 Чл. 106, ст. 4 ЗВП.

на то да ли је тестамент пуноважан по закону. На исти начин ће суд поступити и у случају да постоји више тестамената оставиоца.²⁴ Уколико је оставилац оставио више тестамената који су настали у различитим временским периодима, суд је дужан да свако писмено које је означено као тестамент прогласи и састави записник о проглашењу, без обзира да ли је сваки од тих тестамената пуноважан по закону.

Надовезује се и питање да ли је суд дужан и да ли сме да прогласи фотокопију тестамена оставиоца? У конкретном случају из праксе, лица која су била позвана на наслеђе су суду пријавила да је оставилац за живота сачинио тестамент, али су суду поднела фотокопију тестамена. Суд је прогласио фотокопију тестамена, али је вишестепени суд оценио да оставински суд није могао да прогласи фотокопију тестамена јер се она не сматра веродостојном исправом. Како се у поступку за расправљање заоставштине проглашава изворник писаног тестамена, суд није могао да прогласи фотокопију тестамена и не може се проглашена копија тестамена сматрати проглашеним завештањем. Став је вишестепеног суда да је у овој ситуацији првостепени суд требало да поступи по правилима за проглашење несталог или уништеног тестамена.²⁵

3.1.2. Записник о проглашењу тестамена

Како је напред наведено, суд засведочава предузете радње у поступку за проглашење тестамена. Записник о проглашењу тестамена садржи следеће податке: колико је тестамената нађено, који датум носе и где су нађени; ко је тестаменте предао суду или органу који је саставио смртовницу; који су сведоци присуствовали отварању и проглашењу тестамена; означање да ли је тестамент предат отворен или затворен, каквим је печатом био запечаћен и садржину тестамена који је проглашен.

Приликом отварања и читања тестамена могуће је да суд утврди одређене неправилности – да је печат на тестаменту повређен, да је у самом тестаменту нешто брисано, прецртано и исправљано или нешто друго сумњиво у вези са отвореним тестаментом. У тој ситуацији, суд је дужан да у садржину записника унесе констатације о неправилностима уоченим приликом отварања и читања тестамена.

Састављени записник о проглашењу тестамена, према дикцији законодавца, потписује судија, записничар и сведоци.²⁶ Потпис сведока је

24 Чл. 106, ст. 2 ЗВП.

25 Пресуда Основног суда у Сомбору П 909/10 од 24. јула 2012. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж 4418/2012 од 29. маја 2013. године. Преузето 12. 10. 2016. http://www.so.os.sud.rs/files/download/gradjansko_odeljenje/nasledno_pravo/ПРОГЛАШЕЊЕ%20ФОТОКОПИЈЕ%20ПИСМЕНОГ%20ЗАВЕШТАЊА.pdf.

26 Чл. 107, ст. 3 ЗВП.

неопходан јер се на тај начин доказује да су били присутни на рочишту за проглашење тестаментa и да су проглашењу тестаментa присуствовали. Записник потписује записничар који је писао записник и судија који је записник о проглашењу тестаментa саставио.

Пошто је тестамент проглашен, на тестамент суд ставља потврду о његовом проглашењу. У потврди се означава датум проглашења тестаментa, као и број и датуми осталих пронађених тестамената. Ова потврда суда о проглашењу тестаментa представља, у ствари, решење суда о проглашењу тестаментa (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 472).

3.2. Поступак за проглашење усменог тестаментa

Ако је умрли сачинио усмени тестамент и о томе постоји исправа коју су сведоци својеручно потписали, суд ће садржину ове исправе прогласити по одредбама које важе за проглашење писменог тестаментa.²⁷ Како се ради о тестаменту који је изузетан по форми и за чије састављање је неопходно испуњење законом прописаних услова, и поступак проглашења ове врсте тестаментa је специфичан. Усмени тестамент се саставља тако што оставилац пред три истовремено присутна сведока изјављује своју вољу и располаже својом имовином за случај смрти а притом због изузетних околности није у прилици да изјаву воље да у другој форми тестаментa. Када три сведока која су истовремено била присутна приликом давања последње воље оставиоца ту изјаву воље засведоче у исправу и својеручно је потпишу, постоји могућност да се прогласи тестамент по правилима по којима се поступа приликом проглашења писменог тестаментa. Фактички, усмени тестамент, засведочавањем у исправу и потписивањем од стране сведока који су сведочили његовом састављању, добија форму писменог тестаментa. Суд тада исправу потписану од стране сведока у којој је засведочен усмени тестамент проглашава на рочишту, читајући исправу и састављајући записник о проглашењу тестаментa. И на овај проглашени тестамент суд ставља потврду о проглашењу тестаментa.

Међутим, могућа је и ситуација у којој сведоци усменог тестаментa нису саставили исправу у којој су засведочили усмени тестамент. Када нема такве исправе, суд заказује рочиште, позива на рочиште сведоке усменог тестаментa и на рочишту о садржини тестаментa понаособ саслушава сведоке пред којима је усмени тестамент изјављен. Суд нарочиту пажњу обраћа на саслушање сведока о околностима од којих зависи пуноважност усменог тестаментa – које је садржине воља оставиоца била, у којим околностима је оставилац изјавио своју последњу вољу, у каквом је психо – физичком стању био оставилац у тренутку давања изјаве воље (Станковић,

²⁷ Чл. 108, ст. 1 ЗВП.

Трговчевић-Прокић, 2015: 475). Када утврди идентитет сведока и на рочишту саслуша сведоке усменог тестаментa, суд саставља записник о саслушању сведока. Управо овај записник ће суд прогласити по правилима по којима се поступа приликом проглашења писменог тестаментa.²⁸

Учесници у поступку могу да захтевају да се сведоци усменог тестаментa саслушају под заклетвом. Исто тако, и суд може да процени да је такво саслушање потребно. Тада суд, након процене оправданости захтева учесника у поступку да се сведоци саслушају по заклетвом, ако процени да је такво саслушање потребно, одређује рочиште за саслушање ових сведока. Суд на рочиште најпре позива предлагача који је затражио саслушање сведока усменог тестаментa под заклетвом и све сведоке усменог тестаментa. Суд на рочиште може да позове и остала заинтересована лица само ако се тиме не би одуговлачио поступак.²⁹

3.3. Поступак за проглашење несталог или уништеног тестаментa

Посебна правила важе за поступак проглашења несталог или уништеног тестаментa. У случају да је писмени тестамент оставиоца нестало или је уништен, независно од оставиоачеве воље, поступак има специфичан ток. Поступак проглашења тестаментa иницира учесник поступка који износи тврдњу да је оставилац оставио писани тестамент, али да је он нестало или је уништен. Учесник који то тврди, у ствари, захтева да се прогласи нестали или уништени тестамент како би се воља оставиоца испоштовала и како би се елиминисало законско наслеђивање због физичког непостојања раније постојећег тестаментa (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 476).

Како би нестали или уништени тестамент био проглашен, неопходно је испуњење одређених услова. Потребно је да се сва заинтересована лица сагласе да писани тестамент који је нестало или је уништен мимо оставиоачеве воље буде основ за расправљање заоставштине и да се сагласе да се искључи законско наслеђивање (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 476). Такође, неопходно је да међу заинтересованим лицима не постоји спор о ранијем постојању несталог или уништеног тестаментa, да нема спора о облику у коме је тестамент сачињен, о начину нестанка или уништења самог тестаментa, као и о садржини тестаментa.³⁰

Када учесник поступка постави суду захтев за проглашење несталог или уништеног тестаментa, суд покреће поступак за проглашење

28 Чл. 108, ст. 2 ЗВП.

29 Чл. 108, ст. 3 ЗВП.

30 Чл. 109, ст. 1 ЗВП.

тестаментa. Пошто утврди да постоји сагласност заинтересованих лица и да нема спорних чињеница, суд изводи предложене доказе о постојању писаног тестаментa и на основу резултата усмене расправе утврђује да ли је нестали или уништени писани тестамент постојао или није. Уколико утврди да је тестамент одређене садржине постојао, саставља се записник у коме се реконструише садржина несталог или уништеног тестаментa. Управо тај записник оставински суд проглашава по правилима за проглашење писаног тестаментa.

Када се ради о несталом или уништеном тестаменту, могућа је и ситуација у којој би заоставштину или њен део наследила Република Србија уколико не би било тестаментa. Тада споразум заинтересованих лица о ранијем постојању тестаментa, о његовом облику и садржини важи само уз сагласност надлежног јавног правобраниоца. У овом случају, пошто нема тестаментарних наследника а ни законских наследника, заоставштина или део заоставштине постају својина Републике Србије. Како се ради о интересима Републике Србије, улога надлежног јавног правобраниоца као учесника у поступку је важна. Надлежни јавни правобранилац може да омогући да оставински суд прогласи нестали или уништени тестамент, уколико се сагласи са споразумом заинтересованих лица која се слажу у погледу постојања тестаментa, његовог облика и садржине, и са околностима под којима је раније постојећи тестамент оставиоца нестao или уништен.

Проглашење несталог или уништеног тестаментa некада ће зависити и од сагласности органа старатељства. Тачније, уколико међу заинтересованим лицима која треба да постигну сагласност у погледу постојања тестаментa, његовог облика и садржине, има лица која нису способна да се старају о својим интересима и пословима, такав споразум заинтересованих лица важи само уз сагласност органа старатељства (Старовић, 1992: 48). Када су заинтересована лица, лица која су пословно неспособна и која не могу да се старају о својим правима и интересима, а сумњу изазову неком својом изјавом или понашањем и држањем (Станковић, Трговчевић-Прокић, 2015: 477), суд позива на рочиште орган старатељства који ће својом сагласношћу омогућити пуноважност споразума о раније постојећем тестаменту и проглашење несталог или уништеног тестаментa.

3.4. Процесне радње суда након проглашења тестаментa

Након проглашења тестаментa суд предузима одређене процесне радње. Суд који је тестамент прогласио доставља оставинском суду записник о проглашењу тестаментa са изворним писменим тестаментом, односно са исправом о усменом тестаменту или записником о саслушању

сведока усменог тестамент. Суд који је прогласио тестамент задржава препис ових докумената. Дужност достављања записника о проглашењу тестамент се не односи на оставински суд који је прогласио нестали или уништени тестамент јер се поступак за расправљање заоставштине води код њега.

Изворни писмени тестамент, исправа о усменом тестаменту, записник о саслушању сведока усменог тестамент, као и записник о садржини несталиг или уништеног писменог тестамент чувају се у оставинском суду, одвојено од других списа.³¹ Оверени препис ових исправа прилаже се и чува у списима судског предмета.

4. Закључна разматрања

Проглашење тестамент, несумњиво је, представља једну од врло значајних радњи у поступку за расправљање заоставштине. Осим што се сазнаје за постојање тестамент и његову садржину, проглашењем тестамент утиче се и на утврђивање наследника. Такође, од тренутка проглашења тестамент почињу да теку одређени рокови у вези са остваривањем одређених наследноправних овлашћења.

Законодавац је на целовит начин уредио правила по којима се поступа приликом проглашења тестамент. Не само да је регулисан поступак проглашења писаног тестамент, већ је уређен и поступак проглашења усменог тестамент, тестамент изузетног по форми и условима за пуноважност. Детаљно је уређено и поступање суда у случају да се треба прогласити тестамент који је нестао или је уништен мимо оставиочеве воље. Такође, садржина записника и процесне радње суда након проглашења тестамент подробно су регулисане одредбама ЗВП-а.

Питање да ли проглашење тестамент као посебна радња може бити поверено јавном бележнику остаје отворено. Уколико је поступак за расправљање заоставштине поверен јавном бележнику, он ће тестамент и прогласити према правилима прописаним законом. Међутим, јавни бележник не може прогласити тестамент у поступку за расправљање заоставштине који се води код суда, иако му могу бити поверене одређене радње у том поступку. Проглашење тестамент не спада у ред радњи које јавном бележнику могу бити поверене већ му се само налаже да тестамент преда оставинском суду уколико се код њега нађе или ако приликом састављања смртвонице сазна и утврди да је умрли оставио писмени тестамент или исправу о усменом тестаменту. Чини се да је потребно размислити о овој могућности и зарад растерећења судова, дозволити суду да и поступак за проглашење тестамент повери јавном бележнику.

31 Чл. 110, ст. 2 ЗВП.

Литература

Антић, О. (2002). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ђорђевић, Ђ. В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет у Нишу, Институт за правна и друштвена истраживања.

Ђорђевић, Ђ. В. Сворцан, Н. С. (1997). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник СРС*. Бр. 25. 1982, 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, 106. 2015 – др. закон.

Закон о јавном бележничтву. *Службени гласник РС*. Бр. 31. 2011, 85. 2012, 19. 2013, 55. 2014 – др. закон, 93. 2014 – др. закон, 121. 2014, 6. 2015, 106. 2015.

Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46. 1995, 101. 2003 – одлука УС РС, 6. 2015.

Познић, Б. Ракић-Водинелић, В. (1999). *Грађанско процесно право*. Београд: Савремена администрација.

Пресуда Основног суда у Сомбору, П 909/10 од 24. јула 2012. године и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 4418/2012 од 29. маја 2013. године. Преузето 12. 10. 2016. http://www.so.os.sud.rs/files/download/gradjansko_odeljenje/nasledno_pravo/ПРОГЛАШЕЊЕ%20ФОТОКОПИЈЕ%20ПИСМЕНОГ%20ЗАВЕШТАЊА.pdf.

Станковић, Г. Трговчевић-Прокић, М. (2015). *Коментар Закона о ванпарничном поступку*. Београд: Службени гласник.

Станковић, Г. Мандић, Љ. (2013). *Ванпарнично процесно право*. Ниш, Косовска Митровица: Свен Ниш.

Станковић, Г. (2007). *Грађанско процесно право, друга свеска, Ванпарнично и извршно процесно право*. Ниш: Удружење за грађанско процесно и арбитражно право и аутор.

Станковић, Г. (1998). Ванпарнични поступци у наследноправним стварима. У: Сворцан С. (Прир.) *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке. 25–35.

Старовић, Б. (1992). *Ванпарнично и извршно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Центар за публикације, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Стојановић, Н. Видић Трнинић, Ј. (2015). *Поступак за расправљање заоставштине у Србији*. Ниш: Центар за публикације, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Vladimir Boranijašević, LL. D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština With Temporary

Head Office in Kosovska Mitrovica

PROCLAMATION OF WILL IN THE PROBATE PROCEDURE

Summary

The probate procedure represents one of the special non-contentious procedures which determine inheritance legal effects which are caused by a death of an individual or a proclamation of a missing person dead. In the probate procedure it is determined what the structure of the inheritance is and who the inheritors of the testator are. During this procedure, and with the aim of the best possible preparation of it, the court takes a series of previous actions. One of the previous actions in the procedure for dispute of inheritance is the proclamation of the will.

In the procedure for dispute of inheritance it is necessary to proclaim the will in case there is the will of the testator which represents their one-sided, personal and always revocable declaration of intent by means of which they dispose their property in case of a death, made in a legally determined form. This previous action is very important since the proclamation of the will makes the existence of the will known, its existence is undoubtedly determined, all the interested parties can become acquainted with its contents and, what seems the most important, the proclamation of the will affects the determining of the inheritors.

The regulations of the Law on Contentious Procedure of the Republic of Serbia state the rules in accordance with which to act while proclaiming the will. After a brief pointing to the concept and types of the will, the author in the paper at first analyses the rules of the procedure for proclamation of the written will, and then he points to specificities of the procedure for proclamation of the oral will. The subjects of discussion in the paper also were the regulations about proclamation of a missing or destroyed will.

Key words: *non-contentious procedure, probate procedure, will, proclamation of will, record.*

Др Наташа Стојановић,*
 Редовни професор Правног факултета,
 Универзитет у Нишу

ПРОБЛЕМ (НЕ)УЈЕДНАЧЕНОСТИ СУДСКЕ ПРАКСЕ У СФЕРИ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА**

Апстракт: У раду аутор даје сумаран приказ праксе виших судских инстанци у Републици Србији у сфери наследноправних односа, од почетка примене Закона о наслеђивању из 1995. године, са нарочитим освртом на институте чија је примена била најспорнија у пракси. Аутор, кроз анализу одлука, углавном виших судова у Републици Србији, које се тичу: правне природе рокова у којима се може остварити повређено право на нужни део; опозива завештања, услед располагања завештаним имовинским добром правним послом који је поништен; могућности малолетника да има положај даваоца издржавања и правних последица смрти даваоца издржавања, указује на дијаметрално супротна гледишта ових судова, на неуједначеност њиховог деловања и неједнак тратман странака у поступцима.

Кључне речи: наследноправни односи, Закон о наслеђивању, судска пракса.

1. Уводне напомене

Двадесетогодишња примена Закона о наслеђивању из 1995. године¹ изнедрила је не само спорења у правној теорији око појединих, недовољно јасних и прецизних решења овог законског текста, или постојања правних празнина, већ и читав низ спорних случајева у судској пракси. То, поред осталог, потврђује око 300 публикованих одлука виших судских инстанци

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013–2018. године.

1 Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

у Републици Србији из домена наслеђивања, које су биле предмет наше пажње и анализе.

У домаћој судској пракси уговор о доживотном издржавању је без конкуренције у погледу броја спорних случајева због којих је тражена судска заштита. Спорно је готово све: квалитети уговорних страна, предмет и форма уговора, (не)извршавање уговорених обавеза, однос уговора о доживотном издржавању и других правних послова, престанак уговора, итд.²

У протеклих двадесет година примене Закона о наслеђивању, право на нужни део и његова повреда били су у релативно великом броју парница предмет судске заштите.³

Иако је Закон о наслеђивању који је данас у примени „појачао“ формалне захтеве код писменог завештања пред сведоцима и усменог завештања, то није умањило или свело на незнатну бројку парнице којима су третирана поједина спорна питања везана за ове облике завештања.⁴

2 Поједина спорна питања већ су била предмет наше пажње, видети: Стојановић, 2006: 77-84.

3 Видети, на пример: пресуду Окружног суда у Београду, Гж. 1376/2003, од 11. септембра 2003. године; решење Врховног суда Србије, Рев. 180/2003, од 28. октобра 2004. године; пресуду Окружног суда у Ваљевоу, Гж. 509/2005, од 19. маја 2005. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2757/2005, од 16. новембра 2005. године; пресуду Окружног суда у Новом Саду, Гж. 144/2006, од 8. фебруара 2007. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3742/2010, од 22. фебруара 2011. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 14435/2010(3), од 06. априла 2011. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1449/2011, од 4. јула 2011. године; решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 228/2011, од 06. септембра. 2011. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2839/2011, од 16. новембра 2011. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 15871/2010(2), од 21. децембра 2011. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 275/2012, од 9. маја 2012. године; решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1940/2012(1), од 5. јуна 2012. године; решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 5105/2012, од 18. септембра 2013. године и пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 8959/2012, од 18. децембра 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

4 У том правцу видети: пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2332/2001, од 11. априла 2002. године; решење Врховног суда Србије, Рев. 4910/2002, од 11. децембра 2002. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2413/2004, од 20. октобра 2004. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1557/2004, од 23. децембра 2004. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2156/2005, од 26. октобра 2005. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1523/2006, од 14. фебруара 2006. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 88/2006, од 8. марта 2006. године; пресуду Окружног суда у Чачку, Гж. 1253/2006, од 18. октобра 2006. године; пресуду Окружног суда у Ужицу, Гж. 1894/2006, од 30. октобра 2006. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 635/2008, од 7. маја 2008. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2213/2008, од 3. септембра 2008. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 815/2008, од 12. фебруара. 2009. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 6718/2010, од 3. јуна 2010. године; пресуду Апелационог суда у Београду,

Осим тога, међу санаследницима је релативно често било спорно и питање одговорности за дугове из заоставштине, посебно намирења трошкова сахране оставиоца.⁵

Оно што теорија није сагледала као спорно, због приличне јасноће и недвосмислености законских решења, али је у пракси судова уочено као спорно, тичало се: неправљења разлике између права представљања и наследноправне трансмисије;⁶ (не)дозвољености примена права представљања у четвртном законском наследном реду;⁷ различитог приступа у примени права прираштаја у другом законском наследном реду;⁸ (не)могућности наслеђивања ванбрачних партнера;⁹ (не)могућности

Гж. 4790/2010, од 30. јуна 2010. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 15184/2010, од 20. априла 2011. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1594/2011, од 5. маја 2011. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 60/2011, од 25. августа 2011. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 7282/2011, од 2. фебруара 2012. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 21397/2012, од 23. маја 2012. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3227/2011, од 13. јуна 2012. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 4015/2012, од 11. децембра 2012. године и пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 4783/2013, од 22. јануара 2014. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

5 Видети, на пример: пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2992/2003, од 30. јануара 2004. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3166/2003, од 11. марта 2004. године; решење Врховног суда Србије, Рев. 1414/2005, од 13. јула 2005. године; решење Округног суда у Нишу, Гж. 172/2006, од 18. јануара 2006. године; решење Округног суда у Новом Саду, Гж. 1491/2005, од 4. октобра 2006. године; пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1353/2007, од 3. октобра 2007. године; пресуду Вишег суда у Краљеву, Гж. 1248/2010, од 8. октобра 2010. године; решење Вишег суда у Суботици, Гж. 965/2011, од 23. децембра 2011. године; пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4540/2012, од 28. новембра 2012. године; решење Апелационог суда у Београду, Гж. 1953/2012, од 14. децембра 2012. године; пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 61/2011 од 27. фебруара 2013. године; пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 126/2014, од 28. октобра 2014. године и пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж. 2406/2015, од 14. јануара 2016. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

6 У том правцу, видети: одлуку Врховног суда Србије, Гзз. 2/99, од 27. јануара 1999. године. *Билтен правне праксе Републичког јавног тужилаштва Србије из области грађанско-правне заштите законитости за 1999. годину*, стр. 40 и решење Вишег суда у Пожаревцу, Гж. 596/2013(2011), од 25. јула 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

7 Видети, на пример: решење Вишег суда у Новом Саду, Гж 2927/2010, од 25. августа 2011. и решење Вишег суда у Суботици, Гж 125/2015, од 22. септембра 2015. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

8 То потврђује решење Апелационог суда у Београду, Гж 367/2013, од 25. марта 2014. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

9 Видети: пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2459/2010, од 21. септембра 2011. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

намирења права на нужни део из поклона, због нарушавања сигурности правног промета;¹⁰ састављања својеручног завештања од стране адвоката, помоћу компјутера;¹¹ читања судског завештања од судије, а завешталац је био у стању да га прочита;¹² сачињавања заједничког завештања на записник од стране судије¹³ и опозива завештања, услед располагања завештаном индивидуално одређеном ствари.¹⁴

У пракси виших судова, такође, примећено је неједнако поступање у истоветним или готово истоветним процесним стварима, а да притом за узор приликом одлучивања нису узимане одлуке највише судске инстанце у Републици Србији.¹⁵

Предмет наше пажње у раду јесу управо одлуке у којима су судови поводом истих спорних наследноправних ствари заузимали различите ставове, а тичу се: правне природе рокова у којима се може намирити право на нужни део; опозива завештања, услед располагања завештаним добром правним послом који је поништен; могућности малолетника да буде давалац издржавања и правних последица смрти даваоца издржавања.

2. Намирење права на нужни део повређеног завештајним располагањима или поклонима

Када је право на нужни део повређено прекомерним завештајним располагањима или учињеним поклонима, домаћи Закон о наслеђивању који је у примени прописује рокове у којима нужни наследник може захтевати његово намирење.¹⁶ Независно од тога да ли је право на нужни део облигационоправног или наследноправног (стварноправно) карактера, српски нормотворац одређује исте рокове за заштиту овог овлашћења.

10 Видети: решење Врховног суда Србије, Рев. 180/2003, од 28. октобра 2004. године. *Билтен Округног суда у Београду*. 67/2005, стр. 116–117.

11 У том правцу, видети: пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3564/2012, од 21. децембра 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

12 Видети: пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1443/2006, од 6. јула 2006. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

13 Видети: пресуду Округног суда у Београду, Гж. 2005/97, од 13. септембра 1997. године и пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2226/2010, од 22. јула 2010. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

14 Видети, на пример: пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 65/2012, од 14. јуна 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

15 Један таква случај је предмет наше анализе у наставку рада.

16 Видети: чл. 58 и чл. 59 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

У случају да је право на нужни део повређено сачињеним завештајним располагањима, исплата новчане противвредности нужног дела, када је у питању право на нужни део као облигационо право, односно смањење завештајних располагања, ако је посреди право на нужни део као наследно право, може се захтевати у року од три године од проглашења завештања.

У ситуацији да је право на нужни део повређено дарованим поклонима, нужни наследник исплату новчане противвредности нужног дела, када је право на нужни део облигационо овлашћење, односно враћање поклона, према утврђеном редоследу, ако је право на нужни део наследно овлашћење, може захтевати у року од три године од отварања наслеђа поклонодавца.

Када је реч о правној природи ових рокова, слово закона је јасно, будући да маргинални текст изнад чл. 58 актуелног Закона о наслеђивању упућује на застарелост права.

Правна литература старијег и новијег датума углавном прихвата решење које на ову тему нуди српски нормотворац (Крећ, Павић, 1964: 132–133; Благојевић, 1968: 237; Антић, Балиновац, 1996: 268–269; Сворцан, 2004: 153–154; Gavella, Belaj, 2008: 232; Крстић, 2016: 274–276). Овом схватању аргументовано се супростављају поједини теоретичари, са тврдњом да су то преклузивни рокови (видети, на пример: Бабић, 123–125).

Оно што је упозоравајуће за правни промет јесте да виши судови у погледу правне природе ових рокова немају јединствен став. Отуда, предмет наше пажње јесу две одлуке Апелационог суда у Крагујевцу¹⁷ и Апелационог суда у Београду¹⁸ које на ову тему имају дијаметрално супротне ставове. Апелациони суд у Крагујевцу у наведеној одлуци износи став да су у питању материјалноправни преклузивни рокови. Апелациони суд у Београду наведеном одлуком заступа мишљење да су посреди рокови застарелости и да се, сходно томе, могу применити правила Закона о облигационим односима која се односе на прекид и застој застаревања.¹⁹

На први поглед, јасно је да овакво деловање судова не доводи у исти положај странке у поступку поводом намирења повређеног нужног дела и не доприноси примени начела једнакости грађана пред законом.

Ко је од ових судова у праву? Стриктно поштујући слово Закона о наслеђивању, тачније маргинални наслов чл. 58, проистиче да је исправно

17 Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 228/2011, од 6. септембра 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

18 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2839/2011, од 11. новембра 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

19 Видети: чл. 381–393 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*, 31/1993; *Службени лист СЦГ*, 1/2003.

поступио Апелациони суд у Београду. Међутим, ово питање захтева комплекснији и продубљенији приступ целој ствари.

Познато је да су подложна застарелости облигациона права као релативна права.²⁰ У том делу, дакле, одлука Апелационог суда у Београду је исправна, ако је у „центру збивања“ право на нужни део као облигационо право. То се, додуше, не може видети из саме одлуке. На основу употребљене терминологије, „захтев за редукцију уговора о поклону“, пре се може закључити да је посреди право на нужни део као наследно (стварно) право. Апсолутна права, а ту спадају: стварна права, права личности, права интелектуалног стваралаштва и, за нас посебно битно, право наслеђа, су незастарива.²¹ Тако посматрано, следи да ако је повређено право на нужни део као наследно (стварно) право, не може бити говора о примени института застарелости.²²

Ако са ове тачке гледамо на ствар, проистиче да је став Апелационог суда у Крагујевцу исправан, утолико више што се из околности случаја види да је повређено право на нужни део као наследно (стварно) право, будући да се у одлуци говори о смањењу тестаменталних располагања.

Из права наслеђа као овлашћења које делује *erga omnes*, проистиче низ других, споредних права која прате њега као главно право: право да се захтева поништај завештања, право да се захтева деоба наследства, право да се захтева урачунавање у наследни део, те право да се захтева намирење нужног дела. Та споредна и по волумену „мања“ права у односу на право наслеђа, а која су нераскидиво повезана са њим, у правној литератури се називају правним моћима, преображајним (потестативним) правима или правима обликовања (видети, на пример: Крнета, 1978: 198–199). За њих важи да је њихово вршење временски ограничено преклузивним роковима,²³ чији протек, да подсетимо, за последицу има губитак самог права, у чијој је служби, услед немогућности истицања захтева или тужбе у материјалном смислу, а не његово „слабљење“, као код застарелости, на шта директно упућује и чл. 370 актуелног Закона о облигационим

20 О застарелости облигационих права, рецимо, видети: Гамс, 1974: 224; Стојановић, 1984: 161–163.

21 У правној литератури изнето мишљење да су подложни застарелости и захтеви који потичу из стварних, наследних, породичних и личних права, обесмишљава поделу права на апсолутна и релативна права и „релативизује“ апсолутна права. Видети: Vodinec, 2014: 535–536.

22 Отуда је исправан резон српског законодавца да наследнички захтев третира као незастарив, јер је то у складу са правом наслеђа као апсолутним правом. Тако и: Планојевић, 1998: 159.

23 О преклузији преображајних права, опширније видети код: Гамс, 1974: 228–229; Стојановић, 1984: 160.

односима.²⁴ Отуда следи, уколико нужни наследник коме је право на нужни део повређено, у прописаним роковима не захтева његово намирење, а заправо не захтева промену у правним односима насталу учињеним поклонима и сачињеним завештањем, тада нужни наследник губи своје наследноправно овлашћење.

Чини се да једино овакво посматрање правне природе рокова у којима се може захтевати намирење нужног дела може имати за последицу уједначено деловање судова и, самим тим, једнак третман субјеката у правном промету.

3. Оpozив завештања

Свако завештајно способно лице има право да до краја свог живота, до последњег даха,²⁵ одузме важност, у потпуности или делимично, свом правно валидном завештању.

Такву могућност за завештаоца прописује и српски нормотворац, одредбама о опозиву завештања.²⁶

Као посебан начин опозива завештања, Закон о наслеђивању који је у примени на нашим просторима регулише и пређутан неформалан начин одузимања важности пуноважном завештању који се манифестује кроз располагање индивидуално одређеном ствари, која је већ неке остављена завештањем, правним или фактичким путем.²⁷

Уколико се изврши опозив завештања тако што се после његовог састављања закључи други правни посао, којим се, такође, располаже индивидуално одређеном ствари, која је претходно распоређена у нечију корист завештањем, па тај исти правни посао буде поништен, поставља се питање да ли првобитно састављено завештање и даље „живи“ или је опозвано.

На постављено питање српски законодавац не даје одговор. Када је реч о утицају неважног, доцније сачињеног завештања на раније састављено пуноважно завештање, у наследноправним прописима

24 Овај члан гласи: „Правила о застарелости не примењују се у случајевима кад су у закону одређени рокови у којима треба да се подигне тужба или да се изврши одређена радња под претњом губитка права“.

25 *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.* Ulpianus – D. 34, 44. Наведено према: Стојчевић, Ромас, 1984: 65.

26 Видети: чл. 176–178 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

27 Видети: чл. 178 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

појединих држава²⁸ и у домаћој правној теорији (Антић, 2007: 308), изнет је став да се тада примењује раније састављено завештање. Чини се да овакав став заслужује пун респект, наравно, под условом да таква намера завештаоца несумњиво проистиче из раније састављеног завештања или околности случаја. У супротном, потребно је приступити подели његове заоставштине према правилима редовног законског наслеђивања.²⁹

Међутим, када је реч о утицају поништеног, касније састављеног теретног правног посла, рецимо уговора о доживотном издржавању, на раније састављено пуноважно завештање, домаћа судска пракса има опречне ставове.

Према одлуци Окружног суда у Ваљеву,³⁰ поништај касније закљученог уговора о доживотном издржавању „не враћа у живот“ раније састављено завештање, већ се оно сматра опозваним, будући да је завешталац, а прималац издржавања, довољно јасно манифестовао своју вољу о опозиву завештања, располажујући имовинским добрима, која су остављена завештањем, накнадно уговором о доживотном издржавању.

Насупрот томе, Врховни суд Србије својом одлуком³¹ одбија такву могућност, износећи став да се поништајем уговора о доживотном издржавању, из разлога садржаног у чл. 203 актуелног Закона о наслеђивању, раније састављено завештање не опозива, будући да уговор о доживотном издржавању не производи никаква дејства од свог настанка.

Упоређујући ове две одлуке, прво што се може уочити јесте да иако је одлука врховне судске инстанце у Републици Србији временски претходила одлуци Окружног суда у Ваљеву, она није имала неког утицаја на делиоце правде у нижестепеном суду. Осим тога, околности и једног и другог случаја доста наликују један другом, будући да је завешталац саставио завештање у корист одређеног лица (свог сродника), а потом је тај исти субјект закључио уговор о доживотном издржавању, у својству примаоца издржавања, са хонорисаним из завештања, у својству даваоца издржавања.

28 Видети, на пример: чл. 1130, ст. 2 Грађанског кодекса Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации, први део, од 30. новембра 1994. године, N 51-ФЗ, други део, од 26. јануара 1996. године, N 14-ФЗ, трећи део, од 26. новембра 2001. године, N 146-ФЗ и четврти део, од 18. децембра 2006. године, N. 230-ФЗ, са последњим изменама и допунама, од 23. јуна 2014. године).

29 Овакво размишљање већ смо раније изнели. Видети: Стојановић, 2012: стр. 713–715.

30 Пресуда Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1104/2008, од 27. новембра 2008. године. Извор: *Paragraf Lex*-ова база података.

31 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2155/2005, од 28. септембра 2005. године. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 4/2005, стр. 102–104.

Оно што је такође извесно анализирајући ова два случаја јесте да и једна и друга одлука могу бити путоказ другим судовима у истоветним или сличним случајевима. Отуда, да би се избегло овакво шаролико поступање и неједнак третман странака у парничном поступку неопходно је регулисати утицај неважног, доцније закљученог правног посла на раније састављено завештање.

С једне стране посматрано, став Окружног суда у Ваљеву има оправдања, будући да је слово Закона о наслеђивању врло јасно и да увек када се накнадно располаже завештаном индивидуално одређеном ствари долази до опозива завештања. Оно што урушава квалитет изнетог става овог Суда јесте да је тај, касније закључени правни посао поништен и самим тим не дејствује у правном промету, на шта је указао, у анализираној одлуци, Врховни суд Србије. Чини се да одговор треба тражити у одредбама самог Закона о наслеђивању. Наиме, када српски законодавац говори о уништењу касније састављеног завештања, он јасно ставља до знања да ће оживети раније састављено завештање, осим ако околности случаја не усмеравају ка другачијем одговору. Претпостављамо да је овим решењем желео да дâ првенство вољи оставиоца, израженој у завештању, у односу на правила законског наслеђивања. Истом идејом треба се водити и у случају поништаја сачињеног (добročиног или теретног) правног посла којим се располагало завештањем индивидуално одређеном ствари. Наравно, ово све под условом да се из доцније састављеног правног посла и раније сачињеног завештања или околности конкретног случаја не може видети јасна намера завештаоца да се његова заоставштина распоређује према одредбама Закона о наслеђивању.

4. Малолетник као давалац издржавања

Истражујући праксу виших судских инстанци у Републици Србији, а у вези уговора о доживотном издржавању, пронашли смо осим одлука из чије садржине се несумњиво види да су давалац и прималац издржавања пунолетне и потпуно пословно способне особе, и одлуке којима се третира питање малолетника као даваоца издржавања.

На једној страни, има одлука које малолетним лицима не оспоравају ово право.³²

На другој страни су одлуке које пуноважност уговора о доживотном издржавању доводе у питање будући да уговор о доживотном издржавању

32 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2791/2005, од 9. фебруара 2006. године и пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 2281/2013 (1), од 23. октобра 2013. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података*.

у својству даваоца издржавања закључује малолетно лице, пословно неспособно да преузме уговорене обавезе.³³

Између ова два супростављена краја, у средини су одлуке које, начелно, дозвољавају малолетницима да закључе уговор о доживотном издржавању у својству даваоца издржавања, али се и те како узимају у обзир чињенице: узраста даваоца издржавања, његових имовинских прилика, као и способности за рад.³⁴

Закон о наслеђивању у Републици Србији који је данас у примени не садржи одредбе о условима које треба да испуне уговорне стране, да би могле да закључе уговор о доживотном издржавању. Због тога, сходну примену има правило из чл. 56, ст. 1 актуелног Закона о облигационим односима,³⁵ које прописује да се за закључење правно валидног уговора захтева пословна способност потребана за тај уговор.

За разлику од представника правне мисли који на ову тему једнако гледају, оспоравајући малолетнику да, преко свог законског заступника, закључи овакав двострано обавезујући, дуготрајан и комплексан правни посао (Суботић-Константиновић, 1968: 46; Живојиновић, 1997: 53; Сворцан, 2004: 420), у пракси виших судова, видимо, није таква ситуација. Склони смо сумњи да је такво шаренило у пракси нижих судова подједнако присутно, што није добро, нити за сигурност правног промета, а ни за доследну примену начела једнакости грађана пред законом, као и за истоветан третман странака у сличним спорним правним стварима.

Да ли би требало дозволити малолетном лицу да закључује, у својству даваоца издржавања, уговор о доживотном издржавању? У одговору на постављено питање треба поћи од правне природе уговора о доживотном издржавању. Као што је познато, овај правни посао, поред осталог, обележава: дуготрајаност, теретност, обострано обавезивање уговорних страна, уз уважавање посебних својстава и квалитета уговорних страна, алеаторност³⁶ и строга форма. Дакле, као двострано обавезујући, онерозни и правни посао са дуготрајним вршењем престација подразумева да неко ко се појављује у улози даваоца издржавања схвата

33 Решење Врховног касационог суда Србије, Рев. 167/2015 (1), од 12. фебруара 2015. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

34 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. II 402/2010, од 5. фебруара 2010. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

35 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*, 31/1993; *Службени лист СЦГ*, 1/2003.

36 Како је сасвим извесно шта је предмет уговорне обавезе примаоца издржавања, поједини теоретичари сматрају да уговор о доживотном издржавању није прави алеаторни уговор, већ правни посао са елементима алеаторности. Суботић-Константиновић, 1968: 159–162.

суштину преузетих обавеза и сврху закључења правног посла. То млађи малолетници (деца која нису навршила 14 година живота), сасвим сигурно не могу, што недвосмислено потврђује чл. 64, ст. 1 Породичног закона Републике Србије,³⁷ који одређује да такви субјекти у праву могу закључити једино правне послове којима стичу само права, затим правне послове који имају мали значај за правни промет и правне послове којима не преузимају ни права, ни обавезе. Отуда је и признање правног положаја даваоца издржавања двогодишњаку, у појединим судским одлукама, у најмању руку бесмислено и јер *de facto* све чинидбе које улазе у састав обавезе даваоца издржавања заправо извршавају њихови родитељи и други сродници.³⁸

Нешто је другачија ствар са старијим малолетницима (деца са навршених 14 година живота), које актуелни породичноправни прописи овлашћују да, осим послова које могу закључити и млађи малолетници, они могу предузимати и све остале послове, уз претходну или накнадну сагласност родитеља, а када је реч о располагању имовинским добрима велике вредности, онда уз сагласност (претходну или накнадну) и органа старатељства.³⁹

Још већу слободу у правном промету имају петнаестогодишњаци којима Породични закон који је у примени признаје право да оним што је плод њиховог рада могу самостално да управљају и располажу.⁴⁰

Ако се не жели обесмислити сврха закључења правног посла какав је уговор о доживотном издржавању, и улога коју треба да има давалац издржавања, не треба настављати са праксом закључивања овог правног посла са млађим малолетницима, јер су они само формално то, док фактички уговорне обавезе извршавају њихови законски заступници. Деца наведеног узраста немају правно релевантну вољу за закључивање овог правног посла, а ни способност за његову реализацију. Уколико се буде наставило са таквом праксом, неће бити никаквих аргумената да се закључивање овако комплексног правног посла дозволи и потпуно

37 Породични закон, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

38 Видети, на пример: пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 2281/2013(1), од 23. октобра 2013. године, као и одлуку Врховног касационог суда Србије, Рев. 167/2015(1), од 12. фебруара 2015. године. Извор: *Paragraflex*-ова база података.

39 Видети: чл. 64, ст. 2, у вези са чл. 193, ст. 3 Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

40 Видети: чл. 64, ст. 3 Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

пословно неспособним лицима, као даваоцима издржавања, јер су они у правном положају изједначени са млађим малолетницима.⁴¹

Када је реч о старијим малолетницима, поготово оним који су навршили 15 година живота и који својим радом приходују, чини се да нема ваљаног разлога оспоравати овим субјектима могућност да закључе уговор о доживотном издржавању, јер им, у крајњој линији, то Породични закон дозвољава, и, притом, што је врло битно, већ су својим делањем потврдили да су способни за рад и да имају одговарајуће приходе, што је код преузимања обавезе издржавања нарочито изражено. За старије малолетнике који не привређују, па самим тим и не стичу зараду или друга имовинска права, јавни бележници који потврђују садржину ових правних послова морају показати максималан опрез, и проверити да ли и у којој мери малолетник разуме обавезе које закљученим уговором преузима и да ли је способан да их извршава (све или поједине).⁴² У супротном, не треба дозвољавати закључење уговора о доживотном издржавању оваквом старијем малолетнику све дотле док јавни бележник не стекне уверење о томе да је он у стању да схвати сврху уговора о доживотном издржавању и способност да га реализује у целини или делимично.

5. Смрт даваоца издржавања

По редовном току ствари, уговорни однос између даваоца издржавања и примаоца издржавања окончава се смрћу примаоца издржавања. За случај да давалац издржавања умре пре примаоца издржавања, а у циљу очувања већ успостављених уговорних односа, актуелни Закон о наслеђивању Републике Србије прописује решење да се тада преузете обавезе из уговора о доживотном издржавању лица које је пружало издржавање настављају са његовим супружником и потомцима, под условом да они на то пристану и да су позвани на наслеђе.⁴³ Дакле, уз испуњење прописаних услова, уговорни однос се аутоматски продужава, уз уважавање начела *pacta sunt servanda* (слично запажање: Суботић-Константиновић, 1968: 154).

Из ове одредбе јасно проистиче да „живот“ уговора о доживотном издржавању може бити продужен само са уским кругом законских

41 Видети: чл. 146, ст. 1 Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

42 Видети: чл. 172, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, 25/1982, 48/1988; *Службени гласник РС*, 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон.

43 Видети: чл. 204, ст. 1 Закона о наслеђивању, *Службени гласник РС*, 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

наследника који чине први законски наследни ред, који су уз то и позвани на наслеђе, полазећи, вероватно, од претпоставке да су та лица највише заинтересована да се већ успостављени уговорни однос оконча смрћу примаоца издржавања, да су она довољно позната примаоцу издржавања и да су му, кроз одговарајуће чинидбе, већ пружали издржавање (Антић, Балиновац, 1996: 538). Дакле, чињеница да давалац издржавања није имао потомке и супружника, а да су њему у извршавању обавезе из уговора о доживотном издржавању помагали, рецимо, родитељи, брат, сестра или ванбрачни партнер, чак и да су живели у заједници са њим (ово се за ванбрачног пратнера подразумева), нема никаквог утицаја, у ситуацији да давалац издржавања умре пре оставиоца. Дакле, они могу бити законски наследници даваоца издржавања, али не могу „преузети улогу“ даваоца издржавања, те уговорни однос престаје по сили закона.

Неправичност оваквог решења чини се највише долази до изражаја у ситуацији да даваоцу издржавања у извршавању преузетих обавеза помаже ванбрачни партнер. Уколико је само један од ванбрачних партнера закључио уговор о доживотном издржавању, па он умре, други ванбрачни партнер не може да настави са извршавањем уговорених обавеза, јер домаћи Закон о наслеђивању ванбрачног партнера и „не препознаје“ као законског наследника, а ни као лице које је овлашћено да продужи уговорни однос. Исто би било и да је ванбрачни партнер завештањем одређен за наследника, јер је сврха правила, садржаног у чл. 204, ст. 1, важећег Закона о наслеђивању да привилегује и заштити супружника и потомке даваоца издржавања као наследнике првог законског наследног реда.

Парадоксалност оваквог решења, садржаног у чл. 204, ст. 1 Закона о наслеђивању, чини се види се у потпуности када се узму у обзир решења важећег Породичног закона Републике Србије, којима се јасно потенцира сходна примена одредаба овог Закона о имовинским односима супружника и на ванбрачне партнере, са нарочитим акцентом на правило да имовинска добра која су ванбрачни партнери стекли радом, током трајања ванбрачне заједнице, чине њихову заједничку имовину.⁴⁴

Колико се оваквим решењем ванбрачни партнер који је помагао другом ванбрачном партнеру, а даваоцу издржавања, у извршавању обавеза из уговора о доживотном издржавању доводи у незавидну и неправичну ситуацију јасно сведочи одлука Врховног суда Србије из 2005. године.⁴⁵ Из садржине наведене одлуке може се видети да је брачни пар, без

44 Видети: чл. 191, ст. 2, у вези са чл. 168–190 Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

45 Решење Врховног суда Србије, Рев. 2199/2005, од 15. децембра 2005. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података*.

заједничког потомства, у својству даваоца издржавања, закључио уговор о доживотном издржавању са примаоцем издржавања. Три месеца после закључења уговора умире супруга, као један од давалаца издржавања, те извршавање уговорених обавеза, у пуном обиму, преузима преживели супружник. Недуго затим (четири месеца после смрти супруге), преживели давалац издржавања успоставља ванбрачну заједницу са особом која му помаже у извршавању обавеза из уговора о доживотном издржавању. Други, фактички давалац издржавања није са примаоцем издржавања закључио уговор о доживотном издржавању, а није ни постојећи уговор измењен, јер се томе противио давалац издржавања који је и закључио уговор. Уговорне обавезе давалаца издржавања извршаване су годинама од стране сада ванбрачних партнера. После смрти примаоца издржавања, давалац издржавања, који је закључио уговор о доживотном издржавању, уписује право својине на непокретности која је била предмет уговорне обавезе примаоца издржавања на име покојне супруге и своје име, са уделом од по 1/2. Из публиковане судске одлуке не може се видети колико је он живео после смрти примаоца издржавања, али је евидентно да је њега надживео његов ванбрачни партнер који му је помагао у издржавању. У оставинским поступцима који су вођени после смрти брачног пара који је закључио уговор о доживотном издржавању у својству даваоца издржавања, расправљена је њихова заоставштина, укључујући и непокретност стечену уговором о доживотном издржавању и утврђена су одређена лица за наследнике.

Ванбрачни партнер касније умрлог даваоца издржавања није наследио ништа. Закон о наслеђивању, дакле, не штити ванбрачног партнера као могућег законског наследника, а завештање није ни сачињено.

У таквој ситуацији, ванбрачни партнер који је давао издржавање захтева од надлежног суда да утврди да је престала правна важност уговора о доживотном издржавању, који је закључен између давалаца издржавања и примаоца издржавања, у односу на супружника који је убрзо после закључења уговора умро.

Нижестепени судови, сигурно руковођени чињеничним стањем и принципом правичности, усвајају захтев фактичког даваоца издржавања. Врховна судска инстанца, међутим, прихвата наводе у ревизији о погрешној примени материјалног права и одлучује против захтева ванбрачног партнера који је фактички пружао издржавање.

Стриктно поштујући слово Закона о наслеђивању, Врховни суд Србије је поступио исправно и донео валидну одлуку. Ванбрачног партнера законски текст не уврштава у круг лица овлашћених да после смрти даваоца издржавања наставе извршавање уговорених обавеза, те самим тим и нема активну легитимацију за истицање захтева такве садржине.

Уместо изабраног правног пута, ванбрачни партнер који је годинама издржавао примаоца издржавања требало је да захтева, најраније после смрти примаоца издржавања, да се заједничка имовина стечена радом током трајања ванбрачне заједнице, укључујући и оно што је добијено на основу уговора о доживотном издржавању, подели према породичноправним прописима.

Овај случај, али и низ других случајева у којима се после смрти даваоца издржавања не узимају у заштиту лица која су фактички давала издржавања примаоцу издржавања, јер не спадају у круг привилегованих субјеката који имају право на то, морају бити јасан путоказ српском законодавцу да мења слово важећег Закона о наслеђивању, у правцу да се продужење уговорног односа у својству даваоца издржавања омогућава, независно од позива на наслеђе у односу на умрлог даваоца издржавања, сваком оном ко је њему у издржавању помагао и ко је фактички издржавао примаоца издржавања.⁴⁶ Битно је само да је то лице сагласно да настави извршавање уговорених обавеза и да је са тим сагласан прималац издржавања. У супротном, уговор о доживотном издржавању престаје да важи *ex lege*,⁴⁷ уз задржавање права на захтевање одговарајуће надокнаде за већ дато издржавање. Ако је то лице истовремено и позвано на наслеђе иза умрлог даваоца издржавања, онда има право да захтева надокнаду за дато издржавање од стране умрлог даваоца (тако и: Крећ, Павић, 1964: 407).

Уколико је више лица фактички пружало издржавање примаоцу издржавања заједно са даваоцем издржавања, после његове смрти сви су они солидарни дужници једне недељиве обавезе, наравно, ако пристану на продужење уговорног односа. У супротном, а све уз сагласност примаоца издржавања, уговорни однос се наставља са онима који су за такву опцију, а они који не желе да наставе даље да издржавају примаоца издржавања имају право на одговарајућу надокнаду, сразмерно уложеном труду и средствима (слично запажање и: Крећ, Павић, 1964: 407). Исто решење ваљало би применити и у ситуацији да прималац издржавања не жели са неким фактичким даваоцем издржавања да продужи уговорни однос.

6. Закључна разматрања

Сумарна анализа публикованих одлука виших судова у Републици Србији из домена наследноправних односа показује да је у протеклих двадесет година, рачунајући од почетка примене Закона о наслеђивању,

46 У правној литератури има мишљења да се таква могућност да свим наследницима умрлог даваоца издржавања, независно од законског наследног реда коме припадају. Видети: Сворцан, 1988: 190.

47 За узајамну сагласност примаоца издржавања залаже се и Сворцан, 2004: 550–551.

најчешће била спорна примена: уговора о доживотном издржавању, у свим његовим сегментима, затим остваривања и заштите права на нужни део, потом, од облика завештања, писменог завештања пред сведоцима и усменог завештања, као и института одговорности санаследника за дугове из заоставштине.

Евидентно је да великом броју спорних случајева који се тичу ових правних феномена „кумује“ не само њихова широка применљивост у социјалном реалитету, већ и непрецизност и нејасноћа слова закона, као и постојање правних празнина које судовима дају широк простор у одлучивању.

Нарочити проблем представља доношење дијаметрално супротних одлука у погледу истих спорних наследноправних ствари, које не само да могу да буду „путоказ“ за даље шаролико поступање, како нижестепених, тако и вишестепених судова, већ и да угрозе принцип једнакости грађана пред законом, као и сигурност правног промета.

Постојање очигледно патогених појава у домаћој судској пракси може бити отклоњено на два начина: или тако да се из Закона о наслеђивању „уклоне“ све нејасноће и непрецизности, као и да се попуне све правне празнине које су судска пракса и теорија уочили, или тако да се, у циљу уједначеног деловања судова, одлуке Врховног касационог суда сматрају обавезним извором права, како је то, примера ради, било у приватном праву Војводине између два светска рата, за одлуке Касационог суда у Новом Саду (опширније: Стојановић, 2008: 53–54).

Литература

- Антић, О. (2007). *Наследно право*. Београд: Народна књига, Алфа.
- Антић, О. Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Номос.
- Бабић, И. (2005). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Службени лист Србије и Црне Горе.
- Благојевић, Б. (1968). *Наследно право СФРЈ са освртом на права других држава*. Београд: Завод за издавање уџбеника.
- Vodinelić, V. (2014). *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Gavella, N. Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- Гамс, А. (1974). *Увод у грађанско право, општи део*. Београд: Научна књига.
- Живојиновић, Д. (1997). Способност уговарача за закључење уговора о доживотном издржавању. У Станковић, Г. и Петрушић, Н. (ур.). *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш: Правни факултет. 50–57.

Крећ, М. Павић, Ђ. (1964). *Komentar Zakona o nasljeđivanju*. Zagreb: Narodne novine.

Крнета, С. (1978). Појам, суштина и садржај субјективног права. У *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*. Београд: Службени лист СФРЈ. 1987–201.

Крстић, Н. (2016). *Повреда и заштита права на нужни део (докторска дисертација)*. Ниш: Правни факултет.

Планојевић, Н. (1998). Незастаривост hereditatis petitio. У Сворцан, С. (ур.). *Новине у Закону о наслеђивању из 1995. године*. Крагујевац: Правни факултет. 151–159.

Суботић-Константиновић, Н. (1968). *Уговор о доживотном издржавању*. Београд: Научно дело.

Сворцан, С. (1988). *Раскид уговора о доживотном издржавању*. Београд: Савремена администрација.

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању*. Крагујевац: Правни факултет.

Стојановић, Д. (1984). *Увод у грађанско право*. Београд: Савремена администрација.

Стојановић, Н. (2012). Где су границе слободе завештајних располагања? *Правни живот*. Тематски број „Право и морал“. 10. Београд: Удружење правника Србије. 699–718.

Стојановић, Н. (2008). Наследно право у Војводини између два светска рата, *Зборник Матице српске за друштвене науке*. 125. 53–78.

Стојановић, Н. (2006). Осврт на поједина спорна питања о уговору о доживотном издржавању у домаћој судској пракси. *Правни информатор*. 7–8. 77–84.

Stojčević, D., Romac, A. (1984). *Dicta et regulae iuris*. Beograd: Savremena administracija.

Законски текстови

Грађански кодекс Руске Федерације (Гражданский кодекс Российской Федерации, први део од 30. новембра 1994. године, N 51-ФЗ, други део од 26. јануара 1996. године, N 14-ФЗ, трећи део од 26. новембра 2001. године, N 146-ФЗ и четврти део од 18. децембра 2006. године, N. 230-ФЗ, са последњим изменама и допунама од 23. јуна 2014. године).

Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*. Бр. 25/1982, 48/1988; *Службени гласник РС*. Бр. 46/1995 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон.

Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*. Бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; *Службени лист СРЈ*. Бр. 31/1993; *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003.

Породични закон, *Службени гласник РС*. Бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Судска пракса

Одлука Врховног суда Србије, Гзз. 2/99, од 27. јануара 1999. године. *Билтен правне праксе Републичког јавног тужилаштва Србије из области грађанско-правне заштите законитости за 1999. годину*, стр. 40.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2332/2001, од 11. априла 2002. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 4910/2002, од 11. децембра 2002. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2992/2003, од 30. јануара 2004. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3166/2003, од 11. марта 2004. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2413/2004, од 20. октобра 2004. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 180/2003, од 28. октобра 2004. године. *Билтен Окружног суда у Београду*. Бр. 67/2005, стр. 116–117.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1557/2004, од 23. децембра 2004. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1414/2005, од 13. јула 2005. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2155/2005, од 28. септембра 2005. године. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 4/2005, стр. 102–104.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2156/2005, од 26. октобра 2005. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2757/2005, од 16. новембра 2005. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2199/2005, од 15. децембра 2005. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2791/2005, од 9. фебруара 2006. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1523/2006, од 14. фебруара 2006. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 88/2006, од 8. марта 2006. године. Извор: *Paragraflex-ова база података*.

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1443/2006, од 6. јула 2006. године.
Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1353/2007, од 3. октобра 2007. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 635/2008, од 7. маја 2008. године.
Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2213/2008, од 3. септембра 2008. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Врховног суда Србије, Рев. 815/2008, од 12. фебруара. 2009. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Врховног касационог суда Србије, Рев. 167/2015(1), од 12. фебруара 2015. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 6718/2010, од 3. јуна 2010. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 4790/2010, од 30. јуна 2010. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 15184/2010, од 20. априла 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 2226/2010, од 22. јула 2010. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 14435/2010(3), од 6. априла 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 2459/2010, од 21. септембра 2011. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 2839/2011, од 11. новембра 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 2839/2011, од 16. новембра 2011. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 15871/2010(2), од 21. децембра 2011. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београд, Гж. 7282/2011, од 2. фебруара 2012. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 1953/2012, од 14. децембра 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 61/2011 од 27. фебруара 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 2281/2013(1), од 23. октобра 2013. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 8959/2012, од 18. децембра 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података.*

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж. 4783/2013, од 22. јануара 2014. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Београду, Гж 367/2013, од 25. марта 2014. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. II 402/2010, од 5. фебруара 2010. године. Извор: *Paragraf lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3742/2010, од 22. фебруара 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1594/2011, од 5. маја 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 1449/2011, од 4. јула 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 228/2011, од 6. септембра 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 275/2012, од 9. маја 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 213972012, од 23. маја 2012. године. *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3227/2011, од 13. јуна 2012. године. *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 65/2012, од 14. јуна 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 4015/2012, од 11. децембра 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3564/2012, од 21. децембра 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 126/2014, од 28. октобра 2014. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Нишу, Гж. 2406/2015, од 14. јануара 2016. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 60/2011, од 25. августа 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1940/2012(1), од 05. јуна 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4540/2012, од 28. новембра 2012. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 5105/2012, од 18. септембра 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Вишег суда у Краљеву, Гж. 1248/2010, од 8. октобра 2010. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Вишег суда у Новом Саду, Гж 2927/2010, од 25. августа 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Вишег суда у Пожаревцу, Гж. 596/2013(2011), од 25. јула 2013. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Вишег суда у Суботици, Гж. 965/2011, од 23. децембра 2011. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Вишег суда у Суботици, Гж 125/2015, од 22. септембра 2015. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Београду, Гж. 2005/97, од 13. септембра 1997. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Београду, Гж. 1376/2003, од 11. септембра 2003. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Ваљеву, Гж. 509/2005, од 19. маја 2005. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Ваљеву, Гж. 1104/2008, од 27. новембра 2008. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Нишу, Гж. 172/2006, од 18. јануара 2006. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 1491/2005, од 4. октобра 2006. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Новом Саду, Гж. 144/2006, од 8. фебруара 2007. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Ужицу, Гж. 1894/2006, од 30. октобра 2006. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Одлука Окружног суда у Чачку, Гж. 1253/2006, од 18. октобра 2006. године. Извор: *Paragraf Lex-ова база података*.

Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE ISSUE OF THE (NON)STANDARDISATION OF
JUDICIAL PRACTICE IN THE SPHERE OF
INHERITANCE-LAW RELATIONSHIPS**

Summary

In the paper, the author gives a summary review of higher court instances in Serbia in the sphere of inheritance-law relationships, since the beginning of the application of the Law on Inheritance 1995, with a specific reference to the institutes with the most disputable application in practice. The author does it, through an analysis of decisions of, mainly, higher courts in the Republic of Serbia, referring to: legal nature of time limits within which the violated right to forced portion may be realised; cancellation of bequeath, due to the disposition of bequeathed property through a legal affair that is annulled; possibilities of a minor to have the position of a maintenance debtor and legal consequences of death of the maintenance debtor, implies diametrically opposed standpoints of these courts, to the non-standardisation of their actions, and an unequal treatment of the parties to proceedings.

Key words: *inheritance-law relationships, Law on Inheritance, judicial practice.*