

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Милош П. Станковић

**УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ИЗМЕЂУ
СУПРУЖНИКА**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Београд, 2015

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Miloš P. Stanković

**CONTRACTUAL INHERITANCE
BETWEEN SPOUSES**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2015

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

др Оливер Антић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Сима Аврамовић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Оливер Антић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Слободан Панов,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Дејан Ђурђевић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Наташа Стојановић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Датум одбране:

УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ИЗМЕЂУ СУПРУЖНИКА

РЕЗИМЕ

Предмет истраживања у докторској дисертацији представља позитивно уговорно наслеђивање између супружника, чији појам аутор гради насупрот појма уговора о наслеђивању. Он истиче да уговор о наслеђивању, као јединствени правни институт и најјачи основ позивања на наслеђе, постоји само у германским правним системима, али да представља само један могући облик уговорног наслеђивања. Уговорно наслеђивање као шири и обухватнији појам у односу на институт уговора о наслеђивању, обухвата све двостране правне послове за случај смрти, којима се у упоредном праву непосредно или посредно уређује распоред заоставштине једне или обе уговорне стране. Циљ докторске дисертације је да се понуди одговор на дилему о потреби враћања уговора о наслеђивању у српско право, а да се онда, полазећи од општих правила уговорног наслеђивања у упоредном праву и предложених решења у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, формулише предлог модела уговора о наслеђивању који би најбоље одговарао историјском наслеђу српске цивилистике и постојећем систему грађанског права у Србији.

Докторска дисертација аутора се састоји из дванаест поглавља, од којих прво представља увод, а последње закључак истраживања.

Након уводног дела дисертације, аутор уз помоћ историјско-правног метода анализира генезу уговорног наслеђивања. Констатујући да је савремени појам уговора о наслеђивању формулисан углавном у великим грађанскоправним кодификацијама 19. и 20. века и да представља резултат сублимираног искуства његове претходне примене у обичајном и у писаном праву, аутор аргументује да институт уговора о наслеђивању представља само једну историјску фазу у процесу развоја уговорног наслеђивања, које је наставило са развојем и након достигнутог нивоа на коме се испољило као уговор о наслеђивању. У том циљу, презентује се уговорно наслеђивање у старом веку кроз неке од сачуваних уговора из сумерско-вавилонског и египатског права, институте нудунуа, поклона за случај смрти у праву појединих грчких полиса, римских установа попут тестамената *mancipatio familiae* и *per aes et libram* с једне стране, те установе

donatio mortis causa и *donatio ante nuptias*, с друге стране. Потом се анализирају институти афатомије, тинкса и *Morgengabe* и тестамент (*vassijet*) шеријатског права, као установе уговорног наслеђивања у средњовековном праву. Аутор закључује да је свим овим институтима заједничко то, да иако нису увек имали за циљ одређивање универзалног сукцесора, њима се по правилу мењао редослед или обим законског наслеђивања. Најзад, он истражује еволуцију уговорног наслеђивања у српском праву, кроз анализу даровница српских владара и поклона за случај смрти у средњовековном српском праву, решења Српског грађанског законика и нормативу на простору Краљевине Југославије и СФРЈ.

У трећем и четвртом поглављу, аутор коришћењем типолошког метода најпре врши хоризонтално, а онда и вертикално разврставање уговора о наслеђивању. У оквиру хоризонталне класификације, анализирају се постојеће поделе правних система обзиром на место које дају уговорима за случај смрти, али аутор закључује да оне нису без недостатака. Он стога предлаже нову поделу правних система у којима постоји уговорно наслеђивање на основу критеријума историјског развика, места и функције које уговор о наслеђивању има у конкретном правном поретку. На основу ње, он разврстава четири упоредноправна модела уговорног наслеђивања: 1. уговор о наслеђивању као најјачи основ позивања на наслеђе, за чији пример је узет *Erbvertrag* немачког права; 2. уговорно одређење наследника у циљу регулисања брачно-имовинског режима, за који се као пример узима *L' institution contractuelle* француског права; 3. уговорно наслеђивање на основу завештања, које анализира кроз поједине институте *common law* система и норвешког права; 4. уговорно наслеђивање које има за циљ пренос породичних предузећа, које испитује кроз *Patto di famiglia* италијанског и *Protocole Familial* шпанског права.

Након дефинисања појмова уговора о наслеђивању и уговорног наслеђивања, као и аутономије уговорног именовања наследника, аутор презентује и вертикалну класификацију уговора о наслеђивању. Према начину ступања уговорног наследника у права уговорног оставиоца, аутор дели уговоре о наслеђивању на универзалне и партикуларне; према структури обавеза уговорних страна, разврстава их на једностране, двостране и вишестране; према садржини обавеза уговорних страна, врши поделу на једноставне, кумулативне и мешовите

и према циљу који се њима остварује, уговори о наслеђивању се разврставају на чисте, превентивне и фаворизујуће.

У петом поглављу, применом нормативног и правно-догматског метода, аутор констатује да је у српском позитивном праву предвиђена двострука забрана уговора о наслеђивању, али испитује да ли постоје институти који посредно производе слична правна дејства која производи уговор о наслеђивању. Он закључује да се то не може рећи у погледу споразумног наслеђивања, а да се споразумно уређење наслеђивања удела ортака у ортачком друштву може само условно подвести под уговорно наслеђивање у најширем смислу. Ипак, аутор аргументује да предмет брачног уговора у српском праву може да буде одређен тако да се рефлектује на састав заоставштине супружника, па да се зато овај институт по својим правним дејствима приближава уговорном наслеђивању.

Применом правно-догматског и упоредно-правног метода, аутор у шестом поглављу опредељује правну природу уговора о наслеђивању. Кроз различите теорије о правној природи уговора о наслеђивању, најпре се указује на различито место које овај правни посао заузима у различитим правним системима, али се закључује да им је свима заједничко то да уговор о наслеђивању третирају као институт који се налази између поклона и завештања. Аутор потом анализира елементе правне природе уговора о наслеђивању и дефинише га као двострани, добротини или теретни правни посао, који је каузалан, строго личан и строго формалан, који може бити правни посао за случај смрти или мешовити правни посао, али и као именовани, индивидуални уговор *intuitu personae*, који може да буде комутативан или алеаторан. Он ову анализу завршава разматрањем односа уговора о наслеђивању са завештањем и заједничким завештањем, уговором о доживотном издржавању, уговором о уступању и расподели имовине за живота, као и испитивањем сличности и разлика уговорног легата са поклоном за случај смрти и посмртним поклоном.

У седмом, осмом и деветом поглављу докторске дисертације, аутор применом упоредно-правног и нормативног метода, као и анализом садржаја (судске праксе), испитује услове за настанак уговорног наслеђивања, његова правна дејства, као и узроке услед којих оно престаје. Он најпре поклања пажњу питањима субјеката, предмета, каузе и форме уговора о наслеђивању, па

закључује да уговорни наследник мора да испуни све опште услове који се захтевају за било ког другог наследника, да би и сам постао наследник. Истиче да је уговор о наслеђивању најјачи основ позивања на наслеђе, који има приоритет у односу на тестаментарно и законско наслеђивање, али и у односу на касније закључене уговоре о наслеђивању. Аутор подвлачи да закључењем овог уговора уговорни оставилац начелно не губи право да располаже предметом уговора правним пословима међу живима, јер тренутком настанка уговора уговорни наследник постаје титулар само наследне наде. Ипак, он наводи и анализира и изузетке од овог правила, а затим разматра уговоре о наслеђивању у корист трећих лица, презентује институт слободне четвртине који постоји у аустријском праву и указује да уговором о наслеђивању не могу да буду повређена права нужних наследника. Нарочиту пажњу аутор поклања начинима на које престаје закључени уговор о наслеђивању. Он најпре анализира могућности споразумног и једностраног раскида уговора о наслеђивању од стране уговорног оставиоца, истичући разлику у правној природи између једностраног раскида облигационоправних уговора и једностраног одустанка од уговора о наслеђивању. Након тога, аутор презентује случајеве апсолутне и релативне ништавости уговора о наслеђивању.

У десетом поглављу, аутор, користећи правно-догматски метод, презентује аргументе за и против уговорног наслеђивања, истовремено полемишући о предностима и манама сваког појединачног аргумента. У корист уговорног наслеђивања наведени су и образложени следећи аргументи: да овај институт представља афирмацију начела аутономије воље, да је то правни инструмент који доприноси планирању распореда заоставштине, да се њиме може побољшати наследноправни положај оставиоцевог супружника, да доприноси правној сигурности и извесности у поретку сукцесије и да представља средство економске и социјалне политике. Са друге стране, полемисано је и са аргументима против уговорног наслеђивања: да је супротан јавном поретку и добрим обичајима, да је његов предмет неодређен, да његова неопозивост представља ограничење аутономије воље и сходно томе ограничење слободе завештања, да води несигурности правног положаја уговорног наследника, да погоршава животни и правни положај уговорног наследника и води могућности недопуштеног утицаја

на његову вољу од стране трећих лица, да компликује односе у наследничкој заједници и генерише конфликте између наследника и да представља реликт феудалног права.

У једанаестом поглављу, употребом нормативног и правно-догматског метода, све оно што је у претходном делу истраживања презентовао о уговорном наслеђивању *in abstracto*, аутор конкретизује на модел уговора о наслеђивању који је предложен у Преднацрту грађанског законика Републике Србије, истовремено дискутујући о предложеним алтернативама у тексту Преднацрта. Он анализира појам и врсте, правну природу, круг субјеката, предмет, каузу и форму уговора о наслеђивању, његова правна дејства и случајеве када уговор престаје.

Аутор закључује да Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије треба да реинтегрише уговор о наслеђивању у српски правни поредак и да се определи за модификовани романски модел уговорног наслеђивања, али и да изричито предвиди могућност закључења реципрочних и теретних уговора о наслеђивању и да нормира могућност раскида и поништења овог уговора. Он такође износи аргументе у корист извесних номотехничких модификација у тексту Преднацрта, нужности одређивања за алтернативу која не предвиђа обавезу потомака уговорних страна да се сагласе са закљученим уговором и подвлачи потребу да се измени концепција према којој имовина која представља предмет уговора не улази у састав заоставштине.

Кључне речи: уговор о наслеђивању; уговорно наслеђивање; брачни уговор; афатомија; Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.

Научна област: **право**

Ужа научна област: **грађанскоправна ужа научна област**

УДК број: **347.65/68**

CONTRACTUAL INHERITANCE BETWEEN SPOUSES

SUMMARY

The research subject of our doctoral dissertation is a positive contractual inheritance between spouses – a concept, created by the author of the dissertation, as opposed to the concept of the contract of inheritance. The author points out that the contract of inheritance, being a unique legal institute and the strongest ground for claiming inheritance, exists only in Germanic legal systems, and represents only one possible form of contractual inheritance. Contractual inheritance, as a broader and more comprehensive concept in relation to the institute of the contract of inheritance, encompasses all bilateral legal transactions in case of death, through which the schedule of estate of one or both parties, either directly or indirectly, is arranged in comparative law. The aim of the doctoral thesis is to offer an answer to the dilemma of the need to restore the contract of inheritance in the Serbian law, and then, starting from the general rules of contract inheritance in comparative law and proposed solutions in the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, to formulate a draft model of the contract of inheritance that would best fit the historical heritage of Serbian civil law and the current system of civil law in Serbia.

Doctoral dissertation consists of twelve chapters, the first of which is the introduction and the last of which is the conclusion of the research.

After the introductory part of the dissertation, the author analyzes the genesis of the contractual inheritance by using the historical-legal method. Noting that the modern concept of the contract of inheritance was formulated mainly in large civil codifications of the 19th and 20th century, and that it represents a result of sublimated experience of its previous application in customary and written law, the author argues that the institution of the contract of inheritance is only one historical stage in the process of development of the contractual inheritance, which continued to develop even after achieving the level at which it was manifested as a contract of inheritance. With this aim

in mind, the contractual inheritance in ancient times was presented through some of the remaining contracts from the Sumerian-Babylonian and Egyptian law, the institute of *nudunu*, *donatio mortis causa* in the law of certain Greek policies, as well as the Roman institutes such as *mancipatio familiae* and *per aes et libram* last wills and testaments on one hand, and institutions *donatio mortis causa* and *donatio ante nuptias*, on the other hand. After that, we analyze the institutes of *affatomia*, *thinx* and *Morgengabe*, as well as the last will and testament (*vassijet*) of the Sharia law – all being institutes of the contractual inheritance in the medieval law. The author sums up by concluding what all these institutes have in common – their order or scope of intestate inheritance was being changed although they were not always aimed at determining the universal successor. Finally, the author explores the evolution of contractual inheritance in the Serbian law, through the analysis of donations of Serbian rulers and *donatio mortis causa* in the medieval Serbian law, the solutions of the Serbian Civil Code and the norms on the territory of the Kingdom of Yugoslavia and the Socialist Federative Republic of Yugoslavia.

In the third and the fourth chapter, by using the typological method, the author conducts horizontal, and then vertical classification of contracts of inheritance. Within horizontal classification, the existing divisions of legal systems are analyzed – on the basis of the place given to contracts in case of death in them; leading the author to the conclusion that the divisions are not without drawbacks. The author therefore proposes the new division of legal systems in which there is contractual inheritance based on the criteria of historical development, position and function that contract of inheritance has in the actual legal order. On this basis, the author classifies four comparative-legal models of contractual inheritance: 1. the contract of inheritance as the strongest ground for claiming inheritance, the example for which is *Erbvertrag* of the German law; 2. contractual determination of a successor to regulate marital-property regime, the example for which is *L 'institution contractuelle* of the French law; 3. contractual inheritance on the basis of last will and testament, analyzed within the individual institutes of the common law and the Norwegian law; 4. contractual inheritance which aims to transfer family businesses, examined by the author within the *Patto di famiglia* of the Italian and *Protocole Familial* of the Spanish law.

After defining the terms such as contract of inheritance and contractual inheritance as well as the autonomy of the contractual appointment of a successor, the author presents vertical classification of the contract of inheritance. According to the method of entry of contractual successor to the contractual rights of the testator, the author divides contracts of inheritance to the universal and particular contracts; according to the structure of liabilities of the parties, the author classifies them to unilateral, bilateral and multilateral contracts; according to the content of the obligations of the contracting parties, the author divides contracts into simple, cumulative and mixed contracts; according to the objectives achieved through the contracts of inheritance, they are divided into „clean“, preventive and favoring ones.

In the fifth chapter, through the application of normative and legal-dogmatic method, the author concludes that in the Serbian positive law double prohibition of contracts of inheritance is prescribed. Nevertheless, the author also examines whether there are institutes that indirectly produce similar legal effects to those produced by contract of inheritance. It has been concluded that it can not be said with regard to consensual inheritance, while an agreed inheritance of the share of partners in a partnership can only be conditionally included under contractual inheritance in the broadest sense. However, the author argues that the object of the nuptial agreement in the Serbian law may be determined so as to reflect the composition of the estate of the spouses, this being the reason why the institute gets closer to contractual inheritance by its legal effects.

Through the application of legal-dogmatic and comparative-legal methods, in the sixth chapter of the dissertation the author defines the legal nature of the contract of inheritance. Through various theories about the legal nature of the contract of inheritance, it has firstly been pointed to different positions that this legal transaction has occupied in different legal systems, and then it has been concluded that they all have in common the fact that the contract of inheritance is seen as an legal institute between gift and last will and testament. The author then analyzes the elements of the legal nature of the contract of inheritance and defines it as a bilateral, onerous or not onerous legal transaction, which is causal, strictly personal and strictly formal, which can be a

legal transaction in case of death or mixed-case legal transaction, but also a named, individual *intuitu personae* contract – commutative or aleatory in its nature.

This analysis is ended by considering the proportion of the contract of inheritance with the wills and mutual wills, the life-care contracts, the contracts of settlement and distribution of property during the devisor's lifetime, as well as examining the similarities and differences of contractual legacies with a gift in case of death and posthumous gift.

In the seventh, eighth and ninth chapters of the doctoral thesis, the author applies comparative-legal and normative methods, as well as content analysis (jurisprudent), to examine the conditions for the emergence of contractual inheritance, its legal effects and causes due to which it ceases. Firstly, the author pays attention to the issues of subjects, objects, causes and form of the contract of inheritance, and concludes that the contractual successor must meet all the general requirements that are required for any other heirs, to make himself a heir. He points out that the contract of inheritance is strongest ground for claiming inheritance – it has priority over the intestate and testate inheritance, but over the prior contracts of inheritance as well. The author points out that through the conclusion of the contract of inheritance the contracting testator generally does not lose the right to dispose of the object of the contract within legal transactions *inter vivos*, because contracting successor, in the moment of occurrence of the contract, becomes title-bearer of hereditary hope only. However, the author also cites and analyzes exceptions to this rule, and then discusses the contracts of inheritance in favor of third parties, presents the institute of a free quarter that exists in the Austrian law, and points to the fact that within the contract of inheritance the rights of forced heirs can not be infringed. Special attention is paid to the ways of the cessation of the contract of inheritance. The author first analyzes the possibilities of consensual and unilateral termination of the inheritance of the contracting testator, noting the difference in the legal nature between a unilateral termination of the standard contracts of the Civil law of Obligations and the unilateral withdrawal from the contract of inheritance. After that, the author presents cases of absolute and relative nullity of the contract of inheritance.

In the tenth chapter, the author, using legal-dogmatic method, presents the arguments for and against contractual inheritance, simultaneously discussing the advantages and disadvantages of each argument. In favor of contracting inheritance the following arguments are listed and explained: this legal institute represents a recognition of the autonomy of the will; it is a legal instrument that contributes to the planning of the estate schedule; it can improve the legal position of a testator's spouse; it contributes to the legal security and certainty in the order of succession; it is an instrument of economic and social policy. On the other hand, the arguments against the contractual inheritance are listed and explained: it is contrary to public order and good customs; its subject is vague; its irreversibility constitutes a restriction to the autonomy of will and therefore limits the freedom of testation; it leads to the uncertainty of the legal position of contractual heir; it aggravates living and legal status of contractual heir and leads to a possible influence on his will by third parties; it complicates relations in a community of heirs and generates conflicts among successors; it is a relict of feudal law.

In the eleventh chapter, by using normative and legal-dogmatic method, all that was in the previous part of the research presented on contractual inheritance *in abstracto*, is now used by the author to specify and present the model of contract of inheritance which has been proposed in the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, at the same time discussing the proposed alternatives to the preliminary draft text. The author of the dissertation analyzes the concept and types, legal nature, the scope of subjects, the object, the cause and the form of the contract of inheritance, as well as its legal effects and the cases when the contract ceases to an end.

The author concludes that the Commission for drafting of the Civil Code of the Republic of Serbia should reintegrate the contract of inheritance in the Serbian legal system and opt for a modified Romance model of contractual inheritance, as well as to explicitly provide for the possibility of concluding reciprocal and commercial contracts of inheritance, not forgetting to standardize the possibility of termination and annulment of this type of legal agreement. The author also argues in favor of certain nomotechnical modifications in the text of the preliminary draft, the necessity of opting for an alternative that does not bind the descendants of the contracting parties to agree with the

contract, and underlines the need to amend the conception according to which the assets constituting the object of the contract is not included in the estate.

Key words: contract of inheritance; contractual inheritance; nuptial agreement; affatomia; Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia.

Scientific field: **Law.**

Specific scientific field: **Civil Law.**

UDC number: **347.65/.68**

САДРЖАЈ

I УВОДНИ ДЕО	2
1. ПОЈАМ И ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА. ТЕРМИНОЛОГИЈА	2
2. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА	6
3. ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЊА	7
4. ХИПОТЕЗЕ	11
5. НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКИ МЕТОДИ	13
II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА	17
1. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СТАРОМ ВЕКУ	17
1.1. Увод	17
1.2. Уговорно наслеђивање у правима старог Истока	17
1.3. Уговорно наслеђивање у старој Грчкој	21
1.4. Уговорно наслеђивање у римском праву	23
1.1.1. Увод	23
1.1.2. Testamentum per aes et libram	26
1.1.3. Donatio mortis causa	33
1.1.4. Donatio ante nuptias	36
2. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРЕДЊЕМ ВЕКУ	38
2.1. Увод	38
2.2. Уговорно наслеђивање као претеча завештајног наслеђивања	39
2.3. Афатомија	40
2.3.1. Афатомија у Салијском законику	40
2.3.2. Афатомија у Рипуарском законику	43
2.3.3. Правна природа афатомије	44
2.4. Тинкс	49
2.5. Morgengabe	55
2.6. Уговорно наслеђивање у шеријатском праву	54
2.7. Од поклона за случај смрти до уговорног наслеђивања	55

3. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРПСКОМ ПРАВУ	59
3.1. Уговорно наслеђивање у средњем веку	59
3.1.1. Обичајно право и међународни уговори	61
3.1.2. Повеље	62
3.1.3. Закони	67
3.2. Уговор на случај смрти у Српском грађанском законнику	69
3.2.1. Увод	69
3.2.2. Појам и правна природа	70
3.2.3. Субјекти уговора на случај смрти	72
3.2.4. Предмет уговора на случај смрти	75
3.2.5. Форма уговора на случај смрти	76
3.2.6. Правна дејства уговора на случај смрти	78
3.2.6.1. Општа правила	78
3.2.6.2. Однос уговора на случај смрти и правних послова <i>inter vivos</i> ..	79
3.2.6.3. Однос уговора на случај смрти и правних послова <i>mortis</i> <i>causa</i>	81
3.2.7. Престанак уговора на случај смрти	81
3.2.7.1. Раскид уговора на случај смрти	81
3.2.7.2. Поништење уговора на случај смрти	83
3.2.8. Однос према Аустријском грађанском законнику	85
3.3. Уговорно наслеђивање у Краљевини Југославији	86
3.3.1. Увод	86
3.3.2. Подручје Општег имовинског законика за Црну Гору	87
3.3.3. Подручје Аустријског грађанског законика	89
3.3.4. Подручје мађарског права	90
3.3.5. Подручје шеријатског права	92
3.3.6. Преднацрт јединственог грађанског законика	92
3.4. Уговорно наслеђивање након Другог светског рата	93
III УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У САВРЕМЕНОМ	
УПОРЕДНОМ ПРАВУ	97

1. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ УПОРЕДНОПРАВНЕ АНАЛИЗЕ ЗА ИЗУЧАВАЊЕ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА	97
2. ПОСТОЈЕЋЕ ПОДЕЛЕ ПРАВНИХ СИСТЕМА ОБЗИРОМ НА МЕСТО КОЈЕ ДАЈУ УГОВОРИМА О НАСЛЕЂИВАЊУ	99
2.1. Увод	99
2.2. Правни системи у којима је допуштено закључење уговора о наслеђивању и правни системи у којима је забрањено закључење уговора о наслеђивању	100
2.2.1. Критика.....	103
2.3. Правни системи у којима је закључење уговора о наслеђивању допуштено између свих лица и правни системи у којима је закључење уговора о наслеђивању допуштено само између супружника.....	112
3. НОВА ПОДЕЛА ПРАВНИХ СИСТЕМА ОБЗИРОМ НА МЕСТО КОЈЕ ДАЈУ УГОВОРИМА О НАСЛЕЂИВАЊУ	113
3.1. Увод	113
4. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ КАО НАЈЈАЧИ ОСНОВ ПОЗИВАЊА НА НАСЛЕЂЕ – <i>ERBVERTRAG</i>	116
4.1. Појам и правна природа.....	116
4.2. Врсте уговора о наслеђивању	117
4.3. Субјекти уговора о наслеђивању	118
4.4. Предмет и циљ уговора о наслеђивању.....	120
4.5. Форма уговора о наслеђивању	120
4.6. Правна дејства уговора о наслеђивању	121
4.6.1. Однос уговора о наслеђивању и правних послова <i>inter vivos</i>	121
4.6.2. Однос уговора о наслеђивању и правних послова <i>mortis causa</i> .	122
4.7. Престанак уговора о наслеђивању	124
4.7.1. Увод	124
4.7.2. Одустанак (раскид) од уговора о наслеђивању	124
4.7.3. Поништење уговора о наслеђивању	128
5. УГОВОРНО ОДРЕЂЕЊЕ НАСЛЕДНИКА У ЦИЉУ РЕГУЛИСАЊА БРАЧНО-ИМОВИНСКОГ РЕЖИМА – <i>L' INSTITUTION CONTRACTUELLE</i>	128

5.1. Увод	128
5.2. Појам и правна природа.....	129
5.3. Врсте уговорног наслеђивања у француском праву	131
5.4. Уговорно наслеђивање путем брачног уговора (<i>Institution contractuelle par contrat de mariage</i>	131
5.4.1. Правна природа и заједнички услови за пуноважност	131
5.4.2. Именовање будућег супружника за наследника од стране трећих лица (<i>Institution faite par un tiers à un futur époux</i>).....	133
5.4.3. Именовање будућег супружника за наследника од стране другог супружника (<i>Institution entre futurs époux</i>)	135
5.4.4. Правна дејства уговора о наслеђивању закљученог у форми брачног уговора	136
5.5. Уговорно наслеђивање између супружника за време трајања брака ..	139
6. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КОЈЕ НАСТАЈЕ НА ОСНОВУ ЗАВЕШТАЊА	142
6.1. <i>Common law</i> модел.....	142
6.1.1. Модел енглеског права.....	142
6.1.2. Модел америчког права	149
6.2. Норвешки модел	150
7. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КОЈЕ ИМА ЗА ЦИЉ ПРЕНОС ПОРОДИЧНИХ ПРЕДУЗЕЋА	152
7.1. Увод	152
7.2. <i>Patto di famiglia</i> италијанског права	153
7.3. <i>Protocole Familial</i> шпанског права.....	159

IV ПОЈАМ И ВРСТЕ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ	161
1. УВОД.....	161
2. ПОЈАМ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	162
3. ПОЈАМ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА И ПОЈАМ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА У НАСЛЕДНОМ ПРАВУ	171
4. ВРСТЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	173

4.1. Увод	173
4.2. Подела уговора о наслеђивању према начину ступања уговорног наследника у права уговорног оставиоца.....	173
4.3. Подела уговора о наслеђивању према структури обавеза уговорних страна	176
4.4. Подела уговора о наслеђивању према садржини обавеза уговорних страна.....	180
4.5. Подела уговора о наслеђивању према циљу који се њима остварује .	182

V УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРПСКОМ ПОЗИТИВНОМ

ПРАВУ

1. УВОД.....	185
2. „СПОРАЗУМНО НАСЛЕЂИВАЊЕ“	186
3. НАСЛЕЂИВАЊЕ УДЕЛА ОРТАКА У ОРТАЧКОМ ДРУШТВУ	189
4. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ НА ОСНОВУ БРАЧНОГ УГОВОРА	195
4.1. Упоредноправни преглед.....	195
4.1.1. Увод.....	195
4.1.2. Романска породица права	197
4.1.3. Германска породица права	198
4.1.4. <i>Common law</i> системи	199
4.1.5. Јужноафричко право	200
4.1.6. Скандинавска породица права	202
4.2. Брачни уговор у српском праву	208

VI ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА.....

1. УВОД.....	213
2. ТЕОРИЈЕ О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА	214
2.1. Уговор о наслеђивању као облигационоправни уговор	214
2.2. Уговор о наслеђивању као стварноправни уговор	216
2.3. Уговор о наслеђивању као мешовити правни посао	217
2.4. Уговор о наслеђивању као наследноправни уговор <i>sui generis</i>	222
3. ЕЛЕМЕНТИ ПРАВНЕ ПРИРОДЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	224

3.1. Увод	224
3.2. Двострани правни посао	224
3.3. Добротини или теретни правни посао.....	226
3.4. Правни посао <i>mortis causa</i> и мешовити правни посао	230
3.5. Строго формални правни посао	235
3.6. Строго лични правни посао	236
3.7. Каузални правни посао	236
3.8. Именовани индивидуални уговор.....	237
3.9. Уговор <i>intuitu personae</i>	238
3.10. Комутативни или алеаторни уговор.	238
4. ОДНОС УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ И СРОДНИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА.....	239
4.1. Однос уговора о наслеђивању и завештања	239
4.2. Однос уговора о наслеђивању и заједничког завештања	242
4.3. Однос уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању.....	254
4.4. Однос уговора о наслеђивању и уговора о уступању и подели имовине за живота	260
4.5. Однос уговорног легата и поклона за случај смрти	263
4.6. Однос уговорног легата и посмртног поклона	272

VII УСЛОВИ ЗА НАСТАНАК УГОВОРНОГ

НАСЛЕЂИВАЊА	275
1. УВОД.....	275
2. КО МОЖЕ ДА ПОСТИГНЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА?	276
2.1. Неограничен или ограничен круг субјеката?.....	276
2.2. Способност за закључење уговора о наслеђивању	280
2.3. Могућност заступања.....	288
3. О ЧЕМУ ТРЕБА ДА СЕ ПОСТИГНЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА	290
3.1. Предмет наследноправних уговора и предмет облигационоправних уговора.....	290
3.2. У чему се састоје обавезе уговорних страна?	294
3.3. Уговор о смеси.....	296

3.4. Уговорни легати	298
3.5. Шта још може да буде уговорено?	303
4. ЗБОГ ЧЕГА СЕ ПОСТИЖЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА?.....	304
5. НАЧИН НА КОЈИ ЈЕ ОБАВЕЗНО ПОСТИЋИ САГЛАСНОСТ ВОЉА..	308
5.1. Аргументи за формалност уговорног наслеђивања	308
5.2. Елементи форме уговора о наслеђивању у упоредном праву	312

VIII ПРАВНА ДЕЈСТВА УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА.....317

1. УВОД.....	317
2. ОПШТА ПРАВИЛА.....	318
2.1. Наследник мора да надживи оставиоца	318
2.2. Наследник мора да буде способан и достојан за наслеђивање	322
2.3. Брак супружника који су закључили уговор о наслеђивању не сме да буде разведен нити поништен	323
2.4. Наследник не сме да да негативну наследну изјаву.....	325
2.5. Уговорни наследник је дужан да одговара за дугове оставиоца	328
3. КАКО ДЕЈСТВУЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ДРУГЕ ПРАВНЕ ПОСЛОВЕ <i>MORTIS CAUSA</i>	329
3.1. Однос уговора о наслеђивању и завештања	329
3.2. Однос између два или више уговора о наслеђивању	335
4. КАКО ДЕЈСТВУЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ПРАВНЕ ПОСЛОВЕ <i>INTER VIVOS</i>	336
4.1. Опште правило.....	336
4.2. Ограничење условљено теретном правном природом уговора о наслеђивању	343
4.3. Ограничење располагања предметом уговора предвиђено самим уговором о наслеђивању	345
4.4. Немогућност располагања објектом уговора о наслеђивању добročиним правним пословима	347
4.5. Решење <i>common law</i>	358
5. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У КОРИСТ ТРЕЋЕГ ЛИЦА	359
5.1. Упоредноправни преглед.....	359

5.2. Правна природа и правна дејства.....	362
6. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ И ПРАВА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА. СЛОБОДНА ЧЕТВРТИНА.....	365

IX ПРЕСТАНАК УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА.....

1. УВОД.....	371
2. СПОРАЗУМНИ РАСКИД УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	373
3. ЈЕДНОСТРАНИ ОДУСТАНАК ОД УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	377
3.1. Општа правила.....	377
3.2. Могућност опозивања гарантована законом	380
3.3. Једнострани раскид уговора на основу придржаја права на одустанак.....	383
3.4. Одустанак од уговора због неизвршења обавезе уговорног наследника.....	386
3.5. Раскид због могућности ексхередације	391
3.6. Опозив уговора о наслеђивању из разлога из којих може да се опозове и уговор о поклону.....	394
3.7. Неформално опозивање	396
4. АПСОЛУТНА НИШТАВОСТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	397
4.1. Ништавост уговора о наслеђивању у целини	397
4.2. Ништавост појединих одредаба у уговору о наслеђивању.....	402
5. РЕЛАТИВНА НИШТАВОСТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	405
5.1. Мане воље	405
5.2. Активна легитимација.....	407
5.3. Лезија.....	410
5.4. Повреда права на нужни део	412

X УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ – PRO ET CONTRA

1. УВОД.....	413
2. АРГУМЕНТИ У КОРИСТ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА.....	414
2.1. Увод	414
2.2. Афирмација начела аутономије воље.....	415

2.3. Правни инструмент који доприноси планирању распореда заоставштине.....	416
2.4. Побољшање наследноправног положаја оставиоцевог супружника..	418
2.5. Уговор о наслеђивању доприноси правној сигурности и стварању извесности у поретку сукцесије	420
2.6. Средство економске и социјалне политике	424
3. АРГУМЕНТИ ПРОТИВ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА	428
3.2. Супротност јавном поретку и добрим обичајима	428
3.3. Неодређеност предмета уговора	432
3.4. Неопозивост уговора о наслеђивању - ограничење аутономије воље – ограничење слободе завештања	432
3.5. Несигурност правног положаја уговорног наследника	440
3.6. Уговор о наслеђивању компликује односе у наследничкој заједници и генерише конфликте између наследника	443
3.7. Могућност недопуштеног утицаја на вољу уговорног оставиоца од стране трећих лица	444
3.8. Погоршање животног и правног положаја уговорног оставиоца	445
3.9. Реликт феудалног права.....	446

XI УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ПРЕМА ПРЕДНАЦРТУ

ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	448
1. УВОД.....	448
2. ПОЈАМ, ВРСТЕ И ПРАВНА ПРИРОДА.....	450
3. СУБЈЕКТИ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	454
3.1.Круг субјеката и уговорна способност	454
3.2.Поређење предложеног модела уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању	458
4. ПРЕДМЕТ И КАУЗА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	464
5. ФОРМА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	466
6. ПРАВНА ДЕЈСТВА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	482
7. ПРЕСТАНАК УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	485

XII ЗАКЉУЧАК	494
НАЈВАЖНИЈИ ИЗВОРИ	506
НАЈВАЖНИЈЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ	508
ЛИТЕРАТУРА	509

I УВОДНИ ДЕО

1. ПОЈАМ И ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА. ТЕРМИНОЛОГИЈА

У најширем смислу, уговор о наслеђивању представља двострани правни посао, једнострано обавезујући или двострано обавезујући, којим два лица вољно и сагласно уређују наследноправне последице смрти једне или обе уговорне стране. Иако је у српској литератури и законодавству уобичајен појам *уговор о наслеђивању*, ми смо се определили да предмет нашег истраживања буде *уговорно наслеђивање*. Мање пажљив или обавештен читалац можда не би уочио разлику, али она свакако постоји. Појам *уговор о наслеђивању* (*Erbvertrag*), преузет је у наше право из германских права, односно из аустријског права, јер су и Српски грађански законик и српска цивилистика веома дуго били под директним утицајем и у тесној вези са Аустријским грађанским закоником и аустријском науком грађанског права. Како аустријска кодификација грађанског права познаје овај институт (*Erbvertrag*), он је био прописан и српским грађанскоправним кодексом из 1844. године. Као институт идентичног назива и веома сличне правне природе у односу на свој аустријски узор, уговор о наслеђивању се задржао у нашој литератури све до данашњих дана. Томе је допринела и чињеница што и друга два правна система у оквиру германске породице права (немачко и швајцарско), уговор о наслеђивању (*Erbvertrag*), постављају на истим темељима као и аустријско право, односно као јединствени правни институт и најјачи основ позивања на наслеђе.

Међутим, тако постављена и изграђена, ова правна установа постоји углавном у германским државама, али репрезентује само један могући облик уговорног наслеђивања, које представља шири и обухватнији појам у односу на уговор о наслеђивању. Ово из разлога што уговорно одређење наследника постоји и у романској породици права, или прецизније речено, у оним грађанскоправним системима који су се развијали под утицајем Наполеоновог кодекса. Али, оно у њима не представља јединствени правни институт, нити има јединствени назив, нити било који од тих назива може да се преведе као уговор о наслеђивању. Тако се у француском праву, под генеричним појмом *L'institution contractuelle* (чији би

најближи превод био „уговорно постављање наследника“), подразумевају два потпуно различита уговора којима се за наследника поставља једно или више лица и евентуално одређују друге наредбе у вези са смрћу. То су брачни уговор (*L' institution contractuelle par contrat de mariage* – који опет има два модалитета у зависности од субјеката између којих се закључује) и поклон будућих ствари (*Le donation des biens à venir entre époux* или *le donation au dernier vivant* – који се закључује само између супружника). Слично томе, у *common law* системима, улогу контракта, који ми називамо уговором о наслеђивању, имају *joint will* и *mutual will* (заједничко завештање и реципрочно завештање), односно *Contract to Leave Property by Will* (уговор о располагању имовином путем тестаментa). У нордијској породици права постоји карактеристичан институт – *uskifte*, којим супружници уговорно уређују свој брачноимовински режим са последицама за случај смрти. Најзад, након препоруке Европске комисије *Recommendation 1994/1069/EC* из 1994. године, у неким правима су уведени уговори о наслеђивању који имају за циљ да олакшају пренос породичних предузећа (*Patto di famiglia* италијанског права и *Protocole Familial* шпанског права).

Имајући све наведене чињенице у виду, чини се да бисмо истраживањем уговора о наслеђивању, уместо уговорног наслеђивања, у извесном смислу били упућени на само једну правну породицу – германску. Такав приступ не би био компаративно правно исправан, јер би ван домаћаја наше анализе оставио многе значајне правне породице и правне системе. На тај начин би се обиље могућности уговорног одређивања наследника свело на анализу само једног правног посла (*Erbvertrag*). Друго, он не би био од користи ни за основни циљ овог истраживања, а то је не само да се понуди одговор на питање оправданости поновног увођења уговора о наслеђивању (уговорног наслеђивања) у српско право, већ и одговор о начину регулисања таквог института у домаћем праву и његовог места и функцији у целокупном грађанскоправном систему Републике Србије. Најзад, тако постављен угао гледања на уговорно наслеђивање је нов у односу на досадашње расправе у нашој литератури о овом питању, те пружа могућност да другачије поставимо основне хипотезе у истраживању и тиме дођемо до нових резултата, чиме би се могао дати конкретан научни допринос.

Дакле, уговорно наслеђивање представља веома широк, скоро генерични појам. Стога предмет овог истраживања треба и ограничити. То ћемо учинити најпре тако што ће се анализирати само такозвано позитивно уговорно наслеђивање: обухватиће се они уговори којима један уговарач именује другог уговарача за свог наследника, или обе уговорне стране узајамно одређују једна другу за наследнике. То значи да ће ван домашаја ове тезе остати негативни наследноправни уговори (уговор о одрицању од наслеђа које није отворено, антиципирано одрицање од права да се тражи повреда права на нужни део), наследноправни уговори којима се уређује садржај тестаментa (уговор о садржини завештања и уговор о располагању заоставштином путем тестаментa), али и позитивни уговори о наслеђивању у корист трећих лица, којима једна или обе уговорне стране именују за наследника једно или више лица која се налазе изван њиховог уговорног односа. Друго ограничење предмета истраживања се тиче круга субјеката. Фокус ће бити на уговору о наслеђивању у коме се као уговорне стране јављују само супружници. Упоредноправни преглед уговорног наслеђивања указује да је у готово свим правима, изузев немачког и швајцарског, уговорно наслеђивање у најтешњој вези са брачним уговором, односно брачноимовинским режимом, што ограничава потенцијални круг субјеката овог уговора на супружнике или чланове њихових најужих породица. Тако ограничен предмет истраживања је и у духу наше предратне регулативе уговора о наслеђивању, која је била под утицајем Аустријског грађанског законика. Најзад, то је решење које је предложено у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, па нас на ово ограничење предмета истраживања упућује и главни циљ истраживања у овом раду. Наравно, то не значи да се на појединим местима у раду, у мери у којој је то научно оправдано, неће указивати и на облике уговорног наслеђивања који су доступни и другим лицима, а не само супружницима.

Чињеница да је за предмет истраживања одабрано уговорно наслеђивање не значи да ће се у раду избегавати коришћење појма „уговор о наслеђивању“. Ипак, употребљаваћемо га у нешто другачијем контексту од оног који је уобичајен. Под њим ће се подразумевати један генерични појам, а не институт ограничен на германска права. Његовом коришћењу ће се прибегавати увек када будемо анализирали правну природу, настанак, правна дејства и престанак једног

конкретног уговорног односа *mortis causa*. Као синоними појма „уговор о наслеђивању“, користе се термини „уговор за случај смрти“ и „уговор на случај смрти“, који су се као називи овог института користили у Српском грађанском закону и у нашем предратном праву.

Антић и Суботић-Константиновић уговорну страну која располаже целином или делом своје заоставштине, или тачно одређеним правом или стварју из заоставштине, називају „уговорни оставилац“.¹ Иако ова синтагма није сасвим прецизна јер упућује на то да лице које располаже за случај смрти већ није у животу када закључује уговор, овај термин је по нашем мишљењу ипак бољи од термина „уговорни завешталац“, који се такође користи. Овај други термин је *contradictio in adjecto* јер у свом имену сублимира истовремено располагање уговором, као двостраним правним послом, и завештањем, као једностраним правним послом, што је немогуће. Чак и када би се прихватило становиште о двострукој правној природи уговора о наслеђивању, по коме овај правни посао има и уговорни и завештајни елемент, наведени појам не би био одговарајући јер се он јединствено користи, независно од тога на које одредбе је усмерен, односно да ли на оне које имају уговорну, или на оне које имају завештајну правну природу. Ово примећује и Перић када каже „да израз завештање има један шири и један ужи смисао: у првом случају, тај израз обухвата тестаменат и уговор о наслеђивању, а у другом значи само тестаменат *stricto sensu*, то јест не и уговор о наслеђивању.“² Ипак, да не би долазило до термилошких забуна, у овом раду ће бити коришћен појам уговорни оставилац, за лице које двостраним правним послом располаже за случај смрти, а појмови уговорни наследник, односно уговорни легатар (испорукомпримац), ће се користити за лице које се таквим располагањем одређује за универзалног, односно за сингуларног сукцесора.

Иако српски Закон о јавном бележничтву користи појам јавни бележник уместо појма нотар, у даљем тексту ће се, осим ако супротно не буде изричито напоменуто, равноправно користити оба наведена појма јер представљају

¹ Оливер Антић, Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву, *Анали Правног факултета* 5/1986, 512-515. Сасвим прецизно говорећи, Суботић-Константиновић користи појам „уговорник-оставилац“. Nevenka Subotić-Konstantinović, *Ugovor o nasleđivanju*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, том трећи (ur. Svetislav Ristić), Београд 1978, 556.

² Живојин М. Перић, *Грађанско право – о посебним уговорима I*, Београд 1928, 261-262, фн. 1.

синониме. Исто тако, како за састављање исправе у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички оверене (солемнизоване) исправе, што је у случај у српском праву, тако и за радње јавних бележника у упоредном праву, које ће понекада бити дефинисане као овера уговора о наслеђивању (а што треба разликовати од јавнобележничких овера какве постоје у нашем праву), користиће се и генерични појам јавнобележнички обрађеног записа.

2. ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА

Појам уговора о наслеђивању у упоредном праву није јединствен ни једнозначан, ни термилошки (нпр. *Erbvertrag*, *L'institution contractuelle*, *Patto di famiglia*, *Protocole Familial*, *Arvepakt*, *Contract to Leave Property by Will*), ни по правној природи, месту, функцији и значају који му се придаје, правним дејствима која производи и правно-политичким циљевима који се њиме остварују. То је условило потребу да се покуша доказати да појам уговорног наслеђивања у 19. И 20. веку, када је нормиран у великим кодификацијама грађанског права, није једнак вишеслојном појму уговорног наслеђивања у 21. веку. Другим речима, овај институт је прешао пут и направио транзицију од најјачег основа позивања на наслеђе, од института породичног и наследног права *par excellence*, до установе имовинског права у ширем смислу, која представља само једну карику у процесу такозваног планирања расподеле заоставштине. Стога, иако је то *conditio sine qua non* сваког истраживања, почетни и веома важан задатак овог рада биће дефинисање појма уговорног наслеђивања, кроз анализу сублимираних упоредноправних искустава у изградњи и примени различитих двостраних послова *mortis causa* којима се непосредно или посредно располаже заоставштином, и његово разликовање од појма уговора о наслеђивању.

Најзначајнији циљ истраживања у раду биће да се испитивањем историјског развоја и упоредноправних решења, као и анализом модалитета, правне природе, услова за настанак и престанак уговора о наслеђивању и његових правних дејстава, али и института кроз које се јавља уговорно наслеђивање, најпре понуди оцена о потреби враћања овог института у српско право. Да би рад испунио ову своју основну сврху, неопходно је да се испуне два претходна

задатка. Први би подразумевао испитивање да ли у српском позитивном праву већ постоје институти који производе правна дејства идентична или слична оним које производи уговор о наслеђивању. Други би захтевао да се представи преглед доктринарних аргумената *pro et contra* уговорног наслеђивања, као и да се анализирају предности и недостаци до којих је довела његова примена у најзначајнијим грађанскоправним системима данашњице. Без ових акцесорних циљева, није могуће реализовати ни главни циљ истраживања који смо поставили у овој докторској дисертацији.

Ако би одговор на питање о потреби реинтеграције уговорног наслеђивања у српско право био позитиван, анализом модела овог института, превасходно у романским правима са једне стране, и у германским правима са друге стране, уз уважавање друштвених околности, правне традиције и стања позитивног права у Србији, пред нас би се поставио коначан циљ овога рада. Он би се сводио на то да се, полазећи од решења у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије и заједничких начела и правила уговорног наслеђивања која су се искристалисала у упоредном праву, формулише конкретан предлог модела уговора о наслеђивању који би најбоље одговарао наслеђу српске правне традиције и систему нашег позитивног грађанског права. То подразумева пажљиво опредељивање његовог места, функција и домашаја, имајући у виду макар најосновније антиципирање развоја српског правног система у перспективи и задатака које би у њему један овакав институт имао да испуни.

3. ЗНАЧАЈ ИСТРАЖИВАЊА

Влада Републике Србије донела је 2006. године одлуку о образовању Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије. У Књизи IV – Наследно право, Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, која је објављена 2012. године, као најзначајнија новина у области наследног права, предложено је поновно увођење уговора о наслеђивању као основа позивања на наслеђе у српско право, с тим што би његово закључење било допуштено само супружницима. То би на изврстан начин био повратак решењу које је било предвиђено Српским грађанским закоником (остављајући по страни доктринарну

дилему о кругу субјеката којима је по српској кодификацији грађанског права било дозвољено закључење овог уговора, а која није коначно разрешена за све време њеног важења). Ако би ово решење било прихваћено, оно би истовремено значило да супружници више не могу између себе да закључују уговор о доживотном издржавању. Овај уговор је један од најчешћих правних послова у српској наследноправној пракси, чијој фреквенцији у правном промету веома доприноси и то што се његовим закључењем често постижу циљеви који нису последица његове истинске каузе, посебно ако га међусобно закључују брачни другови. Како је расправа у стручној јавности о оправданости ових измена, а посебно о оправданости реинтегрисања уговора о наслеђивању у српски правни поредак и условима за његову пуноважност и његовим правним дејствима и даље отворена, предложена тема је тренутно једна од најактуелнијих у српском наследном праву. Пошто се у блиској будућности очекује кодификација грађанског права и реформа наследног права у још неким државама југоисточне Европе, значај овог истраживања је потенцијално још већи.

Актуелност научне обраде уговора о наслеђивању изузетно је велика и у упоредном праву, посебно у државама чланицима Европске уније. Прошло је већ двадесетак година од како је Европска комисија констатовала „да је неколико хиљада предузећа годишње приморано да престане са радом због непремостивих тешкоћа које се тичу њиховог преноса *mortis causa*”, те да услед чињенице да „именовани наследници имају потешкоће да плате надокнаду санаследицима који излазе из породичног бизниса“ и порескоправног режима који прати породично наслеђивање, европска предузећа долазе у врло неповољан и неконкурентан положај у односу на предузећа из других делова света. Из тог разлога је Европска комисија још 7. децембра 1994. године донела препоруку *Recommendation 1994/1069/EC* којом је од држава чланица захтевала да олакшају пренос малих и средњих породичних предузећа за случај смрти са једне на другу генерацију и тиме спрече ликвидацију ових правних лица и раст незапослености.³ Показало се да је ове резултате могуће постићи не само мерама компанијског и пореског

³ Domenico Damascelli, Le “pacte de famille“ en droit international privé italien, *Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008, 85; Alain Verbeke, Yves-Henri Leleu, *Harmonisation of the Law of Succession in Europe, Towards a European Civil Code* (eds. Arthur Hartkamp and others), Third Fully Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri – Nijmegen, Kluwer Law International 2004, 344.

права, већ и регулативом из области имовинског, породичног и наследног права, међу које се убраја промена правне природе права на нужни део, либерализација наслеђивања између супружника, али и предложено увођење уговора о наслеђивању у националне правне системе у којима овај институт још увек не постоји.⁴ Колико је ово питање важно, сведочи и податак да у Европској унији постоји 17 милиона породичних предузећа која запошљавају отприлике 100 милиона људи и чине 60% целокупног бизнис сектора у овој заједници, при чему међу 100 најуспешнијих компанија у ЕУ свака четврта представља породично предузеће.⁵

У складу са наведеном препоруком Европске комисије, у италијанско право је 2006. године уведен један потпуно нов институт - *patto di famiglia* (чл. 768 *bis* Италијанског грађанског законика), који је по својој правној природи добротине уговор који делимично производи правна дејства *inter vivos*, а делом *mortis causa*. Слична еволуција се опажа и у шпанском праву. На основу већ поменуте препоруке Европске комисије и Препоруке Форума у Лилу од 3. и 4. фебруара 1997. године, као и чињенице да су економске анализе показале да је главни разлог гашења породичних предузећа у Шпанији њихово наслеђивање, уследила је Препорука Фискалне комисије шпанског Сената 2001. године, којом је предложено коришћење такозваног *Protocole Familial*.⁶ У том контексту треба посматрати и реформу којом је Законом 7/2003 у члану 1056. ал. 2. Шпанског грађанског законика дато право власнику да избегне поделу предузећа после своје смрти (и на тај начин очува његову економску активност и продуктивност), тако што је овлашћен да га пренесе на једног наследника, уз обавезу да се осталима исплати вредност нужног дела.⁷ Идентични разлози довели су и до реформе уговора о наслеђивању у IV књизи Каталонског грађанског законика која се односи на наслеђивање, а која је ступила на снагу 1. 1. 2009. године.

⁴ A. Verbeke, Y. H. Leleu, 344.

⁵ Susana Navas Navarro, Freedom of Testation Versus Freedom to Enter into Succession Agreements and Transaction Costs, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 113.

⁶ Sergio Cámara Lapuente, New Developments in the Spanish Law of Succession, *InDret*, Barcelona 2007, 28.

⁷ María Martínez, Les pactes successoraux dans le droits régionaux d'Espagne, *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, éditées par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008, 110; S. Cámara Lapuente (2007), 27-28.

Савремена законодавна решења у упоредном праву обилују примерима који говоре у прилог реафирмације уговорног наслеђивања, чак и када немају за најнепосреднији циљ олакшавање наслеђивања својинских и управљачких овлашћења на породичним предузећима. Конгрес нотара Француске се још 1975. године заложио за укидање забране закључења уговора о наслеђивању, односно одобравање свих његових врста, уз изузетну забрану само неких од њих. Најзад, изменама Француског грађанског законика од 23. јуна 2006. године, проширен је обим института *donation-partage*, који приближно можемо превести као „доброчину расподелу“, док је по узору на немачко и швајцарско право уведен институт *renonciation anticipée à la réduction pour cause d’atteinte à la reserve*, чији би адекватан превод био „антиципирано одрицање од захтева за умањењем располагања услед повреде права на нужни део“ (чл. 920-930.5 Француског грађанског законика). Тиме је основно правило о забрани уговора о наслеђивању додатно релативизовано. Реформом белгијског наследног права из 2003. године, која се односила на наследноправни положај надживелог супружника, у оквиру члана 1388. Белгијског грађанског законика, уведен је институт *accord successoral mutual* („узајамни наследни споразум“), као још један изузетак од забране закључења уговора о наслеђивању.⁸

Наведени упоредноправни трендови су толико заступљени у савременој науци и пракси наследног права, да су поједини аутори склони да пишу о „тенденцији контрактуализације Наследног права.“⁹ При томе не треба заборавити ни оне правне системе који традиционално допуштају закључење уговора о наслеђивању у ширем или ужем обиму, као правило (*Erbvertrag* немачког, аустријског и швајцарског права) или као значајан изузетак од начелне забране закључења уговора о будућем наследству (*l’institution contractuelle, le donation des biens à venir* француског права) и у којима он представља важан и чест правни посао. Нема сумње да управо уговорно наслеђивање, уз реформу нужног наслеђивања и промену наследноправног положаја надживелог

⁸ Alexandra Braun, Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts, *Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012, 467.

⁹ Walter Pintens, Tendencies in European Succession Law, *Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013, 22.

супружника представља тренутно најактуелније питање наследног права у страниј литератури (*Pintens, Navarro, Martínez, Van Erp, De Waal, Asland, Verbeke, Leleu, Hambro, Lapuente* и др., детаљније у списку литературе). Речено је да оно представља и најзначајнију новину која је предложена Преднацртом Грађанског законика Републике Србије. Имајући у виду прокламовану тежњу Републике Србије за придруживањем Европској Унији, хармонизација нашег права са европским правом биће њена дужност и у овој области. Стога сматрамо да сва поменута питања захтевају темељну и свеобухватну научну анализу и са аспекта српског права. Како се након Другог светског рата овом облашћу наследног права детаљније бавио само један мањи број наших аутора попут Антића, Ђурђевића и Стојановићеве, чини се да би требало додатно побудити пажњу шире правничке јавности о овој теми, посебно ако се зна да у домаћој науци не постоји монографско дело на тему уговорног наслеђивања.

4. ХИПОТЕЗЕ

Ово истраживање засниваће се на провери две главне хипотезе:

- Вољно наслеђивање, тј. слобода располагања *mortis causa* је у српском позитивном праву непотпуна, па би реинтеграција уговора о наслеђивању, као института који је комплементаран завештању, представљала квалитативну и корисну новину у српском грађанском праву, јер би слободу располагања заоставштином учинила целовитом, али уз одређене модификације и допуне у односу на начин на који је то предложено у Преднацрту грађанског законика Републике Србије.
- Уговор о наслеђивању је забрањен у српском позитивном праву као засебан правни институт, али је допуштено уговорно наслеђивање које настаје посредством неких других правних установа, каква је рецимо, брачни уговор.

У циљу провере ових основних хипотеза, формулисане су и такозване допунске или акцесорне хипотезе:

- Корени уговора о наслеђивању у облику у коме данас постоји у упоредном праву нису настали у средњем веку, како се то обично мисли, већ се јављају још у правима старог истока, у старом грчком и у римском праву.
- Историјски развој уговора о наслеђивању у српском праву је аутохтон. Не само да је његово регулисање у Српском грађанском законнику у значајној мери одступало од начина на који је овај институт био уређен у Аустријском грађанском законнику, већ он води порекло још из средњовековног српског права, односно даровница српских владара и властеле и поклона за случај смрти.
- Уговор о наслеђивању у различитим епохама, али и у различитим правним порецима у истом историјском тренутку нема исти положај у оквиру правног система, мења се његова правна природа, његова форма и садржина и правно-политички циљеви који се њиме остварују.
- Скоро да не постоји правни систем у коме нису допуштена правна дејства двостраних правних послова *mortis causa*. И у оним системима у којима је уговорно наслеђивање начелно забрањено (као што је то случај са француским правом), изузеци од основног правила су толико широки да доводе у питање принцип забране.
- Основни принципи и елементарни концепт уговорног наслеђивања је исти или веома сличан чак и у различитим правним системима.
- Уговор о наслеђивању између супружника отклања могућност многих злоупотреба и могућих спорова до којих доводи могућност закључења уговора о доживотном издржавању између ових лица.
- Уговор о наслеђивању не ограничава, већ афирмише аутономију воље уговорног оставиоца.
- Уговор о наслеђивању не ограничава уговорног оставиоца да једнострано располаже предметом уговора.

- Уговор о наслеђивању није антипод завештању, већ је са њим комплементаран и само се у симбиози ова два правна посла постиже успешно и потпуно планирање распоређивања сопствене заоставштине.

5. НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКИ МЕТОДИ

Наследно право је грађанскоправна научна дисциплина, те је *in rem naturam* подразумевајућа примена *правнодогматског метода* који ће у овом раду бити највише коришћен, јер је примарни циљ научна обрада уговорног наслеђивања. Још је чувени аустријски правник Јозеф Унгер у једној расправи констатовао: „Задатак правне науке је не само да испитује историјско порекло важећег права и да га систематски догматички разрађује, већ и да, нападајући умесност појединих законских одредаба, ове критикује, надовезује на то законодавно политичко разматрања и предлоге.“¹⁰ У том смислу, анализираћемо аргументе домаћих и страних аутора, извршити синтезу постојећих знања, критички је сагледати и предложити нове теоријске моделе и поделе. Пошто је овај рад прво дело прво монографског карактера о уговорном наслеђивању у српској науци, клонићемо се замке олакших аналогича и подражавања страних аутора. У супротном, не само што би такав приступ био подложен академској критици, већ евентуални допринос, за случај да уговор о наслеђивању поново постане саставни део нашег позитивног права, не би било од користи ни правницима практичарима. Ово из једноставног разлога што би истраживање на тај начин изгубило из вида место уговора о наслеђивању у целокупном систему грађанског права у Републици Србији. Зато ће правнодогматским методом морати да се обухвати и анализа неких, уговору о наслеђивању сродних установа и да се, кроз поређење сличности и разлика, заснује теоријско упориште најпре о његовом пожељном појму и облику у српском праву, а онда и о циљевима којима би тако одређен могао да служи.

Како је наследно право и позитивноправна дисциплина, служићемо се и *нормативним методом* и *анализом садржаја* (судске праксе). Истраживање судске праксе ће бити од користи ради испитивања начина примене уговора о

¹⁰ Јозеф Унгер, О ревизији Општег грађанског законика, превео Драгољуб Аранђеловић, *Бранич* 1/1904, 284.

наслеђивању у упоредном праву и позитивним и негативним искуствима која отуда проистичу. Ипак, овај метод ће бити примењиван веома опрезно и селективно, јер расположива судска пракса која се односи на уговоре о наслеђивању јесте наша судска пракса из периода пре Другог светског рата или страна судска пракса. „Судска пракса вреди ако се формира постепено и у смислу назора и потребе наше средине.“¹¹ У том смислу, свесни смо опасности која би настала ако бисмо на друштвене и правне односе у другој деценији 21. века у Србији некритички и по инерцији примењивали како становишта судске праксе која је настала у нашој средини, али је пред собом имала потпуно другачији свет, тако и схватања која су се уобличила применом правила ствараних према потребама људи који живе на другачијем поднебљу и сусрећу се са другачијим проблемима. Слично томе, и примена нормативног метода заснована на испитивању односа *de lege lata* и *de lege ferenda* уговорног наслеђивања биће отежана чињеницом да овај, најјачи основ позивања на наслеђе, још увек није део српског позитивног права. То ће са једне стране захтевати да за полазну основу узмемо предлог уговора о наслеђивању из Преднацрта грађанског законика Републике Србије, али и да се служимо помоћним методима, од којих ће нарочити значај имати упоредноправни и историјскоправни метод.

Поједини аутори сматрају да *упоредноправни метод* тешко може да буде издвојен као независан изван аксиолошког и догматског метода, јер му недостаје сопствено научно поље, а и ако се пође од хипотезе да је то могуће, да га онда треба сматрати као „споредни и најмање важан метод у методологији права“ (*Miličić*). И заиста, разлози због којих сваки законодавац бира једно или друго решење, превасходно су правно-политичке природе, пошто имају за циљ да се постигне хармонија између различитих интереса у једном друштву. То је посебно случај када је реч о наследном праву, па и о уговору о наслеђивању као наследноправном институту, јер никада не треба заборавити на њихов „национални карактер“ и на дубоку укорененост ове гране права и њених института у народним обичајима, традицији и култури. Ниво хармонизације и унификације који је могућ нпр. у облигационом праву, у наследном праву зато не само да није могућ, већ често није ни пожељан (*Verbeke, Leleu*). Из тог разлога,

¹¹ Михаило Константиновић, Југословенски грађански законик, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1982, 391.

сваку апроксимацију, типологију, синтезу или поделу којима ће се прибегавати као незаобилазним у раду оваквог карактера и без којих је научни рад немогућ, не треба схватати апсолутно и безрезервно.

Ипак, кроз анализу законодавних решења и судске праксе у најзначајнијим европским правним породицама (романској, германској, нордијској и *common law*), тражиће се одговор на питање о оправданости поновног увођења уговора о наслеђивању у српско право, али ће се посебна пажња у оквиру упоредноправног метода поклонити тзв. *типолошком методу*. За разлику од правно-догматског метода, који је оријентисан на апстрактну анализу норме, типолошки метод је усмерен на решавање конкретних проблема. Другим речима, он служи да се њиме истражи функција једног правног правила или института у правном и друштвеном поретку, односно да ли одређени институт испуњава свој циљ и на какав начин доприноси проналажењу „типичних решења“, „која су независна од појединачног правног система“, и која стога доприносе хармонизацији права на ширем правном простору.¹² У заједницама сличног цивилизацијског, културног и друштвено-економског типа, слични проблеми и потребе се решавају кроз институте који су сродни и имају сличан циљ. Типолошки метод ће зато бити од користи при утврђивању заједничког „језгра“, тј. заједничких правила уговорног наслеђивања на ширем правном простору, разврставању различитих модела уговора о наслеђивању и установљењу нове поделе правних система на основу места које дају овом контракту, као и за разврставање самог уговора о наслеђивању на основу различитих критеријума. Функција коју овај институт има у различитим правним порецима послужиће као полазна основа за дефинисање модела уговора о наслеђивању који би најбоље одговарао потребама нашег правног поретка.

Чињеница да је уговор о наслеђивању цео један век био у примени како у Србији, тако и на простору некадашње Краљевине Југославије, захтева и коришћење *историјскоправног метода*. Овај метод ће овде бити од значаја нарочито приликом истраживања постојања уговорног наслеђивања у старом веку, а посебно у позном средњем веку, одакле води порекло овај институт на начин на који је данас нормиран у великим европским кодификацијама грађанског права. Полазећи од хипотезе да уговорно наслеђивање временом мења свој облик,

¹² A. Verbeke, Y. H. Leleu, 335.

садржину и функцију, историјско-правни метод ће нам послужити да се анализом његове генезе објасне узроци и разлози због којих уговорно именоване наследника има одговарајући облик у савременом праву и да се уједно антиципирају и будуће тенденције у развоју овог института. Такође, овај метод ће послужити и да се њиме одбрани постављени предмет истраживања, тј. у аргументацији да уговор о наслеђивању као институт представља само једну историјску карикатуру у развоју уговорног наслеђивања, док уговорно наслеђивање подразумева процес који је претходио уговору о наслеђивању и који је наставио са развојем и након тренутка у коме се испољио као уговор о наслеђивању.

Сви поменути научно-истраживачки методи могу да остваре своју функцију и циљ само ако се користе заједно и координисано. Само њихова синтетичка употреба води научној утемељености добијених резултата и њиховој примењивости. Но, потребна је посебна пажња приликом комбиновања и коришћења различитих метода, а нарочито одмерена и уравнотежена употреба историјскоправног и упоредноправног метода. О томе је убедљиво писао још Андра Ђорђевић: „Кад, дакле, цивилизација свакога народа јесте израз сувременог стања или момента еволуције целокупног културног живота његовог, онда, изводити у једном народу сасвим нову, много напреднију цивилизацију, заводити сасвим нове, његовим осећањима и потребама неприлагодне установе, па ма ове како му драго савршене биле, те на тај начин прекинути сваку везу с прошлошћу његовом, - све то значило би помести правилан ток развића његовог. Натерати један народ да на пречац сасвим другачије осећа, мисли и живи, то је тако исто немогућно, као што би било немогућно детету, да на мах пређе у доба пуне мушке зрелине и снаге... под новом и на пречац заведеном цивилизацијом ако неки народ баш и не пропадне, свакако ће му правилан развитак бити тако пометен, да ће убрзо изгубити свој индивидуални, национални тип.“¹³

¹³ Андра Ђорђевић, Богишићев „Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору“, *Бранич* 15-16/1888, 511-512.

II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

1. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СТАРОМ ВЕКУ

1.1. Увод

Савремени аутори се труде да правну природу правних послова из раног развоја људске и правне цивилизације упоређују и дефинишу кроз модерне институте који представљају завршетак њиховог еволутивног пута. Историјски развитак једног института не треба посматрати „ретроактивно“, почевши од завршног и коначног степена његовог развитка, јер то представља анахронизам. Прогрес једне правне идеје и напредак законодавно-правне технике не значе да та идеја на вишем степену развоја губи од своје суштине, напротив. Она само мења форму у којој се исказује и налази боље и савршеније начине за испољавање.

Постоје установе из старовековних и средњовековних права које нису увек имале за циљ одређивање лица које би ступило у сва права и обавезе оставиоца, али су имале за циљ или да промене ред законског наслеђивања или да неком лицу оставе већи део заоставштине од онога који би му иначе припао по закону. Ово тим пре ако се зна да је у економски недовољно развијеним друштвима располагање непокретностима заправо представљало располагање практично целокупном имовином једног лица и било и по циљу и по смислу готово исто оно што ће у римском праву бити одређивање универзалног сукцесора. Задатак овог поглавља је да се укратко укаже на двостране правне послове којима се у људској прошлости располагало за случај смрти, вољно одређивали наследници и вршила измена обичајима или законом утврђеног редоследа позивања на наслеђе и који се из тог разлога могу сматрати коренима уговорног наслеђивања.

1.2. Уговорно наслеђивање у правима старог Истока

Уз апроксимације које су неизбежне када се прати историјски развој једне правне идеје, а не једног конкретног правног института (а то је начин на који се ми служимо историјско-правним методом у овом раду), корене истовременог и јединственог уговорног уређења брачноимовинског режима и наслеђивања,

сусрећемо још у древном сумерском праву, много пре доношења Хамурабијевог законика. Један од примера за ову тврдњу је стара сумерска таблица из Нипура, означена бројем NBC 8935, сачињена у 55. години владавине Рим-Сина, односно у 26. години по заробљавању Исина од стране Рим-Сина, а којом се распоређује заоставштина између три брата.¹⁴ Оставилац је у присуству сведока, у документу овереном печатом, распоредио своју заоставштину на три дела, најстаријем сину Сим-ингуранију, средњем сину Тарибуму и најмлађем сину Ану-пи-Илабрату, који обзиром да није био ожењен по уговору није био дужан да одговара за очеве дугове, за разлику од своје старије браће.¹⁵ Специфичности овог уговора се састоје у томе што је располагање извршено у једној истој, а не у три одвојене таблице за сваког сина, у томе што је најстаријем сину остављен највећи наследни део, али и у чињеници да се најмлађем сину, у случају да не би био ожењен у тренутку очеве смрти, уз његов наследни део гарантовао и новчани износ у вредности терхатуа.¹⁶ Иако Калахен (*Callaghan*) у наведеном чланку дефинише овај правни посао као уговор о наслеђивању, треба рећи да није уочљива сагласност воља између оставиоца и његова три сина. С друге стране, тешко је оквалификовати ово располагање као тестамент, јер му недостаје именоване универзалног сукцесора. Но, те околности само говоре да би се требало клонити олаког изједначавања садржине и смисла савремених и древних правних установа, о чему ће више речи бити нешто касније.

Из нешто познијег вавилонског права је сачуван један документ из 553. г.п.н.е., за време друге године владавине Набонидуса, који се такође у литератури сматра уговором о наслеђивању, а којим је удовица Гуцуа расподелила имовину својим синовима, дајући при томе највећи део најстаријем сину, али под условом да јој до краја живота обезбеђује храну и одећу.¹⁷

Хамурабијев законик је највероватније донешен у 17. веку пре Христа (око 1680. године пре нове ере). Институт овог кодекса који по својим

¹⁴ Rogger T. O Callaghan, A New Inheritance Contract From Nippur, *Journal of Cuneiform Studies*, Vol. (8) 1954, 137-143.

¹⁵ R. T. O Callaghan, 138.

¹⁶ R. T. O Callaghan, 139, 141.

¹⁷ George Aron Barton, *Contracts in Assyrian and Babylonian Literature – selected translations*, With a critical introduction by Robert Francis Harper, D. Appleton & Company, New York 1904, 256-276, наведено према: Ангел Ристов, Дали е потребен договорот за наследување во македонското наследно право, Нотариус бр. 19/2011, 84, фн. 6.

карактеристикама чак веома подсећа на уговорно одређење наследника у савременим романским правним системима (посебно у Француској, где за један од циљева има да учврсти кохезију и економски положај породице) је нудуну – поклон покретних или непокретних ствари који је муж пре брака или за време брака чинио у корист своје жене, са циљем да обезбеди њен материјални положај ако би прерано умро.¹⁸ Према члану 172. Хамурабијевог законика, који упућује на наследноправне последице чињења нудунуа, жена би у случају да није добила овај поклон, након мужевљеве смрти добијала на удовичко плодуживање део заоставштине једнак делу његовог детета, из чега проистиче да је он уједно био и замена за вредност наследног дела који је припадао супрузи.¹⁹ Међутим, ако би она након смрти свога мужа решила да закључи нови брак, нудуну је остајао оставиочевој деци.²⁰

Поред нудунуа, у недостатку завештања вавилонско право је познавало и поклон за случај смрти (чл. 150 и чл. 165. Хамурабијевог законика), који је за објекат имао како покретне ствари, тако и непокретности – „поље, воћњак или кућу“, а који је могао да буде учињен „жени или најмилијем сину“.²¹ Овај поклон ни у ком случају није искључивао право супруге на нудуну, самим тим што за разлику од нудунуа, његово чињење од стране мужа није било облигаторно.²² Иако није реч о универзалној сукцесији чији је правни садржај у то време био непознат, вредност и структура поклоњених добара у друштву заснованом на

¹⁸ Srđan Šarkić, Dragoljub Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd 1993, 9; Срђан Шаркић, *Опита историја државе и права*, Београд 1999, 56; Војислав Станимировић, Нови поглед на Хамурабијев законик (II део), *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 102, фн. 31, где се наводи да се овај поклон чинио за време трајања брака. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2013, 75. О различитим схватањима да ли се нудуну чинио пре или за време брака, о његовом односу са терхату, детаљније: Vojislav Stanimirović, *Brak i bračna davanja u istoriji*, Beograd 2006, 28-31.

¹⁹ С. Аврамовић, В. Станимировић, 75; S. Šarkić, D. Popović, 9; С. Шаркић (1999), 56. Према Станимировићевом преводу, прва реченица члана 172. Хамурабијевог законика гласи: „Ако јој њен муж не остави нудуну, они (деца – прим. М. С.) ће јој вратити у потпуности њен мираз, и она ће узети део имовине једнак делу једног наследника“, В. Станимировић (2011), 102.

²⁰ S. Šarkić, D. Popović, 9; С. Шаркић (1999), 56; В. Станимировић (2011), 102, фн. 31.

²¹ С. Аврамовић, В. Станимировић, 76. Према преводу који даје Станимировић, члан 150. Хамурабијевог законика гласи: „Ако човек додели жени поље, воћњак, кућу или покретне ствари, и начини јој запечаћену исправу, после супругове смрти њена деца да јој то не оспоравају; мајка ће то оставити најмилијем детету, али то неће моћи да препише ником другом“, док члан 165. гласи: „Ако човек додели, у запечаћеној исправу, поље, воћњак или кућу свом омиљеном наследнику, када браћа буду делила имање пошто им отац оде за својом судбином, он (најмилији син) узеше поклон који му је отац дао и независно од тог поклона они ће на једнаке делове поделити имовину“, В. Станимировић (2011), 99, 101.

²² V. Stanimirović (2006), 31.

пољопривреди какво је било вавилонско, као и круг поклонопримаца, који су изгледа најчешће чинили супруга или један од синова, указују на жељу поклонодавца да фактички измени наследноправни положај некога од њих. Они би иначе наслеђивали поклонодавчеву заоставштину на једнаке делове (супруга само ако не би добила нудуну), а овако је син делио заоставштину на једнаке делове са браћом, а задржавао поклон који му је учинио отац. У том смислу, чини се да је поклон за случај смрти имао далеко шири домашај од обичног хонорисања једног одређеног лица. Он је попут истоветне правне установе која се по први пут нашла у законнику Липит-Иштар,²³ где се могао учинити само поклонодавчевом сину, и овде „вид заобилажења законског наследног реда“²⁴ или бар начин „да се делом утиче на њега“.²⁵

Из старог египатског права нашој цивилизацији није остао доступан ниједан законски текст, али је остао један број докумената (углавном исписаних на папирусима), највећим делом из периода Новог царства, а за све њих је карактеристично то што се углавном односе на породично и на наследно право. Полазећи од прегледа и класификације брачних уговора из старог Египта које је ослањајући се на Пестмана дао Станимировић, може се запазити да се наследноправна питања регулишу у две од три карактеристичне врсте брачних уговора у овој правној цивилизацији. Тако у брачном уговору А, тип *sh n hm.t*, извесни *Blemmijan* истиче: „(Деца) коју си ми родила и коју ћеш ми рађати су наследници свега што поседујем и што ћу стећи.“²⁶ На другом месту, у брачном уговору Ц, који спомиње *a s'nh, P3-di-Itm* у брачном уговору истиче: „Теби припада (у име) деце, коју си ми родила и коју ћеш ми (тек) носити, једна трећина свега што поседујем и што ћу стећи; (и то) у кући коју пожелиш.“²⁷

Као што се види, и у старом Египту су у оквиру брачних уговора постојале одредбе којима су супружници уређивали наследноправна дејства, односно стипулисали наследна права како једно за друго, тако и у корист њихове заједничке деце. У овом другом случају надживели супружник је био само

²³ Чл. 21. и чл. 31.-32. Законика Липит-Иштара, Vojislav Stanimirović, *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*, Beograd 2012, 16-22.

²⁴ В. Станимировић (2011), 99, фн. 23.

²⁵ В. Станимировић, (2011), 103, фн. 31.

²⁶ V. Stanimirović (2012), 122.

²⁷ V. Stanimirović (2102), 125.

доживотни плодуживалац заоставштине коју је имао дужност да сачува за заједничко потомство. Када се има у виду начин на који се у романским правним системима и много векова касније уговорним путем одређују наследници, односно велика сличност у именовању наследника посредством брачног уговора, чини се да је сасвим легитимно рећи да је и у старом Египту постојало уговорно одређивање наследника, макар у најширем смислу речи.

1.3. Уговорно наслеђивање у старој Грчкој

Старогрчко право није познавало установу завештања, па се као коректив законског наслеђивања у грчким полисима користила или адопција, која је имала за циљ да усвојеник постане усвојичев наследник, или поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*), чији су се први, примитивни облици у Грчкој развили још у хомерском периоду. Истина, поклон за случај смрти хомерског права не може да се пореди са истоименим институтом римског права, иако је у оба случаја услов његове пуноважности био да поклонопримац надживи поклонодавца. Обзиром да је његово чињење превасходно било мотивисано пријатељством поклонодавца и поклонопримца, то је овај институт имао за циљ да се у корист поклонопримца располаже покретним стварима (углавном афекционе вредности), а не да се њиме располаже објектима веће вредности или да се мења редослед позивања на наслеђе.²⁸

Ипак, већ у критском полису Гортини, *donatio mortis causa* се користио у развијенијем облику. Члановима Гортинског законика је била ограничена његова вредност (на сто статера), за објекат је често имао новац, а углавном је чињен или од стране мужа у корист жене (која није била припадник ниједног од пет законских наследних редова) или у корист мајке од стране сина.²⁹ Поклон за случај смрти у гортинском праву је дакле, имао за циљ побољшање

²⁸ Sima Аврамовић, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu – doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, Beograd 1981, 33-37; Сима Аврамовић, Разлике у садржини и правној природи римског тестаментa и тзв. легатског тестаментa старог грчког права, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987, 9. У погледу старог грчког права се углавном ослањамо на домете и закључке из поменуте докторске дисертације.

²⁹ С. Аврамовић (1987), 9; V. Stanimirović (2006), 67.

имовинскоправног положаја жене и обезбеђење услова да се лакше поново уда, као и измену утврђеног редоследа законског наслеђивања.³⁰

Постоје индиције да је поклон за случај смрти постојао и у раном спартанском праву, иако се њиме попут оног у хомерском праву, вероватно могло располагати само покретним стварима које су представљале личну својину поклонодавца, а нешто касније изгледа и новцем, као у Гортини.³¹ Међутим, након Пелопонеских ратова и закона (ретре) којим је ефор Епитадеј предложио могућност наслеђивања и поклањања клера (земљишни посед са радном снагом који је у Спарти додељиван спартијатима), поклоном за случај смрти се у одсуству тестаментa располагало и непокретностима, односно кућом и земљишним парцелама.³² На тај начин је један стари правни посао био само проширен у погледу добара и њихове вредности које су могле да представљају његов предмет. Тиме је „поклон за случај смрти, неограничен у погледу предмета и износа, вероватно постао основни инструмент слободе тестирања у Спарти.“³³

Овај институт је по свој прилици био познат и у атинском праву пре Солонових реформи, где су његов објекат чиниле личне ствари поклонодавца, које је он поклањао за случај када је очекивао скору смрт или се налазио у животној опасности.³⁴ Касније се поклоном за случај смрти и у Атини, као и у Гортини располагало новцем, али и другим покретним стварима, проширен је и круг лица која су могла да буду поклонопримци, чиме „се ширила слобода располагања оставиоца, али се овај правни посао још увек заснивао на сагласности воља (јер поклон је уговор), а не на једностраној изјави воље оставиоца“.³⁵ На тај начин, утирао се пут тзв. легатском тестаменту (тестамент без адопције), карактеристичном за грчко право. *Donatio mortis causa* је био присутан и у другим грчким полисима, за шта као доказ служе натписи из Петелије, Кримисе и Тегее, а нарочито је био либерално регулисан у погледу круга

³⁰ S. Avramović (1981), 83-87; Eberhard Friedrich Bruck, *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht: zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments*, Breslau 1909, 29-30. Видети колумне III и VI Гортинског законика, наведено према: V. Stanimirović (2012), 157-166.

³¹ S. Avramović (1981), 123-124.

³² С. Аврамовић, В. Станимировић, 98-99.

³³ S. Avramović (1981), 141.

³⁴ S. Avramović (1981), 154-155. Ово виђење брани Аврамовић, мада је у литератури веома рааширено схватање да је тек Солон увео „тестамент“ (*diatheke*) у Атини, па у оквиру тога и поклон за случај смрти.

³⁵ S. Avramović (1981), 217-222.

субјеката који су могли да га закључе, његовог могућег предмета (чак и непокретности) и вредности поклоњене ствари у Коркири и на Миконосу.³⁶ Тек касније ће се из овог правног посла у Атини развити легатски тестамент, као једнострана изјава воље којом се располаже појединим стварима и правима у корист скоро неограниченог круга лица, иако се ни овом врстом завештања још увек није одређивао универзални сукцесор.³⁷

Изгледа да се на основу свега може закључити да је поклон за случај смрти у свим грчким полисима представљао правни посао којим је, у недостатку завештања, могао да се измени редослед позивања на наслеђе утврђен законом и чији је објекат временом еволуирао, како у погледу своје природе (од покретних до непокретних ствари), тако и у погледу вредности. Вредна запажања је и чињеница да је овај двострани правни посао представљао први корак у развитку слободе располагања за случај смрти и корен такозваног легатског тестамена.

1.4. Уговорно наслеђивање у римском праву

1.4.1. Увод

У литератури влада скоро подељено мишљење да је у римском праву постојала забрана закључења уговора о наслеђивању, или макар да је она важила до Јустинијанових реформи, тј. да је овај уговор постао допуштен тек у пандектном праву. Аранђеловић вели да „на наслеђе кога лица може неко бити позван тестаментом покојника (*defunctus*-а, *decius*-а) или наредбом закона. Тестаменат и закон су у Римском праву основи позивања на наследство (основи делације)... Постављање наследника и тестаменат јесу нераздвојно једно с другим везани. Наследник се не може без тестамена поставити другом неком изјавом последње воље – која не би била тестаменат.“³⁸ Станојевић је након подналова, који именује као „два основа за наслеђивање“, такође изричит: „Питање ко ће наследити имовину решава се или законом или тестаментом.“³⁹ По речима Пухана, „позивање наследника било је првенствено препуштено вољи *de cuius*-а, а

³⁶ S. Avramović (1981), 262-274.

³⁷ С. Аврамовић (1987), 10.

³⁸ Драгољуб Аранђеловић, *Предавања из Римског права*, Београд 1938, 302, 307.

³⁹ Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2002, 231.

у случајевима када то *de cuius* није урадио, као и у случајевима када је прешао овлашћења која је по закону имао, било је регулисано законским путем. У првом случају говорило се о тзв. тестаменталном, а у друга два случаја о законском позивању на наслеђе. Законско позивање на наслеђе делило се на диспозитивно законско или интестатско наслеђивање и на императивно или нужно наслеђивање по закону.⁴⁰ Стојчевић истиче: “Почевши од римског права до данас, у скоро свим правима то питање (ко ће бити наследник, прим. М. С.) се решава или на тај начин што умрли (*de functus, de cuius*) још за живота одреди себи наследнике тестаментом, или на тај начин што наследник постаје лице које на то има право по законима или обичајима. Према томе постоје: тестаментално и интестатско или законско позивање на наслеђе.”⁴¹ Пешуновић додаје да „римско право није знало за наслеђе путем уговора, што потпуно одговара социјалном стању тадашњег друштва.”⁴²

Наведени ставови се темеље на анализи римских правних извора, јер се почевши од Закона 12 таблица, па закључно са Јустинијановом кодификацијом, као једини основи позивања на наслеђе у њима јављају закон и тестамент. Гај у параграфу 99 друге књиге својих Институција каже: „Да најпре размотримо о наслеђивању које може бити двојак: наслеђујемо или по тестаменту или на основу закона.”⁴³ Наследноправни уговори или уговори о будућем наслеђу (*les pactes sur succession future*) су били забрањени и у римским законима и у конституцијама, било да су представљали основ за постављање наследника или основ за одрицање од будућег наслеђа, било да су се односили на заоставштину уговарача или наслеђе неког трећег лица.⁴⁴ Оставицац уговором није могао да располаже својом заоставштином (*les pactes sur sa propre succession*) да би насупрот неопозивости располагања имовином за случај смрти која је иманентна уговору, била очувана његова слобода тестирања и могућност да опозове или измени тестамент све до своје смрти, што је било једно од основних начела римског наследног права. С друге стране, уговори о наслеђу трећег лица које је

⁴⁰ Ivo Puhar, *Rimsko pravo*, Београд 1977, 371.

⁴¹ Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Београд 1981, 163.

⁴² Душан М. Пешуновић, Уговорно наслеђе по нашем праву, *Архив за правне и друштвене науке* 1/1923, 5.

⁴³ Gai Institutiones – Гај: *Институције*, превео Обрад Станојевић, Београд 2009, 129.

⁴⁴ Marc Péter, *Étude sur le pacte successoral*, thèse de doctorat présentée a la Faculté de droit Université de Genève, Genève 1897, 14.

joш увек живо (*les pactes sur la succession d'autrui*) су били забрањивани јер су се односили на смрт лица чија је заоставштина била предмет уговора. Како је то по општем мишљењу подразумевало жељу наследника да декујус што пре нестане (*votum mortis captandae*), предмет ових уговора је сматран супротним добрим обичајима (*adversus bonos mores*), те су ови контракти били погођени санкцијом ништавости.⁴⁵

Два су дакле, најбитнија разлога због којих су Римљани имали негативан однос према уговорима о наслеђивању и сматрали их неморалним и „противним добром укусу“.⁴⁶ Први се састојао у томе што би њиховим допуштањем била ограничена слобода завештања римских грађана, а други, јер су Римљани у њима видели могући подстицај за уговорног наследника да убрза смрт уговорног оставиоца који би себе претходно већ „везао“ уговором.⁴⁷ Изгледа да је Римљане додатно бунила чињеница што уговоре о наслеђивању нису могли да подведу нити под облигационоправне уговоре, нити под тестаменте, па нису били сигурни да ли би ови правни послови требало да производе правна дејства међу живима или за случај смрти.⁴⁸ Најзад, именовање наследника у форми стипулације је по мишљењу неких аутора било супротно јавном поретку јер последице неизвршавања ове уговорне обавезе нису погађале завештаоца (јер је тек тренутком његове смрти могло поуздано да се утврди да ли је испунио обавезу да именује стипулатора за наследника), већ његове наследнике.⁴⁹

Већ је речено да се у литератури често истиче да је тек Јустинијан допустио могућност закључења уговора о наслеђивању. Међутим, на више места је у Јустинијановој кодификацији, као и у конституцији цара Диоклецијана и

⁴⁵ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil – tome quatrième, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris 1963, 554; Gabriel Lepointe, *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris 1958, 469; M. G. Lepointe, *Les successions dans l'ancien droit*, Paris 1936, 249; Michel Grimaldi, *Droit civil – Successions*, Paris 2001, 337. Постоје и супротна мишљења. Вајмар (*Weimar*) тврди да је гледиште према коме су уговори о наслеђивању ништави јер ограничавају слободу завештања, те су као такви супротни добрим обичајима, настало у средњем веку, а да се данас погрешно приписује римским правницима. Оно што је по мишљењу овог аутора било недопуштено у старом Риму јесте само „обвезивање да се друго лице одреди за наследника“. Peter Weimar, *Inheritance Contracts and Public Policy*, *TSAR* 1994/4, 790, 794, 796.

⁴⁶ Dale Hutchinson, *Succession Agreements in South African and Scots Law, Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, 227.

⁴⁷ *Ibid.*; Mile Boras, Lujo Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998, 173.

⁴⁸ P. Weimar, 788.

⁴⁹ P. Weimar, 789-790.

Максимилијана, била изричито наведена забрана и неважност уговора о наслеђивању и прописивана санкција за његово закључење у виду одузимања заоставштине која би била предмет овог уговора у корист фискуса. Из тог разлога је правилније рећи да су у Јустинијановом кодексу, односно кодексу цара Теодосија и у једној конституцији цара Диоклецијана и Максимилијана, били допуштени тек изузеци од ове начелне забране закључења уговора о наслеђивању.⁵⁰ Ти изузеци су се огледали у томе што је Јустинијан допустио уговоре о наслеђивању трећег лица које је још увек у животу и то под условом да је на њих пристанак дао оставилац чија је заоставштина предмет уговора, а да до своје смрти ту сагласност није ускратио. Теодосије је допустио мајци да за живота расподели будуће наследство својој деци, док су Диоклецијан и Максимилијан прогласили важећим реципрочне заједничке тестаменте између два војника и када нису испуњавали форму за војнички тестамент. Заједнички тестамент који би сачинили супружници је новелом из 446. године признао и Валентинијан III, али одредбе о заједничком тестаменту нису ушле у Јустинијанову кодификацију.⁵¹

Ипак, поставља се питање да ли су у римском праву до Јустинијановог периода, у сфери наследноправних односа, или бар оних имовинскоправних односа који су имали и одређене наследноправне последице, постојали неки институти који су по својој правној природи имали сличности са уговорним одређењем наследника. Чини се да је одговор на ово питање потврдан. У том смислу, у предстојећим редовима анализи ће бити подвргнути манципациони тестамент и *testamentum per aes et libram*, *donatio mortis causa* и *donatio ante nuptias* (односно, *donatio propter nuptias*).

1.4.2. *Testamentum per aes et libram*

Када је коришћење *testamentum calatis comitiis* постало неодговарајуће за нове потребе Римљана, јер га је било могуће сачинити само у Риму и само два пута годишње на куријатским скупштинама, 24. марта или 24. маја, на које приступ нису имали плебејци и жене, а завешталац је наследника морао да именује јавно (што му није увек одговарало), на историјско-правној сцени се

⁵⁰ М. Péter, 9-12.

⁵¹ М. Péter, 12-14; Н. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 554 .

појавио „*testamentum*“ *mancipatio familiae*.⁵² Манципација је представљала свечани поступак преношења својине у коме су поред преносиоца и прибавиоца учествовали још и најмање пет сведока, пунолетних римских грађана мушког пола, и један грађанин (*libripens*) са бронзаном вагом и бронзаном шипком.⁵³ То је у раним вековима римске историје била обавезна форма за преношење права својине, у почетку само за извршење уговора о купопродаји, а касније и за испуњење других уговора.⁵⁴ Облик овог апстрактног правног посла који је служио за привидну продају ствари изгледао је овако. Прибавилац је узимајући ствар у руке, или један њен део ако се радило о непокретности и држећи бронзани тег, изговарао следеће, тачно одређене речи: „Тврдим да је ова ствар моја по римском грађанском праву и да сам је прибавио са овом бронзаном шипком и бронзаном вагом“, након чега је ударао шипком (касније кованим новчићем) у вагу и давао је преносиоцу на име симболичне цене, чиме се поступак завршавао.⁵⁵

Поступак сачињавања тестаментa *per aes et libram* који се вршио у форми манципације, Гај у параграфима 103. и 104. друге књиге Институција описује на следећи начин: „Наиме, некада је *familiae emptor*, тј. онај који је од тестатора путем манципације добијао имовину, ступао на место наследника, отуда му је тестатор налагао шта жели коме да се да после његове смрти. Сада се један поставља за наследника, коме се у аманет остављају и легати, а други се именује за *familiae emptor-a* ради угледања на старо право.

Тај посао се обавља на следећи начин: лице које прави тестамент позива пет пунолетних римских грађана за сведоке и службеног мерача (либрипенса), као у осталим манципацијама, и, пошто је написао на таблицама тестамент, манципира форме ради своју имовину. Том приликом *familiae emptor* изговара

⁵² Žika Bujuklić, *Forum Romanum – Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2009, 716; Moses A. Dropsie, *The Roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death (mortis causa donationes)*, Philadelphia 1892, 70; О. Станојевић, 240. Штурм даје објашњење да је један од разлога за излазак на историјску позорницу ове тестаментарне форме био и то да се обезбеди „озбиљно болеснима“ да мимо куријатских комиција могу да реализују своју слободу завештања, Fritz Sturm, *Origine et evolution de la mancipation, Synthèse retrospective de l'enseignement de Philippe Meylan, Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. PAUL PIOTET, Professeur à l' Université de Lausanne*, Publié par Fritz Sturm, Berne 1990, 573.

⁵³ F. Sturm, 574. Дропси наводи да се и *libripens* сматрао сведоком. М. А. Dropsie, 71.

⁵⁴ D. Stojčević, 137-138; Д. Аранђеловић, 177-178; упор: *Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције*, превео с латинскога на српски Дг. Лујо Бакотић, Издање Архива за правне и друштвене науке, Београд 1912, 93.

⁵⁵ Параграф 119 прве књиге Гајевих Институција, *Gai Institutiones – Гај: Институције*, 67; D. Stojčević, 138; I. Puhar, 210; Д. Аранђеловић, 179; F. Sturm, 574.

следеће речи: ДА БИ МОГАО ПРАВОВАЉАНО ДА САЧИНИШ ТЕСТАМЕНТ САГЛАСНО ЈАВНОМ ПРАВУ, УЗИМАМ ТВОЈУ ПОРОДИЦУ И ИМОВИНУ НА СТАРАЊЕ И ЧУВАЊЕ ПУТЕМ ОВЕ ВАГЕ, а неки додају и путем ОВЕ БРОНЗЕ И ВАГЕ НЕК МИ БУДЕ КУПЉЕНА, затим удара бронзом о вагу и предаје тестатору бронзу на име цене. После тога тестатор, држећи у руци таблице на којима је тестамент каже: ОНАКО КАКО ЈЕ НА ОВИМ ТАБЛИЦАМА И ВОСКУ ЗАПИСАНО, ТАКО ДАЈЕМ, ТАКО ЛЕГИРАМ, ТАКО ИЗРАЖАВАМ ПОСЛЕДЊУ ВОЉУ И ВИ МИ КВИРИТИ, ТАКО ПОСВЕДОЧИТЕ. Ове се речи називају нункупација, јер *nuncupare* значи јавно објавити, а сматра се да је тестатор, оно што је посебно у тестаменту написао, јавном изјавом објавио и потврдио.⁵⁶

Садржина овог правног посла се дакле, састојала у следећем: оставилац је фиктивно манципацијом продавао своју целокупну имовину (*mancipatio familiae*) неком лицу у које је имао поверење, најчешће пријатељу (*familiae emptor*), који се обавезивао да ће је по декујусовој смрти пренети на неко треће лице које је оставилац одредио и које иначе не би наследило по закону (најчешће на оставиоачевог сина).⁵⁷ *Familiae emptor* је тако на основу манципације, у прво време развитка ове форме тестаментa, постајао прави власник и наследник на завештаочевој имовини, а лица којима је завешталац одредио да он распореди заоставштину су своја права изводила непосредно од њега а не од завештаоца, што је неке ауторе навело на закључак да је овај тестамент служио само сингуларној а не и универзалној сукцесији.⁵⁸ Даљи развитак тестаментa *per aes et libram* је подразумевао да је суштински елемент у његовом сачињавању постала завештаочева нункупација којом је давао *familiae emptor*-у наредбу коме да распореди његову имовину за случај смрти (манципација је остала само као форма која је омогућавала завештаоцу да саопшти садржину свог тестаментарног

⁵⁶ Gai Institutiones – Гај: Институције, 129-131.

⁵⁷ Зато је овај правни посао по својој правној природи представљао пријатељску фидуцију (*fiducia cum amico contracta*). D. Стојчевић, 170; О. Станојевић, 240; I. Puhar, 378; Ž. Вијуклић, 716. Борас и Маргетић наглашавају да је реч о преносу целокупне завештаоачеве имовине, како постојеће, тако и будуће на *familiae emptor*-a. Mile Boras, Lujo Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998, 179. Ово због неодређености предмета правног посла може да буде одлика само правних послова за случај смрти. С друге стране, Ајзнер и Хорват су мишљења да је ова врста тестаментa најпре служила у сврху располагања појединим стварима из заоставштине, односно одређивању легата, а да је тек касније њом било могуће именовати наследника. Bertold Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 472, 480.

⁵⁸ B. Eisner, M. Horvat, 480.

располагања), док је *familiae emptor* постајао само квиритски власник на њега пренешене имовине. Државина на њој је све до смрти остајала код декујуса, да би моментом делације непосредно прешла на треће лице на које се *familiae emptor* као формални власник манципацијом обавезао да пренесе оставиочеву имовину након завештаочеве смрти.⁵⁹ То значи да је завешталац у овој фази развоја све до смрти задржавао право да измени своје тестаментално располагање, дајући *familiae emptor*-у друга упутства у погледу тога коме да преда имовину за случај његове смрти, односно да поновном манципацијом стави ван снаге цео правни посао.⁶⁰ Ипак, суштински елемент у предузимању ове завештајне форме постала је усмена тестаторова изјава – *nuncupatio*, у коју су унете и свечане речи које су раније коришћене приликом изјаве последње воље пред куријатском комицијом у тестаменту *calatis comitiis*. За разлику од *mancipatio familiae* као фиктивне продаје породичних добара, тестамент *per aes et libram* то јесте у правом смислу речи, јер садржи све битне елементе овог правног посла, а пре свега именоване наследника, те ће се он називати и нункупационим тестаментом.⁶¹ Следећу етапу у еволутивном развоју тестаментa представљала је процедура (тестамент *per aes et libram* или трипартитни) у којој је завешталац доносио унапред написано завештање и пред присутних седам сведока изјављивао да је у писменом, на унутрашњим странама дрвеног диптиха, садржано његово располагање за случај смрти. Затим су спољашње стране ове исправе (*tabulae*) повезиване врпцом на коју су стављани печати сваког од сведока, *familiae emptor-a* и *libripens-a*, који су затим ову исправу и потписивали.⁶² У класичном праву ће са аспекта преторског права, свако завештање на коме ће се налазити печат и потписи седам сведока бити сматрано тестаментом, па макар било и без свечане изјаве. Тако је настао тзв. преторски тестамент.⁶³ Манципација и нункупација као елементи форме тестаментa *per aes et libram* изгубиће на значају тек после доношења Каракалиног едикта 212. године, што је услед мешања са народима и културама који су у Рим

⁵⁹ Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2012, 417; D. Stojčević, 170; B. Eisner, M. Horvat, 480.

⁶⁰ M. A. Dropsie, 72.

⁶¹ D. Stojčević, 171; O. Станојевић, 241; Ž. Вујклић, 717.

⁶² D. Stojčević, 171; O. Станојевић, 241; Ž. Вујклић, 717; M. Милошевић, 418; B. Eisner, M. Horvat, 480-481; Вид. тестамент *per aes et libram* Антонија Силвана из 142. године пре нове ере код M. Bogas, L. Margetić, 180.

⁶³ O. Станојевић, 241; I. Puhan, 379.

долазили из периферних делова империје и иначе време слабљења формализма у римском праву.⁶⁴

Треба подвући да се развојем ове форме тестаментa мењала и улога *familiae emptor-a*. Он је у прво време добијао у својину целокупну оставиочеву заоставштину и постајао његов „универзални наследник“, а извршење оставиочеве последње воље и пренос заоставштине на треће лице, зависило је од добре воље и савесности *familiae emptor-a*. Он је потом био дужан да лицу које је завешталац одредио пренесе право својине и то такође у форми *per aes et libram*.⁶⁵ У каснијим фазама еволуције ове тестаментарне форме, *familiae emptor* није више био оставиочев наследник, већ само извршилац завештања, који из тестаментa није добијао никакве имовинске користи и права, већ је само преузимао и чувао завештачеву имовину не би ли је после његове смрти распоредио на начин на који је то тестатор одредио. Ово његово овлашћење је било установљено као фидуцијарна заштита у интересу наследника и легатара.⁶⁶ На самом крају развоја тестаментa *per aes et libram*, присуство *familiae emptor-a* је као и сама манципација постало гола формалност у поступку сачињавања овог завештања, који више није имао за основно правно дејство да њиме завешталац одреди легатаре, већ непосредно и самим завештањем правог наследника.⁶⁷ Видели смо уосталом, да је и сам Гај тврдио да се већ у његово време имовина није преносила на *familiae emptor-a*, већ да је његово именовање било захтев голе форме и поштовања правне традиције од стране Римљана. Може да се закључи да је еволуција улоге *familiae emptor-a* у поступку сачињавања тестаментa *per aes et libram* почела као наследничка и власничка, да би се затим трансформисала у улогу само формалног власника, а заправо извршиоца тестаментa, да би се окончала као протоколарна и формална, у времену када се тренутком завештачеве смрти заоставштину непосредно преносила на наследнике.

⁶⁴ Самир Аличић, Шта Гај није рекао о форми тестаментa *per aes et libram*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006, 73.

⁶⁵ Ž. Vučković, 717.

⁶⁶ I. Puhan, 378-379; B. Eisner, M. Horvat, 480; M. Boras, L. Margetić, 179; F. Sturm, 574.

⁶⁷ У преторском праву, он је један од сведока пред којима завешталац усмено изјављује своју вољу, када тестамент *per aes et libram* и дефинитивно постаје једностранни правни посао. Pierre-Clément Timbal, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions – Libéralités*, Paris 1960 (Dalloz), 123; M. A. Dropsie, 71; B. Eisner, M. Horvat, 480-481; M. Boras, L. Margetić, 482; С. Аличић, 67.

Овај специфични правни посао, за који Стојчевић каже да „није тестамент, јер нема основну карактеристику тестаментa: именовање наследника“, а није имао ни форму тестаментa, био је приступачан свим римским грађанима, у свако доба и на сваком месту.⁶⁸ Он додаје да наследник није био ни *familiae emptor*, нити треће лице на које се имовина преносила. *Familiae emptor* је био „само посредник између завештаоца и лица коме он жели да остави своју имовину. Такво лице, пак, није наследник, јер своје право према овој имовини не извлачи из наследног права већ из правног посла којим је *familiae emptor* пренео својину на њега. Зато ово лице и није *heres*. Оно ће то постати тек протоком времена, путем *usucapio pro herede*.“⁶⁹ Бујуклић ће на основу сличне аргументације такође извући закључак да је реч о правном послу међу живима а не за случај смрти, те на основу аргумента да овај правни посао није садржао именовање наследника као кључни елемент који је свако завештање морало да садржи, поентирати да *mancipatio familiae* „и мада формално није тестамент, он је практично остваривао исту сврху.“⁷⁰ Да тестамент *per aes et libram* није тестамент, „јер се ефекат располагања *mortis causa* постиже помоћу два акта “међу живима“, а да „наследник“ није универзални сукцесор оставиоца, већ лице које само добија својину на стварима из заоставштине и постаје *heres* старим „одржајем својства наследника“, тврди и Милошевић.⁷¹

Али, ако манципациони тестамент и завештање *per aes et libram* које се из њега развило нису били тестаменти у правом смислу речи, каква је онда била њихова правна природа? Аранђеловић је еволуцију у развоју манципационог завештања, али и његове правне природе објаснио речима: „**Док је раније манципација збиља била двостран правни посао између тестатора и *familiae emptor-a*** (подвукао М.С.), којим је овај по својој вољи постајао будући представник оставитељев, коме је затим путем *nuncupatio testamenti* наређивано да легате изврши, сада је, у овом стадијуму развића, цела манципација материјално без дејства, *familiae emptor* је прост фигурант, који мора учествовати, да би на основу формално двостране манципације тестатор могао предузети једнострану

⁶⁸ D. Stojčević, 170. Слично: О. Станојевић, 240.

⁶⁹ Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1981, 170.

⁷⁰ Ž. Bujuklić, 717. Да је тестамент *per aes et libram* био правни посао међу живима тврди и Штурм. F. Sturm, 574.

⁷¹ М. Милошевић, 417-418.

nuncupatio testamenti, која је садржавала постављање наследника и остале наредбе последње воље. **Фактички је сада тестамент постао једностран правни посао** (подвукао М.С.), пошто његову садржину сада само тестватор одређује, а дејство *familiae emptor-a* је само правна форма.⁷² Ајзнер и Хорват су на готово идентичном становишту: „Манципациона опорука *iuris civilis* имала је облик **двостраног правног посла, тј. уговора** (подвукао М.С.), јер је код тога морао судјеловати *familiae emptor* као странка, која је имала очитовати свој прихват.⁷³ И Силајдић опредељује правну природу манципационог завештања као уговорну: „*Mancipatio familiae* је карактеристичнија од извршења тестамена. У опћој еволуцији наслебног права овај се развитак јавља у фази уговорног наслеђивања, која се изједначаје с правним пословима међу живима. Помоћу ње се прикривала права намјера у погледу исправљања наслебног законског реда.⁷⁴ Видећи у њему ефектан начин за лакшу опозивост тестамена, која је до тада била ограничена наредним сазивом скупштине, Силајдић изводи исправан закључак по коме је у еволуцији тестамена био неопходан „корак у назад“, кроз увођење једног уговора, какав је био завештање *mancipatio familiae*. „*Mancipatio familiae* игра важну улогу у еволуцији прописа тестамена. То је институција која је омогућила да се избјегне неопозљивост примитивног уговора о наслеђству.⁷⁵ Антић је сличног мишљења: „Из овог облика завештања види се да нема јасне границе између слободе уговарања и слободе тестирања. То је период ране младости слободе тестирања где се она тражећи пут своме развоју ослања на установу од које је и потекла.⁷⁶ Најзад, Ламбер (*Lambert*) ће и *testamentum calatis comitiis* који је историјски претходио наведеним завештајним формама квалификовати као двострани правни посао, односно као уговор о наслеђивању.⁷⁷

Можемо да закључимо да је у римском праву уочљива еволуција вољног располагања имовином *mortis causa* од двостраног ка једностраном правном послу. Иако се може рећи да располагање *mancipatio familiae* и тестамент *per aes*

⁷² Д. Аранђеловић, 309.

⁷³ В. Eisner, М. Horvat, 480-481. Слично: М. Boras, L. Margetić, 482.

⁷⁴ А. Silajdžić, 109.

⁷⁵ А. Silajdžić, 110.

⁷⁶ Oliver B. Antić, *Sloboda zaveštanja i nužni deo – doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, Beograd 1983, 38.

⁷⁷ E. Lambert, *Introduction, La fonction du droit civil compare*, Paris 1903, наведено према: S. Avramović (1981), 12.

et libram нису представљали облике завештања, већ правне послове међу живима, то још не значи да се могу сматрати коренима данашњих уговора о наслеђивању. Међутим, нема сумње да између ових института и установа које се у литератури углавном сматрају коренима уговорног наслеђивања (нпр. афатомија и тинкс код Германа) постоји велика сличност. Управо због тога је овом старом облику располагања за случај смрти у римском праву овде посвећена толика пажња.

1.4.3. *Donatio mortis causa*

Donatio mortis causa или поклон за случај смрти је посебна врста поклона која се јавља у класичном римском праву. Поклонодавац који се налазио у смртној опасности, предавао је неку своју ствар поклонопримцу, али је задржавао право да ту ствар поново узме ако би преживео смртну опасност у којој се нашао, или би иначе надживео поклонопримца, или се једноставно покајао што ју је поконио.⁷⁸ Дакле, у прво време је предуслов за закључење ове врсте уговора о поклону углавном био да се поклонодавац налази у смртној опасности и производио је правна дејства само ако он ту опасност не би преживео, док се касније сачињавао и независно од животних околности и евентуалне смртне опасности, али ипак уз услов да поклонодавац не надживи поклонопримца.⁷⁹ Од Јустинијановог доба, ова врста поклона се више није закључивала у реалној форми, предајом ствари, већ је довољно било дати усмено обећање пред пет сведока да ће се поклон дати ако поклонопримац надживи поклонодавца. То је уз могућност опозива поклона за случај смрти, као и чињенице да се на њих нису примењивала ограничења карактеристична за поклоне, попут оних предвиђених

⁷⁸ Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције, 83.

⁷⁹ Д. Аранђеловић, 340; Ж. Вујклић, 536; М. Милошевић, 434; М. А. Dropsie, 177. Различита су и схватања о правној природи поклона за случај смрти. Према првом, он се закључивао под одложним условом, да поклонопримац надживи поклонодавца, а ако се услов не би остварио повраћај поклоњене ствари је могао да се тражи виндикацијом. Према другом мишљењу, поклон за случај смрти се закључивао под раскидним условом, чије је наступање представљала околност што што би поклонодавац преживео смртну опасност због које је неку ствар предао поклонопримцу. У складу са тим гледиштем, поклонодавац је могао да захтева повраћај ствари кондикцијом, јер се сматра да поклонопримац држи поклоњену ствар без основа. Видети детаљније: М. Boras, L. Margetić, 189; В. Eisner, М. Horvat, 538; М. Милошевић, 434.

Lex Cincia, значајно допринело приближавању поклона за случај смрти легатима.⁸⁰

Мада се по својој правној природи налазио на пола пута између поклона и легата, па чак био сличан и фидеикомису, наводило се да је *donatio mortis causa* у свему уређен по узору на легате и најчешће потчињен правилима која за њих важе, обзиром да га је поклонодавац у свако доба могао опозвати једностраном изјавом воље и јер су његова правна дејства наступала само ако би он надживео поклонодавца.⁸¹ Ипак, поклон за случај смрти никада није могао сасвим да буде изједначен са легатима, јер је то двострани правни посао (уговор), док испоруке представљају одредбе у тестаменту, као и због тога што се за његово закључење захтевала уговорна, а за сачињавање легата активна завештајна способност. Исто тако, за разлику од испоруке, поклонодавац је могао да се одрекне права да овакав поклон опозове, за његову пуноважност и правна дејства није се тражило да поклонопримац да позитивну наследну изјаву и најзад, поклонопримац није могао да буде недостојан за наслеђивање, те да услед тога не добије користи по основу поклона за случај смрти.⁸² Са друге стране, поклон за случај смрти се од обичног поклона разликовао по могућности да буде опозван ако би се поклонодавац једноставно предомислио.⁸³

За предмет нашег разматрања интересантно је како је поклон за случај смрти дефинисан у Јустинијановим Институцијама: “*Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum* – даровштина за случај смрти настаје кад онај који дарује жели да ствар остане рађе њему но ономе коме је дарује, а ономе коме је дарује рађе но баштинику.”⁸⁴ Чини се да формулација „више воли да је има поклонопримац, него да је има наследник“ може да се тумачи као вољна измена

⁸⁰ I. Puhar, 399; Д. Аранђеловић, 340; М. Милошевић, 434; В. Eisner, М. Horvat, 539; Р. С. Timbal, 212.

⁸¹ Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције, 83. Марко Ђурђевић, Уговор о поклону за случај смрти, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад 2011, 243; М. А. Dropsie, 180. Томе је доприносила и чињеница да су многи римски закони који су се односили на легате примењивани и на поклон за случај смрти, попут *lex Furia*, *lex Voconia*, *lex Falcidia* од конституције Септимија Севера и *legis Papiae Poppaeae*, В. Eisner, М. Horvat, 539.

⁸² Д. Аранђеловић, 340-341; М. Ђурђевић (2011), 243; М. А. Dropsie, 180-181.

⁸³ Могућност поклонодавца да опозове поклон за случај смрти јавила у Јустинијановом праву и то на основу тужбе *in rem utilem* и кондикције *ex poenitentia*. В. Eisner, М. Horvat, 539.

⁸⁴ Текст из Јустинијанових Институција и превод су наведени према: Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције, 83.

законског наследног реда. Оваквом закључку доприноси и чињеница да су лица под влашћу *pater familias-a*, која нису могла да тестирају, имала право да закључе овај уговор уз његову сагласност.⁸⁵ То указује да је овај институт могао да послужи као супститут за расподелу имовине једног лица за случај смрти, онда када оно није могло да се користи завештањем.

Чак и када је чињење обичних поклона између супружника било забрањено, супружници су могли међусобно да закључују *donatio mortis causa* (што је Квинт Муције Сцевола правдао чињеницом да код ових поклона не долази до осиромашења супружника јер његова правна дејства почињу тренутком смрти), на исти начин и под истим условима на који је то чињено и између других лица.⁸⁶ Пред крај класичног периода је чак дошло до приближавања поклона између супружника и поклона за случај смрти, јер је и поклон између супружника добијао правну снагу смрћу поклонодавца.⁸⁷ Њихова допуштеност проистицала је одатле што су служили обезбеђењу издржавања супружника, па и упркос томе што су добра стечена у једној породици прелазила у породицу супружника поклонопримца, то није било супротно тадашњим моралним схватањима, јер је поклон за случај смрти могао да произведе правно дејство тек тренутком престанка брака услед смрти поклонодавца.⁸⁸ Ипак, између ове две врсте поклона остале су и две значајне разлике. Најпре, за разлику од поклона за случај смрти, поклон између супружника је могао да произведе правна дејства и ако би поклонопримац умро пре поклонодавца. Осим тога, за разлику од *donatio mortis causa*, који највероватније није могао да буде опозван без навођења посебног разлога све до посткласичног права, *donatio inter virum et uxorem* је могао увек да се опозове.⁸⁹

Излагање о поклону за случај смрти као једном од корена уговорног наслеђивања, у ширем смислу, у римском праву, треба завршити подсећањем на запажање Марковића да су “Римљани и поклон за случај смрти убрајали у стицања на основу смрти (*mortis causa capio*), тј. *стицања по основу наслеђивања*

⁸⁵ P. C. Timbal, 212.

⁸⁶ Antun Malenica, *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 163; P. C. Timbal, 212; Д. Аранђеловић, 340.

⁸⁷ A. Malenica, 174.

⁸⁸ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, 488.

⁸⁹ A. Malenica, 174.

у ширем смислу (подвукао М.С.).⁹⁰ Зато не чуди да је још крајем претпрошлог века у француској науци заузето становиште да се у римском праву у одсуству правих уговора о наслеђивању „циљ уговорног наслеђивања на изврстан начин могао постићи кроз *donatio mortis causa*“.⁹¹

1.4.4. *Donatio ante nuptias*

Donatio ante nuptias је предбрачни поклон који је супруга добијала од свог супруга или његовог *pater familias-a* у прво време развоја римског права у својину, да би се касније састојао само у мужевљевом обећању да ће у случају развода или своје смрти, пренети на супругу право својине на стварима или новцем који су објекат поклона.⁹² Овај поклон је закључиван под прећутним одложним условом да брак између супружника заиста буде закључен.⁹³ Предбрачни поклон није у себи садржао само *animus donandi*, већ и намеру да се обезбеди жена и да послужи као средство учвршћења брака ако би муж евентуално желео да се разведе.⁹⁴ Забрана уговора о поклону између супружника, која је за собом повлачила санкцију ништавости по сили закона, била је мотивисана жељом да се спречи да љубав и поштовање између супружника буде „куповано“ поклонима и да један супружник због љубави према оном другом буде материјално искоришћен. С друге стране, тежило се да се заштите имовински интереси и породица супружника да се не би догодило да „обогаћењем једног дође до истовременог осиромашења другог супружника“.⁹⁵

Изузеци од овог основног правила постојали су и у случајевима ако су поклони чињени у циљу издржавања супружника, када је поклонодавац поступао

⁹⁰ Slavko Marković, Testament, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći (ur. Svetislav Ristić), Beograd 1978, 308.

⁹¹ M. Péter, 14, фн. 2.

⁹² D. Stojčević, 90.

⁹³ Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције, 84.

⁹⁴ Д. Аранђеловић, 287. У излагању које следи видећемо да су ово мотиви и уговорног наслеђивања у Француској које настаје посредством поклона будућих ствари који се чини супружнику.

⁹⁵ Vesna Radovčić, *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983, 54-56; A. Malenica, 144-150; D. Stojčević, 280. Истини за вољу, поклони су само најзначајнији међу уговорима чије је закључење било забрањено између супружника. Забраном су били погођени сви правни послови чији је предмет подразумевао обогаћење једног на рачун осиромашења другог супружника, нпр. купопродаја, закуп и неки модалитети ортаклука. А. Malenica, 155-156; V. Radovčić, 54.

у складу са моралном дужношћу или оним што се сматрало општом пристојношћу.⁹⁶ Били су допуштени и мањи и уобичајени поклони које су једно другом чинили брачни другови, поклони ствари за личну употребу или поклони добара које су могли да уживају сви чланови домаћинства, али су били допуштени и поклони знатније вредности, ако су их супружници једно другоме чинили са циљем „да се сачува углед брачног друга и његове имовинске прилике ускладе са његовим друштвеним, односно породичним статусом.“⁹⁷

Својом првом конституцијом, цар Константин је 319. године одредио да ће у случају да брак између вереника не буде закључен доћи до повраћаја учињеног предбрачног поклона. Другом конституцијом из 336. године је предвидео да ако брак није закључен, због смрти вереника који је учинио поклон, а веридба је била потврђена тзв. веридбеним пољупцем (*osculo interveniente*), наследници вереника који је умро су могли да затраже повраћај само половине учињених поклона.⁹⁸ Потом је цар Јулијан предвидео да ће поклони учињени малолетној вереници бити пуноважни и ако су консенсуални, односно иако нису учињени у писаној форми и ако није дошло до предаје поклоњене ствари.⁹⁹ Даљи развој овог института обележила је конституција цара Теодосија из 382. године, којом је било одређено да ако се удовица поново уда, њој остаје само плодуживање на поклоњеној ствари, док је својина прелазила на децу из првог брака. Еволуција наставља да иде у правцу изједначавања *donatio ante nuptias* и *dos*. Цар Леон у источном делу царства својом конституцијом из 468. године одређује да се под иста правила имају подвести ова два правна посла, а цар Мајоран, у западном делу царства, конституцијом из 458. године, да супруга мора да да *dos* (мираз) у вредности *donatio ante nuptias* који је примила.

Од доба Јустинијана, поклон између супружника је могао да буде учињен и за време трајања брака (*donatio proper nuptias*), а његовом новелом из 539. године било је одређено да мора да буде дат у висини мираза који је муж претходно добио од жене.¹⁰⁰ Муж је међутим, задржавао државину на поклоњеним предметима, али њима није могао да располаже, а жена је зарад обезбеђења свог

⁹⁶ R. Zimmermann (1996), 488.

⁹⁷ A. Malenica, 161-162.

⁹⁸ A. Malenica, 223.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ О. Станојевић, 151; I. Puhar, 170; Д. Аранђеловић, 287.

права на поклоњеним (обећаним) стварима имала законску генералну хипотеку на мужевљевој имовини.¹⁰¹ Ако би муж умро или би брак престао разводом услед његове кривице, и мираз и (пред)брачни поклон би остајали супрузи. Заправо, према једном мишљењу, *donatio ante nuptias* је припадао деци, а супрузи је на тим добрима остајало само право плодуюживања.¹⁰² Слично томе, ако би жена умрла пре мужа, по правилу овај поклон не би прелазио на њене наследнице већ би остајао мужу на плодуюживање, али је било могуће и да супружници уговоре другачије.¹⁰³

2. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРЕДЊЕМ ВЕКУ

2.1. Увод

Још је Тацит био зачуђен што су се обичаји германских народа у материји наслеђивања толико разликовали од римских наследноправних правила да они нису познавали ни тестамент.¹⁰⁴ Све до почетка потпуније рецепције римског права у германским земљама се чак сматрало да се тестаментом штети положају наследника.¹⁰⁵ То је била последица потпуно другачије структуре породице код ових народа у односу на ону која је постојала у старом Риму, а која се заснивала на солидарности и једнакости свих њених чланова које је повезивало крвно сродство. Истина, и код Германа је постојао породични старешина који је вршио *mundium* над својим члановима, али он за разлику од римског *pater familias-a* није био власник породичних добара, већ је њима само привремено управљао у најбољем интересу свих, јер су породична добра припадала свим члановима породице заједно. Тако је и заједничка воља чланова породице опредељивала начин сукцесије имовине у случају смрти једног од њих, па отуда и објашњење

¹⁰¹ Д. Аранђеловић, 287.

¹⁰² I. Puhan, 170; Д. Аранђеловић, 287.

¹⁰³ D. Stojčević, 90; Д. Аранђеловић, 287.

¹⁰⁴ „Међутим, у свакога су наследници и следбеници властита деца, и не прави се никакво завештање. Ако нема деце, имање наслеђују најпре браћа, стричеви, ујаци“, Publije Kornelije Tacit, *Germanija – Agrikola – Razgovor o govornicima*, prevod, beleške i pogovor Darinka Nevenić-Grabovac, Beograd 1969, 13.

¹⁰⁵ Charles Lefebvre, *Cours de doctorat sur L'histoire de droit civil francais, L'ancien droit des successions – première partie*, Paris 1912, 19; С. Шаркић (1999), 172.

због чега није било места завештању, као акту индивидуалне воље, немогућем без постојања приватне својине.¹⁰⁶

С друге стране, када је међу варваре почела да продире приватна својина, право да се њоме располаже *post mortem* било је искључено, јер су ови народи веровали да смрћу једног лица не само што престају његова права на стварима, већ и његова воља у погледу тих ствари, па би по њиховим схватањима било неприродно ту вољу даље следити и поступати по њој.¹⁰⁷ Дакле, одсуство тестаментна као једностране изјаве воље којом се располаже својом имовином за случај смрти, последица је два општија правна и животна принципа под којима су живели Германи. Прво, колективистички стил живота, привређивања и својинских овлашћења и друго и можда још значајније, резервисаност према могућности, да како то каже Живојин Перић, „идеје и менталитет мртвих производе правно дејство“, односно према „признању да смрћу не престаје све што је у човеку“.¹⁰⁸ Ове чињенице, уз нужност да се на један уређен и унапред предвиђен начин временом ипак омогући припадницима колектива да својом вољом определе начин на који ће преносити своју имовину на потоње генерације, створиће код Германа не само посебне правне послове посредством којих ће остваривати ове циљеве, већ ће утицати и на њихову особену правну природу.

2.2. Уговорно наслеђивање као претеча завештајног наслеђивања

Настанак уговора о наслеђивању се по правилу везује са средњовековна германска права. При томе се превасходно мисли на франачку афатомију (*affatomia*) и лангобардски тинкс (*thinx*), који су се најпре појавили у франачком Салијском законнику, а затим и у лангобардском Ротаровом едикту и који су омогућавали пренос имовине на лица ван круга законом, односно обичајем утврђених наследника, и чија је еволуција ишла од института породичног до

¹⁰⁶ P. C. Timbal, 150; M. G. Lepointe (1936), 72.

¹⁰⁷ P. C. Timbal, 150.

¹⁰⁸ Перић Ж, *Le Mysticisme dans le Droit de succession*, *Revue Generale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, t XXXIX, Paris 1925, p. 40/44, 105-111, наведено према: Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2014, 28, фн. 32.

установа наследног права.¹⁰⁹ О тачности ове тврдње сведочи и текст Салијског законика. Поред члана 59 којим је у овој кодификацији било регулисано законско наслеђивање, члан којим се регулише институт афатомије почиње речима „при одређивању наследника (афатомији) ...“, што указује да је овај институт имао за циљ да се њиме за наследника одреди и неко друго лице ван круга законских наследника.¹¹⁰ Али, ако Франци већ нису познавали завештање, каква је онда била правна природа афатомије, као института којим се у одсуству обичаја, у пракси вољно распоређивала заоставштина?

Шаркић истиче да се поклони (углавном чињени цркви) и уговор о наслеђивању и институти из којих се развио, третирају само као прелазна историјско-правна фаза ка примени тестаментна у средњовековном германском праву.¹¹¹ Овакав став је у сагласности са развојем кроз који су претходно прошла права старог истока, грчко и римско право, али који ће касније бити уочљив и у српском средњовековном праву. Он се огледа у чињеници да је уговорно одређивање наследника, у најширем смислу речи, заиста историјски претходило именовању наследника у форми једностране изјаве воље. Међутим, да ли је то довољно да би се рекло да су корени уговора о наслеђивању у смислу у коме их познају савремена права никли баш у средњовековним германским правима, односно у установима афатомије и тинкса?

2.3. Афатомија¹¹²

2.3.1. Афатомија у Салијском законнику

Афатомија, регулисана чланом 46. Салијског законика,¹¹³ је правни посао којим је једно лице преносило за живота на друго лице своју целокупну имовину

¹⁰⁹ Лефебр (*Lefebvre*) је изричит да корене *l'institution contractuelle* (уговорног одређивања наследника у француском праву и уопште у грађанским правима настајалим по узору на Наполеонов кодекс) треба тражити у франачкој афатомији и лангобардском тинксу. С. Lefebvre, 155-156. Слично: Piero Balestra, *Del Contratto successorio di vitalizio*, Lugano 1929, 10-11.

¹¹⁰ *Салиски закон*, превели Иво Пухан и Никола Микуландра, редиговао Јаков Бумбер, Београд 1951, 71-73, 93-95.

¹¹¹ С. Шаркић (1999), 172.

¹¹² Детаљно о афатомији видети: Милош Станковић, Правна природа афатомије, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2015, 169-185.

¹¹³ Салијски законик је донет у 5. веку, при чему међу ауторима владају различита мишљења да ли се то догодило за време владавине првог франачког владара Хлодовика (Клодвига). Примењивао се углавном на територији данашње Белгије. Детаљније вид. М. Ganser, *Le droit coutumier* –

или један њен део. Свечана форма коју је подразумевала афатомија се састојала из три фазе. У првој би оставилац на народном суду, на рочишту у присуству три сведока и судије тунгина (*thunginus*) или центуриона, који би се појављивали са штитом, у једном симболичком поступку преносио добра на посредника.¹¹⁴ Форма се састојала у томе што би то лице, као да преноси својину, бацало гранчицу у крило посреднику одређујући коју имовину, у ком делу и ком лицу или лицима посредник треба даље да је пренесе. Потом је наступала друга фаза. Посредник би заснивао заједницу живота са оставиоцем у његовој кући и пред тројицом или више гостију располагао повереном имовином, а потом све то чинио и пред сведоцима. Затим би био дужан да у року од дванаест месеци¹¹⁵ пред краљевим судом или у присуству самог краља и три сведока, баца гранчицу у крило лицима која су одређена за наследнике и пренесе им имовину у сразмери коју је одредио први преносилац, односно оставилац.¹¹⁶ Ова солемнитетна форма је представљала гаранцију да ће се постићи жељени ефекти, али је обавезивала оставиоца да одмах пренесе добра у руке посредника кога је одабрао.¹¹⁷ Дакле, радило се о правном послу *inter vivos*. Ако би неко оспорио овакво располагање, задатак три сведока који су присуствовали рочишту пред тунгином или центурионом био је да потврде и понове да су видели које је лице пренело имовину на ког посредника и како је наложило да се та имовина даље расподели. Затим су следећа три сведока морала да потврде да је посредник у чије је крило бачена гранчица заиста боравио у кући лица које је располагало имовином и да је тамо сакупио троје или више гостију које је почастиио кашом и да су потом призвали сведоке, да би на крају последња три сведока дала потврду да је посредник који је примио имовину, на

Discours prononce a l'audience de rentrée du 16 octobre 1851, Gand 1852, 14-15; Andreas Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig 1886, 621 итд.

¹¹⁴ Овај посредник (са којим лице које је располагало имовином није смело да буде у сродству) ће касније бити називан именом *Salmann*, а овај формални поступак преноса имовине *festuca in laisum jacta*, M. Péter, 17. У држави Карла Великог овлашћено лице које је учествовало у овом формалном поступку се звало *missus dominicus*. E. Glasson, *Le droit de succession dans les lois Barbares*, Paris 1886, 43.

¹¹⁵ У науци се по једном схватању овај рок од дванаест месеци рачунао од тренутка смрти лица које је афатомијом располагало, а по другом, то је био рок између предузимања две свечане форме преношења имовине најпре на посредника, а онда и на наследника. M. G. Lepointe (1936), 66.

¹¹⁶ Салиски закон, 71-73.

¹¹⁷ P. C. Timbal, 153; S. Šarkić, D. Popović, 54; С. Шаркић (1999), 134.

краљевом суду или пред краљем „ту имовину јавно и пред свима бацио у крило онима који су именовани за наследнике.“¹¹⁸

Иако Салијски законик ништа не говори о томе каква је требало да буде правна природа односа између оставиоца и наследника, изгледа да су се афатомијом служили само припадници родовско-племенске аристократије и то под условом да нису имали деце.¹¹⁹ Наследник одређен афатомијом преузимао је сва права на наслеђе која би иначе припадала оставиочевом биолошком сину.¹²⁰ Таквом закључку иде у прилог и пажљива анализа свечане форме у којој се преносила својина у поступку афатомије. Иако у литератури нисмо наишли на објашњење зашто се симболички пренос права својине на наследника обављао баш бацањем гранчице у крило, чини се да је могуће учинити бар покушај да се реконструише значај оваквог чина. Како се грана надовезује на стабло, а оно на корен, тако је и њен пренос метафорички имао да означи двоструки континуитет, континуитет имовине и континуитет породице. У време када заједничка својина полако уступа место индивидуалној, приватној својини, сећање на низ предака који су допринели њеном стварању и очувању још увек је свеже. А како оставилац нема сопственог потомства, гранчица коју преноси симболизује не само да се у његовим рукама налази изданак и део породичне својине, већ и да је онај на кога се гранчица преноси, од сада такође оставиочев изданак, односно да је он након усвојења његов потомак.¹²¹ Друга фаза афатомије такође даје основ за тумачење да је у накнаду за имовину која се преносила на њега, наследник преузимао бригу о кући свог „оца усвојиоца“, односно такође симболички преузимао улогу домаћина куће тиме што би сачекао госте и послужио их кашом.¹²² Његов боравак у кући лица које је располагало имовином служио је томе да наследник демонстрира трећим лицима своје стечено право.¹²³ Посредник је постајао само фиктивни власник на пренесеним добрима. Иако је на њима имао државину, право плодуживања је остајало преносиоцу, односно будућем оставиоцу. Међутим, улога посредника је била нужна јер су Германи познавали само правне

¹¹⁸ Салиски закон, 73.

¹¹⁹ Jacques Chomilier, *Adoption: un lien pour la vie*, Marseille 2009, 17; E. Glasson, 42.

¹²⁰ Emmanuelle Santinelli, Continuité ou rupture? L'adoption dans le droit mérovingien, *Médiévales* 35/1998, 11.

¹²¹ М. Станковић (2015), 174.

¹²² *Ibid.*

¹²³ M. G. Lepointe (1936), 65.

послове међу живима, односно били су им непознати модалитети (нпр. рок) којима би њихова правна дејства модификовали и везали за тренутак смрти.¹²⁴

Облик афатомије, предвиђен Салијским закоником, представљао је изгледа крај њеног еволутивног пута, јер су се устаљивањем својинских права на непокретностима и слабљењем колективистичког духа изгубила и првобитно постојећа потреба учешћа и сагласности шире заједнице у њеном предузимању, па је за њену пуноважност постало довољно да буде закључена *ante regem*. Још један доказ слабљења формализма је био и тај што афатомија није морала нужно да представља основ којим се располагало целом имовином, већ се временом могло располагати и само једним њеним делом.¹²⁵

2.3.2. Афатомија у Рипуарском законнику

Афатомија је у члановима 48. и 49. Рипуарског законика била регулисана много еластичније него у Салијском законнику. Изгледа да под утицајем римског права њена форма није била тако компликована као она коју су примењивали Салијски Франци. Она се састојала у томе што је лице (мушкарац или жена), које није имало ни мушког ни женског потомства, имало право да у присуству краља и сведока, без учешћа посредника, усвоји неко друго лице из веома широког круга потенцијалних усвојеника (родитеља, супружника, било које треће лице) и преда му добра у писаној форми или у форми *per traditionem*. Ипак, чињеница да се примењивала само ако будући оставилац који је предузимао афатомију није имао биолошко потомство, значила је да се афатомија раскидала (као и усвојење, код Лангобарда) ако би након њеног предузимања будући оставилац добио сина.¹²⁶ Било је случајева и када је афатомија предузимана и да би се од трећих лица сачувао и обезбедио положај лица које је већ било усвојено и у чију корист се већ доброчином располагало.¹²⁷ Оставилац је све до своје смрти на добрима која су била обухваћена афатомијом задржавао право плодуживања, а наследник је на њима стицао сва своја права тек тренутком оставиочеве смрти. То значи да је он

¹²⁴ Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, *Les successions agnatiques mitigées*, Paris 1935, 69-70.

¹²⁵ P. Balestra, 13-14.

¹²⁶ E. Santinelli, 12; C. Lefebvre, 156; F. Peltier, G. H. Bousquet, 70-71.

¹²⁷ C. Lefebvre, 156.

све до смрти оставиоца био само презумптивни наследник, који није уживао ништа више до наследну наду.¹²⁸

По мишљењу неких аутора, уговор о афатомији су између себе могли да закључе и супружници, одређујући једно друго за реципрочне наследнике.¹²⁹ Међутим, надживели супружник је на овај начин могао да стекне само доживотно плодуживање на заоставштини умрлог брачног друга, која је након његове смрти припадала законским наследницима супружника који је умро пре њега (изузетак су представљале одредбе Баварског законика према којима је удовица наслеђивала заоставштину свог супруга у својину, али под условом да касније не закључи нови брак).¹³⁰ Ова правила, иначе редовна међу супружницима, могла су у форми афатомије да предвиде и друга лица, односно да једно друго одреде за наследнике, али би тада били дужни да унесу и једну формалну одредбу којом би право надживелог лица ограничили само на плодуживање.¹³¹

2.3.3. Правна природа афатомије

О томе каква је била правна природа афатомије у науци се искристалисало неколико схватања.

Према првом гледишту, афатомија је имала уговорну правну природу, при чему су се мишљења у оквиру овог правца разликовала према томе ком уговору је афатомија била најсличнија. Једна група аутора сматрала је да је овај правни посао старих Франака најсличнији поклону. По мишљењу Тимбала (*Timbal*) начин на који је једно лице, путем афатомије, одређивало наследнике састојао се у томе што је оставилац фиктивно усвајао једно лице у које је имао поверење, а које је као посредник требало да ту имовину касније пренесе на трећа лица која би оставилац одредио. Он је, истиче овај аутор, заправо чинио поклон задржавајући за себе право плодуживања на поклоњеном добру.¹³² Слично њему, Антић у афатомији види једну врсту поклона за случај смрти, код кога је располагање неопозиво, сматрајући да је оставилац који је имао потомке, посредством

¹²⁸ M. G. Lepointe (1936), 66.

¹²⁹ E. Glasson, 44; M. G. Lepointe (1936), 67.

¹³⁰ E. Glasson, 44, фн. 3; M. Péter, 19.

¹³¹ E. Glasson, 44.

¹³² P. C. Timbal, 152.

афатомије, могао само да измени висину њихових наследних делова, али не и да одреди друге наследнике уместо њих.¹³³ Друга група аутора, попут Ешбаха (*Eschbach*) и Бонеа (*Bonnet*) ју је дефинисала као двострани правни посао и корен модерног уговора о наслеђивању.¹³⁴ Петер (*Péter*) такође аргументује у прилог тог схватања, наводећи као битну особину афатомије и код салијских и код рипуарских Франака њену неопозивост, али и правна дејства по којима се она веома приближавала уговорном одређивању наследника, што су елементи правне природе и других сродних установа код германских народа тог времена.¹³⁵ Бастаић и Кризман су је определили као институт који је у себи садржао елементе уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, односно према њиховом мишљењу реч је о „својеврсном уговору према којем је оставитељ за живота своју имовину преносио на одабраног насљедника, који је примао обвезу да уздржава оставитеља.“¹³⁶ Обавеза посредника да у оставиочевој кући госте послужи кашом и тако симболички да до знања да ће се он надаље старати о њему, заиста иде у прилог оваквог схватања. Најзад, Халбик (*Hallebeek*) је афатомију подвео под уговоре у корист трећег лица, где се целокупна имовина једног лица преносила на посредника, који је попут трастија био обавезан да је пренесе на треће лице, односно на корисника, у складу са жељом „поклонодавца“.¹³⁷

Према другом схватању, афатомија је представљала једну врсту усвојења. Лефебр (*Lefebvre*) ју је окарактерисао као „мешавину усвојења и тестаментарног даривања“, односно специфичан институт, изникао из германске традиције, којим су Германи који нису имали мушког потомства, мењали два римска института: усвојење и тестамент.¹³⁸ Овакво резонување старијих аутора, међу које су се сврстали и Лоријер (*Laurière*) или Мерлин (*Merlin*), Петер (*Péter*) је покушао да објасни чињеницом да су се олако повели за синтагмом *adoptare in haereditatem*

¹³³ О. В. Antić (1983), 42. Као поклон за случај смрти на целој заоставштини афатомију дефинишу и Пелтије и Буске. Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, 72.

¹³⁴ M. Péter, 18.

¹³⁵ M. Péter, 18-19.

¹³⁶ Konstantin Bastaić, Bogdan Krizman, *Opća historija države i prava I – pregled razvitka*, Zagreb 1977, 90. Пример уговора у коме један старији човек усваја младића и одмах преноси на њега своја добра под условом да га овај издржава до краја живота (*traditio respectuali*) наводи се и у литератури на француском језику. F. Peltier, G. H. Bousquet, 72-73.

¹³⁷ Jan Hallebeek, Contracts for a third-party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present-day civil law, *Fundamina: A Journal of Legal History* 13/2007, 14.

¹³⁸ C. Lefebvre, 156.

којом је у Рипуарском законуку била описивана ова установа.¹³⁹ Међутим, ово гледиште није напуштено ни у савременој науци. Аутори као што су Сантинели (*Santinelli*), Лет (*Lett*), Шомилије (*Chomilier*) или Аврамовић, такође истичу да афатомија подсећа на тестаментарну адопцију римског права. Истина, полазећи од ове почетне премисе поменути аутори се разликују, јер Сантинели истовремено наводи да је реч о уговорном одређивању наследника, Лет да је реч о правном послу међу живима који је омогућавао једном лицу да на друго пренесе целокупну своју имовину или неки њен део, док Шомилије опредељује њену правну природу као „неопозиви тестамент“.¹⁴⁰ Ипак, Шомилије и поред тога не одустаје од идеје да се код афатомије преваходно ради о усвојењу. Усвојилац је, наводи овај аутор, неопозиво преносио одређена добра под власт усвојеника који је требало да га наследи, при чему је оставилац (поклонодавац) задржавао на тим добрима право доживотног плодуживања, док је наследник (поклонопримац) стицао право да њима располаже тек тренутком оставиочеве (поклонодавчеве) смрти.¹⁴¹ Гест бацања гранчице у крило лица на које се имовина преносила код Салијских Франака, али и облик афатомије Рипуарских Франака, заиста дају основ за овакво тумачење.

О афатомији код Франака су остала забележена и два примера из далеке историје. Они, са једне стране, сведоче да је она примењивана ако не искључиво, а оно углавном између припадника племства, а са друге стране, даје за право оним научницима који сматрају да се ова германска установа понајпре може изједначити са усвојењем. Краљ Гонтран је имао само ћерку, па је усвојио свог нећака Шилдеберта да би га поставио за свог наследника, предајући му симоблично том приликом копље. Цела ова *adoptio in hereditatem* била је учињена у облику једног свечаног јавног акта, а иако је краљ Гонтран након тога имао неколико сукоба са Шилдебертом и његовом мајком Бринотом, никада није ни помислио да је опозове.¹⁴² У другом случају, Теодорик, краљ Острогота, је на исти начин и уз исте формалности одредио за свог наследника краља Одоакара.¹⁴³

¹³⁹ M. Péter, 17.

¹⁴⁰ Didier Lett, Droits et pratiques de l'adoption au moyen âge, *Médiévales* 35/1998, 6; E. Santinelli, 10; J. Chomilier, 30; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207.

¹⁴¹ J. Chomilier, 30.

¹⁴² С. Lefebvre, 156, фн. 1.

¹⁴³ E. Glasson, 42.

Ако се пажљивије анализирају схватања о правној природи афатомије која смо предочили, може да се извуче закључак да један број аутора покушава да објасни овај институт франачког права комбинујући различите правне институте који су нама данас познати. Тако на пример Тимбал и Шомилије имају „гранична схватања“, јер и један и други у афатомији виде и елементе доброчиног уговора (поклона) и елементе усвојења, са том разликом што први аутор даје приоритет уговору о поклону, као доминантнијем елементу у одређивању наследноправне сукцесије код Германа, док други сматра значајнијим адопцију.

Према трећем схватању, афатомија подсећа на римски тестамент *mancipatio familiae*. На први поглед, то би можда могло да се објасни чињеницом да су Франци на освојеним територијама затекли Римљане и романизоване Гале, који су у односу на њих имали далеко већи степен културне и правничке еманципације и којима је био стран родовско-племенски начин живота Франака, те је убрзо дошло до „процеса романизације варвара и варваризације романског становништва“.¹⁴⁴ У том смислу се у правној књижевности наилази на мишљење да су Германи, којима је испрва био непознат тестамент, тек под правним, политичким и културним утицајем Римљана почели да усвајају принцип да је могуће својом слободном и једностраном изјавом воље располагати имовином за случај смрти.¹⁴⁵ И заиста, упркос чињеници да је од свих варварских законика римско право најслабији утицај остварило управо на Салијски законик, сличност афатомије са завештањем *mancipatio familiae* је више него очигледна.¹⁴⁶ Она чак иде дотле да ни *familiae emptor* ни посредник код афатомије, нису смели да буду лица са којима је оставилац у сродству.¹⁴⁷ С друге стране, видели смо да су многи аутори определили тестамент *mancipatio familiae* и завештање *per aes et libram* као двостране правне послове *inter vivos*, па и као корене уговорног наслеђивања из кога је настала слобода завештања.

Ипак, непобитна је чињеница да су тестамент *mancipatio familiae* и тестамент *per aes et libram* почели да излазе из употребе у Риму још почетком

¹⁴⁴ Љубица Кандић, Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1969, 53.

¹⁴⁵ P. Balestra, 11.

¹⁴⁶ O.F. Robinson, T.D. Fergus, W.M. Gordon, *An introduction to European legal history*, Glasgow 1985, 12; С. Аврамовић, В. Станимировић, 203-204; S. Šarkić, D. Popović, 52; M. Ganser, 13.

¹⁴⁷ М. Милошевић, 418, фн. 158; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207; S. Šarkić, D. Popović, 54; С. Шаркић (1999), 134.

трећег века, те да је мало вероватно да је романско и романизовано становништво пренело елементе њихове форме на Франке пет векова касније. Како онда објаснити оволику сличност између правних послова за случај смрти којима су се служили и Римљани и Германи на почетку своје правне еманципације?¹⁴⁸ Она наводи на закључак да је у многим друштвима формално двострано располагање *mortis causa* претходило једностраном. Такво објашњење суштински даје и Вајс када упоређујући различите старе кодексе и институте у њима каже да је „очевидно да каткада имамо упадљиве сличности и тамо, где су узајамни утицаји скоро невероватни или потпуно искључени. У таквим случајевима је једини могући одговор онај о сличностима друштвених услова. Када познати текстови коначно буду очишћени од интерполација, фалсификата и анахронизама, сличности ће бити још убедљивије и разумљивије.“¹⁴⁹ „... Различити правни инструменти су проширивали обим слободе уговарања утирући пут настанка нове установе – слободе тестирања. Правни системи древних цивилизација нису никада дошли до тога да једно лице, својом сопственом вољом, може себи одредити наследника.“¹⁵⁰

Међутим, чини се да је на основу претходно изнетих констатација нужно поставити још једно питање: ако се афатомији од стране великог броја аутора даје уговорна правна природа, а истовремено је очигледна њена сличност са римским тестаментом *mancipatio familiae*, да ли се поменути облик завештања римског права, а не афатомија може сматрати истинским кореном уговора о наслеђивању? Поједини француски аутори негативан одговор на постављено питање образлажу на следећи начин. Прво, полазећи од тога да германска права нису познавала тестамент, они су правне послове старих Германа, којима су они уређивали правну судбину своје заоставштине, сматрали неопозивим правним пословима међу живима, чак и ако нису имали за последицу пренос ствари са онога ко је њима располагао у корист неког другог лица тренутком закључења уговора.¹⁵¹ Из

¹⁴⁸ Adrian Schmidt-Recla, *Mancipatio familiae und Affatomie, Überlegungen zu Parallelentwicklungen im römischen und fränkischen Recht und zu Rezeptionsbedingungen im Frühmittelalter*, Leges - Gentes - Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schriftkultur, Mainz 2006, 461-486.

¹⁴⁹ Алберт Вајс, Неке карактеристике старих кодекса, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/1969, 151.

¹⁵⁰ О. В. Antić (1983), 33.

¹⁵¹ P. C. Timbal, 153; C. Lefebvre, 156; M. G. Lepointe (1936), 66.

тога су извели закључак да афатомију од римског завештања суштински разликују две особине: прво, то што је производила правна дејства и пре делације и друго, што је за разлику од тестаментна била неопозива.¹⁵² Међутим, ако ове критеријуме доведемо у везу са манципационим тестаментом који јесте био правни посао *inter vivos*, видећемо да се разлика у великој мери смањује. Она се исцрпљује у могућности да завешталац и *familiae emptor* закључе нови правни посао у форми манципације, којим би *familiae emptor*, који је на основу тестаментна *mancipatio familiae* постао фидуцијарни власник, врати оставиоцу добра над којима је стекао право својине.

Најзад, како је то обично случај, палета различитих теорија којима се објашњава правна природа једног института не би била потпуна без једне компромисне, „мешовите“ теорије. Тако су Хас (*Hasse*) и Беслер (*Besseler*) сматрали да афатомија ни у ком случају не може да буде квалификована као уговор, јер су предузимане формалности део франачке традиције, али да не може да буде ни тестамент, јер германски народи нису познавали овај правни посао. Из тог разлога је по њиховом мишљењу афатомија институт *sui generis*, ни тестамент, ни уговор о наслеђивању.¹⁵³

2.4. Тинкс

Иако се афатомија по правилу везује искључиво за франачко право, и у лангобардском праву је и по форми и по суштини постојао један веома сличан институт. Он се састојао у *andegawere* или у *rigavere*, односно у свечаној форми која је подразумевала уручење наследства уговорном наследнику у најбуквалнијем смислу речи, односно предају имовине њему у руке, коју је он примао у присуству судије и сведока.¹⁵⁴ У познијим фазама развоја овог института, оставилац који није имао сина је пред наоружаним сународницима преносио копље као симбол власништва над целокупном својом имовином на неко друго лице, примајући истовремено као противнакнаду поклон, што је

¹⁵² E. Santinelli, 11; C. Lefebvre, 19, фн. 1.

¹⁵³ M. Péter, 18.

¹⁵⁴ E. Glasson, 43.

символички представљало усвајање наследника. Овај добротини правни посао лангобардског права назива се још и *thinx*.¹⁵⁵

Еволутивни пут афатомије и тинкса је сличан. Тинкс (*Thinx* или *Gaurethinx*, *Garathinx*) лангобардског права је, према једном схватању, представљао поклон који је чињен у свечаној форми пред јавним органом. Розијер (*Rozière*), који користи и појам *gairethinx*, анализујући етимолошко порекло назива овог правног института покушава да објасни и његов циљ. Он истиче да је овај појам настао од две старе германске речи – *warend* (*werian*), кроз коју је оличена идеја заштите, гарантовања нечега, и речи *thing* (*thinx*), која се користила да означи поклон. То значи да *garethinx* „изражава идеју заштите, гаранције, праћене чином поклона“.¹⁵⁶ У том смислу је у члановима 172. и 174. Ротаровог едикта било предвиђено да сваки поклон треба да буде учињен у форми предвиђеној за *gairethinx*, дакле пред носиоцем јавних овлашћења и у присуству сведока, при чему је поклонодавац предавао поклонопримцу исправу у којој су била наведена добра којима је бестеретно располагао у његову корист. Поклонопримац је стицао поклоњена добра тек тренутком поклонодавчеве смрти. Без извршења ове солемнитетне форме, поклон је био ништав.¹⁵⁷

Интересантно је да се према појединим изворима појам *gairethinx* користио да означи само форму у којој је поклон чињен, док се према неким другим, овај појам користио и за сам поклон. Разлог томе је што се поменута форма у почетку и користила само за поклоне, а потом је стидљиво почела да се примењује и приликом закључења других уговора, да би на крају прерасла у јавну форму, коришћену приликом проглашавања закона на народним зборовима Лангобарда.¹⁵⁸ Јавност и учешће народа у овом чину су остатак колективизма и неопходног одобрења заједнице да једно лице себи одреди сукцесора за случај смрти изван унапред одређеног круга наследника, али су захтеви форме временом

¹⁵⁵ С. Аврамовић, В. Станимировић, 207; А. Heusler, 621.

¹⁵⁶ Eugène de Rozière, *Mémoires sur l'histoire du droit des Lombards*, Paris 1864, 12.

¹⁵⁷ E. De Rozière, 12-13; F. Peltier, G. H. Bousquet, 23.

¹⁵⁸ E. De Rozière, 13-14, 16. И сам Ротаров едикт, настао на темељима старих обичаја и закона који су се усменим путем преносили са колена на колена, а забележен од стране јавног бележника Ансоалда, проглашен је је у свечаној процедури *gairethinx*. Она се састојала у томе што би окушљена лангобардска војска ударала копљима у своје штитове у знак одобравања, односно сагласности са донетим актом. Walter Pohl, Memory, identity and power in Lombard Italy, *The uses of the past in the early middle ages* (eds. Yitzhak Hen, Matthew Innes), Cambridge University Press, 2000, 12-13.

ублажавани, да би на крају за пуноважност тинкса било потребно присуство само малог броја слободних људи.¹⁵⁹

И на овом месту је видљива сличност не само са развојем афатомије, већ и са еволуцијом римског наследног права, од римског тестаментa *calatis comitiis* до тестаментa *mancipatio familiae*, односно тестаментa *per aes et libram*, у смислу да се једна свечана форма за пренос права својине овде користила као „одора“ у којој се мењао установљени ред наслеђивања и сагласношћу воља производиле одређене правне последице за случај смрти. Оне су се састојале у томе што је лице на које је својина преношена имало правни положај универзалног сукцесора, па је као такво и одговарало за дугове оставиоца.¹⁶⁰ У сваком случају, нема сумње да је ова форма имала за циљ да потврди да је уговор закључен и да касније осигура његово извршење, јер су код варвара, као и пре тога код Римљана, тек њен свечани карактер, симболи, гестови, предаја објекта уговора или његовог дела, сакралне речи и обећања дата боговима, представљали крунски доказ да је сагласност воља заиста постигнута и да на извештан начин, за дејства уговора гарантују и божанства којима су уговорници користећи свечану форму дали реч.¹⁶¹ Имајући све наведено на уму, може се закључити да је тинкс по овом схватању двострани правни посао, врста поклона за случај смрти, који су Лангобарди примењивали да би у одсуству завештања распоредили имовину *mortis causa*.¹⁶²

Булије (*Boullier*) тинкс дефинише као “симуловану купопродају“, за чију пуноважност је био услов да се поклонопримац (наследник) обавезе да као противпрестацију, у циљу размене, пренесе на поклонодавца (оставиоца) неки предмет мање вредности, нпр. пар рукавица, златни прстен или мач. Ова свечана форма се звала *launegild* или *launichild* и подразумевала је ренумерациони поклон, односно дужност да поклонопримац обавезно учини узвратни поклон

¹⁵⁹ P. Balestra, 13.

¹⁶⁰ P. Balestra, 12.

¹⁶¹ E. De Rozière, 13-15.

¹⁶² Auguste Boullier, *Essai sur l'histoire de la civilization en Italie, tome deuxième, première partie – les Barbares, L' Italie sous la domination des Longobards*, Paris 1861, 46. Тинкс као мешавину поклона за случај смрти и уговора о наслеђивању дефинише и Антић. О. В. Антић (1983), 42.

поклонодавцу, без кога би поклон могао да буде опозван.¹⁶³ Поједини аутори тако у погледу правне природе изједначавају тинкс са франачком афатомијом, наводећи да је у одсуству завештања, овај правни посао међу живима имао за циљ да омогући једном лицу да располаже у корист другог лица целином или делом своје имовине.¹⁶⁴

Дакле, овим правним послом се могло располагати целином или само делом имовине. Да је *thinx* могао да представља основ и за универзалну и за сингуларну сукцесију, сведочи и дужност предаје исправе (*garathinx*) поклонопримцу, у којој су била тачно навођена добра која су му била поклањана, а у ком случају је тинкс производио правна дејства тренутком закључења. Када је представљао основ за универзалну сукцесију, која је производила правна дејства тренутком смрти, онда је био праћен изјавом *lidolaip* (чл. 173. Ротаровог едикта).¹⁶⁵ Лице које би учинило овакав поклон, који је обухватао пренос целокупне имовине на поклонопримца, чинило је то неопозиво (што је такође карактеристика афатомије, односно уговорног наслеђивања), али је задржавало до краја свог живота плодуживање на поклоњеним добрима, истина, губећи право да их прода или да на други начин њима располаже, да не би оштетило будућег наследника.

Ипак, од овог основног правила постојала су три изузетка. Први је представљао случај када би оставилац запао у беду. Међутим, изгледа да је будући оставилац чак и у случају велике нужде у којој би се нашао, добрима која су била предмет овог правног посла могао да располаже, тј. да их прода тек пошто би их претходно понудио уговорном наследнику, тј. лицу које је тинксом одредио за наследника (чл. 173 Ротаровог едикта).¹⁶⁶ Други изузетак је постојао у случајевима када би потенцијални наследник одбио да оставиоцу пружи помоћ или би предузео другу радњу због које би могао да буде искључен из наслеђа, што

¹⁶³ A. Boullier, 46; О вредности *launegild* у односу на основни поклон видети: Chris Wickham, Compulsory gift exchange in Lombard Italy, 650-1150, *The Languages of Gift in the Early Middle Ages* (eds. Wendy Davies, Paul Fouracre), Cambridge University Press 2010, 194 и даље.

¹⁶⁴ D. Lett, 6.

¹⁶⁵ A. Boullier, 47; F. Peltier, G. H. Bousquet, 23-24.

¹⁶⁶ C. Lefebvre, 156; P. Balestra, 11-12; E. Glasson, 43. Према једном другом схватању, оставилац је у случају нужде наследнику могао да понуди право избора: или да му одмах пренесе уговорена добра уз обавезу да га овај до краја живота издржава или да му наследник допусти да располаже добрима по својој вољи. F. Peltier, G. H. Bousquet, 25.

је оставиоцу давало право да опозове уговорене користи за наследника.¹⁶⁷ Трећи изузетак је наступао ако би оставилац након располагања имовином добио било мушко, било женско потомство. У том случају, он је имао право да поврати сва своја овлашћења на имовини која је била предмет тинкса, односно тинкс не би производио правно дејство – у потпуности или делимично, зависно од тога да ли је рођено дете било брачно или ванбрачно.¹⁶⁸ Ако ништа од тога не би био случај, поклонопримац је дефинитивно постајао наследник и улазио у посед заоставштине тренутком поклонодавчеве смрти, постајући од тог тренутка одговоран и за све његове дугове.¹⁶⁹ Али, све до смрти оставиоца, ни његов усвојени син (наследник) није могао да располаже добрима која су пренешена на њега, јер је тренутак делације моменат када је он на њима стицао право својине.

Имајући све наведено у виду, може да се закључи да је и тинкс попут афатомије подразумевао и неку врсту усвојења, јер је наследник стицао статус поклонодавчевог сина. Ипак, треба рећи да је *thinx* био пуноважан само ако Лангобард не би имао ни мушко потомство, ни оца и под условом да је предузет јавно у присуству слободних људи. Сачувани извори из 8. и 9. века сведоче да се тинксом најчешће располагало у корист цркава и манастира.¹⁷⁰ Према неким ауторима, еволуција и тинкса и афатомије је у складу са новим потребама и обичајима довела до њиховог стапања у *donatio mortis causa*.¹⁷¹

2.5. Morgengabe

Лангобарди су имали још један специфичан правни институт, тзв. „јутарњи поклон“ (*Morgengabe* или *Morgincup*) који је супруга добијала од мужа након прве брачне ноћи и који је закључиван у писаној форми, али који није био обавезан, већ факултативан. Његовим чињењем је муж потврђивао да је наступила свеукупност брачних односа и да се одриче права да отера жену, јер је она са собом донела „невиност у мираз“.¹⁷² Овај институт је био и замена за удовички

¹⁶⁷ E. Glasson, 43.

¹⁶⁸ A. Boullier, 47; M. Péter, 20; P. C. Timbal, 153; O. B. Antić (1983), 42.

¹⁶⁹ E. Glasson, 43-44.

¹⁷⁰ M. Péter, 20; C. Wickham, 201, 211.

¹⁷¹ P. Balestra, 14.

¹⁷² V. Stanimirović (2006), 110.

ужитак који би припао удовици након мужевљеве смрти, а који су познавали неки германски народи, али не и Лангобарди.¹⁷³ *Morgengabe* је износио једну четвртину мужевљеве имовине, што је иначе била вредност која би припала жени у случају његове смрти.¹⁷⁴ Могао се састојати и из покретних и из непокретних ствари, а његов лични карактер је узроковао да се он по жениној смрти враћао мужу, док би у случају да жена надживи мужа, поклоњена добра њој припала на доживотно плодуюживање све до смрти, да би потом припала њеној деци.¹⁷⁵ Еволуција овог института је ишла ка томе да се он временом изједначио са брачним поклоном који је будући муж најпре давао жениним родитељима, а потом самој супрузи.¹⁷⁶ Према Саксонском огледалу, *Morgengabe* се састојао у преносу тачно одређених покретних ствари или новчаног износа на супругу, за шта, за разлику од поклона за случај смрти, такође регулисаног овим кодексом, није била потребна сагласност осталих наследника.¹⁷⁷ И на овом месту, види се сличност са вавилонским институтом нудуну, односно уочава се да је брачни поклон имао и својеврсна дејства и за случај смрти супружника.

2.6. Уговорно наслеђивање у шеријатском праву

Иако у шеријатском праву уговор о наслеђивању не представља основ позивања на наслеђивање, потребно је указати на правну природу исламског тестаментa (*vassijet*). Разлог томе је што се у шеријатском праву тестамент не сматра увек као једностранни, већ некада и као двострани правни посао – уговор.¹⁷⁸ То зависи од тога да ли се завештањем једно добро некоме оставља у својину или на плодуюживање, или се, са друге стране, тестаментом једном лицу дају овлашћења над неким лицем или стварима. У другом случају, шеријатски правници тестамент карактеришу као двострани правни посао, тј. уговор.

¹⁷³ А. Boullier, 38-39.

¹⁷⁴ С. Аврамовић, В. Станимировић, 206; О. F. Robinson, Т. D. Fergus, W. M. Gordon, 20.

¹⁷⁵ V. Stanimirović (2006), 110-111. По мишљењу неких аутора, жена је имала право потпуног и неограниченог располагања јутарњим даром. А. Boullier, 39.

¹⁷⁶ V. Stanimirović (2006), 110.

¹⁷⁷ М. Péter, 24.

¹⁷⁸ Силајџић уједно истиче да је тестамент као правни посао настао из поклона за случај смрти. Алија Силајџић, *Testamenat u šeriatskom pravu*, Сарајево 1941, 73-74. Reuven Yaron, *Gifith in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960, нуди примере сличних правних послова у јеврејском праву.

Међутим, ако би се тестаментом једно лице одређивало за власника или плодуживаоца ствари, његова правна природа би зависила од тога да ли је бенефицијар одређен у завештању. Ако би наследник (или легатар) био одређен, сматра се да је неопходан и његов пристанак (али не одмах након сачињавања тестаamenta, већ после тестаторове смрти, јер је реч о правном послу *mortis causa*), па се и завештање квалификује као уговор, а ако корисник не би био одређен, онда се завештање не опредељује као уговор, већ као једностранни правни посао.¹⁷⁹ Као што се види, овакав пристанак је у случају да је наследник одређен неопходан за пуноважност тестаamenta, док ће у случају да наследник није одређен (нпр. располагање у корисне сврхе), завештање бити пуноважно и без такве сагласности.¹⁸⁰ Правна природа тестаamenta је дакле, у шеријатском праву сасвим специфична, јер се овај правни посао осим у изузетним случајевима, сматра пуноважним тек „кад се о његовом пријему изјасни лице у чију корист се прави“, тј. „за његову пуноважност шеријатски правници траже сагласност обију странака, како тестатора тако и легатара“, односно узима се да је „тестамент уговор попут осталих имовинских уговора.“¹⁸¹ Васијетом је завешталац могао да располаже највише са 1/3 своје имовине, али не тако што би на том делу одредио универзалног сукцесора, већ тако што би је расподељивало кроз испоруке.

2.7. Од поклона за случај смрти до уговора о наслеђивању

Поклон за случај смрти је још на старом Истоку и у античким правима често служио да се њиме измени обичајима или законом утврђени редослед наслеђивања или величина наследног дела. То наравно не значи да се он у потпуности може изједначити са уговором о наслеђивању, јер између ова два института постоје значајне разлике. Прво, поклонопримац за разлику од уговорног наследника не одговара за дугове оставиоца (поклонодавца) и друго, док је предмет поклона за случај смрти тачно одређен, то није случај са уговором о наслеђивању, јер он зависи од састава заоставштине у тренутку декујусове

¹⁷⁹ A. Silajdžić, 74, 83.

¹⁸⁰ A. Silajdžić, 83, 125.

¹⁸¹ A. Silajdžić, 126.

смрти.¹⁸² Управо ће развој ка одговорности поклонопримца за дугове поклонодавца, неопозивост поклона за случај смрти и даровање целокупне имовине (и покретних и непокретних ствари), довести крајем 15. и почетком 16. века до првих уговора о наслеђивању, иако се они не могу изједначавати са онима који ће касније бити регулисани великим кодификацијама грађанског права.¹⁸³ Ипак, нема дилеме да је у неким раним средњовековним кодексима, *donatio mortis causa* уз све наведене особине, имао и значајну улогу у измени унапред утврђеног наследног реда.

Према Саксонском огледалу из 1230. године, услов за пуноважност *donatio mortis causa* је било његово закључење пред судом, при чему су добра, која су била предмет овог уговора, могла да буду осигурана заједничким обећањем које се називало *gelobt*, или се од њих могло одустати такође путем уговора, што се називало *verlobt*. Поклонодавац који би за случај смрти желео да поклони непокретност неком трећем лицу, ван утврђеног круга наследника, не само што је морао да изврши тај пренос пред судом, већ су и лица која су била одређена за поклонопримце морала пред судом да дају своју сагласност.¹⁸⁴ Швапско огледало из 1275. године нормирало је институт *Vergabungen*. Овај институт је подразумевао поклон непокретности, чије је правно дејство наступало за време поклонодавчевог живота, па он непокретношћу више није могао да располаже. Иако није био неопозив, нити се њиме преносила заоставштина тренутком поклонодавчеве смрти, Петер не доводи у питање наследноправне ефекте који су се овим институтом постизали, тим пре што је и поклонопримац могао да буде лишен поклоњених му добара из истих разлога из којих је оставиочев син могао да буде искључен из наследства.¹⁸⁵ Међутим, у случају да је овај поклон имао за предмет предају покретних ствари, правна дејства поклона су наступала тек тренутком поклонодавчеве смрти, што је значило да је поклонодавац објектом уговора могао несметано да располаже.¹⁸⁶ Значај овог института је у томе што се

¹⁸² М. Péter, 23-24.

¹⁸³ Видети Статут Вормса из 1498. године и Франкфуртску Реформацију из 1509, М. Péter, 25. Распрострањивањем хришћанства, изгубио се пагански обичај о сахрањивању личних ствари заједно са умрлим, већ су вредније ствари поклањане црквама за покој душе и молитву за покојника. Р. Balestra, 14.

¹⁸⁴ М. Péter, 22.

¹⁸⁵ М. Péter, 22-23.

¹⁸⁶ М. Péter, 27.

Vergabungen у делу историјске науке сматра институтом из кога ће се постепено развити уговор о наслеђивању у немачком праву, постајући од средине 18. века саставни део различитих кодификација, као што су Саксонски законик (1746), Баварски законик (1756) и Пруски Ландрехт (1794).¹⁸⁷

Поклон за случај смрти је био распрострањен и у старом француском праву, нарочито у областима где је на снази било писано право, јер је лицима неспособним за тестирање служио као начин располагања имовином за случај смрти. Иако у мањој мери, овај институт је био познат и у деловима Француске где је у примени било обичајно право, где су правила за њихово сачињавање подвођена под правила за састављање тестамената.¹⁸⁸ Међутим, након доношења ордонанса из 1731. године, даље закључивање поклона за случај смрти ће бити забрањено, а располагања заоставштином ће остати могућа у форми завештања или уговорног одређивања наследника.¹⁸⁹

Истраживања показују да је на територији данашње Француске, на оном њеном делу где је важило обичајно право, уговорно наслеђивање постојало још између 10. и 13. века и то у два облика.¹⁹⁰ Први је био у форми брачног уговора у корист будућих супружника и њихове деце рођене у браку. Ове уговоре би по правилу закључивале две различите породице у циљу међусобног “сједињавања у нову породицу”, у корист брачника који долазе из сваке од њих, а ради оснаживања закљученог брака. Тако су поједине племићке породице, зарад очувања неподељености својих поседа, почеле да формирају сопствена наследноправна правила кроз закључење више уговора о наслеђивању, одређујући реципрочно наслеђивање или остављајући велике земљишне поседе једни другима, у случају када више не би било припадника неке од тих породица.¹⁹¹ Како брачни уговор није било могуће мењати, тако је и овакво именовање наследника било неопозиво.¹⁹² Други употребљавани облик уговора о наслеђивању се састојао у томе што би се установљавало једно право на целини

¹⁸⁷ M. Péter, 37.

¹⁸⁸ P. C. Timbal, 215.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ О развоју уговорног наслеђивања у Француској видети детаљније: Miloš Stanković, *Ugovorno nasleđivanje u francuskom pravu, Uvod u pravo Francuske, urednici: Oliver Nikolić, Vladan Petrov*, Beograd 2013, 336-339.

¹⁹¹ G. Lepointe (1958), 469-470; M. Péter, 29-30.

¹⁹² G. Lepointe (1958), 305-309, 471; P. C. Timbal, 218.

заоставштине у корист неког корисника, најчешће манастира, али тако да корисник право дефинитивно стекне тек тренутком смрти уговорног оставиоца. У циљу обезбеђења јавности и осигурања предузетог правног посла, лица која су располагала добрима су остављала неки предмет, најчешће унцу злата. Овом врстом уговорног наслеђивања су се често користили супружници, чинећи заједнички поклон, али је то онда подразумевало или да немају наследника, или да су се њихови наследници одрекли наслеђа. То би, како наводи Л'пуант (*Lepointe*), нпр. било у случају ако би се син, који се претходно одрекао наслеђа, замонашио у манастиру који је одређен за наследника.¹⁹³ Међутим, поклонодавци су могли да задрже могућност да оваквом уговору одузму правна дејства или их бар значајно ограниче, тако што би њиме предвидели као ограничавајући услов накнадно рођење детета, те је управо ово случај у коме се уговорно наслеђивање приближавало афатомији по Рипуарском законуку.¹⁹⁴

Поставља се питање како је дошло до тога да уговори о наслеђивању пређу пут од начелне забране у римском праву до допуштености у средњем веку? Вајмар (*Weimar*) то објашњава дуалитетом између две супротстављене тежње, од којих се једна састојала у заштити породичног и јавног интереса, а друга у очувању начела слободе завештања. Слобода тестирања је у римском праву била гарантована, али је била ограничена правилима о нужном наслеђивању. Под утицајем западне хришћанске цркве, у средњем веку су многи завештаоци посезали за располагањима њену у корист, чиме су желели не само да обезбеде спасење своје душе, већ и да удовоље схватању које је подразумевало да тестирање у корист цркве представља друштвено пожељно понашање. У одсуству ефикасних правила о нужном наслеђивању у средњем веку, Вајмар сматра да су чланови завештаочеве породице тежили да са будућим оставиоцем закључују уговоре о наслеђивању који су били неопозиви. То није ишло у прилог цркви, која се залагала за забрану уговора о наслеђивању, позивањем на аргумент да се закључењем ових правних послова ограничава слобода завештања, која је према схоластичким схватањима морала да остане неокрњена, јер је то ишло у прилог

¹⁹³ G. Lepointe (1958), 308-309.

¹⁹⁴ G. Lepointe (1958), 471.

цркви. Зато су према Вајмаровој тврдњи схоластици, а не римски правници поставили тезу да је ограничење слободе завештања супротно јавном поретку.¹⁹⁵

3. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРПСКОМ ПРАВУ

3.1. Уговорно наслеђивање у средњем веку

Када се правник позитивиста прихвати задатка да анализира корене и развој једног савременог института у домаћем праву, он се већ на самом почетку сусреће са неколико дилема. Уговор о наслеђивању каквим га затичемо у великим грађанскоправним кодификацијама 19. века је резултат дугог процеса његовог развитка, различитих утицаја у више равни (политичких, културолошких, правних позајмица или „транспланата“, како говори Алан Вотсон), непрекидне или временски испрекидане примене, богате или сиромашне судске праксе и сублимираног искуства његове претходне примене како у обичајном, тако и у писаном праву. Али, да ли је то случај и у српском праву?¹⁹⁶ Да би се дао одговор на то питање, пре свих других, поставило се питање који је то временски тренутак од којег право на овим просторима можемо да дефинишемо као српско?

До 10. века није могуће говорити о појединачним, засебним словенским народима са одвојеним етничким карактеристикама, правним, економским и државним уређењем, па ни о српском народу. Словени су до тада живели у племенима, те су обичајна и правна правила имала персоналну примену, тј. важила су само за припаднике датог племена, иако су неретко сродна племена имала слична, па и идентична правила по којима су се владала.¹⁹⁷ Ту није могло да постоји развијено наследно право, јер је начело колективизма било много значајније од начела индивидуализма. Све док развојем занатства, трговине и слабљењем везаности појединца за земљу и распадом великих породичних

¹⁹⁵ P. Weimar, 790, 794, 796-797.

¹⁹⁶ Пишући о еволуцији правних института, Андра Ђорђевића наводи: „Сваколика политичка и социјална организација и цивилизација извеснога друштва или народа јесте резултанта свих прошлих трансформација, које су се у прошлости извршиле у друштвеним конститутивним елементима. Све политичке, религијозне и социјалне установе једнога народа у извесном периоду његова живота, не зависе, дакле, никако од прости ћуди чланова његових, него од заједничких осећаја, идеја, навика и тварних потреба њихових, и то онаких, како су се формирале традицијом и наслеђством од најближих прошлих генерација.“ А. Ђорђевић (1888), 511.

¹⁹⁷ Карло Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века*, превео и допунио проф. Др Ф. Тарановски, Београд 1924,65.

заједница (задруга) породична имовина није почела да се дели, а тиме и да се формира посебна имовина, смрт члана породице није доводила до наслеђивања, јер се он сматрао само корисником, а не власником заједничког иметка. Међутим, данас мањају подаци и о том првом наслеђивању, које је почело да настаје када и деоба имовине.¹⁹⁸ Изгледа да је био обичај да се ствари за личну употребу (накит, оружје, одећа) сахрањују заједно са умрлим, па је могућност наслеђивања била редукована на остале покретне ствари (ако их је уопште било) које су највероватније наслеђивали најближи сродници. Тестаменти се нису сачињавали, јер су оставиоца у складу са правним обичајима, ионако могли да наследе искључиво сродници, па је чак и евентуални усмени распоред заоставштине морао да буде учињен у сагласности са таквим обичајима.¹⁹⁹

О постојању српског права може да се говори тек од 12. века, јер је од досељавања Срба на Балканско полуострво па све до тада, трајала њихова постепена културна еманципација, духовни и правни развитак и материјално богаћење, тј. транзиција од живота у полуварварским племенима до уређене државне и правне организације. Први сусрет са писаним правом (и то канонским) српског народа највероватније је уследио након што су Тирило и Методије за потребе нових верника превели на српски језик један број молитви, црквених текстова и један номоканон са основним појмовима приватног права, да би у доба Стефана Немање настали први самостални српски правни споменици.²⁰⁰

На друго питање и дилему шта уопште тражити, одговор је дат на почетку овог поглавља. Тако ће се и у српском праву истражити корени идеје уговорног наслеђивања, а не уговора о наслеђивању као двостраног правног посла *mortis causa* којим су одређивани универзални или сингуларни сукцесори.

Најзад, као треће по реду али не и по значају, поставило се питање извора сазнања, односно извора права за наш предмет истраживања. У изворе права у средњовековној Србији могу да се сврстају обичајно право, повеље, међународни уговори, византијски закони, српски закони (који су представљали мешавину преузетих правила из византијског и римског права и оригиналних правних

¹⁹⁸ Б. Петрановић, *О праву наслеђства код Срба на основу правних обичаја и писаних споменика*, Београд 1923, 10-12; Д. М. Пешуновић, 6-7.

¹⁹⁹ К. Кадлец, 84.

²⁰⁰ Јеврем Герасимовић, *Старо српско право*, Београд 1925, 7-11; Срђан Шаркић, *Средњовековно српско право*, Нови Сад 1995, 7.

правила изниклих из српских обичаја и потреба живота тога времена)²⁰¹ и приватне исправе.²⁰² Но, пре даљег излагања треба рећи и то да је о српском средњовековном наследном праву веома тешко поуздано говорити и то из најмање два разлога. Прво, о примени наследноправних правила која су садржали ови различити извори није сачувана никаква судска пракса, а друго, поједина правна питања и спорови наследноправне природе били су у надлежности црквених а не световних судова, што је уједначавање и формирање такве праксе додатно отежавало.²⁰³

3.1.1. Обичајно право и међународни уговори

Постоји мишљење да је сеоско становништво наследноправне односе регулисало одредбама обичајног права, док су виши сталежи постепено прихватили правила која су била реципирана из византијског права.²⁰⁴ Не рачунајући обичајноправна правила која су временом налазила место и у правним споменицима, о обичајном праву које је фактички важило и имало велики утицај у (правном) животу кроз цео средњи век, у овом раду не може бити много речи. Како не постоје извори који би прецизно и са сигурношћу могли да сведоче о структури обичаја и начину њихове примене, а посебно у области наследног права у којој су српски извори иначе оскудни,²⁰⁵ то би њихова детаљна анализа

²⁰¹ Када је реч о законским споменицима, они римско-византијски не могу се раздвојити од оних који се могу назвати српским. И Свети Сава је 1219. године свој Номоканон сачинио користећи се византијским номоканонима, Јустинијановим Новелама и Прохионом. С друге стране, Душанов законик (у коме је око 60 чланова преузето из Василика) је, иако круна, само један од три дела кодификаторског рада цара Стефана Душана, чији су саставни делови и Закон цара Јустинијана и редукована Синтагма Матије Властара, из тог разлога названа и Скраћена Синтагма. Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2007, 37; Драгослав Јанковић, Мирко Мирковић, *Државноправна историја Југославије*, Београд 1997, 45-46, 60; С. Шаркић (1995), 11-12.

²⁰² Љ. Кркљуш, 34-37; Д. Јанковић, М. Мирковић, 44. Јевтић и Поповић, односно Шаркић, у ову поделу уводе и градске статуте, при чему их Шаркић назива статутима приморских градова, обзиром да су сачувани само статуту Котора и Будве, који су уживали аутономију у средњовековној Србији. Драгош Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд 2000, 40; С. Шаркић (1995), 7, 16.

²⁰³ Nataša Stojanović, *Ustanova nasleđivanja u Dušanovom zakonodavstvu*, *Pravni život 10/2013*, 621-622.

²⁰⁴ С. Шаркић (1995), 93.

²⁰⁵ Љ. Кркљуш, 34, 71. Ипак, то не искључује чињеницу да је фактичко регулисање животних односа, без неких писаних или устаљених правила било живо: „Ни данас нису сви моменти живота, ни појединца ни друштва, заједнице, регулисани законом, те кад се сравне потенције данашње и ондашње цивилизације, постаје јасно и разумљиво да се онда много што шта

превазилазила обим овог рада. Такође, од помоћи нам не могу бити ни међународни уговори, јер их је Србија закључивала углавном са Дубровником и Млетачком Републиком, постављајући темеље онога што је данас познато као међународну продају робе.

3.1.2. Повеље

Повеље, као укази, односно заповести које су издавали владари, представљају најзначајније изворе средњовековног српског права пре доношења Душановог законика. Пре свега, у њима је у значајној мери било кодификовано обичајно право времена у коме су издаване. Затим, обухватале су велики број друштвених и правних питања (давање повластица, регулисање имовинских односа најчешће кроз поклањање земљишних поседа, регулисање јавноправних односа између сталежа и прецизирање права и дужности себара настањених на властелинским поседима). Најзад, иако су важиле само на одређеним подручјима за које су биле издаване, обзиром на величину поседа адресата, а то су могли да буду црква, световна властела и градови (манастирске, властеоске и градске повеље), оне су понекада практично имале карактер општег правног прописа.²⁰⁶ Највише је сачувано манастирских повеља (око 165), свега неколико властелинских, којима српски владари потврђују баштинска права властели и само једна градска, којом је цар Стефан Душан 1343. године потврдио права и повластице албанском граду Кроји.²⁰⁷ Из тог разлога, анализираће се само поједине манастирске повеље.

За разлику од властеоског сталежа који се самостално развијао, свештенство је црпело своју снагу и утицај из подршке владоца који му је гарантовао многе повластице и поклањао вредна добара, пре свега непокретности.²⁰⁸ На властеоској баштини је постојало широко право располагања, како *inter vivos*, тако и *mortis causa*, а између осталог, слободна

свршавало без икаквих правних прописа, јер ти послови или нису штетили ничије интересе или су били „природна ствар“ са којом је сваки сагласан био. То и јесте био задатак праву: да извесне моменте живота појединаца и друштва убрза, а друге успори, или једне спречи а друге створи.“ Ј. Герасимовић, 4.

²⁰⁶ Љ. Кркљуш, 34; Д. Јанковић, М. Мирковић, 44; С. Шаркић (1995), 8-9.

²⁰⁷ Љ. Кркљуш, 34-35; Д. Јанковић, М. Мирковић, 44-45 .

²⁰⁸ Ј. Герасимовић, 94.

властеоска баштина је могла да се отуђи и „слободним уговорима“.²⁰⁹ Својина на земљишту се наслеђивала на слободним баштинама, потчињеним баштинама и пронијама, а једино се црквена имања нису наслеђивала. Дакле, наслеђивале су се како властеоске, тако и себарске баштине.²¹⁰ Обичајно право допуштало је завештаоцу да располаже имовином коју је сам стекао, и то покретним стварима несметано у корист чланова породице, док се непокретностима углавном располагало у корист цркава и манастира и то уз претходну сагласност владара.²¹¹ Правна природа и домаћаји овакве владаре сагласности и њени примери, биће предмет разматрања у предстојећим редовима. У том смислу анализирани повеље могу се поделити у две групе.

У прву групу могу да се сврстају случајеви када је баштина отуђивана поклонима, при чему је поклонодавац на њој за себе, или за чланове своје породице, или за трећа лица задржавао нека права, најчешће плодуживање. То значи да је својина на баштини углавном још за живота прелазила на поклонопримца. Ипак, чини се да су дејства неких од ових поклона, или бар део тих дејстава били везивани и за време после смрти лица које је добрима располагало. Тако је у првом случају један државни писар сазидео цркву и поконио јој земље, задржавши право да на њима станује са својим сином. У другом случају, митрополит Јаков је добио од Душана цркву са земљама, уз услов да у њој и од њених прихода живи само у случају нужде, али да по његовој смрти та добра припадну једном манастиру.²¹² У повељи која је сачињена између 1321. и 1336. године, којом је цар Урош потврдио поклон села Брачеле, који је казнац Димитрије учинио манастиру Светог Николе Врањинског, наводи се и следеће: „... и испроси от кралевства ми село своје Брачеле приложити светому Николи са всими мегами и са всими правинами села тога, тако до живота свога томази селом да се храни казнаца Димитрија и јегова жена, а по живота јегова да јест цркви а всаким утвржденијем.“²¹³ У повељи из 1343. године у којој краљ Душан прилаже

²⁰⁹ Ј. Герасимовић, 58-59.

²¹⁰ Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави (III и IV део)*, Београд 1935, 118-122.

²¹¹ О. В. Антић (1983), 47-50. N. Stojanović (2013), 620-621.

²¹² Српска краљевска академија, споменик III, Београд 1890, 24, 29, Наведено према: Ј. Герасимовић, 58.

²¹³ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: Fr. Miklosich, *Monumenta Serbica, spectantia historiam Serbiae Bosnae Ragusii*, Viennae 1858, 112.

Хиландару властелина Рудла са његовим имањем, каже се да „Рудл свое все држи до смрти, а по смрти јего да јест црковно.“²¹⁴ У повељи од 15. октобра 1360. године којом је цар Урош потврдио Хиландару баштинску цркву и села што им је поклонили жупан Вукослав, каже се да се то односи и на следеће село, али на врло индикативан начин: „Село Зубарине што јест дал Влкослав калугерици Богдановој матери, да си јест калугеричино до њејина живота, а по смрти калугеричиној да јест црковно.“²¹⁵ У прилог овог излагања треба навести и чувену Призренску тапију цара Душана, којом је он основао, даривао и утврдио повластице за манастир Светих архангела Михаила и Гаврила. У тапији цар Душан истиче да су властеличић Никола Утоличичић и његова мајка поклонили манастиру Св. Арханђела село Љубичево и цркву Светог Николе, а да им он гарантује да их као баштину мирно држе до краја живота, али да после њихове смрти црква и село припадну манастиру.²¹⁶

За другу групу повеља је карактеристично то што се сва или главни део њихових правних дејстава везује за тренутак смрти оних који одређеним добрима располажу, на основу чега подсећају на поклон за случај смрти. Они којима се добра дарују их више не држе као плодуживаоци, већ као сопственици који су слободни да њима располажу по својој вољи. У баштинској повељи из 1350. године цар Душан властелину Иванку Прибиштитовићу и његовој деци утврђује и даје цркву и баштину следећим речима: „... този моју все, мало големо, записује царство ми, Иванку и његовој деци, до века, непоклоебимо никим, онузи цркву коју се е саздала Света Иоана... (са мелницама и отроки) да си има и држи Иванко и његова деца до века, во свако утврждение и достоиание царско и свободу чисту, како сваку купеницу љоби за душу... црквама записати, љоби кому харизати, куде му је хотеније“.²¹⁷ Цар Урош је 1356. године дао мелничком митрополиту Кирилу цркву Светог Николе Стошког у баштину: „... да си јест воља митрополита

²¹⁴ Александар В. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века)*, Београд 1926, 411.

²¹⁵ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњега века, пета књига*, Београд 1912, 438.

²¹⁶ „...Догде јесу живи Никола и јегова мати, да си држе онози село црков како сваку баштину... а по Николина живота и јегове матере да не влагне никто ономзи селом ни црковијом тамо црква царства ми Архангела и тази села са всими мегами и правинама како су прежда држали мегу собом отколе су заселенија.“ Транскрипт са српскословенског је аутор (М.С.) сачинио према: С. Новаковић, 691.

²¹⁷ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: С. Новаковић, 305.

Кирила ономзи црквом до свог живота а по смрти својеј љуби за душу под црков подписати, а или кому харизати“.²¹⁸ Нема сумње да је митрополиту Кирилу дата могућност и да поклони цркву са правним дејством *mortis causa*. Цар Урош у баштинској повељи из 1357. године, којом даје острво Мљет у баштину властели, између осталог наводи: „... записах и утврдих тако да им јест тврдо до вка, љобе под цркова за душу подписати, у прикију дати, продати, харизати, заменити, куда има хотеније, обратити, како и сваку своју сушту баштину.“²¹⁹ Челник Радич у повељи из 1430. године којом постаје ктитор манастира Кастамонита, између осталог одређује: „По представи же моими еже к Господу, да си има тај манастир рекоми Кастамонитскиј од моих села седам села што су записана од господском хрисовулу во место оних-зи двадесети литра.“²²⁰

На основу анализе наведених повеља очигледно је да се прави разлика између правних послова међу живима и правних послова за случај смрти. Чини се да у прилог томе говори и члан 40. Душановог законика: „И сви хрисовуљи и простагме, што је кому учинило царство ми, и што ће кому учинити, и те баштине да су сигурне, као и ранијих правоверних царева, да су слободни с њима, или под цркву дати, или за душу оставити, или продати кому било“. Из формулације „под цркву дати“ и формулације „за душу оставити“ проистиче и могуће разликовање правне природе ова два поклона. Најпре, да је законодавац и једне и друге поклоне сматрао истоветним, зашто би их раздвајао различитим описом? Ако је поклонопримац у оба случаја црква, чему онда други део исказа? И најзад, глаголи „дати“ и „оставити“, дају основа за тумачење да би у првом случају могло да буде речи о поклону међу живима, а у другом, посебно у контексту да се остављао „за душу“, да се ради о поклону за случај смрти. При томе је важно напоменути да су средњовековне повеље којима су се чинили поклони имале уговорну правну природу. Пристанак цркава и манастира, односно властеле којима је владар чинио поклоне се подразумевао, односно владар је своје даровне повеље управо и издавао на њихову претходну молбу која је чињена непосредно или преко трећег лица, а што се у даровним повељама образлаже у делу под

²¹⁸ Транскрипт са српскословенског је аутор (М.С.) сачинио према: С. Новаковић, 309.

²¹⁹ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: А. В. Соловјев, 311.

²²⁰ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: А. В. Соловјев, 201.

називом интервенција или петиција.²²¹ Другим речима, ови поклони су са аспекта модерног права чињени помало атипично, односно понуду за закључење уговора о поклону није чинио поклонодавац, већ поклонопримац.

У науци је заузет став да су ови и слични поклони, које су неретко чинили и себри, по својој правној природи управо поклони за случај смрти.²²² Наводи се при томе да је било и исправа, попут оне од 4. септембра 1434. године из Новог Брда, које су у себи истовремено садржале елементе поклона међу живима и поклона за случај смрти, а у којој монах Саватије „посињује попа Богдана и записује му баштину“ речима: „... И да ест проклет от Бога и от Пречисте, кто че овои претворити што ја дадох и записах попу Богдану пред сведоци – до мое смрти половину, а по мојеј смрти Божије и његово все.“²²³

Супротно мишљење о правној природи оваквих поклона има Лефебр. Анализујући *donationes post obitum* који су и у западној Европи у феудално доба чињени у корист цркава и манастира, он истиче да се такви поклони никако не могу изједначавати са *donationes mortis causa* римског права. Као аргументе за то, Лефебр наводи да за разлику од поклона за случај смрти, поклони чињени у корист цркава и манастира нису били опозиви, те да нису могли да не производе правна дејства ако би поклонопримац умро пре поклонодавца, јер је то у случају цркве као правног лица било немогуће. Ипак, ни он не оспорава да су поклони *post obitum* производили правна дејства тек смрћу поклонодавца, односно да је он задржавао својину на поклоњеним добрима све до краја живота.²²⁴

Јасно је да је оно што смо покушали да одредимо као корен уговорног одређивања наследника у средњем веку морало да има сасвим другачији циљ него што је то данас случај. Обзиром на тежњу властелинских породица да очувају своје привилегије, овакве повеље су више имале јавноправна него приватноправна дејства (иако у средњовековном праву није постојала строга разлика на јавно и приватно право какву данас познајемо). Није био циљ ни да се српске средњовековне даровнице изједначавају са поклонима за случај смрти римског

²²¹ Т. Тарановски, 104.

²²² Зоран Мирковић, Марко Ђурђевић, Правила о поклону у српском средњовековном праву, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 85.

²²³ Транскрипт је аутор (М.С.) сачинио према: А. В. Соловјев, 202; З. Мирковић, М. Ђурђевић, 85-86.

²²⁴ С. Lefebvre, 68. Слично: Р. Balestra, 15.

права. Идеја је да се обзиром на основне заједничке елементе у правној природи ових располагања (двостраност, добротини карактер и правна дејства која наступају смрћу онога који располаже) и на циљеве који су се њима желели постићи, истакну заједничке тенденције у развоју идеје уговорног наслеђивања у најширем смислу.

3.1.3. Закони

Српски правни споменици су, изузев Синтагме Матије Властара и Јустинијановог закона, поклањали мало пажње приватном праву, али како су у њима преузимане одредбе римско-византијског права, питање је колико су и те норме биле погодне и примењиве на друштвене односе у Србији. Отуда не чуди што је насупрот преведеним византијским правним зборницима који су наслеђивању посвећивали велику пажњу, у српским изворима о наследном праву било мало речи.²²⁵

Несумњиво је да је наслеђивање могло бити завештајно (регулисано Номоканоном Светог Саве) или интестатско (чл. 41. и 48. Душановог законика), иако ниједно завештање из тог времена није сачувано.²²⁶ Међутим, поклони, које су наши владари чинили цркви и властели, као и властела цркви, најчешћи је уговор у српским средњовековним правним изворима.²²⁷ Уговор о поклону је био регулисан Душановим законодавством (Душанов законик и Закон цара Јустинијана), Синтагмом Матије Властара и Законом о рудницима деспота Стефана Лазаревића, али је поклон за случај смрти био предвиђен само Законоправилом (Крмчијом) Светог Саве у делу који се звао Прохирон, односно Градски закон. То је значајно, јер се Законоправило примењивало у Србији и по

²²⁵ С. Шаркић (1995), 80. Новаковић сматра да Душанов законик није имао за циљ да измени византијске правне изворе који су важили на територији Србије, већ да „као устав који их утврђује“ и обогаћује, предвиђајући решења за проблеме иманентне за српски народ и проистекле из његовог живота и обичаја, са њима сачини ново, складно и независно кодификаторско дело. Стојан Новаковић, *Матије Властара Синтагмат – азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила*, Београд 1907, XVI, XXIII, XXIX.

²²⁶ Душановим закоником је било регулисано интестатско наслеђивање међу властелом, док су правила законског наслеђивања себара била предвиђена многобројним повељама (нпр. Светостефанском хрисовуљом краља Милутина). Љ. Кркљуш, 78; Д. Јанковић, М. Мирковић, 50; С. Шаркић (1995), 92-93, 96. Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића је регулисао правни положај рудара Саса насељених у Новом Брду, па није предмет анализе за потребе овог рада.

²²⁷ Љ. Кркљуш, 74; Д. Јанковић, М. Мирковић, 49.

паду под турску окупацију и то не само на регулисање црквених односа, већ и на грађанскоправне односе хришћана у областима брака, наслеђивања и закључења уговора.²²⁸

Поклон за случај смрти је и у средњем веку означавао правни посао који су уговорне стране закључивале за живота, али су његова правна дејства била одложена за тренутак смрти поклонодавца, када је својина на предмету поклона прелазила на поклонопримца, ако би надживео поклонодавца.²²⁹ У Прохирону је био дефинисан на следећи начин: „Посмртни дарови су они када неко жели да (дотично добро) поседује (за живота) он сам, а не онај који дар прима, а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник“ (Крмчија морачка, 12, 3).²³⁰ Индикативан и значајан за анализу је последњи део наведене одредбе - *а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник*. Није вероватно да је овај део норме додат грешком или случајно, јер је недвосмислен и јасно прави разлику између поклонопримца и „природног наследника“, односно, по слову Градског закона, „природни наследник“ (по правилу) није био поклонопримац. Ово тим пре, што се на другим местима у Прохирону, где се регулише поклон међу живима, нигде не помиње овакво разликовање и ограничење у погледу поклонопримца, односно допушта се да то буде било које лице или дете.²³¹

²²⁸ З. Мирковић, М. Ђурђевић, 87. „Међу даровима едни се дају за живота, подразумевају захвалност и до-бручинство према живом дародавцу и изискују (узвратну) благонаклоност, а други након смрти, и тек након смрти, која је такорећи услов даривању, бивају извршени и потврђени; наиме, пре него што дародавац премине, прималац неће располагати ничим од подареног добра, јер је придодата одредба након смрти“ (Крмчија морачка, 12, 1), З. Мирковић, М. Ђурђевић, 67, фн. 16. Од неколико различитих преписа Законоправила Светог Саве (Иловички, Рашки, Дечански, Пчињски), за потребе овог рада коришћен је Морачки препис из 1615. године, према преводу наведеног дела Прохирона из Морачког преписа који је преузет из цитираног чланка Зорана Мирковића и Марка Ђурђевића.

²²⁹ З. Мирковић, М. Ђурђевић, 74.

²³⁰ Наведено према: З. Мирковић, М. Ђурђевић, 74, фн. 43.

²³¹ „Од дарова датих за живота једни се врше истога часа и тренутка, и тако рећи већ од тада преноси се власништво и право коришћења имања или добра, тј. покретне или непокретне ствари, а да то не бива пропраћено никаквом додатном одредбом, него ствар одмах прелази од једног лица другоме, тј. од онога који дарује ономе који дар прима, без икакве ограде или условљавања. Други се пак дају уз различита условљавања у вези са начином и временом извршења, како год то поклонодавац каже и одреди“ (Крмчија морачка, 13,2), наведено према З. Мирковић, М. Ђурђевић, 70, фн. 25. Затим, „Ако поклони недорасли *некоме* (повукао М.С.) неку своју ствар, може пошто буде напунио 25 година, а пре истека четири године, покренути спор и своју ствар вратити“, (Крмчија морачка, 56–57), наведено према З. Мирковић, М. Ђурђевић, 72, фн. 33. „Ако се *неко* (повукао М.С.) примивши дар покаже незахалан према дародавцу, тако што га грубо увреди, или неоправдано подигне руку на њега, или му свесно нанесе велику штету, или му ради о глави, или не испуни писане или неписане услове даривања, и ако било који од тих разлога у судском

Може се закључити да поклон за случај смрти није имао само за циљ да се њиме хонорише једно лице, већ можда превасходно, да се измени утврђени редослед позивања на наслеђе. Како су у Прохирону (грана 21-27) била предвиђена и правила која су се односила на завештање,²³² произлази да је обичајима и законима утврђени редослед позивања на наслеђе могао да се измени како завештањем, тако и поклоном за случај смрти. Петрановић је мишљења да су се и након доношења Душановог законика, завештањем у пракси наследницима само прецизно расподељивала добра из тестваторове заоставштине, а не и одређивали његови наследници, јер је њихов ред позивања на наслеђе био дубоко укоренен у обичајима. Оно је по његовом мишљењу било само допуна интестатском наслеђивању, које је одговарало карактеру старе српске породице и као такво се примењивало као правило.²³³ Ако се прихвати ово гледиште, онда поклон за случај смрти добија додатни значај, као изгледа једини правни посао којим се истински мењао урежени редослед позивања на наслеђе.

3.2. Уговор на случај смрти у Српском грађанском законнику²³⁴

3.2.1. Увод

У нашој предратној правној науци није било сагласности о пореклу уговора о наслеђивању у српском праву. Према првом гледишту, истицало се да уговор на случај смрти није институт који је изникао из српског обичајног, народног права, већ да је настао рецепцијом из Аустријског грађанског законика.²³⁵ Друга група аутора је, позивајући се на чињеницу да је српски

поступку буде непобитно доказан, има се извршити повраћај учињених дарова“ (Крмчија морачка, 13, 3), наведено према З. Мирковић, М. Ђурђевић, 73, фн. 40. Ако вредан поклон једном или неким од своје деце учини отац, има обавезу да код поделе наслеђа сваком детету обезбеди толики законски део колики би му припадао пре (давања поклона), јер иначе отац не би према овом (другом) детету поштено поступио“ (Крмчија морачка, 97), наведено према: З. Мирковић, М. Ђурђевић, 75, фн. 46.

²³² Миодраг М. Петровић, *О Законоправили или Номоканону Светога Саве – расправе*, Београд 1990, 134.

²³³ Б. Петрановић, 24-25.

²³⁴ О уговору о наслеђивању у Српском грађанском законнику детаљно: Милош Станковић, *Уговор на случај смрти у Српском грађанском законнику, Српски грађански законик – 170 година, уредници: Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић*, Београд 2014, 195-218.

²³⁵ Драгољуб Аранђеловић, Мехмед Беговић, *Наследно право по грађанском законнику Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права*, Београд 1940, 93; Душан Миљковић,

кодификатор у погледу круга потенцијалних субјеката овог уговора прихватио немачко, а не аустријско решење (односно да је његово закључење допустио неограничено свим лицима, а не само супружницима), заступала супротно гледиште - да је одступање Српског грађанског законика (у даљем тексту – СГЗ) по овом питању у односу на свој изворник последица другачије правне природе уговора о наслеђивању у нашем обичајном праву у односу на аустријско право.²³⁶

Анализа судске праксе из грађанске материје у Кнежевини Србији у периоду од 1827-1844 године, пре даје основ да се брани прво гледиште. Из спорова на подручју Пожаревачког магистрата се види да је и пре доношења Српског грађанског законика у српском народу била позната и коришћена установа завештања,²³⁷ да има назнака института који бисмо данас у ширем смислу могли да назовемо уговором о доживотном издржавању,²³⁸ али да уговорног наслеђивања, односно одређивања наследника каквим двостраним правним послом који би производио правна дејства *mortis causa* није било у пракси у овом делу Србије.

Ипак, у претходним редовима покушали смо да покажемо да ако у нашој правној пракси не може да се говори о уговору на случај смрти (каквим га је познавао Српски грађански законик) пре 1844. године, још од средњег века може да се прати идеја уговорног наслеђивања.

3.2.2. Појам и правна природа

Српски грађански законик је у параграфу 394. предвиђао да „после смрти житеља српског добра његова, и права и обавезе, осим чисто личних прелазе као наследство на другога, кога по реду закон опредељује, ако он уговором или

Уговори о наслеђивању по француском, немачком, аустријском и српском законодавству, Београд 1913, 6.

²³⁶ „Ово се да објаснити потребом, јер је уговорно наслеђе уобичајено и у нашем народу, те је то обичајно право и нагнало нашег законодавца да се удали од својих изворника француског и аустријског грађанског законика, и приближи се немачком законнику, који је већ садржавао одредбе о томе.“ Д. М. Пешуновић, 21.

²³⁷ Стеван Максимовић, *Суђења у Кнежевини Србији пре писаних законика из архиве Пожаревачког магистрата*, Пожаревац 1898, случај 3 на страни 1, случај 62 на страни 21, случај 87 на страни 32, случај 104 на страни 41.

²³⁸ С. Максимовић, случај 164 на страни 87.

завештањем није другојачије уредио“. Уговор о наслеђивању је дакле, у конкуренцији тестаментa и закона, био најјачи основ позивања на наслеђе.²³⁹

Српски грађански законик није садржао дефиницију уговора о наслеђивању, али је она у једнодушном тону дата у тадашњој правној књижевности. Уговором о наслеђивању се сматрао једнострано обавезујући или двострано обавезујући уговор који је производио правна дејства за случај смрти, а којим је један уговарач одређивао другог уговарача (или су се узајамно постављали) за свог универзалног или сингуларног сукцесора.²⁴⁰ То значи да су у српском праву били допуштени само „афирмативни (позитивни) уговори о наслеђивању“ или „уговори о наслеђивању у ужем смислу“, који су служили за одређивање универзалних или сингуларних сукцесора (они који „имају за предмет распоред заоставштине и именовање наследника.“²⁴¹), док су „негативни уговори о наслеђивању“ били забрањени.²⁴²

Правна природа уговора о наслеђивању у предратном српском праву је опредељена следећим елементима. То је двострани (јер своје правно дејство црпи из сагласности воља уговорних страна), једнострано или двострано обавезујући правни посао (јер се њиме у првој варијанти само један уговарач обавезује да другог уговарача или треће лице одреди за свог наследника, док се друга уговорна страна ни на шта не обавезује, али је могућ и онај облик којим уговорне стране узајамно једна другу одређују за наследника). Како овај контракт производи правна дејства тек тренутком смрти уговорног оставиоца, то је правни посао

²³⁹ Лазар Марковић, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима*, Београд 1921, 197 (за потребе нашег рада користили смо овај текст СГЗ-а); Андра Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд 1903, 62.

²⁴⁰ Живојин М. Перић, *Наследно право - Специјални део Грађанскога Права*, Београд 1923, 60, 62; Лазар Марковић, *Наследно право, трећа књига Грађанског права*, Београд 1930, 309; Д. М. Пешуновић, 23; Д. Миљковић, 3; А. Ђорђевић, 63.

²⁴¹ Л. Марковић (1930), 304; Д. М. Пешуновић, 13.

²⁴² Најчешће је реч о уговорима које би законски наследници закључили са оставиоцем и којима би се одрицали свог будућег наследног права, што је понекада имало своје економско оправдање. Забрана је важила како за уговоре којима би се једно лице у споразуму са оставиоцем одрекло свог будућег законског наследног права, тако и за уговоре којима би се једно лице одрекло неотвореног наслеђа неког трећег лица. Л. Марковић (1930), 309-310. У тачки 4. параграфа 539. Српског грађанског законика се каже: „Нарочито закон забрањује и уништава уговор, којим би ко наследство или испоруку (легат) још за живота онога, од кога би му припало, продао.“ Разлоге забране ових уговора читамо код Димитрија Матића: „... уговор о таквој продаји се чини обично између лажљивих, среброљубивих купаца и лакоумислених, раскошних будућих наследника, који хоће још пре него што завештатељ умре, наслеђе да проћердају, и обично га на своју штету и одвећ малом ценом продају, па после обично немају од чега да живе, што је узрок, те се нарави кваре и слоге и љубави у породицама нестаје.“ Димитрије Матић, *Објаснење Грађанскога законика за Књажевство србско, друга чест*, Београд 1851, 732-733.

mortis causa (СГЗ га у параграфу 781. именује као „уговор на случај смрти“).²⁴³ Уговор о наслеђивању је и правни посао који је строго формалан, каузалан (јер му је циљ који се састоји у одређивању наследника јасно видљив) и по правилу комутативан и добротин.

Када год је уговором о наслеђивању један уговарач именовано друго уговарача или треће лице за наследника на целини или аликвотном делу своје заоставштине, он је представљао основ за универзалну сукцесију и носио је назив „уговор о постављању наследника“.²⁴⁴ Ако би уговор на случај смрти био основ за сингуларну сукцесију, онда би једна уговорна страна остављала другом уговарачу или трећем лицу неко тачно одређено право или ствар из своје заоставштине, а овакав контракт се називао „партикуларним уговором“ или „уговором о легату“.²⁴⁵

3.2.3. Субјекти уговора на случај смрти

Најспорније питање у вези са регулисањем уговора о наслеђивању у Српском грађанском законнику, односило се на круг субјеката који су могли да га закључе.

Према првом становишту, које је имало упориште у параграфима 602 и 1249 Аустријског грађанског законика, по узору на који је и настала српска кодификација грађанског права, овим основом позивања на наслеђе су и у нашем праву могли да се користе само супружници.²⁴⁶ Аргументација се даље заснивала на тврдњи да се параграфом 425 СГЗ само начелно предвиђало да се поред тестаментна заоставштином могло располагати и уговором, а да је параграф 780 СГЗ тај који је опредељивао круг лица и услове под којима је било могуће закључити уговор о наслеђивању. У супротном, српски законодавац би или изричито предвидео да сва лица могу да закључују овај уговор, или не би, попут аустријског кодификатора, уговор на случај смрти нормирао у глави законика о брачним уговорима, већ у делу о уговорима уопште или о завештању, закључује

²⁴³ Ж. М. Перић (1923), 307-308.

²⁴⁴ А. Ђорђевић, (1903), 63.

²⁴⁵ Андра Ђорђевић је разлику између уговора о легату и поклона за случај смрти дефинисао на основу тога што се за разлику од *donatio mortis causa* уговори о легату не могу опозвати. *Ibid.*

²⁴⁶ Д. Матић, 1000; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 93.

прва група правних писаца.²⁴⁷ Полазећи од потребне форме за закључење овог уговора, Аранђеловић је тврдио да законодавац не би допустио да само супружници закључују уговор о наслеђивању у форми предвиђеној за тестамент, а сва остала лица неформално, што је по његовом мишљењу био још један доказ да су само супружници и могли да закључе овај уговор.²⁴⁸ Најзад, тврдило се да ни језичко тумачење Српског грађанског законика, нити законодавац било којом другом одредбом „показује намеру, да дејство и обим ових уговора прошири и у корист трећих лица.“²⁴⁹

Према другом стајалишту, држало се да је у овом погледу Српски грађански законик одступио од свог изворника и да је круг субјеката који могу да закључе уговор о наслеђивању неограничен. Да би поткрепили своју тврдњу, присталице овог тумачења пошле су од језичког тумачења параграфа 425 Српског грађанског законика: „Дакле, ако се два лица једно другом на случај смрти обвезују, оно спада у уговор, и по пропису за уговор суди се“. Њихов став је био да помињући „два лица“, закон оставља широку могућност да субјекти овог уговора буду било која два лица која имају уговорну способност, а не само супружници.²⁵⁰ Друго, писало се да закоником нигде није забрањено закључење уговора на случај смрти између лица која нису супружници, те да је *a contrario* то допуштено, односно да нигде није изричито наглашено да би једино супружници могли да буду уговорне стране.²⁵¹ Перић се такође приклонио овом становишту, а чињеницу да је овај институт смештен у глави о брачним уговорима покушао је да објасни кодификаторовом површношћу, одсуством осећаја за прецизном систематиком и јасноћом, али и жељом да ову врсту уговора, којом супружници једно друго или неко треће лице именују за наследника, нарочито истакне и подвуче, иако и за уговор за случај смрти закључен између супружника важе сва општа правила.²⁵² Наиме, уговор о наслеђивању су најчешће закључивали баш супружници, па је у погледу њих и нарочито издвојен у одељку о брачним

²⁴⁷ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 94. Слично, уз навођење да СГЗ изричито говори и детаљно описује само уговор о наслеђивању између супружника, те да је он само између њих и допуштен наводи адвокат Павле Павловић, *Бранич* 7-8/1934, 442.

²⁴⁸ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 94.

²⁴⁹ Д. Миљковић, 12-13.

²⁵⁰ Л. Марковић (1921), 211, 319; А. Ђорђевић (1903), 63; Д. М. Пешуновић, 8-9.

²⁵¹ Л. Марковић (1921), 319; Л. Марковић (1930), 306.

²⁵² Ж. М. Перић (1923), 61.

уговорима.²⁵³ Пешуновић у параграфу 780 Српског грађанског законика²⁵⁴ није видео аргумент да законодавац опредељујући форму овог правног посла, а помињући као његове субјекте само супружнике, само њима и допушта његово закључење, већ да он тиме жели да прецизира да завештајна форма коју захтева за пуноважност уговора о наслеђивању важи само за супружнике, док се за сва остала лица (укључујући и правна лица и странце уз услов реципроцитета) траже редовни услови форме као и за закључење било ког другог уговора.²⁵⁵

Следствено наведеној аргументацији, према мишљењу ове групе аутора, у српском праву је било могуће закључити и уговор о наслеђивању у корист трећег лица,²⁵⁶ под условом да је оно у тренутку његовог закључења било макар зачето и ако се *nasciturus* заиста жив роди.²⁵⁷ Ова тврдња је имала и своју практичну потврду, јер се уговор на случај смрти много чешће закључивао у корист сродника и потомака брачних другова, него што је један супружник именовано другу уговорну страну, односно другог супружника за свог наследника.²⁵⁸ Ако би уговорне стране били супружници, није постојала њихова обавеза да уговор на случај смрти закључе пре ступања у брак, односно, није био одређен рок у коме би они могли да уговоре наслеђивање у форми брачног уговора.²⁵⁹

Према првом гледишту, пуноважан уговор о наслеђивању су могла да закључе само лица која су имала општу уговорну способност (пар. 425 и 533 СГЗ), што значи да би уговор за случај смрти који би закључила деца млађа од седам година и душевно болесна лица био апсолутно ништав.²⁶⁰ Ове уговоре нису могли да закључују ни архијереји и монаси, уговор о наслеђивању лица која су под стечајем не би производио правна дејства према њиховим стечајним повериоцима,

²⁵³ Л. Марковић (1930), 306.

²⁵⁴ Параграф 780 Српског грађанског законика: „Кад би муж и жена такав међу собом уговор учинили, којим један другом своје имање по смрти остављају, онда уговор такав, ако ће силу и важност да има, треба онако начинити као што пропис за тестаменте гласи.“

²⁵⁵ Д. М. Пешуновић, 8-10; Л. Марковић (1930), 308. Ово је било и схватање које је прихватала судска пракса, пресуда Окружног суда у Крагујевцу По. 25/37 од 28.12.1937. године, *Бранич 1/1939*, 172-173; Примедбе III одељења Касационог суда у Београду бр. 7361 од 21.10.1932. године којом је поништио пресуду Апелационог суда у Београду бр. 3661 од 11.6.1932. године, *Бранич 7-8/1934*, 441-442.

²⁵⁶ Л. Марковић (1930), 308.

²⁵⁷ Д. М. Пешуновић, 11.

²⁵⁸ Д. Матић, 1001.

²⁵⁹ Пресуда првостепеног суда за Варош Београд бр. 22.190. од 15.11.1897. године, *Бранич 7/1898*, 240.

²⁶⁰ А. Ђорђевић (1903), 65; Д. М. Пешуновић, 9-10.

док су лица од 7-21 године, удате жене и лица стављена под старатељство због телесне или душевне неспособности, или зато што су судском одлуком оглашени за распикуће, уговор о наслеђивању могли да закључе само уз одобрење свог законског заступника.²⁶¹ Дакле, лица под старатељством или туторством су могла да закључе уговор на случај смрти само уз одобрење законског заступника, а у одсуству тог одобрења сматрало се да је сачињен тестамент, а не уговор о наслеђивању.²⁶²

Доследно другом схватању, за закључење уговора о наслеђивању било је довољно имати активну завештајну способност. Оно се темељило на анализи параграфа 781 Српског грађанског законика, у коме је било речено да се „уговор на случај смрти сматра као и тестамент“.²⁶³ Ипак, присталице оба становишта су биле сагласне да овај уговор није могао да се закључи преко пуномоћника.²⁶⁴

3.2.4. Предмет уговора на случај смрти

Предмет уговора о наслеђивању одређен је параграфом 394 Српског грађанског законика у коме се каже да после смрти једног лица „добра његова, и права и обвезе, осим чисто личних, прелазе као наследство на другога.“ Реч је о дакле, о заоставштини или њеном аликвотном делу, тј. скупу свих или разломком или процентом, у односу на целину одређених права и обавеза које су подобне за наслеђивање, а чији је титулар био уговорни оставилац у тренутку смрти. Наслеђивању су подобна сва приватна права и обавезе која нису везана за оставиочеву личност, тако да је само он могао да их потражује или испуни.²⁶⁵

У случајевима у којима је уговор о наслеђивању био основ за универзалну сукцесију, његов предмет су сачињавале и ствари и права које би уговорни оставилац стекао од тренутка закључења уговора па све до своје смрти, јер је то

²⁶¹ Д. М. Пешуновић, 10.

²⁶² Д. Аранђеловић, М. Беговић, 94. Ово је заправо решење пар. 1250 Аустријског грађанског законика о коме у српској кодификацији грађанског права није било речи.

²⁶³ Л. Марковић (1930), 310-311. Слично, са позивањем на двоструку правну природу уговора о наслеђивању, Д. Аранђеловић, М. Беговић, 94.

²⁶⁴ А. Ђорђевић (1903), 65; Д. М. Пешуновић, 9-10.

²⁶⁵ А. Ђорђевић, 3; Ж. М. Перић (1923), 7; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 5-6; Л. Марковић (1930), 16-18.

тренутак од кога уговор почиње да производи правна дејства.²⁶⁶ Међутим, уговор о наслеђивању је могао да буде основ и за сингуларну сукцесију, када су његов предмет представљале тачно одређене ствари и права из заоставштине (уговорни легати). У складу са ипак доминантним брачноимовинским карактером овог уговора и његовим местом у систематици Српског грађанског законика, супружници су често прибегавали и закључивању такозваног уговора о смеси, којим су стипулисали да ће имовину и једног и другог коју су унели у брак, наследити надживели супружник или неко треће лице.

3.2.5. Форма уговора на случај смрти

Непрецизност параграфа 425 Српског грађанског законика у погледу круга лица која су могла да закључе уговор на случај смрти, допринела је и различитим тумачењима у погледу потребне форме за његову пуноважност. Из дела формулације поменуте одредбе да „спада у уговор, и по пропису за уговор суди се“, извлачио се закључак да и за уговор о наслеђивању важе правила форме као и за обичне уговоре, па је у пракси било случајева да се за његово закључење нису тражиле никакве формалности.²⁶⁷ Чак је и Касациони суд у неким одлукама заузео став „да за пуноважност наведеног уговора није потребно да уговор буде закључен у форми тестаментa“.²⁶⁸

Према другом схватању, и овде је ваљало применити параграф 780 Српског грађанског законика, којим је било предвиђено да уговор на случај смрти који супружници међу собом закључују „треба онако сачинити као што пропис за тестаменте гласи“, што је значило да га је било могуће закључити како у форми приватне исправе, тако и у форми јавне исправе, потврђене у суду.²⁶⁹

Превагу је ипак однео став према коме је свим лицима било допуштено да закључују уговор о наслеђивању, с тим што су само за супружнике важили захтеви форме предвиђени за завештање, док су сва друга лица могла да закључе

²⁶⁶ Одлука општег одељења седнице Касационог суда бр. 3671 од 26.3.1898., наведено према: Гојко Никетић, *Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда*, Београд 1909. 416.

²⁶⁷ А. Ђорђевић (1903), 65.

²⁶⁸ Невенка Суботић, Форма уговора о доживотном издржавању, *Правни живот 1-2/1960*, 49.

²⁶⁹ Д. Матић, 1001; Л. Марковић (1921), 319; Л. Марковић (1930), 311; А. Ђорђевић (1903), 65; Ж. М. Перић (1923), 60; Д. Миљковић, 16; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 94.

уговор на случај смрти у складу са општим условима потребним за закључење било ког другог уговора.²⁷⁰ У складу са овим гледиштем, супружници су могли да сачине уговор о наслеђивању на неколико начина:

- 1) У форми писаног тестаментa из параграфа 429 и 430 СГЗ, што је значило да је свака од уговорних страна требало својом руком да напише и потпише по један примерак уговора на коме је требало ставити и датум (а препоручивало се и место) сачињавања и да потом преда свој примерак уговора другој уговорној страни да га и она потпише.²⁷¹
- 2) У складу са параграфом 432 СГЗ, уговорницима који нису били у стању да сами напишу свој уговор, уговор је могло да сачини и друго лице, али су они били дужни да га лично предају судији за неспорна дела или његовом заступнику, среском судији или градском судији и да га признају за свој, након што би им садржина уговора била прочитана.²⁷²
- 3) Према параграфу 440 СГЗ, према правилима поступка за неспорна дела, судија је у згради суда или ван ње (ако уговорници не би могли да дођу у суд из оправданог разлога), могао да сачини уговор, након што би уз учешће два сведока утврдио идентитет уговорних страна.²⁷³ Учешће сведока идентитета је било неопходно и када би судија и писар лично познавали уговорне стране, што је у правној књижевности оправдано критиковано као сувишан елемент формалности.²⁷⁴

²⁷⁰ Лаза Урошевић, *Судски требник*, Београд 1917, 416 нап. 1, 583 нап. 1; Д. М. Пешуновић, 9. Ово је било и схватање које је прихватала судска пракса, пресуда Окружног суда у Крагујевцу По. 25/37 од 28.12.1937. године, *Бранич 1/1939*, 172-173. У примедбама III одељења Касационог суда у Београду бр. 7361 од 21.10.1932. године, којом је поништена пресуда Апелационог суда у Београду бр. 3661 од 11.6.1932. године, наведено је следеће: „Погрешна је оцена Апелационог суда, да је спорни уговор на случај смрти између супружника, те да се према томе исти има ценити према прописима пар. 780 и 429 грађ. зак. јер уговарачи Коста и пок. Јелица у времену закључења уговора нису били муж и жена. Према томе, како је спорни уговор закључен о наслеђивању на случај смрти између небрачних лица, то се исти према пар. 425 грађ. зак. има ценити по општим прописима грађанског законика за уговоре, без обзира што су уговарачи по закључењу уговора ступили у брак јер тај факт ни по ком законском пропису не може изменити важност једног уговора закљученог према општим прописима уговорима ако су исти исупуњени.“ Иако београдски Апелациони суд није усвојио ове примедбе, Касациони суд је на својој Општој седници од 9.2.1933. године у одлуци бр. 450 одбацио противразлоге Апелационог суда и потврдио примедбе које је истакло његово III одељење, *Бранич 7-8/1934*, 441-442.

²⁷¹ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Л. Марковић (1921), 216.

4) Аранђеловић је био мишљења да је уговор о наслеђивању било могуће закључити и у изузетној форми завештања у складу са параграфом 447 СГЗ,²⁷⁵ што ће рећи, само у случајевима рата, поплаве, бродолома и велике епидемије, када уговорници не би могли да користе ниједну од претходно наведених форми за закључење свог уговора, али уз обавезно присуство два завештајна сведока, способна да изјаву „приме к знању и пред судом је под заклетвом потврде.“ Супротног мишљења је био Марковић, који је истицао да су се на форму уговора о наслеђу примењивале само редовне, а не и изузетне завештајне форме предвиђене Српским грађанским закоником.²⁷⁶

Но, како је Аранђеловић био мишљења да уговор о наслеђивању има двоструку правну природу, он је сматрао да је за његово закључење свакако било потребно присуство два сведока.²⁷⁷

3.2.6. Правна дејства уговора на случај смрти

3.2.6.1. Општа правила

Да би уговор о наслеђивању могао да произведе правна дејства, потребно је да се испуне два услова. Први подразумева да уговорни наследник, попут сваког другог наследника, мора да надживи уговорног оставиоца, да буде способан и достојан за наслеђивање и да испуни одговарајуће модалитете (услове, рокове или налоге) ако би они били уговором предвиђени.²⁷⁸ Међутим, то само по себи није довољно. Да би уговорни наследник који испуњава потребне квалитете дефинитивно стекао субјективно наследно право, потребно је да у поступку расправљања заоставштине да позитивну наследну изјаву.²⁷⁹

Као универзални сукцесор уговорног оставиоца, уговорни наследник је према параграфима 463, 490 и 552 Српског грађанског законика одговарао за

²⁷⁵ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95.

²⁷⁶ Л. Марковић (1930), 309.

²⁷⁷ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95.

²⁷⁸ А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95; Д. М. Пешуновић, 15-16; Д. Матић, 1003-1004; Л. Марковић (1930), 315.

²⁷⁹ А. Ђорђевић (1903), 64.

његове дугове до висине вредности наслеђене заоставштине.²⁸⁰ О питању одговорности уговорног легатара за дугове уговорног оставиоца, у науци су постојала два различита приступа. Према првом, који се ослањао на решење Француског грађанског законика, сматрало се да би уговорни легатари требало да одговарају за оставиочеве дугове супсидијерно, тек ако оставиочеви повериоци не би могли да се намире од његових универзалних сукцесора, док се други приступ ослањао на решење Аустријског грађанског законика, према коме би уговорни испорукопримци имали да одговарају за дугове уговорног оставиоца заједно са универзалним сукцесорима, сразмерно висини њихових наследних делова. Нажалост, недостаје нам релевантна судска пракса која би нам дала одговор које је од два поменута гледишта заживело у свакодневном правном животу.²⁸¹

Уговором на случај смрти нису могла да буду повређена права нужних наследника (СГЗ их назива „законим наследницима“), а ако би до тога ипак дошло, они су могли да затраже тужбом против уговорног наследника да им се намири нужни део у потпуности или да се допуни до вредности која им припада.²⁸² Нужни наследници су у намирењу имали предност како у односу на завештајне, тако и у односу на уговорне наследнике.²⁸³

3.2.6.2. Однос уговора на случај смрти и правних послова *inter vivos*

У анализи правних дејстава уговора о наслеђивању, увек треба поћи од чињенице да је реч о правном послу за случај смрти, што подразумева да уговорни оставилац све до тренутка делације остаје титулар свих уговорених права, а уговорни наследник нема ништа више од наследне наде. Из тог разлога, лице које је уговором одређено за наследника није могло током живота уговорног оставиоца ни на који начин да обезбеди своје евентуално будуће наследно право, јер је његова наследна нада бивала конвертована у субјективно наследно право

²⁸⁰ Д. М. Пешуновић, 16.

²⁸¹ Д. М. Пешуновић, 16-17.

²⁸² Д. Магић, 1011-1012; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96; Д. Миљковић, 18.

²⁸³ Л. Марковић (1930), 315.

тек моментом оставиоачеве смрти.²⁸⁴ То даље значи да је уговорни оставилац и након закључења уговора задржавао ничим ограничено право да располаже предметом уговора о наслеђивању, чак и ако акти које је предузимао нису имали основа у његовим реалним потребама и ако су ишли на штету уговорног наследника, који је имао право само на оно што би преостало у заоставштини. Декујус једино није могао да сачини завештање или да закључи нови уговор о наслеђивању, чија би садржина била супротна претходно састављеном уговору на случај смрти.²⁸⁵

Међутим, и од наведених правила су постојала три изузетка. Прво, у случају да су овај уговор закључили супружници, само је муж несметано могао да за живота располаже стварима и правима који би били објекат уговора, док је жени за предузимање таквог правног посла било подребно одобрење мужа, односно судије за неспорна дела.²⁸⁶ Друго, уговорни оставилац је посебном одредбом у самом уговору могао себе да ограничи у праву предузимања правних послова међу живима, којима би оптеретио или умањио своју имовину. У том случају је уговорни наследник могао да штити своје право тужбом, ако би будући оставилац поступио супротно тој уговорној одредби.²⁸⁷ Трећи изузетак је изникао као плод схватања дела наше предратне правне науке (које није прошло без критике), јер су неки наши аутори прихватили схватање немачке јуриспруденције према коме је уговорни оставилац могао да поклања добра која представљају објекат уговора о наслеђивању само ако то не би чинио са злом намером, односно, ако би за предузимање таквих поклона имао оправдани интерес.²⁸⁸ У супротном, ако би уговорни наследник доказао да је уговорни оставилац располагао објектом уговора само у намери да му онемогући да га наследи, наследник је, према овом гледишту, имао право да тражи поништење или редукцију таквих поклона које би

²⁸⁴ Параграф 1252 Аустријског грађанског законика; Ж. М. Перић (1923), 61; Л. Марковић (1930), 312-313; Д. М. Пешуновић, 19; Д. Миљковић, 22.

²⁸⁵ Пар. 781 СГЗ: „Уговор на случај смрти сматра се као и тестамент, само што по својој вољи без воље друге стране не може се од њега одустати. Но од имања, којим је ко уговором на случај смрти расположио, остаје он за живота господар. Но ако преживео другу страну не би на случај смрти не може наредбе чинити.“ Л. Марковић (1921), 312-313, 320; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. М. Пешуновић, 14, 18.

²⁸⁶ Л. Урошевић, 583, нап. 1.

²⁸⁷ Поткрепљујући овај свој аргумент, Пешуновић наводи и одлуку Касационог суда бр. 4053 из 1868. године, којом је суд поништио уговор о купопродаји имања уговорног оставиоца за које се он уговором о наслеђивању обавезао да га неће отуђити. Д. М. Пешуновић, 14-15.

²⁸⁸ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95, фн. 3; А. Ђорђевић, 64.

учинио уговорни оставилац (пар. 303 СГЗ), али би право на истицање таквих захтева стицао тек тренутком оставиочеве смрти.²⁸⁹ Уговорни наследник је могао да заштити своја права и тако што би захтевао да се у складу са пар. 773. СГЗ имање таквог оставиоца одузме, а он прогласи за распикућу.²⁹⁰

3.2.6.3. Однос уговора на случај смрти и правних послова *mortis causa*

Уговор о наслеђивању је као најјачи основ позивања на наслеђе стављао ван снаге сва раније сачињена завештања, у мери у којој је њихова садржина била у супротности са садржином уговора.²⁹¹ Исто је важило и за тестаменте и уговоре о наслеђивању који би били закључени након уговора о наслеђивању. Уговорни оставилац је каснијим правним пословима *mortis causa* могао да располаже само стварима и правима која нису била обухваћена претходним уговором за случај смрти, јер супротна располагања не би производила правна дејства.²⁹² Део заоставштине који не би био обухваћен уговором, расправљао би се према одредбама завештајног или законског наслеђивања.²⁹³

3.2.7. Престанак уговора на случај смрти

3.2.7.1. Раскид уговора на случај смрти

Уговорне стране нису могле једнострано, једна без сагласности друге, да мењају нити да опозивају уговор на случај смрти.²⁹⁴ Овај уговор је могао да престане или споразумним раскидом, или из општих разлога који су били предвиђени за раскид било ког уговора.²⁹⁵ Исто тако, уговор о наслеђивању је престајао да производи правна дејства ако би исти уговорници закључили нови

²⁸⁹ Л. Марковић (1930), 313.

²⁹⁰ Д. Миљковић, 25-26.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Параграф 781 Српског грађанског законика: „Но ако преживео другу страну не би на случај смрти не може наредбе чинити“. Л. Марковић (1930), 314; Д. М. Пешуновић, 19..

²⁹³ Параграф 782 Српског грађанског законика: „О оном имању, које није у уговор на случај смрти ушло, може се особито тестаменат правити пуноснажан.“

²⁹⁴ Пар. 781 и 782 СГЗ; Л. Марковић (1921), 319; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95; Ж. М. Перић (1923), 61.

²⁹⁵ Пар. 783 СГЗ: „Који би с уговором на случај смрти незадовољан био, онај мора, ако довољно узрока има, онако на уништење његово поступати, као и код других уговора.“ Ж. М. Перић (1923), 61; Л. Урошевић, 584 нап. 1.

уговор о наслеђивању.²⁹⁶ У српском праву није постојала одредба према којој би уговорни оставилац имао право да раскине уговор о наслеђивању ако би уговорни наследник предузео неку од радњи које су биле основ за искључење из права на нужни део,²⁹⁷ али такав уговор свакако не би производио правна дејства. Неки аутори су сматрали да су по узору на параграф 2293. Немачког грађанског законика, уговорници и у српском праву били овлашћени да у уговору о наслеђивању резервишу за себе право да једностраном изјавом воље, било неким правним послом *inter vivos*, било правним послом *mortis causa*, у потпуности или делимично раскину уговор на случај смрти, те да су правна дејства раскида наступала одмах након што би изјава воље у том правцу била учињена.²⁹⁸ Ово гледиште је потврђено и у нашој предратној судској пракси, па је пресудом Окружног суда у Крагујевцу, По. 25/37 од 28.1.1937. и пресудом II грађанског већа Касационог суда Рев. бр. 2027/38 од 18.2.1939. године која је потом уследила, признато да „кад је код уговора о заједници и наслеђу једна страна задржала право да може једнострано раскинути уговор, она то не мора тражити преко суда, већ може учинити и у тестаменту.“²⁹⁹

Обзиром да у Српском грађанском законнику није било одредаба о форми у којој се могло одустати од уговора о наслеђивању, у науци се искристалисало гледиште да је форма одустанка од овог уговора требало да прати исту форму која је била потребна за његово закључење.³⁰⁰ Пешуновић је сматрао да су сходно пар. 2292. Немачког грађанског законика, супружници и у српском праву могли да раскину уговор о наслеђивању тако што би пре смрти једног од њих сачинили заједничко завештање.³⁰¹

Право на раскид уговора о наслеђивању је било лично право уговорних страна, које су само они могли да реализују, а не и њихови наследници.³⁰² То је био став и судске праксе.³⁰³

²⁹⁶ Л. Марковић (1930), 316.

²⁹⁷ Л. Марковић (1930), 316.

²⁹⁸ Д. М. Пешуновић, 15; Д. Матић, 1003-1004; Д. Миљковић, 25; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 97; Тих. М. Ивановић, секретар Касационог суда у Београду, *Бранич 1/1939*, 172-173.

²⁹⁹ Т. М. Ивановић, 172.

³⁰⁰ Д. М. Пешуновић, 15; Д. Миљковић, 26.

³⁰¹ Д. М. Пешуновић, 15.

³⁰² Г. Никетић, 419.

³⁰³ Одлука Апелационог суда бр. 2668 од 26.3.1898. године на примедбе III одељења Касационог суда бр. 2075 од 9.3.1898. године, *Бранич 7/1898*, 242-243.

3.2.7.2. Поништење уговора на случај смрти

Уговор о наслеђивању је могао да се поништи из свих разлога из којих је било могуће поништити било који други уговор.³⁰⁴ Дакле, он није смео да буде противан „јавном поретку и благонравију“³⁰⁵ или да буде немогућ, а посебно је био предвиђен случај ништавости уговора о будућем наследству.³⁰⁶ У случају заблуде, преваре и принуде уговор на случај смрти је био рушљив, осим ако се не би радило о неодољивој сили, када га је погађала санкција апсолутне ништавости. Уговор је морао да буде јасан и опредељен и захтевало се да у њему у складу са пар. 536 СГЗ буде јасно изражена воља уговарача.³⁰⁷ Апсолутно ништав је био и симуловани уговор на случај смрти. Ментална резервација је утицала на пуноважност уговора само ако је једна уговорна страна била свесна да друга уговорна страна закључује уговор под менталном резервом.³⁰⁸ Дужина трајања уговора о наслеђивању, односно временско растојање од тренутка његовог закључења до смрти уговорног оставиоца није имала утицаја на његову пуноважност.³⁰⁹

Како је у предатном српском праву уговор о наслеђивању сматран за тзв. „иноминантни правни посао“, било је мишљења да је за његову формалну пуноважност требало испунити услове форме који су захтевани за пуноважност завештања, док је његове материјалне (садржинске) услове требало испунити онако како су били предвиђени за уговор о наслеђивању.³¹⁰ Пошто је завештање увек било строго формалан правни посао, непоштовање његове форме је водило и

³⁰⁴ Параграф 783 Српског грађанског законика: „Који би с уговором на случај смрти незадовољан био, онај мора, ако довољно узрока има, онако на уништење његово поступати, као и код других уговора“. Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96.

³⁰⁵ Параграф 13 Српског грађанског законика.

³⁰⁶ У параграфу 539 алинеја 4 СГЗ међу уговоре које закон „нарочито забрањује и уништава“ сврстан је и: „Уговор, којим би ко наследство или испоруку (легат) још за живота онога, од кога би му припало продао.“

³⁰⁷ Пресуда Округног суда за округ београдски бр. 1092 од 28.2.1932. године, *Бранич 7-8/1934*, 440.

³⁰⁸ Д. М. Пешуновић, 12.

³⁰⁹ Пресуда првостепеног суда за Варош Београд бр. 22.190. од 15.11.1897. године, *Бранич 7/1898*, 240.

³¹⁰ Ж. М. Перић (1923), 60; Д. Миљковић, 19; адвокат Павле Павловић поводом једне судске одлуке, *Бранич 7-8/1934*, 442.

„испочетној неважности“ уговора, односно, сматрало се да је уговор непостојећи.³¹¹

Но, изгледа да правила о формалној пуноважности уговора о наслеђивању ипак нису толико стриктно примењивана у пракси. У одлуци О. О. С. бр. 5005 од 28. маја 1903. године, наведено је да „уговор на случај смрти и ако није написан строго по пар. 780. Грађ. Зак. ипак је пуноважан за наследнике, јер је тај уговор као двостран и теретан остао у важности за све време живота уговарача и јер је, потврђен полицијском влашћу, постао и јавна исправа.“³¹² Ово решење је сасвим у духу параграфа 483 Српског грађанског законика.³¹³ Чини се да из тога проистиче да је суд оценио да су елементи форме установљени првенствено у циљу заштите уговорних странака и наследника и да је стога могућа његова конвалидација у случајевима када би формални недостаци били незнатни. То води закључку да је оваква повреда форме водила рушљивости овог уговора, док су апсолутно ништави (односно, непостојећи) били само они уговори у којима правила форме нису уопште поштована. Изгледа да су полазећи од сличних претпоставки, Аранђеловић и Марковић тврдили да је уговор на случај смрти могао да се поништи из истих разлога као и завештање, у року од три године од сазнања да уговор постоји.³¹⁴

Поништење или развод брака супружника, истовремено су узроковали престанак правних дејстава уговора о наслеђивању чији су субјекти били ти брачни другови и васпостављање брачноимовинског режима који је постојао пре брака.³¹⁵ О томе је био експлицитан и Српски грађански законик у пар. 787: „ако се брак уништи, онда се уништава и уговор на случај смрти; ако се брак разведе судски, онда се раскида уговор на случај смрти; и имање се поставља у првашње стање.“ Као што се види, законодавац је направио фину разлику између поништења уговора на случај смрти, које је настајало услед поништења брака и раскида уговора о наслеђивању, који је био последица развода брака. На

³¹¹ А. Ђорђевић (1903), 53-55; Ж. М. Перић (1923), 54-57; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 86-92; Пар. 428 СГЗ: „Сва остала лица, била мушка била женска, могу правити тестаменат, и биће снажан, ако је иначе у свом реду, и по пропису начињен, да закону достоверност има.“

³¹² Г. Никетић, 416.

³¹³ Пар. 483. СГЗ: „Ако су сви они, којих се ствар тиче, са наредбом завештаоца задовољни, онда тестаменат остаје у важности, баш да и није по прописаним правилима начињен, или да би баш и преко власти своје завешталац замашо.“

³¹⁴ Параграф 937 СГЗ; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96; Л. Марковић (1930), 315.

³¹⁵ Л. Марковић (1921), 321, напомена 1.

пуноважност уговора није било од утицаја то што би имовина супруге евентуално пала под стечај, али би правна дејства наступала ако би бар део имовине која је одређена као предмет уговора преостао по окончању стечаја.³¹⁶ С друге стране, према пар. 786 СГЗ, ако би супружници уговорили смесу добара, у случају отварања стечаја смеса би престајала да постоји *ex lege*, а имаће би се делило као да је наступила смрт једног од уговарача.

3.2.8. Однос према Аустријском грађанском закону

Према мишљењу које је владало у великом делу наше предратне правне науке и судске праксе, главно одступање Српског грађанског законика у погледу уговора о наслеђивању, у односу на Аустријски грађански законик, састојало се у томе што су могла да га закључују сва лица, а не само супружници. За разлику од аустријског права, где се уговор о наслеђивању који је закључен у корист трећег лица не сматра уговором, већ тестаментом,³¹⁷ у предратном српском праву је уговором на случај смрти било могуће стипулисати и права у корист трећег.

Међутим, ово нису једине несагласности српске и аустријске кодификације грађанског права. У српском и у немачком праву (пар. 2278 Немачког грађанског законика) су самостални предмет уговора о наслеђивању могли да чине уговорни легати и налози, док је у аустријском праву предмет овог уговора могла да буде само цела заоставштина или њен аликвотни део.³¹⁸ Према Аустријском грађанском закону, уговором о наслеђивању су легати и налози могли да буду одређени само супсидијерно, али овакве одредбе нису имале уговорни карактер и остајале су једнострано опозиве као да је реч о завештајним располагањима, јер су се уговорни легати третирали као поклони за случај смрти.³¹⁹ Најзад, према пар. 1253 Аустријског грађанског законика, $\frac{1}{4}$ заоставштине се није могло располагати уговором, већ је она морала да остане слободна за располагање тестаментом, чак и када би завештајни наследник било исто лице које је претходно одређено за уговорног наследника, а ако се том четвртином не би располагало, она је

³¹⁶ Пар. 785. Српског грађанског законика: „Ако жена падне под стечиште, уговор на случај смрти остаје зато непромен.“ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96-97; Ј. Урошевић, 585, нап. 2.

³¹⁷ Adolfo Rušnov, *Tumač Obćet austrijskom građanskom zakonu – knjiga druga*, Zagreb 1891, 638.

³¹⁸ Ј. Марковић (1930), 309.

³¹⁹ Ј. Марковић (1930), 309; А. Rušnov, 636

припадала законским наследницима. Српска кодификација није познавала овакво ограничење слободе уговорног располагања заоставштином.³²⁰

Иако је пар. 1249 АГЗ било предвиђено да уговор о наслеђивању може да се закључи у форми потребној за сачињавање писаног тестаментa, након доношења Закона о нотарима овај контракт је почео да се закључује у форми јавне исправе. Са друге стране, у српском праву је уговор о наслеђивању могао да се закључи и према општим правилима уговорног права и према формалним захтевима за сачињавање завештања. Али, како није било прецизирано о којој форми завештања је реч (пар. 780 СГЗ), уговор о наслеђивању је у српском праву било могуће закључити и у форми јавне и у форми приватне исправе.³²¹

Уговор на случај смрти закључен између супружника се разводом њиховог брака раскидао, док је поништење брака имало за последицу поништење уговора о наслеђивању. Међутим, за разлику од параграфа 1264 - 1266 Аустријског грађанског законика, параграф 787 Српског грађанског законика није садржао одредбу према којој супружник, који није крив за престанак брака, по смрти другог супружника задржава права из уговора о наслеђивању и стиче право на накнаду штете.³²² Најзад, иако то није било дело српског законописца, већ српске судске праксе, у нашем предратном праву су, за разлику од аустријског права, уговорници могли у самом уговору о наслеђивању да резервишу за себе овлашћење да једностраном изјавом воље раскину овај уговор.

3.3. Уговорно наслеђивање у Краљевини Југославији

3.3.1. Увод

Стварањем Краљевине Срба Хрвата и Словенца 1918. године, која ће 1929. године променити назив у Краљевина Југославија, на територији нове државе појавило се осам различитих наследноправних подручја.³²³ Претходно је већ указано на одредбе Српског грађанског законика, чија примена је у Краљевини Југославији настављена на простору некадашње Краљевине Србије, па је

³²⁰ М. Станковић (2014), 215.

³²¹ М. Станковић (2014), 216.

³²² Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96; Ј. Марковић (1930), 316.

³²³ Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 29-30; Драгољуб Д. Стојановић, Оливер Б. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 70-76.

преостало да се у кратким цртама размотри положај уговора о наслеђивању у преосталим наследноправним подручјима на територији Краљевине Југославије.

3.3.2. Подручје Општег имовинског законика за Црну Гору

Општи имовински законик за Црну Гору није обухватао породично и наследно право, па ни уговор о наслеђивању није био регулисан овом импозантном кодификацијом Валтазара Богишића. Богишић је сматрао да породично право не представља целину са имовинским правом, те да би њихово заједничко регулисање у истом закону ишло на уштрб конзистентности, даљег развитка и јасноће материје. С друге стране, он је био на становишту да ни наследно право није органски повезано са имовинским, већ са породичним правом, са којим, по његовом мишљењу, чини неодвојиву целину како у римском и византијском, тако и у словенском праву.³²⁴ Други разлог због кога је Валтазар Богишић изоставио ове две гране грађанског права из своје кодификације имовинског права, лежао је у његовом уверењу да породично право тог времена у Црној Гори није досегло потребан ниво за кодификовање. Ипак, он није одбацио могућност, да водећи рачуна о специфичностима породице и моралним нормама којима су уређени многи њени односи, породично право кодификује накнадно.³²⁵

Уговорно наслеђивање није познавао ни Законик књаза Данила из 1855. године. Иако је у члановима 48-59 регулисао питања законског и завештајног наслеђивања, о најјачем основу позивања на наслеђе није било ни речи.³²⁶

Међутим, у Црној Гори је како у обичајном праву, тако и у судској пракси Великог суда, признавано постојање уговора о наслеђивању, иако његово закључење није било тако често као састављање тестамената. Уговорне стране су начелно могла да буду сва лица, али је то у пракси ретко када био неко изван најужег породичног круга. Уговор о наслеђивању је служио братству да сачува личну и имовинску сигурност братственика. У случају болести или старости

³²⁴ Поводом Црногорског грађанског законика, Неколико ријечи о начелима и методу усвојеним при изради – Писмо једноме пријатељу од В. Богишића, превео с француског језика архимандрит Н. Дучић, *Бранич 13 - 14/1888*, 456-457.

³²⁵ Поводом Црногорског грађанског законика, Неколико ријечи о начелима и методу усвојеним при изради – Писмо једноме пријатељу од В. Богишића, 458.

³²⁶ Јован Р. Бојовић, *Законик књаза Данила*, Титоград 1982, 155-158.

братственика, братство је, посредством ове установе, спречавало треће лице да уђе у ширу породицу и да се тако оспе породична имовина.³²⁷ Муж и жена су ове уговоре могли да закључују само ако би имали одељену имовину, а не би имали деце. Како је у тим случајевима жена лишавала најближу мужевљево породицу права да наследни његову „ископштину“, то су отпори увођењу уговора о наслеђивању били огромни и никада нису довели до његовог значајнијег присуства у пракси.³²⁸

Способност за закључење уговора о наслеђивању су имала сва пословно способна лица, а то ће рећи пунолетна лица (која су навршила 21 годину), али и лица са навршеном 18. годином живота која је надстаратељска власт прогласила пунолетнима, као и лица која су се, уз одобрење родитеља и старатеља и уз потврду надстаратељске власти, оженила и оделила од родитеља.³²⁹ Занимљиво је да су ове уговоре могла да закључују и лица под туторством и старатељством, уз пристанак татора или старатеља и одобрење надстаратељске власти, а могли су да буду закључивани и преко пуномоћника.³³⁰ То значи да уговоре о наслеђивању нису могли да закључују малолетници (осим у наведеним случајевима), расипници и душевни болесници.³³¹

Уговором о наслеђу су по правилу уговорне странке једна другу одређивале за наследнике, мада је било могуће и уговарање легата и уношење у садржину уговора свих оних модалитета које је могуће учинити и саставним делом тестаментa.³³² Правна дејства овог правног посла су наступала тренутком смрти уговорног оставиоца, када је наследник ступао у сва уговором одређена права, уз обавезу да намири оставиочеве дугове са режимом одговорности *ultra vires hereditatis*, осим ако не би било уговорено супротно. Ако нешто друго није било одређено, уговорни оставилац је до тренутка смрти могао слободно да располаже објектом уговора правним пословима међу живима, али је располагање завештањем било без дејстава, јер је уговор јачи основ позивања на наслеђе.³³³

³²⁷ Саво Марковић, *Тестамент у црногорском обичајном праву*, Београд 1995, 167.

³²⁸ Са. Марковић, 168.

³²⁹ Божидар С. Томовић, *Наследно обичајно право у Црној Гори*, Београд 1926, 80-81.

³³⁰ Б. С. Томовић, 81-82.

³³¹ Са. Марковић, 168.

³³² Б. С. Томовић, 83; С. Марковић, 169.

³³³ Б. С. Томовић, 84; С. Марковић, 169.

Изгледа да је у прво време признавана пуноважност уговора о наслеђивању када год би био закључен у форми предвиђеној за састављање било ког другог уговора – усмено, у писаној форми или у облику писмена овереног у суду. Међутим, након одлуке Великог суда бр. 832-III-1922-18 од 28. фебруара 1923. године, они су под претњом ништавости морали да буду закључивани у писаној форми и оверени од стране суда.³³⁴

Уговори о наслеђивању су и у црногорском праву били једнострано неопозиви. Могли су да буду раскинути споразумно или у случају развода или фактичког престанка брачне заједнице, при чему је супружник који је био крив за престанак брака или брачне заједнице био дужан да надокнади штету оном другом супружнику, који ју је трпео услед неизвршења уговора о наслеђивању. Могли су се поништити из свих разлога као и сваки други контракт, због супротности „закону, поштењу и благонаравију“, ако би предмет уговора био немогућ, ако би уговор био закључен у циљу оштећења поверилаца, ако би га закључило лице које није имало потребну уговорну способност и због мана воље.³³⁵

3.3.3. Подручје Аустријског грађанског законика

Када је реч о територији данашње Србије, аустријско право је између два светска рата важило у Срему и у банатским срезovima Панчеву, Алибунару и Белој Цркви. О начину на који је у аустријском праву уређен уговор о наслеђивању, делимично је већ било речи на месту на коме се анализирао однос Српског грађанског законика према свом изворнику, поводом регулисања овог института. Како ће о појединим питањима уговорног наслеђивања у Аустрији бити речи и у предстојећим поглављима, на овом месту ће бити истакнуте само најважније чињенице.

Према пар. 602 и 1249 АГЗ, уговор о наслеђивању су могли да закључе само супружници (касније и вереници ако би брак између њих био закључен), посредством брачног уговора и у форми потребној за писано завештање и овај правни посао је могао да буде основ само за универзалну сукцесију. Правна

³³⁴ Б. С. Томовић, 82-83; С. Марковић, 168.

³³⁵ Б. С. Томовић, 83-84; С. Марковић, 168-169.

природа уговора о наслеђивању, као правног посла *mortis causa*, повлачила је за собом две правне последице. Прво, уговорни оставилац је све до своје смрти могао слободно да располаже објектом уговора правним пословима *inter vivos*, а уговорни наследник није могао да тражи никакво обезбеђење уговорене заоставштине. Друго, уговорни наследник је тек тренутком смрти уговорног оставиоца стицао уговорена добра, па за случај да не би надживео декујуса, стипулисана права нису могла да пређу на његове наследнике.³³⁶ Према пар. 1253 АГЗ, $\frac{1}{4}$ заоставштине није се могло располагати уговором, већ је она морала да остане слободна за располагање тестаментом. Уговором за случај смрти нису могла да буду повређена права нужних наследника.³³⁷

3.3.4. Подручје мађарског права

Мађарско, односно војвођанско приватно право, које је важило у Бачкој и у Банату (не рачунајући срезове Панчево, Алибунар и Белу Цркву), познавало је уговор о наслеђивању. Пишкулић и Ђерђ су га дефинисали као „двострани правни посао по ком једна странка изјављује обавезно своју последњу вољу, а друга странка то прима.“³³⁸ Осим уговора о наслеђивању у ужем смислу (једностраних), били су могући и реципрочни (двострани или заједнички) и уговори у корист трећег лица.³³⁹

Круг физичких лица која су могла да закључе овај уговор је био неограничен, под условом да је лице које је располагало за случај смрти имало пословну способност, док је малолетницима за закључење овог уговора било потребно одобрење татора. Заступање није било допуштено, већ је овај уговор било могуће закључити само лично.³⁴⁰

Закључењем уговора о наслеђивању, уговорни оставилац није губио право да располаже објектом уговора правним пословима међу живима, али није могао да изигра права уговорног наследника тако што би предузимао добротине правне

³³⁶ Параграф 1252. Аустријског грађанског законика.

³³⁷ Параграф 1254. Аустријског грађанског законика.

³³⁸ Звонимир Пишкулић, Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Београд 1924, 271.

³³⁹ Глиша Богданфи, Никола Николић, *Опште приватно право које важи у Војводини, II том*, Панчево 1925, 260; З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271-272.

³⁴⁰ Г. Богданфи, Н. Николић, 261.

послове. Ако би то учинио, независно од савесности поклонопримца, уговорни наследник би после смрти уговорног оставиоца могао да напада оваква располагања, ако би могао да докаже да су учињена у злој намери.³⁴¹ Материјални услови за пуноважност и садржина уговора о наслеђивању процењивали су се према условима потребним за састављање завештања.³⁴²

Све до ступања на снагу Законског чланка XVI: 1876. о формалним захтевима тестамената, уговора о наслеђивању и даровања за случај смрти, за закључење уговора о наслеђивању није била потребна никаква форма, па Игњатовић наводи да он није ни могао да буде поништен због формалних недостатака.³⁴³ Након ступања на снагу Законског чланка из 1876. године, параграфом 33 је било прописано да је за формалну пуноважност, како уговора о наслеђивању, тако и поклона за случај смрти, потребно да буду закључени у форми која је тим законом била предвиђена „за писмени приватни тестаменат, за јавни тестаменат или за писмени приватни тестаменат, остављени код јавног бележника.“³⁴⁴

Уговор за случај смрти, у војвођанском праву, је могао да престане или споразумним раскидом (неформално) или једностраним раскидом. Једнострано опозив је био могућ ако је једна од уговорних страна то право задржала за себе, затим услед узрока који су водили искључењу из права на нужни део уговорног наследника, или ако је само један уговарач располагао у корист трећег, а он накнадно није прихватио такво располагање. Ако је уговор био закључен између супружника, престајао је поништењем брака, раставом супружника од стола и постеље и ако би се једном од њих накнадно родило дете или би се за његово постојање накнадно сазнало.³⁴⁵

³⁴¹ У науци постоје различите мишљења о томе какве би биле правне последице успешног нападања оставиоцевих располагања. По Пишкулићу и Ђерђу, поклонопримац би био дужан да врати уговорном наследнику ствар коју је по основу уговора о поклону прибавио од уговорног оставиоца, док Богданфи и Николић сматрају да би уговорни наследник имао право само на облигационоправни захтев, односно на накнаду штете. З. Пишкулић, И. Ђерђ, 272; Г. Богданфи, Н. Николић, 262.

³⁴² Г. Богданфи, Н. Николић, 261.

³⁴³ *Збирка закона, министарских наредба, уредаба и расписа, XVI/1936*, уређује и издаје Ника Игњатовић, Нови Сад 1936, 21.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ З. Пишкулић, И. Ђерђ, 272; Г. Богданфи, Н. Николић, 263.

3.3.5. Подручје шеријатског права

На подручју Босне и Херцеговине је у областима облигационог и стварног права примењиван Аустријски грађански законик, а на породичноправне и наследноправне односе је примењивано обичајно право за хришћане, а за муслимане, на основу Сенжерменског уговора, шеријатско право. У шеријатском праву није постојао уговор о наслеђивању као основ позивања на наслеђе, већ само закон као јачи и тестамент као слабији основ позивања на наслеђе.³⁴⁶ Наравно, реч је о ханефијској правној школи, чији су следбеници били муслимани на територији наше државе.³⁴⁷

Истина, у шеријатском праву постоји институт „техаруџ“, који упркос наименовању које Бушатлић користи у једном поднаслову („наслеђивање *техаруџом* (погодбеним споразумом)),³⁴⁸ не представља уговор о наслеђивању, већ уговор о деоби заоставштине. „Техаруџ“ се састоји у томе, што се један наследник договори са својим санаследницима да му припадне тачно одређена ствар из заоставштине, при чему он за узврат не учествује у деоби преостале заоставштине, него је остали наследници деле према својим наследним деловима из „тасхиха“, па макар вредност ствари која је припала наследнику који је тражио да се примени „техаруџ“ била мања од вредности његовог наследног дела.³⁴⁹

3.3.6. Преднацрт јединственог грађанског законика

У намери да се донесе јединствен грађански законик који би важио за сва правна подручја на територији Краљевине Југославије, при министарству правде је образована комисија која је свој рад окончала објављивањем Преднацрта јединственог грађанског законика 1934. године, који никада није ступио на снагу. Рад на изради Преднацрта највише су успоравале несугласице које су се тичале брачног права и законског наследног реда, а постојали су и предлози да се

³⁴⁶ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 177.

³⁴⁷ Из тог разлога преостале три школе у исламској теолошко-правној науци (шафијска, маликијска и ханбелијска) нису узете у разматрање у овом раду. Hafiz Abdulah Bušatlić, *Porodično i nasljedno pravo Muslimana (Glavne ustanove i propisi)*, Sarajevo 1926, 6 и даље.

³⁴⁸ Н. А. Бушатлић, 161.

³⁴⁹ Н. А. Бушатлић, 161-162.

нормирају посебни наследноправни режими за наслеђивање у задругама и за наслеђивање пољопривредног земљишта. Све је то на крају довело до предлога да се усвоји језички прилагођена и граматички исправљена верзија Аустријског грађанског законика, као основица Грађанског законика за Краљевину Југославију.³⁵⁰ Предосновом је било предвиђено постојање уговора о наслеђивању у параграфима 573 и 574. Овим одредбама је било прописано да су могући основи позивања на наслеђе уговор о наслеђивању, завештање и закон, при чему није била искључена могућност „да једном наследнику пристоји сразмеран део заоставштине по последњој вољи, другоме по уговору и трећем по закону.“³⁵¹

3.4. Уговорно наслеђивање након Другог светског рата

Још пре доношења Савезног закона о наслеђивању, судска пракса је заузела став да уговор о наслеђивању не може да буде основ позивања на наслеђе, јер се ограничавајући слободу завештајног располагања противи југословенском друштвеном поретку.³⁵² Савезни врховни суд је у Упутству за поступак у оставинским предметима од 23. новембра 1947. године, заузео гледиште да се за наследнике могу узети лица која се позивају на наслеђе или на основу изјаве последње воље или на основу закона.³⁵³ Ни Тезе за предпројект закона о наслеђивању нису предвиђале уговор о наслеђивању као један од основа позивања на наслеђе. Већ у другој тези је изричито речено: „Наследити се може по закону и на основу тестамент.“³⁵⁴ У образложењу овог предлога, Константиновић је истакао да поред законског и завештајног наслеђивања „уговор о наслеђивању не одговара данас никаквој потреби.“³⁵⁵ Навођено је и да би се давањем права на закључење уговора о наслеђивању укинула слобода завештања, јер је тестамент као једностранни правни посао увек могуће изменити или опозвати, док је то у

³⁵⁰ Dragan Pantić, *Privatnopravni partikularizam i pokušaji unifikacije građanskog prava u Jugoslaviji između dva rata, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, XX-XXI, 1983-1984*, 124.

³⁵¹ Министарство правде Краљевине Југославије, *Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Београд 1934, 119.

³⁵² Решење Врховног суда НР Србије ГЗЗ 174/50 од 22.В 1950, наведено према: Lav Dujmov, *Ugovor kao pravni osnov za nasljeđivanje, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, VI-1968*, 104.

³⁵³ Миле Хаци Василев Вардарски, Уште еднаш за договорот за доживотна издршка, *Годишник на Правниот факултет во Скопје*, Том XXVI, Скопје 1982, 215, наведено према: А. Ристов, 85.

³⁵⁴ Тезе за предпројект закона о наслеђивању, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1947, 315.

³⁵⁵ Михаило Константиновић, Опште напомене уз тезе за предпројекат закона о наслеђивању, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 469.

случају уговора о наслеђивању могуће само уз пристанак друге стране. Најзад, аргументовано је да овај институт представља реликт феудалног права, који је имао за циљ да очува и увећа неподељеност феуда и понекада да утврди редослед позивања на наслеђе и у неколико наредних генерација.³⁵⁶

Савезним законом о наслеђивању из 1955. године уговор о наслеђивању је забрањен (чл. 6. и чл. 108-110) и као основ за универзалну и као основ за сингуларну сукцесију. Образложење је било да је противан социјалистичком моралу, пошто се њиме „шпекулише“ смрћу оставиоца, односно да у пракси доводи до спорова и компликовања уговорних односа.³⁵⁷ Ипак, Савезни закон о наслеђивању је правио разлику у погледу апсолутно ништавих уговора о наслеђивању који би били закључени пре и после ступања на снагу овог закона. Чланом 243. је било предвиђено да уговоре о наслеђивању закључене пре његовог ступања на снагу треба сматрати изјавама воље које су учињене у завештању, те да им треба признати и правна дејства завештајног располагања.³⁵⁸ Дакле, у погледу уговора о наслеђивању, закључених пре ступања на снагу Савезног закона о наслеђивању, била је могућа конверзија, док то није био случај када је реч о уговорима за случај смрти који су били закључени након ступања на снагу овог закона, јер они, као изричито забрањени законом, нису могли да произведу никаква правна дејства. То значи да их суд није узимао у обзир приликом расправљања заоставштине, па заинтересована лица нису ни морала да траже поништај уговора о наслеђивању.³⁵⁹ О ништавости уговора о наслеђивању суд је водио рачуна *ex officio*,³⁶⁰ баш као и у нашем позитивном праву.

У вези са поменутих правилима треба навести и једну занимљиву одлуку Врховног суда Хрватске из 1956. године, којом је призната важност изјаве последње воље садржане у уговору о наслеђивању ако она испуњава потребне услове за завештање: „Ваљану изјаву може садржавати и исправа о двостраном

³⁵⁶ Bertold Ajzner, Diskusija o „Tezama“ za pretprojekat zakona o nasljeđivanju, *Arhiv za pravne i društvene nauke 1/1948*, 105, фн. 6; М. Константиновић (1982), 469.

³⁵⁷ L. Dujmov, 104-105.

³⁵⁸ Чл. 243. ст. 3. Савезног закона о наслеђивању: „Изјава воље сачињена у уговору о наслеђивању до ступања на снагу овог закона сматраће се као изјава учињена у тестаменту и с њом ће се поступати по претходним одредбама овога члана.“; Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb 1964, 25.

³⁵⁹ М. Kreč, Đ. Pavić, 327.

³⁶⁰ Svetislav R. Vuković, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, obrascima, registrom pojmova i prilogom*, Beograd 2007, 205.

правном послу, ако су одржане формалности које закон тражи за ваљаност опоруке... Уколико, наиме, односни послови нису ваљани као уговори, они могу садржавати ваљану опоруку ако се у њима са свешћу тестира располагање имовином за случај смрти, а односна изјава има све потребне опоруке.³⁶¹

Уговор о наслеђивању у ужем смислу и уговор о легату били су забрањени и Законом о наслеђивању СР Србије из 1974. године. Најпре су чланом 6. као допуштени основи позивања на наслеђе били предвиђени само закон и тестамент, чланом 103. је још једном било подвучено да су ништави они уговори „којима неко оставља своју заоставштину или њен део своје саговорачу или трећем лицу,“ а чланом 104. став 2. да је ништав и „уговор о легату или којој другој користи којима се један уговорач нада из наследства које још није отворено.“³⁶² Међутим, начин на који је уговор о доживотном издржавању био дефинисан у чл. 122. Савезног закона о наслеђивању и у чл. 117. Закона из 1974. године, више је личио на мешавину уговора о наслеђивању (јер се обећава наследство после смрти) и уговора о доживотном издржавању, иако његова правна природа уговора о доживотном издржавању никада није довођена у питање.³⁶³

Међутим, у литератури се са правом наводи да је у целом послератном периоду уговорно наслеђивање било заправо, само формално забрањено. Повод таквом ставу даје чињеница да се честим симуловањем уговора о доживотном издржавању заправо неограничено располагало у корист даваоца издржавања,

³⁶¹ Пресуда Врховног суда НР Хрватске, Гж. 1769/56 од 11.11.1956. године, Збирка судских одлука, књига I, свеска 3/1956, 105.

³⁶² Оливер Б. Антић, *Збирка закона из наследног права у СФР Југославији*, Београд 1989, 117, 140.

³⁶³ Чл. 117. став 1. Закона о наслеђивању СР Србије: „Уговори којим се један уговорник обавезује да издржава доживотно другог уговорника, или неко треће лице, а у коме други уговорник изјављује да му оставља сву своју имовину или један њен део у наслеђе није уговор о наслеђивању, него уговор о отуђењу уз накнаду свих непокретних ствари које припадају примаоцу издржавања у време закључења уговора, или одређеног дела тих ствари, чија је предаја даваоцу издржавања одложена до смрти примаоца издржавања (уговор о доживотном издржавању).“ О. Б. Антић (1989), 144. Не само језичко тумачење дела ове норме („оставља у наслеђе“), већ и начин на који је опредељен предмет овог уговора („оставља сву своју имовину или један њен део“), иманентни су наследноправним уговорима. Ова дилема је постојала још пре доношења Савезног закона о наслеђивању из 1955. године. Нижи судови су уговоре о доживотном издржавању третирали као уговоре о наслеђивању због чега су били поништавани, док је Савезни врховни суд по овом питању имао другачије схватање. Он је карактерисао ове уговоре као облигационоправне теретне контракте, са таквом модификацијом да је давалац своја права и обавезе преносио на примаоца тренутком своје смрти. Гледиште Савезног врховног суда је на крају постало саставни део наших закона о наслеђивању. Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81-82, 124-125.

односно да је изигравањем правила о нужном наслеђивању посредно долазило и до заобилажења забране уговорног наслеђивања.³⁶⁴

³⁶⁴ Enes Bikić, Meliha Povlakić, Sefedin Suljević, Marinko Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, 484.

III УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У САВРЕМЕНОМ УПОРЕДНОМ ПРАВУ

1. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ УПОРЕДНОПРАВНЕ АНАЛИЗЕ ЗА ИЗУЧАВАЊЕ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Нимало случајно, наследно право се сматра „саставним делом културних добара једне државе – попут њених културно-историјских споменика и музеја.“³⁶⁵ „Грађанско право је израз своје средине, а није област у којој се изједначење постиже канцеларијским путем. Оно се повија за друштвеном стварношћу као облик за садржином.“³⁶⁶ „Правне установе увек имају релативну вредност. Оне су израз неопходности и потреба практичног живота својега времена у народу у коме су постале и развиле се, и ван тога народа и ван тога времена оне више немају праве вредности. По томе, и најбољи закони каквога народа могу бити врло рђави и по даљим посљедицама својим веома штетни за други који народ, који их не појима и коме они не требају... и право, како год и језик, и т. д. носи такођер на себи веран отисак индивидуалитета онога народа, у коме је постало и развило се, и у коме оно живи.“³⁶⁷

Као што се види, нису усамљена мишљења да наследно право представља део грађанског права на који највише утичу традиција, специфична култура и обичаји који постоје у једном народу, што свако упоредноправно разматрање у сфери наследног права чини тешким и помало „спекулативним“. Понекада чак постоји и страх да би евентуална хармонизација наследних права на одређеном простору водила губитку једног дела националне посебности.³⁶⁸ И поред тога што

³⁶⁵ Walter Pintens, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien – und Erbrechts – Teil, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 329, 331, наведено према: Marius J de Waal, A Comparative Overview, *Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, 3.

³⁶⁶ Божидар С. Марковић, *Реформа нашега грађанског законодавства*, Београд 1939, 39.

³⁶⁷ А. Ђорђевић (1888), 512-513.

³⁶⁸ N. M. van der Horst, The Law of Inheritance of the Russian Federation, *Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge*, edited by William Simons, Leiden-Boston 2009, 260; Sjeff van Erp, New Developments in Succession Law, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), 1-2, <http://www.ejcl.org>, приступ остварен 14.8.2014. године; Б. С. Марковић, 33-40; M. J de Waal (2007), 3.

је у највећем броју европских држава, поред локалних обичаја у различитој мери било присутно и наслеђе римског права, византијског права, средњовековног германског права, преузимање из европског *ius commune* настајалог усвајањем међународних конвенција у овој области, упоредноправна анализа наследног права се углавном задржавала на питањима међународног приватног права.³⁶⁹ Обзиром на ову чињеницу, није мали број аутора који оправдано указују да избегавање било каквог покушаја хармонизације или компаративног приступа проблематици наследног права са позивањем на његов локални карактер, представља избегавање одговорности и претерану симплификацију проблема. Зато се истиче да би заједничка правна традиција највећег броја европских земаља, која је заснована на римском праву, а која свој одсјај има и у наследном праву, требало да буде стимуланс за упоредноправни приступ који је нужан и услед великог кретања људи, робе и капитала који карактеришу савремени свет.³⁷⁰

Употреба упоредноправног метода је у овом раду нужност и због тога што уговор о наслеђивању није позитивноправни институт у српском праву. Али, ако се већ примењује упоредноправни метод, учиниће се покушај да се избегну замке које он обично собом носи. Оно што желимо да избегнемо је такозвани „постмодернистички приступ“, односно микропоређења, која се уместо разматрањем додирних тачака које постоје међу различитим правним системима и објашњавањем разлога постојања разлика, анализом предности и недостатака које они нуде и циљева који њима желе да се постигну, одликују тражењем појединачних, па и најситнијих разлика које постоје не само између појединих института, већ и у односу на различите елементе у оквиру једног истог института.³⁷¹ Овакав „хоризонтални метод“, како га назива де Вал (*de Waal*), може да буде занимљив у оној мери у којој је прегледан и у којој је од помоћи правницима практичарима.³⁷² Међутим, чини се да се његова употреба у оваквом делу не може сматрати врлином, јер се одликује претераним

³⁶⁹ Walter Pintens, *Dutch Law and the Europeanisation of Inheritance Law, Inheritance law legislation of the Netherlands, A translation of Book 4 of the Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation*, by Ian Sumner and Hans Warendorf, Antwerp-Oxford 2005, vii.

³⁷⁰ Dieter Leipold, *Europa und das Erbrecht, Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Sölner* (2000), 647-650, наведено према: M. J de Waal (2007), 5; S. C. Lapuente (2007), 39.

³⁷¹ M. J de Waal (2007), 3-4, 14.

³⁷² *Ibid.*

поједностављивањем, управо због одсуства продубљености и синтезе која га у недовољној мери прати.

Полазећи од свега наведеног, циљ овог поглавља није да се у појединостима излажу начини на које је регулисан уговор о наслеђивању у различитим правним порецима. Намера је да се укаже на различите упоредноправне приступе уговорном наслеђивању и да се употребом типолошког метода синтетишу и класификују различити модели у његовом регулисању. Оваква анализа би требало да послужи као основа, да се водећи рачуна о особеностима сваког од представљених модела и задатака који се њиме постижу, али и целине грађанскоправног система у Србији, касније синтетишу сличности између различитих модела и понуди одговор о концепту уговорног наслеђивања који би највише одговарао српском историјском искуству, обичајима, али и савременим потребама и стремљењима.

2. ПОСТОЈЕЋЕ ПОДЕЛЕ ПРАВНИХ СИСТЕМА ОБЗИРОМ НА МЕСТО КОЈЕ ДАЈУ УГОВОРИМА О НАСЛЕЂИВАЊУ

2.1. Увод

У савременој али и у старијој литератури, како домаћој тако и иностраној, преовлађујуће су две поделе обзиром на место и значај који се поклањају уговору о наслеђивању у различитим правним системима. Прва подела се заснива на томе да ли одређени правни системи допуштају или забрањују закључење уговора о наслеђивању, док друга подела полази од круга лица која могу да буду субјекти овог уговора. У предстојећем излагању учиниће се покушај да се докаже да поменута разврставања уговорног наслеђивања нису ваљана и понудиће се нова систематизација правних поредака обзиром на улогу и циљеве које поклањају овом институту.

2.2. Правни системи у којима је допуштено закључење уговора о наслеђивању и правни системи у којима је забрањено закључење уговора о наслеђивању

Упркос свим разликама које постоје између појединих наследних права, у литератури се истиче да су „националне разлике посебно занимљиве у погледу режима вољног наслеђивања“.³⁷³ Тако су и у погледу регулисања уговора о наслеђивању могући различити приступи, који су изнијансирани од њихове потпуне забране без изузетка у неким правним системима, преко њихове начелне забране уз неке веома важне изузетке који у великој мери дерогирају опште правило о забрани, до њихове допуштености у ограниченом или неограниченом обиму. Различито регулисање овог института у упоредном праву је последица „правне традиције, законодавне политике и другачијих потреба одређеног наследно-правног уређења.“³⁷⁴

У страној литератури је јасно диференцирана подела на оне правне системе у којима је уговор о наслеђивању „начелно допуштен“, а то је германска правна породица, и на правне системе у којима је уговор о наслеђивању „начелно забрањен“, а то је романска правна породица.³⁷⁵ У ширем или у ужем смислу, уговор о наслеђивању је допуштен у немачком, швајцарском и (по узору на њега) у турском праву, у аустријском, шкотском и у мађарском праву. Интересантно је да су уговори о наслеђивању допуштени и Хашком конвенцијом из 1989. године. Државе које ратификују ову конвенцију нису обавезне да уговор о наслеђивању нормирају у свом правном поретку, али се ови уговори сматрају пуноважним од тренутка ратификације Хашке конвенције.³⁷⁶

С друге стране, безизузетна забрана уговора о наслеђивању постоји у руском и бугарском праву, у правима на простору некадашње Југославије, али и у

³⁷³ Andrea Bonomi, La vocation successorale volontaire dans certains droits européens, *Le droit des successions en Europe, Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003*, ed. Andrea Bonomi, Genève 2003, 31.

³⁷⁴ Nataša Stojanović, Zašto je ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu, *Pravni život 10/2003*, 165.

³⁷⁵ M. J de Waal (2007), 16.

³⁷⁶ Ch. Pamboukis, Unification of the law of inheritance, *European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.)*, Athens-Komotini 2008, 300.

италијанском праву (упркос супротним залагањима у италијанској науци и пракси последњих година) и у шведском праву.³⁷⁷

У енглеском и у ирском праву не постоје уговори о наслеђивању какве познаје континентално право, већ уговори о садржини завештања, којима се уговорне стране споразумевају да завештање сачине или не сачине. Слично решење постоји у норвешком праву у коме је уговор о наслеђивању (*arvepakt*) допуштен још од доношења првог Закона о наслеђивању из 1854. године.³⁷⁸ Овакви уговори су, забрањени у српском праву, али и у немачком (пар. 2302 НГЗ) и швајцарском (чл. 27 ШГЗ) праву у коме се сматра да нарушавају личну слободу.³⁷⁹ Уговори о садржини завештања и нису наследноправни уговори у правом смислу речи, јер за предмет немају расподелу заоставштине или неког њеног дела, већ су облигационоправни уговори чије неиспуњење за последицу има евентуално право једне уговорне стране на накнаду штете.³⁸⁰

Grosso modo се може рећи да за разлику од “германске породице права“, „романска породица права“ начелно забрањује уговоре о наслеђивању и да на њих гледа са неповерењем. Уговор о наслеђивању је због старог правила „*donner et retenir ne vaut*“ (не може се истовремено и дати и задржати) начелно забрањен у француском праву и у оним кодификацијама које су доношене по узору на Наполеонов кодекс – Белгији (чл. 1130. Белгијског грађанског законика), Луксембургу (чл. 1130 Луксембуршког грађанског законика), Холандији (чл. 4:4, ал. 2 Холандског грађанског законика), Грчкој (чл. 368. Грчког грађанског законика) и Шпанији (чл. 658, 816. и чл. 1271, ал. 2 Шпанског грађанског

³⁷⁷ А. Bonomi (2003), 39; N. Stojanović (2003), 165. Шведски Закон о наслеђивању из 1958. забрањује уговор о наслеђивању. Peter Hambro, The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse's Position and Irrevocable wills, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 238.

³⁷⁸ Уговором о наслеђивању у норвешком праву једно лице се обавезује да сачини или не сачини, опозове или не опозове, односно да измени или не измени своје завештање. P. Hambro (2011), 238.

³⁷⁹ А. Bonomi (2003), 45, фн. 58.

³⁸⁰ А. Bonomi (2003), 45. Иако ова врста наследноправних уговора није предмет истраживања у овом раду, треба рећи да је уговор о располагању наслеђем које није отворено забрањен у српском, француском, белгијском, луксембуршком, италијанском и шпанском праву, али је допуштен у немачком праву, под условом да је закључен између оставиоца и наследника, при чему се наследник који се одриче свог будућег наслеђа одриче и права на нужни део. С друге стране, ништав је уговор који закључе трећа лица, а који за предмет има заоставштину лица које је живо. Пуноважан је у немачком праву и уговор који између себе закључе потенцијални наследници а који се односи на расподелу њиховог законског или нужног наследног дела, јер се не сматра наследноправним уговором, већ облигационоправним контрактом који нема утицаја на наследноправну сукцесију. А. Bonomi (2003), 46-47.

законика) и то у свим његовим модалитетима – као уговор о наслеђивању у ужем смислу, као уговор о одрицању од наслеђа које није отворено и као уговор о садржини завештања, мада су неки од ових уговора у појединим шпанским покрајинама, попут Арагона, Каталоније,³⁸¹ Галиције, Наваре, Баскије и Балеарских острва, у мањој или већој мери ипак допуштени.³⁸² На основу државно-правног уређења у Шпанији и законодавних надлежности које су поверене наведеним покрајинама у овој држави, у регионима је у примени и локално грађанско (па и наследно) право, које је резултат њихове историјске посебности и самосталног развитка права. Ипак, примена регионалног права мора да се креће у оквирима који су Шпанским грађанским закоником прописани као важећи за целу Шпанију, односно правила покрајинских права не смеју да буду у супротности општим правилима која важе у целој Шпанији.³⁸³ Међутим, и ако се остави на страну изузетак условљен специфичношћу шпанског права, у највећем броју ових држава (Француска, Белгија, Шпанија, Португалија) од основног правила о забрани уговора о наслеђивању постоји значајан изузетак, који се огледа у могућности закључења брачних уговора са наследноправним последицама или поклона будућих ствари.³⁸⁴ Бономи (*Bonomi*) чак брачне уговоре у француском праву, услед њихове неопозивости назива „правим уговорима о наслеђивању“, док уговоре о поклону будућих ствари, које супружници закључују за време брака, због њихове опозивости, не сматра „уговорима о наслеђивању у правом смислу речи“.³⁸⁵ Дакле, романски правни системи и грађански законици

³⁸¹ Па ипак, када се у Каталонији врши планирање наслеђивања, треба рећи да се то и даље чешће чини тестаментом него уговором о наслеђивању. Разлог је у томе што су трансакциони трошкови наслеђивања посредством уговора о наслеђивању значајно већи од оних до којих долази када се наслеђује путем завештања, а индивидуална корист која проистиче путем уговорног наслеђивања није толико већа у односу на корист која наступа завештајним наслеђивањем да би те трошкове оправдала. S. N. Navarro, 112-113, 117.

³⁸² A. Bonomi (2003), 39. У шпанској науци постоји иницијатива за увођењем у Шпански грађански законик како заједничког завештања, тако и уговора о наслеђивању. То је један од закључака са Девог конгреса шпанских нотара одржаног у мају 2005. године у Барселони и са XII семинара Удружења професора грађанског права, који је одржан у фебруару 2006. године у Сантандеру. S. C. Lapuente (2007), 36-37.

³⁸³ Miloš Stanković, José Manuel Gutiérrez Celdrán, Oglad o mogućnosti harmonizacije evropskog naslednog prava kroz analizu najznačajnijih sličnosti i razlika srpskog i španskog naslednog prava, *Harmonius* 1/2013, 292-293.

³⁸⁴ A. Bonomi (2003), 40; A. Braun (2012a), 64; M. Stanković (2013), 339 и даље. Овакво правило не важи у италијанском праву. Чланом 457. Италијанског грађанског законика је предвиђено да се заоставштина може распоредити на основу закона или тестамена, а забрана из члана 458. овог кодекса се односи и на правне послове у којима смрт представља само један њихов модалитет.

³⁸⁵ A. Bonomi (2003), 40.

настали под утицајем Наполеоновог кодекса представљају трећу групу правних поредака, у којој не постоји широка аутономија закључења уговора о наслеђивању, али не постоји ни њихова апсолутна забрана.

2.2.1. Критика

Подела правних система на оне у којима је уговор о наслеђивању допуштен и на оне у којима овај уговор није допуштен, није без недостатака и то из најмање два разлога. Прво, исти аутори који заступају ову класификацију је истовремено и релативизују, наводећи чињеницу да су у романским правним системима изузеци од овог правила толико бројни и значајни да доводе у питање суштину и обим основног правила о забрани.³⁸⁶ Од доношења Наполеоновог кодекса па све до данас, услед законодавних измена и превасходно нотарске праксе, историја уговорног одређивања наследника у Француској је историја сталне либерализације и ублажавања строгог принципа забране, који сада већ трпи неупоредиво више изузетака него некада.³⁸⁷ Тако су нотари, у одсуству законског текста, увели у француско право једно, по својој правној природи и духу, потпуно ново решење, предвидевши да је уговорно наслеђивање између супружника могуће и за време трајања брака, али и да је за разлику од оног одређеног брачним уговором, овакво постављање наследника опозиво *ad nutum*.³⁸⁸ Оно је због своје опозивости временом постало веома често у пракси, али је захтевало и нову врсту правног посла чији би постало саставни део, па је заживело кроз узајамне поклоне које супружници чине једно другом, а који за предмет имају расположиви део заоставштине, чијим располагањем не може да буде повређен нужни део.³⁸⁹ За уговорно наслеђивање у овој форми појавио се и посебан термин, „поклон у корист надживелог супружника“ (*donation au dernière vivant*), и његов примарни циљ је био да побољша законом одређен

³⁸⁶ M. J de Waal (2007), 16-17; W. Pintens (2013), 21-22.

³⁸⁷ M. Grimaldi, 338. Конгрес нотари Француске се још 1975. године заложио за укидање забране закључења уговора о наслеђивању, односно одобравање свих његових облика уз изузетну забрану само неких од њих. Yann Favier, *Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008, 35.

³⁸⁸ Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les successions, les libéralités*, Paris 2008, 369.

³⁸⁹ P. Malaurie, L. Aynès, 369-370.

наследноправни положај надживелог супружника, који је био веома неповољан пре реформе од 13. децембра 2001. године.³⁹⁰ С друге стране, у пракси је задржан и назив „уговорно наслеђивање“ (*l'institution contractuelle*), када је реч о именовану наследника путем брачног уговора, али је због чињенице да је неопозив, овај облик уговорног наслеђивања постао скоро изузетак у свакодневном животу.³⁹¹

Од 1965. године је у брачни уговор могуће унети и тзв. „трговинску клаузулу“ (*la clause commerciale*), којом се надживелом брачном другу допушта да наследи или настави са коришћењем и плодуживањем добара која су за време брака супружници заједно заједно експлоатисали и да учини могућим континуитет пословања правних лица после смрти једног од њих.³⁹² Пре тога је у судској пракси (чувена одлука из Руана од 5. априла 1921. године) и у литератури, нарочито од стране Анри Капитана (*Capitant*), било много отпора и критика на рачун ове клаузуле, која је скоро изједначавана са такозваним „обећањем купопродаје“ (*la promesse de vente*) и на тај начин сматрана одредбом која се сврставала у корпус забрањених уговора о будућем наследству, односно уговором о одрицању од наследства које није отворено.³⁹³ Разлог томе је што се сматрало да ова одредба има теретну а не добротину правну природу, па да из тог разлога не може да се подведе под дозвољени изузетак о допуштености уговора о будућем наслеђу који се сачињава путем брачног уговора.³⁹⁴ Такође је допуштена и *clause de tontine* која подразумева да више лица, нпр. супружници, могу заједнички да купе неко добро (најчешће непокретност) над којим ће током живота заједно имати право плодуживања, уједно предвиђајући да ће надживели супружник постати једини власник на том добру. Након смрти првог супружника, примењује се фикција да је надживели супружник постао искључиви власник на одређеном добру и то не од дана смрти другог супружника, већ од дана куповине добра, те да

³⁹⁰ Jean Maury, *Successions et libéralités*, Paris 2009, 184; Corinne Renault Brahinsky, *L'essentiel du Droit des Successions*, Paris 2007, 51; Y. Favier, 31.

³⁹¹ P. Malaurie, L. Aynès, 369. Примена овог института је била велика током 19. века, али је у приметном опадању још од Првог светског рата. Ово се посебно односи на ону врсту уговорног наслеђивања у форми брачног уговора у којој у корист будућих супружника или њихове деце располажу трећа лица. J. Maury, 177; M. Grimaldi, 356. фн. 363.

³⁹² Y. Favier, 31.

³⁹³ M. Henri Vialleton, *La conservation du fonds de commerce propre et la prohibition des pactes sur succession future*, *Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris 1939, 886-888.

³⁹⁴ M. H. Vialleton, 888-890.

следствено томе умрли супружник никада није ни имао никаква права на поменутом добру. Примена ове клаузуле је могућа само ако су супружници приликом закључења брака брачним уговором предвидели режим одвојених добара, односно режим посебне имовине.³⁹⁵

La donation-partage је правни посао којим предак за време свог живота бестеретно уступа и расподељује своја добра у целини или у једном делу у корист своје деце, унука или тачно одређеног круга трећих лица. Законом од 23. јуна 2006. године који је ступио на снагу 1. јануара 2007. године, проширена је могућност расподеле заоставштине (*la donation partage*), тако што ју је сада могуће учинити не само у корист деце из актуелног брака, већ и у корист деце из претходних бракова и ванбрачних веза, директно у корист унука, или чак и у корист трећих лица када се поклон односи на тачно одређено предузеће.³⁹⁶ Када је реч о примени овог института, у случају у коме су уговорне стране, са једне стране, супружници, а са друге стране, деца којима је родитељ само један од супружника, према члану 1076-1 Француског грађанског законика, деци поклон може да буде учињен само у погледу посебне имовине чији је титулар њихов родитељ, док је за располагање заједничком имовином потребна сагласност и супружника поклонодавца иако се он не појављује као уговорна страна, односно као копоклонодавац.³⁹⁷ Најзад, према последњој новини из 2006. године предвиђеној чланом 1075-1 Наполеоновог кодекса, *la donation-partage trans-générationnelle* је могућ и између предака и потомака независно од степена сродства у нисходној линији и независно од тога да ли су ти потомци претпостављени наследници. На пример, деда може да уступи своја добра “прескачући” једну генерацију, односно да расподели и поклони своја добра унуку, иако је његов син још увек жив и може и хоће да наследи. Да би оваква

³⁹⁵ Y. Favier, 32; Marie L. Revillard, France, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 225.

³⁹⁶ Pascal Julien Saint-Amand, *La réforme des successions et des libéralités – Aspects civils et fiscaux, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008, 39, 42.

³⁹⁷ P. Julien Saint-Amand, 44.

расподела могла да прозведе правна дејства, потребно је да се сви оставиочеви потомци из првог наследног реда одрекну својих права на заоставштину.³⁹⁸

Најзад, законодавним изменама од 23. јуна 2006. године, не само што је проширен обим института *donation-partage*, већ је и, по узору на немачко и швајцарско право, уведена установа *renonciation anticipée à la réduction pour cause d'atteinte à la reserve* (чл. 920-930.5 Француског грађанског законика). Овим институтом је основно правило о забрани уговорног наслеђивања додатно релативизовано, јер је овлашћење на антиципирано одрицање од права да се тражи намирење повређеног нужног дела раније било обухваћено забрањеним наследноправним уговорима, што сада није случај. Одрицање од права да се подигне тужба за редукцију располагања којима се врши повреда нужног дела нема за последицу пренос имовине, нити се на тај начин нужни наследник одриче свог права на нужни део, већ се одриче само права да подигне тужбу за намирење свог нужног дела. Одрицање ће остати без ефекта ако будући оставилац не искористи право да располаже у корист бенефицијара у мери у којој је то уговорено са потенцијалним наследником. Међутим, одрицање као такво не даје никакво право бенефицијару, већ он стиче само једну наследну наду.³⁹⁹

Имајући све наведено у виду, према мишљењу Морија (*Maury*), након доношења закона од 23. јуна 2006. године, иако текстуално незнатно, дух постојећих решења је суштински промењен, тако да је сада могуће тврдити да уговори о наслеђивању више нису начелно забрањени, већ да су у француском праву допуштени осим када их законски текст проглашава ништавим.⁴⁰⁰ Ипак,

³⁹⁸ P. Julien Saint-Amand, 44; A. Braun (2012a), 71. У италијанској литератури се увиђа велика сличност између института *la donation-partage* француског права и института *patto di famiglia* италијанског права (о којем ће касније бити више речи), нарочито у погледу њихових правних дејстава која наступају већ тренутком закључења уговора и циљева који се остварују како једном, тако и друго установом, а који се исцрпљују у очувању стања насталог извршеном расподелом породичних добара. D. Damascelli, 92.

³⁹⁹ Alexandra Braun, Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/2012, 464-465; A. Braun (2012a), 70; Y. Favier, 33-34; P. J. Saint-Amand, 40-41. У америчкој пракси, „лавовски део“ брачних уговора се закључује приликом другог или каснијих венчања, када има за циљ да као значајно средство којим се планира распоред заоставштине, заштити децу из претходних бракова тако што супружник бива лишен свих наследних права, па и права на нужни део. Разлог томе лежи у чињеници што деца из претходних бракова не би могла да наслеђују своје очухе и маћехе након смрти својих родитеља. Adam J. Hirsch, Freedom of Testation/Freedom of Contract, *Minnesota Law Review* 95:2180/2011, 2229-2230.

⁴⁰⁰ J. Maury, 17, 19. Оваква законодавно-правна техника је присутна и у португалском праву. Португалски грађански законик у члану 2028. начелно допушта уговоре о наслеђивању, али

задржало се правило да судови имају право да водећи рачуна о предмету уговора и правним последицама које они производе, поништавају све споразуме који су у супротности са основним начелима наследног права, као што су начело слободе завештања или право на нужни део.⁴⁰¹

Реформом белгијског наследног права из 2003. године која се односила на наследноправни положај надживелог супружника, чланом 1388. Белгијског грађанског законика уведен је институт "*accord successoral mutuel*", као још један изузетак од забране закључења уговора о наслеђивању.⁴⁰² Посредством брачног уговора или контракта којим се уређује постојећи брачноимовински режим (дакле, у форми јавне исправе коју сачињава нотар) овим институтом могу да се користе будући супружници или лица која су већ закључила брак, под условом да бар један од њих има макар једно дете „из претходне везе“, односно дете коме други брачни друг није родитељ.⁴⁰³ Овим споразумом један супружник бестеретно потпуно лишава наследних права новог супружника (укључујући и право на нужни део), или их ограничава (не укључујући ту право на коришћење заједничког стана), или се нови супружник одриче права да тражи намирење повређеног нужног дела у случају прекомерних добротиних располагања другог супружника. Циљ уговора је да се побољша наследноправни положај супружничког детета из претходног брака, ванбрачне или пролазне везе, а који је у Белгији пре ове реформе често био угрожен у случајевима сукцесивних бракова.⁴⁰⁴ За пуноважност овог споразума се не тражи узајамност одрицања супружника, нити мора да буде назначено да се уговор закључује у корист детета из претходне везе.⁴⁰⁵ Ако би предмет уговора била модификација брачноимовинског режима, он би морао да се третира као уговор о именовану наследника предвиђен чланом 1081. Белгијског грађанског законика. Такође, ако

изузетно, само у тачно одређеним случајевима. О осталим врстама уговорног наслеђивања у француском праву: М. Stanković (2013), 359-362.

⁴⁰¹ Y. Favier, 31.

⁴⁰² A. Braun (20126), 467.

⁴⁰³ Овим институтом не би могли да се служе супружници који су пре брака добили заједничко дете, нити супружници од којих су један или оба за време брака добили дете из везе са неким трећим лицем. Michel Grégoire, A propos des effets du pacte successoral permis par l'article 1388. C. Civ. effets de la modification ultérieure du pacte, *Liber amicorum Paul Delnoy*, eds. Christine Biquet-Mathieu, Alain Delière, Pascale Lecocq, Yves-Henri Leleu, Michèle Vanwijck-Alexandre, Bruxelles 2005, 247; A. Braun (20126), 465-466.

⁴⁰⁴ A. Braun (20126), 468.

⁴⁰⁵ A. Braun (20126), 469; M. Grégoire, 253.

би супружници желели да закључе споразум који би се односио на увећање наследних права надживелог супружника, на њега би се примењивала општа правила уговорног наслеђивања, предвиђена члановима 1082. и 1093. Белгијског грађанског законика.⁴⁰⁶ У оваквим случајевима је надживелом супружнику могуће оставити и доживотно плодоуживање на целини неког добра које су супружници заједно купили, чиме би се заобишла правила о нужном наслеђивању и порезима које би требало платити.⁴⁰⁷

У духу француског и белгијског права је и решење шпанског права, али оно има и одређене специфичности. Иако је начелна забрана наследноправних уговора прописана чланом 658. (у коме су само закон и завештање одређени као основи позивања на наслеђе) и чланом 1271. алинеја 2. Шпанског грађанског законика (у коме је одређено да будућа имовина може само изузетно да буде предмет уговора и то или у циљу расподеле заоставштине правним послом *inter vivos* или у циљу очувања неподељеног породичног предузећа, што је предвиђено чл. 1056. ал. 2. овог кодекса),⁴⁰⁸ правни послови за случај смрти који се могу сматрати наследноправним уговорима су допуштени у већини регионалних наследних права – у Арагону, на Балеарским острвима, у Каталонији, Галицији, Навари и Баскији. Уговор о наслеђивању у каталонском праву је правни посао *mortis causa*, који може да служи и као основ за универзалну и као основ за сингуларну сукцесију, али и контракт којим се уређује брачноимовински режим. Право да закључи овај уговор нема свако заинтересовано лице, већ је то могуће учинити само са супружником или регистрованим партнером, као и са члановима шире породице, али не и са трећим лицима. Нормирајући овај институт, законодавац је превасходно желео да употпуни постојећу регулативу која има за циљ да олакша међугенерациски пренос породичних предузећа.⁴⁰⁹ Принцип начелне забране уговора о наслеђивању је потврђен у још неколико чланова Шпанског грађанског законика – у чл. 620. и чл. 635. се забрањује поклон будућих ствари, односно прецизира се да ће се поклони чија се правна дејства везују за

⁴⁰⁶ M. Grégoire, 252-253, 257.

⁴⁰⁷ Alan Verbeke, Anton van Zantbeek, Belgium, *European Succession Laws, edited by David Hayton*, Bristol 2002, 67-68.

⁴⁰⁸ То значи да уговором не би било могуће изменити висину наследних делова, али би било могуће одредити начин на који ће се заоставштина распоредити у конкретном случају. M. Stanković, J.M.G. Celdrán, 292.

⁴⁰⁹ Josep Ferrer Riba, *El nuevo derecho catalán de sucesiones, Editorial – In Dret 4/2008*, 1-2.

тренутак поклонодавчеве смрти третирати као тестамент; у чл. 816. се ништавим проглашавају наследноправни уговори који би за предмет имали уступање или одрицање од права на нужни део између оставиоца и нужног наследника; у чл. 991. се предвиђа да нико не може ни да прихвати ни да се одрекне наслеђа лица за које није сигурно да је умрло; у чл. 1674. је предвиђено да уговор о ортаклуку не обухвата добра која би ортаци након закључења уговора стекли по основу наслеђивања, легата или поклона.⁴¹⁰

Ипак, по мишљењу шпанских аутора, Шпански грађански законик садржи два института који служе као замена за уговорно наслеђивање. Први, назван „*mejora*“, предвиђа да отац или мајка могу да располажу у корист једног детета или више деце или потомака са 1/3 од укупно 2/3 заоставштине коју морају да оставе у корист нужних наследника, при чему се то располагање може исцрпљивати и у располагању само једном конкретном ствари. Овакво обећање једног од супружника о побољшању наследноправног положаја може да буде дато у форми јавне исправе као саставни део брачног уговора, па би завештајне одредбе које би биле у супротности са њим биле без дејстава. Оно је неопозиво када је унето у брачни уговор или теретни уговор закључен са трећим лицем и тиме ограничава лице које је дало обећање о будућем располагању добрима и добија карактер уговорног наслеђивања, осим ако и у оваквом уговору предак не би за себе задржао право да га опозове.⁴¹¹

Други институт за који се сматра да имплицитно производи правна дејства уговорног наслеђивања је предвиђен чланом 1341. алинеја 2. Шпанског грађанског законика. Наводи се да супружници осим што могу једно другом да поклањају постојећа добра у циљу закључења или оснажења брака, могу и пре брака у оквиру брачног уговора да поклањају једно другом будућу имовину, али само за случај смрти и у обиму који је одређен одредбама које регулишу завештајно наслеђивање.⁴¹² Иако законик о томе ћути, већинско мишљење у шпанској правној науци је да специфичност овог изузетно допуштеног поклона

⁴¹⁰ Ignacio Herrero Alonso, Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol, *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, éditées par Andrea Bonomi et Marco Steiner*, Genève 2008, 99-100; M. Martínez 107-109.

⁴¹¹ Члан 823-833 Шпанског грађанског законика; I. H. Alonso, 101-102; M. Stanković, J.M.G. Celdrán, 292.

⁴¹² M. Stanković, J.M.G. Celdrán, 292, са упућивањима.

будућих ствари, говори у прилог његовој начелној неопозивости.⁴¹³ Слично томе, у каталонском праву, допуштен је уговор о наслеђивању (*heretament*). Он се закључује у оквиру брачноимовинског режима, те у случају да су супружници оваквим уговором једно друго узајамно одредили за наследнике, он престаје да производи правна дејства у случају њиховог развода.⁴¹⁴ На основу Закона 49/81 од 24.12.1981. године, у шпанском праву су уговори о наслеђивању изузетно допуштени и у погледу наслеђивања породичних фарми, али ће о овом питању више речи бити нешто касније.⁴¹⁵

Све наведене законодавне измене у француском, белгијском и шпанском праву су свакако делом и последица залагања правника за увођење уговора о наслеђивању као средства ефикасног планирања расподеле заоставштине и у оним правним системима у којима су они забрањени, а која су данас толико актуелна да се чак може говорити о „контрактуализацији наследног права“. На овакву праксу благодиклоно гледа и Европска комисија, која се у последње две деценије активно залаже за ширу примену уговора о наслеђивању као корисних инструмената за благовремено планирање расподеле заоставштине, посебно када у њен састав улазе породична предузећа.⁴¹⁶

Други разлог за критику поделе правних система на оне који допуштају и на оне који забрањују закључење уговора о наслеђивању, састоји се у томе што овај уговор није уређен на јединствен начин ни у оним правима у којима је допуштено његово закључење. Иако аустријско право, заједно са немачким и швајцарским правом, припада такозваној германској правној породици, оно у односу на њих има и значајне разлике, које су последица његовог самосталног и карактеристичног развитака.⁴¹⁷ Тако и уговор о наслеђивању заузима другачије место у систему аустријског грађанског права у поређењу са немачким и швајцарским грађанским правом, јер Аустријски грађански законик допушта његово закључење само у контексту брачних уговора, а следствено томе и јер је његово закључење допуштено само супружницима. У том смислу постоји

⁴¹³ I. H. Alonso, 102.

⁴¹⁴ Antoni Vaquer-Aloy, *The Law of Succession in Spain, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union*, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008, 326.

⁴¹⁵ A. Vaquer-Aloy, 315.

⁴¹⁶ A. Braun (2012б), 462; W. Pintens (2013), 22; S. van Erp, 4.

⁴¹⁷ Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*, Wien 2003, V.

сличност између аустријског и француског права и оних правних система који су се развијали под утицајем Француског грађанског законика (и у једном и у другом праву је уговор о наслеђивању регулисан у делу о брачним уговорима), али оно што их разликује јесте чињеница да слично немачком, аустријско право нормира уговор о наслеђивању као основ позивања на наслеђе у правом смислу речи. Оно што уговор о наслеђивању аустријског права такође удаљава од уговорног наслеђивања у француском праву и ставља га у ред правих уговора о наслеђивању, јесте немогућност да га уговорни оставилац једнострано опозове, већ то супружници могу да учине само споразумно.⁴¹⁸

Stricto sensu, ван германских права тешко да и може да буде речи о уговору о наслеђивању, јер је он као такав у другим правним системима (па и у романским) у начелу изричито забрањен, а оне функције које овај контракт има у германским правима, постижу се у другим правним порецима кроз два или више различитих уговора (углавном брачни уговор и уговор о поклону), који се онда означавају заједничким именом – уговорно наслеђивање или уговорно именовање наследника. У том смислу, ако бисмо уговоре о наслеђивању разликовали према томе да ли представљају основ позивања на наслеђе у правом смислу речи и да ли могу да их закључе сва лица, или их је се друге стране могуће закључивати само као „брачне имовинске уговоре међу супружницима“, онда се у прву групу сврставају немачко и швајцарско право, а у другу француско и енглеско право (*marriage settlements*), док би аустријско право по неким својим карактеристикама припадало првој групи права, а по другим особинама другој групи права.⁴¹⁹

Може да се закључи да иако може да буде од неке користи, критеријум поделе правних система на оне у којима је допуштен и на оне у којима је забрањен уговор о наслеђивању, није ни прецизан ни довољан. Присталице ове класификације олако превиђају сумарност критеријума на којима се она заснива, као и чињеницу да развој грађанског права у Европи и свету доводи до инкорпорисања многих нових установа у грађанскоправне кодексе, којима се суштински релативизује забрана уговорног наслеђивања, нарочито у романској породици права. То значи да би у ову поделу, поред правних система у којима је допуштен уговор о наслеђивању и оних у којима то није случај, требало увести и

⁴¹⁸ А. Bonomi (2003), 44.

⁴¹⁹ В. Ajzner, 105, фн. 6.

трећу категорију правних система, у којима је уговорно наслеђивање начелно забрањено, уз изузетке који се временом умножавају. Уз то, не треба заборавити да и у оним правним системима који се традиционално сматрају „колевком“ уговорног наслеђивања, какви су правни системи који припадају германској правној породици, уговор о наслеђивању нема идентично место у сваком појединачном грађанскоправном поретку, из разлога што у сваком праву остварује другачије правно-политичке циљеве. Стога, ако је ова подела и могла да има вредност у 20. веку, то сигурно не може да буде случај данас, када се мења и сам концепт, функције и циљеви који се остварују уговорним наслеђивањем.

2.3. Правни системи у којима је закључење уговора о наслеђивању допуштено између свих лица и правни системи у којима је закључење уговора о наслеђивању допуштено само између супружника

Неретко се у литератури за критеријум поделе правних система у којима је уговор о наслеђивању допуштен, узима чињеница између којих субјеката овај уговор може да буде закључен у конкретном праву.⁴²⁰ Тако се деоба правних система односно уговора о наслеђивању врши на оне у којима је закључење уговора о наслеђивању допуштено неограничено између свих лица, у коју групу се сврставају немачко и швајцарско право, и на оне у којима је то могуће, али са извесним ограничењима, било у погледу врсте ових уговора или могућих уговорних страна, где се онда сврставају романска права (нарочито француско право) и аустријско право, са образложењем да у овој групи права уговор о наслеђивању између себе могу да закључе само супружници.⁴²¹

Нама се овај критеријум разликовања не чини као добар. Најпре, у француском праву круг субјеката који закључују уговор о наслеђивању посредством брачног уговора није ограничен само на супружнике, већ је шири и

⁴²⁰ „Кључно питање код регулација уговора о наслеђивању се односи на субјекте који могу да скључе овај уговор“, Dejan Micković, Angel Ristov, *Kodifikacija naslednog prava u Republici Makedoniji*, *Pravni život* 10/2013, 454.

⁴²¹ Slavko Marković, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, Beograd 1978, 32-33; Ljiljana Kadić, *Odstupanje od načela ugovornog nasleđivanja prema zakonu Crne Gore iz 2008. godine*, *Pravni život* 5-6/2011, 52; Д. М. Пешуновић, 19-21; D. Micković, A. Ristov (2013), 454-455.

обухвата и њихове родитеље и остале претке, побочне сроднике и трећа лица.⁴²² У француском праву је, независно од тога која лица су уговорници, важно само да једно лице располаже заоставштином у корист једног или оба супружника, па макар и у виду уговора у корист трећег, док у аустријском праву уговорници могу да буду искључиво супружници (или будући вереници), односно, нису допуштени уговори у корист трећег, у којима би тај трећи био један од супружника.⁴²³ Исто тако, ако се узму обзир многобројне законодавне новине у француском, белгијском и шпанском праву (о којима је већ било речи), као и институти који су у последњих неколико година, под утицајем Европске комисије, нормирани у појединим правним системима као изузеци од забране уговорног наслеђивања, а који за циљ имају да омогуће пренос неокрњених породичних предузећа са једне на другу генерацију, видеће се да подела правних система на оне који допуштају уговоре о наслеђивању између свих лица и на оне који то дозвољавају само између супружника, не може да опстане.

3. НОВА ПОДЕЛА ПРАВНИХ СИСТЕМА ОБЗИРОМ НА МЕСТО КОЈЕ ДАЈУ УГОВОРИМА О НАСЛЕЂИВАЊУ

3.1. Увод

Показано је да постојеће поделе правних поредака према критеријуму места које дају и начина на који регулишу уговор о наслеђивању нису задовољавајуће. У њима се полази од погрешне почетне премисе да је уговор о наслеђивању јединствен правни институт, правна установа са скоро идентичном или веома сличном садржином и у различитим породицама права, те се природно извлачи и погрешан закључак о релевантном критеријуму разликовања. Овакве поделе су сувише симплификоване и анахроне, јер се заснивају на анализи појма уговора о наслеђивању какав је постојао до почетка 20. века.

⁴²² Чл. 1082. ал. 1. Француског грађанског законика: “Отац или мајка, други преци, побочни сродници супружника, као и сва трећа лица, могу брачним уговором да располажу целокупном имовином или једним делом своје имовине коју ће оставити на дан своје смрти, како у корист поменутих супружника, тако и у корист деце рођене у том браку, у случају да поклонодавац надживи супружника који је поклонопримац.” Идентична правила су предвиђена и према члану 1082. Белгијског грађанског законика и члану 1082. Луксембуршког грађанског законика.

⁴²³ Л. Марковић (1930), 308.

Ако би се уговор о наслеђивању посматрао у најужем смислу, као најјачи основ позивања на наслеђе који је доступан неограниченом кругу лица у циљу планирања распореда заоставштине, онда се може рећи да он постоји само у немачком и швајцарском праву. Међутим, ако би се под њим подразумевали и двострани правни послови за случај смрти којима се кроз уређивање брачноимовинског режима постижу и наследноправне последице, или правни послови којима се олакшава очување и пренос породичних предузећа са једне генерације на другу, као и читав низ нових института који се последњих година нормирају у великом броју страних права, онда би се могло рећи да готово да не постоји правни систем у којем уговорно наслеђивање није допуштено у ужем или у ширем обиму.

Имајући у виду лепезу могућности и начина на које је у упоредном праву регулисано уговорно наслеђивање, један од циљева у овом раду је да се понуди нова подела правних система обзиром на место које у њима заузима уговор о наслеђивању, а која би полазила од комбинације другачијих критеријума и која би била примеренија савременим условима. Подела која ће бити афирмисана се темељи на две основне претпоставке. Прва подразумева да уговорно наслеђивање прати еволуцију грађанског права у целини, односно, да због другачијих потреба времена и правног промета постоје значајне разлике у нормирању овог института у великим кодификацијама грађанског права у 19. веку, у цивилним кодексима у 20. веку и у новим законодавним решењима 21. века. Другим речима, уговор о наслеђивању је од доношења великих кодификација грађанског права па до данас претрпео велике измене у погледу појма, законодавно-правне систематике и циљева који се њиме остварују. *Grosso modo*, повратак уговорног наслеђивања на правну сцену у 19. веку пратило је његово везивање за брачноимовински режим, а посебно за брачне уговоре (Француски грађански законик и Аустријски грађански законик), затим је у 20. веку од института на граници породичног и наследног права⁴²⁴ прерастао у наследноправни институт *par excellence* и најјачи основ позивања на наслеђе у пуном и правом смислу речи, каквим се и данас обично доживљава (Немачки грађански законик и Швајцарски грађански законик), да бисмо на прагу 21. века били сведоци блискости уговорног наслеђивања са

⁴²⁴ Поједини наши предратни аутори су били склони да уговор о наслеђивању аустријског права сврстају међу институте породичног права. Б. С. Марковић, 16.

институтима компанијског права (Италијански грађански законик и Шпански грађански законик).

Међутим, иако се чини да оваква еволуција уговорног наслеђивања не може бити спорна, временски критеријум у разврставању правних система спрам места које дају уговору о наслеђивању не може да буде ни искључив ни примарни, јер су многе касније грађанске кодификације доношене по узору на француску, аустријску, немачку или швајцарску. Из тог разлога ће овај критеријум бити употпуњен критеријумом циља који уговорним наслеђивањем жели да се оствари у једном правном поретку, односно, постављањем уговора о наслеђивању као самосталног уговора и најјачег основа позивања на наслеђе с једне стране, или са друге стране, његовим везивањем за неке друге институте кроз које уговорно наслеђивање испољава своје правне последице, а који се због своје разноликости морају узети за поједине правне области или правне гране. Иако на овом месту неће бити анализирани све појединости и детаљи сваког од понуђених модела уговорног наслеђивања (јер ће о томе бити речи и у каснијим деловима рада), у даљем тексту ће се анализирати уговор о наслеђивању (*Erbvertrag*) у немачком праву као репрезентом прве групе права, која овај институт посматра као посебан и самосталан наследноправни уговор и најјачи основ позивања на наслеђе. Затим ће се представити уговорно наслеђивање француског права (*l'institution contractuelle*) као пример другог модела, које га везује и испољава кроз институте којима је регулисан брачноимовински режим (брачни уговор и поклон будућих ствари између супружника). Потом ће се кроз испитивање решења *common law* и норвешког права анализирати трећа група правних поредака, коју карактерише повезаност уговорног наслеђивања са завештањем. Ово поглавље ће бити закључено презентовањем института италијанског (*patto di famiglia*) и шпанског права (*Protocol Familial*), као представницима четврте групе правних система, које одликује блискост са компанијским правом, услед регулисања сукцесије *mortis causa* породичних предузећа по препоруци Европске комисије.⁴²⁵

⁴²⁵ Ако се поједина права разврставају на основу циља који се у сваком од њих жели остварити уговором о наслеђивању, онда је аустријско право много ближе француском него немачком праву. То није случај, као што се то раније мислило, због круга лица који у једном, односно у другом правном систему могу да закључе овај контракт, јер он у француском праву није ограничен само на супружнике, већ зато што је и у једном и у другом праву уговор о наслеђивању уско повезан са

4. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ КАО НАЈЈАЧИ ОСНОВ ПОЗИВАЊА НА НАСЛЕЂЕ – *ERBVERTRAG*⁴²⁶

4.1. Појам и правна природа

Уговор о наслеђивању се у немачкој литератури дефинише као једнострано-обавезујући и једнострано неопозиви правни посао *mortis causa*, који представља најјачи основ позивања на наслеђе у немачком праву.⁴²⁷ Каже се да то није облигационоправни уговор обвезивања, нити стварноправни уговор располагања, већ један правни посао *sui generis*, који може да буде основ за универзалну или за сингуларну сукцесију.⁴²⁸ Евентуална обавеза уговорног наследника да уговорног оставиоца издржава, негује или му плаћа доживотну ренту, често се третира као посебан облигационоправни уговор који не чини са уговором о наслеђивању јединствен, теретни правни посао, иако је могуће и да уговор о наслеђивању и са њим овако повезан облигационоправни уговор чине јединствен правни посао.⁴²⁹

У немачком праву уговор о наслеђивању може да садржи уговорна и једнострана располагања. Када су у једном уговору о наслеђивању садржане одредбе о именовању наследника, одређивању легата и налога, то још увек не значи да те одредбе имају уговорно, обавезујуће дејство, већ тумачењем треба утврдити да ли су уговорне стране желеле да им дају уговорну (двострану) или једнострану природу. Али, чињеница је да само ове одредбе могу да буду уговорно одређене, а не и неке друге. Исто тако, то што овакве клаузуле имају

брачноимовинским режимом и служи обезбеђењу наследноправног положаја супружника, односно, породице у целини.

⁴²⁶ Најпотпунију анализу уговора о наслеђивању у немачком праву на српском језику дао је Дејан Ђурђевић у чланку „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, који је објављен у *Аналима Правног факултета* 2/2009. На поједине резултате истраживања професора Ђурђевића ће се указати у каснијим деловима овога рада. На овом месту је задатак само да се у најкраћем представе различити модели уговорног наслеђивања који постоје у упоредном праву, па и модел у коме је уговор о наслеђивању постављен као најјачи основ позивања на наслеђе, чији је „представник“ немачко право.

⁴²⁷ Karl-Heinz Gursky, *Erbrecht*, Heidelberg 2010, 48.

⁴²⁸ Dieter Leipold, *Erbrecht*, Tübingen 2010, 189; Walter Zimmermann, *Erbrecht, Lehrbuch mit Fällen*, Berlin 2007, 122.

⁴²⁹ D. Leipold, 190; W. Zimmermann, 122. Гурски истиче да „договор о противчинидби није саставни део уговора о наслеђивању,“ К. Н. Gursky, 49.

уговорно, не значи да имају и узајамно дејство, у смислу да један уговарач не би учинио таква располагања ако то не би учинио и онај други.⁴³⁰

С друге стране, сваки уговарач може да учини саставним делом уговора о наслеђивању неко располагање које би могло да буде сачињено и у форми завештања, нпр. постављање извршиоца тестамена или искључење или лишење једног лица из права на нужни део.⁴³¹ Оваква располагања нису обухваћена сагласношћу уговорних страна која води њиховом обвезивању, па су увек слободно и једнострано опозива путем тестамена, али и уговора којим уговорне стране одустају од уговорних располагања у уговору о наслеђивању.⁴³² Ако би уговорни оставилац искористио своје право на опозив уговора, престала би важност и једностраних располагања, осим ако би могло да се претпостави да је он имао другачију намеру.⁴³³

Да би уговор о наслеђивању заиста могао тако да се оквалификује, неопходно је да садржи бар једно уговорно располагање. Ако би се тумачењем утврдило да не постоји ниједно једино уговорно располагање, онда се не би радило о уговору, већ о завештању, ма какав назив да је дат овом правном послу.⁴³⁴

4.2. Врсте уговора о наслеђивању

У немачком праву су могући једнострани и двострани уговори о наслеђивању.

Једнострани уговори о наслеђивању постоје када само један контрагент одређује најмање једно уговорно располагање (именовање наследника, легата или налога). Задатак другог уговарача је само да прими изјаву воље уговорног оставиоца, сагласи се са њом и тако доведе до обавезујућег дејства уговора, при чему уопште није неопходно да он има било какве користи из таквог уговора о наслеђивању.⁴³⁵ Ако би друга уговорна страна добила неке користи из уговора,

⁴³⁰ Peter Gottwald, Dieter Schwab, Eva Büttner, *Family&Succession Law in Germany*, München 2001, 135; W. Zimmermann, 122.

⁴³¹ Пар. 2299. ал. 1 Немачког грађанског законика (у даљем тексту: НГЗ); К.Н. Gursky, 48.

⁴³² Mathias Reimann, Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, München 2005, 285; D. Leipold, 194.

⁴³³ Пар. 229. ал. 2 и ал. 3 НГЗ.

⁴³⁴ Lutz Michalski, *BGB – Erbrecht*, Heidelberg 2010, 92, 93; W. Zimmermann, 122.

⁴³⁵ L. Michalski, 94.

она би могла да се обавезе и да учини уговорном оставиоцу неку противпрестацију, најчешће да га доживотно издржава и стара се о њему, када ће постојати такозвани (теретни) једностранни уговор о наслеђивању са накнадом. То је претходно помињани случај када би постојао један уговор, а не два одвојена уговорна односа које везује некаква корелација.⁴³⁶

Код двостраних (заједничких) уговора о наслеђивању обе уговорне стране одређују обавезујућа располагања за случај смрти, при чему узајамност располагања, односно, зависност располагања једног уговарача од располагања другог уговарача може, али не мора да буде уговорена. Уговорни оставилац може уговором да одреди за свог наследника или испорукопримца самог сауговарача или неко друго лице, односно, личност друге уговорне стране и личност уговорног наследника се не морају поклапати.⁴³⁷ На пример, лице А и лице Б могу да закључе двострани уговор о наслеђивању, којим лице А именује за свог наследника лице В, док лице Б поставља за свог наследника лице Г.⁴³⁸ Подврста овог уговора је међусобни уговор о наслеђивању код кога уговорници међусобно хоноришу један другог, односно узајамно се одређују за наследнике или легатаре, али као што је речено, то није ни међусобни облигационоправни уговор, нити узајамни стварноправни уговор располагања, већ међусобно располагање за случај смрти. Ако обе уговорне стране чине уговорна располагања, она се, у случају сумње, имају сматрати узајамно повезаним располагањима.⁴³⁹ Из тога следи да код двостраног или заједничког уговора о наслеђивању неважност или раскид макар једног уговорног располагања доводи до неважности, односно раскида уговора у целини.⁴⁴⁰

4.3. Субјекти уговора о наслеђивању

У немачком праву уговор о наслеђивању могу да закључе било која два лица, односно, субјекти који могу да ступе у уговорни однос нису ограничени на супружнике, како је то случај код заједничког тестаментa у овом правном

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Пар. 1941. ал. 2 НГЗ.

⁴³⁸ Пример наведен према: W. Zimmermann, 123.

⁴³⁹ К. Н. Gursky, 49.

⁴⁴⁰ Пар. 2298 НГЗ; L. Michalski, 94-95; D. Leipold, 189.

систему. Међутим, у пракси овај контракт најчешће закључују управо вереници и супружници, са циљем осигурања правног положаја надживелог вереника или супружника.⁴⁴¹

Уговорни оставилац може да буде само лице које је пунолетно и потпуно пословно способно.⁴⁴² Уговор о наслеђивању не може да се закључи ни преко законских, ни преко вољних заступника (пуномоћника), нити преко старатеља, јер је уговор о наслеђивању строго лични правни посао.⁴⁴³ Међутим, у немачком праву су захтеви за закључење овог уговора либерализовани за супружнике и веренике. Према пар. 2275. ал. 2 НГЗ, они, као уговорни оставиоци могу да закључе уговор о наслеђивању са својим вереницима или супружницима и ако имају ограничену пословну способност, када им је потребна и сагласност њиховог законског заступника, а ако је законски заступник истовремено и старалац, онда се тражи и одобрење старатељског суда. Према томе, вереник који није навршио 16 година живота је уговорно, али не и тестаментарно способан.⁴⁴⁴

Ако је реч о бестеретном једностраном уговору о наслеђивању (у коме је само један уговарач уговорни оставилац), довољно је да уговорни наследник има ограничену пословну способност, јер је тада у питању или правни посао на основу кога уговорни наследник стиче само користи, или се ради о неутралном правном послу.⁴⁴⁵ Ако је уговарач ограничено пословно способан, а на основу уговора стиче само користи, није му потребна ни сагласност законског заступника.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ К. Н. Gursky, 48.

⁴⁴² Пар. 2275. ал. 1. НГЗ.

⁴⁴³ Пар. 2274. НГЗ; Stefan Edenfeld, Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge im Deutsche Recht, *European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union*, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008, 242; W. Zimmermann, 121.

⁴⁴⁴ S. Edenfeld, 243. Према пар. 2275. ал. 3 НГЗ, ова правила се *mutatis mutandis* примењују и на лица из регистрованих истополних заједница. Активна завештајна способност се према пар. 2229. ал. 1. НГЗ стиче са навршеном шеснаестом годином живота, док је пар. 2229. ал. 2. НГЗ прописано да малолетницима није потребна сагласност законских заступника за сачињавање тестамената. Ипак, према пар. 2233. ал. 1. НГЗ, малолетни завешталац у немачком праву може да сачини завештање само тако што ће усмено изјавити своју последњу вољу пред нотаром, или тако што ће му предати незапечаћену исправу.

⁴⁴⁵ „Неутрални правни послови (*neutrale Rechtsgeschäfte*) су правни послови који немају никакав позитиван или негативан утицај на правну сферу лица које их предузима. За неутралне правне послове карактеристично је то што лицу које их предузима не доносе никакву „правну корист (*rechtlichen Vorteil*)“ нити „правни уштрб (*rechtlichen Nachteil*)““, Дејан Б. Ђурђевић, Неутрални правни послови, *Анали Правног факултета* 2/2010, 80 и даље.

⁴⁴⁶ L. Michalski, 92; К. Н. Gursky, 51.

4.4. Предмет и циљ уговора о наслеђивању

Уговор о наслеђивању се закључује као и сваки други контракт, тако што уговорни оставилац изјављује вољу у погледу тога која располагања за случај смрти жели да учини, што представља његову понуду, док друга уговорна страна прихвата такву понуду, чиме даје неопходну сагласност за настанак уговора.⁴⁴⁷

Кауза уговора о наслеђивању се састоји у обвезивању уговорног оставиоца, у погледу оних одредаба које имају уговорни карактер, а то је последица једностране неопозивости уговора о наслеђивању.⁴⁴⁸ Истовремено, циљ који жели да се постигне је и да уговорни оставилац за себе обезбеди приврженост и лојалност уговорног наследника, односно да га подстакне на понашање које је у складу са његовим жељама и очекивањима.⁴⁴⁹ Ако је реч о узајамним уговорима о наслеђивању, посебно између супружника, видели смо да се њихов циљ исцрпљује у обезбеђивању имовинско-правног положаја надживелог брачника.

4.5. Форма уговора о наслеђивању

У немачком праву се за закључење уговора о наслеђивању захтева форма јавне исправе, односно, истовремено присуство уговорних странака које могу да закључе овај уговор на записник код јавног бележника. То значи да се он има закључити у форми јавног завештања, дакле, путем усмене изјаве или предаје отвореног или затвореног писмена, при чему се из разлога форме обе уговорне стране третирају као оставиоци.⁴⁵⁰ Ако би уговор о наслеђивању био закључен између супружника или вереника у истом документу са брачним уговором, уговор о наслеђивању ће бити пуноважан и ако буде закључен у форми брачног уговора, али је и тада потребно да га овери јавни бележник.⁴⁵¹

Важно је истаћи да правила форме предвиђена пар. 2276 НГЗ важе само за уговор о наслеђивању, а не и за евентуално закључени облигационоправни уговор

⁴⁴⁷ D. Leipold, 189.

⁴⁴⁸ D. Leipold, 188.

⁴⁴⁹ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 134.

⁴⁵⁰ Уговор о наслеђивању не би могао да буде закључен у форми својеручног завештања или неке ванредне форме тестаментa. K. H. Gursky, 51.

⁴⁵¹ Пар. 2276 НГЗ; L. Michalski, 92-93.

који се закључује у вези са уговором о наслеђивању, а којим се друга уговорна страна обавезује да издржава или пружа негу уговорном оставиоцу.⁴⁵²

4.6. Правна дејства уговора о наслеђивању

4.6.1. Однос уговора о наслеђивању и правних послова *inter vivos*

На основу параграфа 2286. Немачког грађанског законика, уговорни оставилац задржава право да располаже објектом уговора о наслеђивању правним пословима међу живима, а све што уговорни наследник има након закључења уговора јесте једна наследна нада. Чак и ако би уговорни оставилац изненада почео расипнички да се понаша након закључења уговора, уговорни наследник не би имао никакав правни механизам да га у томе спречи.⁴⁵³

Но, од овог основног правила постоје и неки изузеци. Прво, уговорне стране задржавају право да закључе један облигационоправни уговор (тзв. облигационоправни споразум о пропуштању располагања), који може да буде саставни део уговора о наслеђивању или засебан правни посао, а којим би уговорног оставиоца ограничиле у располагању појединим стварима и правима који представљају објекат уговора о наслеђивању. Ако би уговорни оставилац повредио ову уговором преузету обавезу, уговорни наследник би према њему имао право на накнаду штете.⁴⁵⁴

Друго, у немачком праву уговорни наследник, према правилима о правно неоснованом обogaћењу, може да тражи повраћај поклона који су учињени са такозваном „намером негативног утицаја“, у року од три године од смрти уговорног оставиоца. Ово право настаје тек тренутком делације, јер је то моменат од кога је могуће утврдити тачан састав заоставштине, тј. онога што ће наследити уговорни наследник. Ова намера ће постојати ако је уговорни оставилац учинио поклоне трећем лицу у намери да оштети, односно нашкоди уговорном наследнику, односно да без оправданог интереса уговорно наслеђивање учини без правног дејства и избегне преузете обавезе из закљученог уговора за случај

⁴⁵² D. Leipold, 191.

⁴⁵³ L. Michalski, 98.

⁴⁵⁴ L. Michalski, 92; D. Leipold, 202; K. H. Gursky, 51.

смрти.⁴⁵⁵ При томе се уобичајени и пригодни поклони не сматрају даровима које би требало подвести под пар. 2287 НГЗ. Приликом просуђивања који се поклони имају сматрати уобичајеним и пригодним, требало би узети у обзир све околности одређеног случаја, а то ће рећи укупност мотива, имовинско стање уговорног оставиоца и степен блискости уговорног оставиоца и поклонопримца.⁴⁵⁶ *A contrario*, када је реч о теретним правним пословима, њих уговорни оставилац може слободно да предузима и у погледу њихових правних дејстава и евентуалног умањења онога што би му по основу уговора припало, уговорни наследник не може ништа да учини.

На заштиту уговорних легатара се примењује пар. 2288 НГЗ, што значи да у случају када уговорни наследник уништи, оштети или отуђи легирану ствар у намери да нашкоди уговорном легатару, наследник има дужност да у мери у којој не може да преда легирану ствар, испорукопримцу исплати новчану вредност те ствари. У науци се истиче да ће правни посао бити пуноважан, тј. да се може узети да уговорни оставилац има доживотни интерес за отуђење легиране ствари, само ако га је једино могао остварити отуђењем те ствари и када намеравана сврха није могла да се оствари на неки други начин.⁴⁵⁷

4.6.2. Однос уговора о наслеђивању и правних послова *mortis causa*

Из обавезујућег правног дејства уговора о наслеђивању проистичу две значајне правне последице. Прво, уговором о наслеђивању се опозивају сва ранија завештајна располагања у мери у којој су у колизији (у којој би негативно утицала) са правима уговорног наследника или трећег лица које је одређено за наследника. Са друге стране, неће бити пуноважни ни каснији правни послови за случај смрти, било да је реч о тестаменту или уговору о наслеђивању, ако би у њима уговорни оставилац располагао на уштрб уговорног наследника (ограничавао или искључивао његова права) из претходно закљученог уговора о наслеђивању. Исто важи и за касније закључени поклон за случај смрти.⁴⁵⁸ За

⁴⁵⁵ Пар. 2287 НГЗ; L. Michalski, 97; D. Leipold, 199.

⁴⁵⁶ L. Michalski, 98.

⁴⁵⁷ L. Michalski, 100.

⁴⁵⁸ Пар. 2289. ал. 1 НГЗ; L. Michalski, 96; W. Zimmermann, 125-126; K. H. Gursky, 50.

процену да ли у конкретном случају постоји негативан утицај на наследноправни положај уговорног наследника, није од значаја његов економски положај. Важно је да постоји „ограничавање његових права“, односно погоршање његовог наследноправног положаја. То се увек утврђује у тренутку делације уговорног оставиоца, јер уговорни наследник све до тог момента нема никаква права на основу уговора о наслеђивању, па нема ни права на која би могао да буде извршен негативни утицај.⁴⁵⁹ Из тог разлога, пуноважна би била каснија располагања за случај смрти уговорног оставиоца којима би поправио уговором о наслеђивању одређену правну позицију уговорног наследника, јер у тим случајевима уговорном наследнику није потребна правна заштита.⁴⁶⁰

Претпоставка за примену ових правних правила је да је уговор о наслеђивању пуноважан и да производи правна дејства, односно да није раскинут или поништен. То значи да се та правила не могу применити ако уговор о наслеђивању не може да произведе правна дејства или када дође до такозваног „отпадања погодованог лица“, односно, када уговорни наследник да негативну наследну изјаву, или је недостојан за наслеђивање, или умре пре уговорног оставиоца, изузев, ако се и у овим случајевима воља за укидањем може извести из садржине уговора о наслеђивању.⁴⁶¹ Ако неко располагање из уговора о наслеђивању не може да произведе правно дејство због такозваног „отпадања наследника“, односно немогућности уговорног наследника коме није одређен супститут да наследи, онда начелно у истој мери „оживљава“ и почиње да важи раније, односно касније располагање.⁴⁶² Коначно, након отпадања наследника, на његова права више није могуће извршити негативан утицај.⁴⁶³

Када се постави питање, да ли је могуће дати сагласност на располагање којим се врши негативни утицај на наследноправни положај уговорног наследника, важно је разликовати ситуације у којима је друга уговорна страна одређена за наследника од оних у којима је за бенефицијара одређено неко треће лице. Уговорни наследник би према пар. 2290 НГЗ могао да да такву сагласност у форми потребној за закључење уговора о наслеђивању, односно, морао би да

⁴⁵⁹ L. Michalski, 97.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ L. Michalski, 96.

⁴⁶² D. Leipold, 193, фн. 20.

⁴⁶³ L. Michalski, 96-97.

закључи уговор о укидању или уговор о мењању.⁴⁶⁴ Иако нема сумње да би треће лице, одређено за бенефицијара, могло у складу са пар. 2352 НГЗ да закључи уговор о одрицању од наследства, у делу литературе се истиче да би овом врстом уговора о наслеђивању могао да се користи и саговорач који је одређен за уговорног наследника.⁴⁶⁵

4.7. Престанак уговора о наслеђивању

4.7.1. Увод

У немачком праву уговорна располагања у уговору о наслеђивању могу престати споразумом обе уговорне стране, али и једностраном изјавом воље једног уговорача, под условом да постоји разлог за побијање, односно раскид уговора. Када је реч о једностраним располагањима у уговору, њих је увек могуће опозвати једностраном изјавом воље у форми тестаментa.

Споразумним раскидом уговора о наслеђивању или коришћењем права на једнострану раскид, осим ако нешто друго не би било уговорено, престаје важност и једностраних располагања у уговору о наслеђивању.⁴⁶⁶ У свему осталом, за једнострану располагања важе правила параграфа 2085 НГЗ, да неважност појединих одредаба у уговору доводи до неважности и преостале садржине уговора, једино ако може да се претпостави да их уговорни оставилац не би сачинио без оних одредаба које не производе правна дејства.⁴⁶⁷

4.7.2. Одустанак (раскид) од уговора о наслеђивању

Уговорне стране могу у целини или делимично да укину обавезујуће дејство уговора о наслеђивању тако што ће га споразумно раскинути (што је по природи ствари могуће учинити само до тренутка смрти било које уговорне стране),⁴⁶⁸ сачињавајући нови уговор, састављајући заједнички тестамент, или тако што би један уговорач сачинио тестамент којим би опозвао претходно

⁴⁶⁴ L. Michalski, 97.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Пар. 2229. ал. 3 НГЗ.

⁴⁶⁷ L. Michalski, 105.

⁴⁶⁸ Пар. 2290. ал. 1. НГЗ.

располагање, а онај други се са тим сагласио. Ако би уговор о наслеђивању био закључен у корист трећег лица, његова сагласност за раскид не би била потребна, јер он све до смрти оставиоцевог сауговорача има само наследну наду која не ужива никакву правну заштиту.⁴⁶⁹

За споразумни раскид уговора о наслеђивању тражи се форма потребна за закључење уговора о наслеђивању, дакле нови уговор којим се раскида стари морао би да буде закључен пред нотаром.⁴⁷⁰ У том случају би уговорни оставилац морао лично да закључи уговор којим одустаје од правних дејстава уговора о наслеђивању, али му за његово закључење не би била потребна сагласност законског заступника. Уговорном наследнику, који није уједно и уговорни оставилац, била би потребна и сагласност његовог законског заступника и старатељског суда ако не би имао потпуну пословну способност. Сагласност старатељског суда се свакако неће тражити када се уговор закључује између вереника или супружника.⁴⁷¹

Уговор о наслеђивању који је закључен између супружника или партнера из регистрованих заједница може да буде раскинут и у форми заједничког тестаментa који би сачинила ова два лица.⁴⁷² Да би уговор „оживео“, односно поново производио правна дејства, није довољно да заједнички тестамент буде једнострано опозван, већ је неопходно да супружници или партнери из регистроване заједнице сагласном изјавом воља опозову заједничко завештање.⁴⁷³ Ако је уговор о наслеђивању закључен између супружника, вереника или лица из регистрованих заједница (укључујући и истополне заједнице), он неће производити правна дејства ако је брак разведен или поништен пре смрти уговорног оставиоца или ако је пре његове смрти био покренут поступак за развод или поништење брака, па суд донесе пресуду да је тужбени захтев био оправдан. Иста правила се примењују и ако би била раскинута веридба.⁴⁷⁴

У складу са пар. 2291 Немачког грађанског законика, уговорно располагање којим је одређена испорука или налог, може да буде опозвано од стране једног

⁴⁶⁹ L. Michalski, 100; D. Leipold, 195.

⁴⁷⁰ W. Zimmermann, 135.

⁴⁷¹ Пар. 2290. НГЗ. L. Michalski, 100-101.

⁴⁷² Пар. 2292. НГЗ.

⁴⁷³ Аналогија из пар. 2257. и 2258. НГЗ. L. Michalski, 101.

⁴⁷⁴ Пар. 2077. и 2279. НГЗ.

завештаоца тестаментом, али је за пуноважност таквог опозива потребно да се са њим сагласи и друга уговорна страна. Сагласност се даје у форми јавнобележничког записа и једном дата, сагласност је неопозива. Ипак, и поред тога, уговор о наслеђивању би могао поново да производи правна дејства ако би уговорна страна која је дала сагласност, у складу са пар. 2291 ал. 2 НГЗ дала нову сагласност на опозив завештања.⁴⁷⁵

Почевши од 1.8.2002. године, по узору на завештање и уговор о наслеђивању који садржи само располагања за случај смрти може да буде опозван тако што би га уговорне стране заједнички и лично повукле из службеног или нотарског депозита. Службено лице је дужно да уговараче обавести о правним последицама повлачења уговора из депозита и да констатује на документу да их је на то упозорило, као и датум и место повлачења уговора.⁴⁷⁶

Параграфом 2293. Немачког грађанског законика је предвиђено да је уговорни оставилац овлашћен да и једностраном изјавом воље одустане од уговора о наслеђивању ако је тако предвиђено уговором о наслеђивању, односно, ако је он уговором то право резервисао за себе. Придржај права на одустанак је могуће уговорити и прећутно или под условом или роком и оно може да се односи само на поједина, а не на сва располагања у уговору.⁴⁷⁷ Право на одустанак је строго лично право које се не преноси на наследнике. Овде треба водити рачуна о још једној ствари. Ако би у уговору било задржано опште право на измене, према коме би уговорни оставилац имао право да једностраном изјавом воље измени сва уговорна располагања, онда тај правни посао не би представљао уговор о наслеђивању, већ тестамент.⁴⁷⁸ У случају да је закључен узајамни уговор о наслеђивању, ако је у уговору резервисано право на одустанак, оно се губи смрћу друге уговорне стране. Ипак, надживели уговарач може да опозове своје располагање путем завештања ако се одрекне онога што је уговорено у његову корист, осим ако нешто друго не произлази из заједничке воље странака. Међутим, ако један уговарач за живота оног другог опозове своје располагање, онда цео уговор о наслеђивању бива опозван.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ L. Michalski, 101.

⁴⁷⁶ Пар. 2256 и пар. 2300 НГЗ.

⁴⁷⁷ L. Michalski, 102.

⁴⁷⁸ W. Zimmermann, 131.

⁴⁷⁹ Пар. 2298 ал. 2 и ал. 3 НГЗ.

Сходно пар. 2294 НГЗ, уговорни оставилац може једностраном изјавом воље да раскине уговор о наслеђивању ако уговорни наследник манифестује понашање које представља основ за искључење из права на нужни део.

Уговорни оставилац би, према пар. 2295 НГЗ, имао право на одустанак од уговора ако би уговорни наследник у теретном уговору о наслеђивању пре његове смрти престао да му исплаћује доживотну ренту или да га доживотно издржава, или ако би престао да испуњава било какву престацију која се има сукцесивно испуњавати, па макар се радило о располагању које има уговорни карактер. Међутим, ако би из овог разлога уговорни оставилац опозвао уговор, уговорни наследник би у складу са пар. 812 НГЗ имао право на повраћај онога што је на основу своје обавезе дао или учинио.⁴⁸⁰

Нити у једном од три случаја када уговорни оставилац има право да једностраном изјавом воље опозове уговор о наслеђивању (када је то право уговором задржао за себе, ако је уговорни наследник својим понашањем остварио неки од разлога за искључење из права на нужни део, или ако уговорни наследник није испуњавао преузете обавезе према уговорном оставиоцу), неће се примењивати правила облигационог права, независно од тога да ли се раскид односи на сва или на само нека располагања.⁴⁸¹ Према пар. 2296 НГЗ, уговорни оставилац ће у овим случајевима одустати од уговора једностраном и нотарски овереном изјавом воље коју ће дати лично и изјавити је другој уговорној страни. Иако то није обавезно, препоручљиво је зарад лакшег доказивања навести и разлог одустанка. Оставилац своје право на раскид може да користи и након смрти уговорног наследника, али је тада неопходно да га реализује посредством завештања.⁴⁸² Ако је реч о двостраном уговору о наслеђивању, код кога оба контрахента чине уговорна располагања, опозивањем од стране једног уговарача (који он може да искористи до смрти оног другог) опозива се цео уговор.⁴⁸³ Ако би се раскид односио на уговор о наслеђивању у целини, онда би престала правна важност и једностраних располагања у уговору, осим ако не би могло да се утврди да је уговорни оставилац намеравао другачије.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ L. Michalski, 103; A. Bonomi (2003), 42-43.

⁴⁸¹ D. Leipold, 196.

⁴⁸² Пар. 2297 НГЗ.

⁴⁸³ Пар. 2298 НГЗ.

⁴⁸⁴ Пар. 2299. ал. 3 НГЗ.

4.7.3. Поништење уговора о наслеђивању

Ако би уговорни оставилац имао само завештајну, а не и уговорну способност (изузимајући случајеве предвиђене пар. 2275 ал. 2 и ал. 3), уговор о наслеђивању који би закључио био би ништав, али би под одређеним условима била могућа његова конверзија у завештање.⁴⁸⁵

Уговор о наслеђивању који није закључен у складу са законом прописаном формом, такође ће према пар. 125 НГЗ бити ништав.

Уговорни оставилац може, на основу пар. 2284 НГЗ, да конвалидира рушљив уговор о наслеђивању (да га „потврди“), тако што ће се одрећи права на његово поништење, што може да учини и путем конклюдентних радњи. Наравно, предуслов је да је уговорни оставилац знао за постојање основа за поништење.⁴⁸⁶

5. УГОВОРНО ОДРЕЂЕЊЕ НАСЛЕДНИКА У ЦИЉУ РЕГУЛИСАЊА БРАЧНО-ИМОВИНСКОГ РЕЖИМА – *L' INSTITUTION CONTRACTUELLE*⁴⁸⁷

5.1. Увод

Специфична систематика француског грађанског права узроковала је став по коме су у овом правном систему истински основи позивања на наслеђе само тестамент и закон.⁴⁸⁸ Француски грађански законик (у даљем тексту: ФГЗ) у читавом низу одредаба садржи изричиту забрану закључења уговора о будућем наслеђу (чл. 722., 791., 1130. ал. 2., 1389. и раније чл. 1600. ФГЗ).⁴⁸⁹ Сваки уговор који има за предмет будућу заоставштину лица које је живо је апсолутно ништав, независно од тога да ли се наследник одриче наслеђа које још увек није отворено, или уговором преноси своја будућа права из заоставштине којима се нада.⁴⁹⁰ Једнако су забрањени уговори о сопственом, као и они о туђем наслеђу, па чак и ако би лице чијим наслеђем се располаже дало сагласност на такав уговор.⁴⁹¹

⁴⁸⁵ Пар. 140 НГЗ; S. Edenfeld, 243.

⁴⁸⁶ *BayObLG* 1954, 77, наведено према: W. Zimmermann, 145.

⁴⁸⁷ Детаљно о уговорном наслеђивању у Француској видети: M. Stanković (2013), 335-364.

⁴⁸⁸ Fabien Ferran, *Le notaire et le règlement de la succession*, Paris 2003, 43.

⁴⁸⁹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 555; C. Renault Brahinsky, 49.

⁴⁹⁰ M. Grimaldi, 337; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 555.

⁴⁹¹ M. Grimaldi, 337; J. Maury, 17.

Уговорно наслеђивање је у Француској забранио још револуционарни режим законом од 6. јануара 1794. године. Негативан однос према овом институту је проистицао одатле што је сматран реликтом феудалног права, па се страховало да би супротно фундаменталним начелима новог поретка, могао да послужи као правни инструмент за успостављање начела примогенитуре и привилеговање мушке деце, односно као правни посао који би доприносио стварању добара мртве руке.⁴⁹² *Code civil* је уговор о наслеђивању реинтегрисао у француски правни поредак, али се његови редактори “нису усудили да га назову истим именом”, па су до тада важећи појам “уговорно наслеђивање” (*l'institution contractuelle*) и зазор који је овај институт собом носио, покушали да отклоне називајући га “поклоном будућих ствари” (*le donation de biens à venir*).⁴⁹³ По својој правној природи то је и даље био уговор о располагању заоставштином која није отворена, један од ретких изузетака од општег правила о забрани уговорног наслеђивања (и то изузетак од забране закључења уговора о сопственом наслеђу – *les pactes sur sa propre succession*)⁴⁹⁴ и изузетак од важног начела “*donner et retenir ne vaut*” (“дати и задржати не важи”). Тиме је дакле, допуштено уговорно одређивање наследника (*l'institution contractuelle*), које се још назива и поклоном будућих ствари (*le donation de biens à venir*), али искључиво у оквиру брачноимовинског режима, односно у форми брачног уговора (чланови 1082-1099 Наполеоновог кодекса).⁴⁹⁵

5.2. Појам и правна природа

Уговор о наслеђивању није дефинисан ни Француским грађанским закоником, нити неким другим законским текстом, али у науци нема сумње да је то правни посао којим једна уговорна страна располаже својом заоставштином,

⁴⁹²Henry Dyson, *French property and inheritance law – principles and practice*, Oxford-New York 2003, 237; M. Grimaldi, 338. Још је Мирабо у свом чувеном говору поводом једнакости права на заоставштинама из 1791. године истакао: „нема више примогенитуре, нема више привилегија у великој народној породици; не би требало више да их буде ни у малим породицама из којих је сачињена.“ Y. Favier, 30.

⁴⁹³Brissaud, *Histoire du droit privé*, p. 683, наведено према: H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 561.

⁴⁹⁴H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 551-553.

⁴⁹⁵M. Grimaldi, 338; P. Malaurie, L. Aynès, 369.

њеним аликвотним делом или тачно одређеним стварима и правима из заоставштине у корист друге уговорне стране.⁴⁹⁶

У француском праву постоје три врсте добротних правних послова (*les libéralités*), а то су поклон (*la donation*), завештање (*le testament*) и уговор о наслеђивању (*l'institution contractuelle*).⁴⁹⁷ Све ове врсте правних послова, а нарочито поклони, по правилу имају свој основ у браку.⁴⁹⁸ За разлику од немачког права, уговор о наслеђивању је у француском праву увек добротни правни посао, што проистиче и из чињенице да га је могуће закључити или посредством брачног уговора или путем поклона између супружника за време трајања брака („*donation au dernier vivant*“).⁴⁹⁹ Следствено томе, уговор о наслеђивању у француском праву представља двострани, али једнострано обавезујући правни посао. Начини настанка уговорног наслеђивања говоре и о његовом циљу у француском праву – да се учврсте постојеће и подстакне стварање нових породица, услед чега уговорно наслеђивање, под претњом ништавости, мора да има брачноимовински карактер.⁵⁰⁰

Иако у француској правној књижевности постоји скоро неподељено мишљење да правни послови, посредством којих настаје уговорно наслеђивање, производе правна дејства за случај смрти,⁵⁰¹ то не значи да француски аутори нису имали тешкоће да одреде правну природу уговорног наслеђивања. Увиђајући у њему правни посао који има елементе и поклона и завештања, француски аутори су га одредили као „правни посао амфибију“,⁵⁰² односно као „хибридни правни посао са двоструком природом“.⁵⁰³

⁴⁹⁶ M. Grimaldi, 268; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 560.

⁴⁹⁷ M. Grimaldi, 267.

⁴⁹⁸ P. Malaurie, L. Aynès, 345.

⁴⁹⁹ Pierre Julien, *Les contrats entre époux*, Paris 1962, 104; P. Malaurie, L. Aynès, 345; François Terré, Yves Lequette, *Droit civil – Les successions, Les libéralités*, Paris 1997, 426; M. Grimaldi, 268; J. Maury, 184. Овде је заправо реч о предбрачном уговору јер се закључује пре брака, али како превод синтагме "*contrat de mariage*" боље одговара називу који користи и наш законодавац, то ћемо у даљем тексту користити појам „брачни уговор“.

⁵⁰⁰ F. Terré, Y. Lequette, 426.

⁵⁰¹ P. Malaurie, L. Aynès, 369. Супротно и усамљено резонување, да су правни послови путем којих је могуће одредити наследника уговорним путем, у француском праву правни послови *inter vivos*, P. Weimar, 787.

⁵⁰² H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 561.

⁵⁰³ P. Malaurie, L. Aynès, 369. Слично F. Terré, Y. Lequette, 440.

5.3. Врсте уговорног наслеђивања у француском праву

Уговор о наслеђивању у француском праву није хомоген појам, нити представља јединствену правну установу. Специфична структура француског грађанског права коју је узроковала институциона систематика Наполеоновог кодекса, условила је да у овом правном систему добротини правни послови супсумирају како правне послове *inter vivos*, тако и оне *mortis causa*. Зато се и уговор о наслеђивању у француском праву јавља као саставни део два потпуно различита правна посла – брачног уговора (*Institution contractuelle par contrat de mariage*) и поклона између супружника (*Donation de biens à venir entre époux*), при чему се први облик дели на две подврсте – *Institution faite par un tiers à un futur époux* и *Institution entre futurs époux*. Из тог разлога може да се закључи да је предуслов пуноважности уговорног наслеђивања његов брачноимовински карактер. Имајући при томе у виду да се у литератури уговорни оставилац назива поклонодавцем (*donateur*), а уговорни наследник поклонопримцем (*donataire*), термин „уговорно одређење наследника“ се у анализи француског наследног права чини много тачнијим од појма „уговор о наслеђивању“. У наредним редовима биће речи о облицима у којима се јавља уговорно именоване наследника.

5.4. Уговорно наслеђивање путем брачног уговора (*Institution contractuelle par contrat de mariage*)

5.4.1. Правна природа и заједнички услови за пуноважност

У француском праву, уговорно наслеђивање посредством брачног уговора превасходно представља начин на који се уређује имовински режим у браку и након престанка брака, који осим разводом и поништењем може да престане и смрћу супружника.⁵⁰⁴ На све добротине правне послове који се подводе под брачноимовински режим, примењују се правила и услови који важе за пуноважност поклона.⁵⁰⁵ За уговорно одређивање наследника које се врши путем

⁵⁰⁴ У том смислу се у литератури истиче да супружници могу да одреде добра која ће припасти надживелом супружнику и по разводу брака. F. Ferran, 47.

⁵⁰⁵ P. Malaurie, L. Aynès, 347.

брачног уговора важе нека заједничка правила независно од тога ко су субјекти овог уговора. Оно се врши пре брака, тако што бива учињено саставним делом садржине брачног уговора.⁵⁰⁶ Због тога се за закључење брачног уговора тражи иста способност као и за пуноважност брака – *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*.⁵⁰⁷ То значи да за његово сачињавање није довољна активна завештајна способност, већ способност која се тражи за закључење брачног уговора.⁵⁰⁸ Друго, на њих се не примењује правило „*donner et retenir ne vaut*“. Најзад, брачни уговори, па тиме и уговорно одређење наследника, важе само под условом *si nuptiae sequantur*, тј. производиће правно дејство само ако буде закључен брак у чију корист се и они закључују, јер без брака отпада и кауза брачних уговора.⁵⁰⁹

Како се уговорно именовање наследника чини у форми брачног уговора, у његовој писаној редакцији ће учествовати само један нотар без присуства сведока.⁵¹⁰

„У погледу својих правних дејстава уговор о наслеђивању се налази на пола пута између поклона и завештања“.⁵¹¹ Иако уговорно наслеђивање закључено посредством брачног уговора има мешовиту правну природу, на овај институт⁵¹² ће се због његове неопозивости по правилу супсидијерно

⁵⁰⁶Éric Roig, *Ce qu'il faut savoir sur les donations successions*, Paris 2009, 25. У португалском праву су уговори о наслеђивању у свим случајевима у којима су допуштени у тесној вези са браком и важе само као саставни део предбрачних уговора. На основу члана 1700. Португалског грађанског законика, разликују се три врсте оваквих уговора о наслеђивању: уговори којима један супружник одређује за наследника или легатара другог супружника; уговори којима треће лице именује за наследника или испорукопримца једног од супружника; уговори којима један од супружника поставља за наследника или испорукопримца треће лице. Ferreira Pinto, Portugal, *European Succession Laws, edited by David Hayton*, Bristol 2002, 417. Уговор о наслеђивању се закључује као саставни део брачног уговора и у каталонском праву (*heredamientos*), а нарочито често у праву Арагона, иако га је у овој другој шпанској покрајини могуће закључити и мимо овог правног посла, због неограниченог круга субјеката којима је његово закључење доступно. Julio D González Campos, Spain, *European Succession Laws, edited by David Hayton*, Bristol 2002, 442-443; M. Martínez, 117.

⁵⁰⁷ Чл. 144, 1398. и 1399. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 347.

⁵⁰⁸ H. Dyson, 299.

⁵⁰⁹ Чл. 1088. и 1395. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 347; F. Terré, Y. Lequette, 445; É. Roig, 26.

⁵¹⁰ Чл. 1394. ал. 1. Француског грађанског законика; J. Maury, 177; F. Terré, Y. Lequette, 428; É. Roig, 25.

⁵¹¹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 564. Дајсон (*Dyson*) је у овој квалификацији још прецизнији па каже да се „поклон ове врсте налази на пола пута између поклона и легата.“ H. Dyson, 299.

⁵¹² Degueldre, *L'institution contractuelle faite par un tiers au profit des futures époux*, these Paris, 1933, наведено према: F. Terré, Y. Lequette, 441.

примењивати и грађанскоправне и порескоправне одредбе које се односе на поклоне.⁵¹³

5.4.2. Именовање будућег супружника за наследника од стране трећих лица (*Institution faite par un tiers à un futur époux*)

„Отац или мајка, други преци, побочни сродници супружника, као и сва трећа лица, могу брачним уговором да располажу целокупном имовином или једним делом своје имовине коју ће оставити на дан своје смрти, како у корист поменутих супружника, тако и у корист деце рођене у том браку, у случају да поклонодавац надживи супружника који је поклонопримац.“⁵¹⁴ „Овакав поклон, иако учињен само у корист супружника или једног од њих, увек ће се сматрати учињеним у корист деце и потомака рођених у браку у случају када поклонодавац надживи (супружника који је поклонопримац – примедба М. С.).“⁵¹⁵ Уговорно наслеђивање путем брачног уговора је данас изузетно ретко, а ова подврста је у француској пракси најређа.⁵¹⁶ Ипак, због чињенице да су и друштво и законодавац веома заинтересовани за формирање нових породица, и родитељима и сваком трећем лицу је допуштено да у корист неког од супружника учини поклон будућих ствари или кумулативни поклон садашњих и будућих ствари путем брачног уговора.⁵¹⁷ Очигледно, круг потенцијалних субјеката код уговорног одређења наследника је у француском праву много шири од супружника, како се то обично тврди.

Уговорни оставилац треба да има способност за сачињавање уговора о поклону, односно да буде поклонодавац у обичној врсти уговора о поклону којим

⁵¹³ É. Roig, 25; F. Terré, Y. Lequette, 446.

⁵¹⁴ Чл. 1082. ал. 1. Француског грађанског законика. Готово идентично именовање наследника је могуће према чл. 1082. Белгијског грађанског законика и чл. 1082. Луксембуршког грађанског законика. Alain Verbeke, Succession & Wills – Belgian Report, *European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.)*, Athens-Komotini 2008, 199.

⁵¹⁵ Чл. 1082. ал. 2. Француског грађанског законика.

⁵¹⁶ J. Maury, 177. Слично је и у каталонском наследном праву. У 2009. години од укупно закључених 2956 брачних уговора, само 90 је садржавало одредбе о уговорном наслеђивању. Esther Arroyo i Amayuelas – Miriam Anderson, Between Tradition and Modernisation: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.)*, Barcelona 2011, 67.

⁵¹⁷ René Cassin, Les libéralités a destination familiale en France, *Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris 1939, 121.

располаже постојећим стварима или правима, што се процењује обзиром на тренутак када се поклон, односно уговорно именоване наследника врши.⁵¹⁸ Малолетници не могу да закључују ове уговоре као поклонодавци (уговорни оставиоци), пунолетна лица под старатељством овакав уговор могу закључе само у корист потомака или супружника, уз услов да у њихово име то учини старатељ и то уз сагласност породичног савета, док лице стављено под туторство овакав правни посао може да закључи само уз помоћ татора.⁵¹⁹ За разлику од заједничког тестаментa који у француском праву није дозвољен,⁵²⁰ код уговорног наслеђивања ове врсте, допуштено је и да неколико лица из круга опредељеног чл. 1082. ал. 2. ФГЗ, одреде супружника за уговорног наследника у истом акту.⁵²¹

Слично уговорним оставиоцима, и уговорни наследници „морају да буду способни да буду поклонопримци у обичном уговору о поклону.“⁵²² Уговорни наследници могу да буду један или оба супружника. У другом случају, ако нешто друго није предвиђено, претпоставља се да је сваки супружник одређен за наследника на половини заоставштине, при чему у случају смрти једног, целокупна заоставштина припада другом супружнику.⁵²³ Уговор по самом закону, у складу са својим породичноправним циљем, задржава правна дејства чак и ако би супружник или супружници који су уговором одређени за наследнике умрли пре оставиоца, јер на место супружника долазе њихова деца наслеђујући права својих родитеља.⁵²⁴ Ипак, ова законска норма има диспозитивну правну природу, па ће се примењивати само ако поклонодавац (уговорни оставилац) у брачном уговору изричито не одреди да именоване наследника неће производити правно дејство ако један или оба супружника умру пре њега.⁵²⁵

Касациони суд је, тумачећи члан 1082. алинеја 1. Француског грађанског законика, још у једној одлуци, са краја 19. века, одредио да брачним уговором за наследнике могу да буду одређена деца супружника која још нису рођена и то директно и непосредно, односно да уопште није неопходно да за наследнике

⁵¹⁸ F. Terré, Y. Lequette, 442; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562.

⁵¹⁹ Чл. 501., 505., 1398. и 1399. Француског грађанског законика. F. Terré, Y. Lequette, 442.

⁵²⁰ Чл. 968. Француског грађанског законика.

⁵²¹ F. Terré, Y. Lequette, 442.

⁵²² H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562.

⁵²³ F. Terré, Y. Lequette, 442, фн. 4.

⁵²⁴ F. Terré, Y. Lequette, 442; J. Maury, 184.

⁵²⁵ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562.

најпре буду одређени будући супружници који су њихови родитељи.⁵²⁶ Уговорно наслеђивање неће производити правна дејства када уговорног оставиоца не надживи супружник који је одређен за наследника и када га не надживе ни његова деца рођена у браку.⁵²⁷

Ова врста уговорног наслеђивања може да служи као основ и за универзалну и за сингуларну сукцесију.⁵²⁸

5.4.3. Именовање будућег супружника за наследника од стране другог супружника (*Institution entre futurs époux*)

И ова врста уговорног наслеђивања је веома ретко коришћена, а када се примењује, то је најчешће у облику узајамног именовања супружника за наследнике. Неретко само један од супружника одређује за наследника оног другог (по правилу муж жену), желећи тако да му осигура имовински положај након своје смрти.⁵²⁹ Ако супружник нема деце или других потомака, он може брачним уговором или поклоном да располаже целокупном својом заоставштином у корист другог супружника, а ако има потомака (независно од тога да ли су из брака са супружником), онда пред њим стоје три могућности. Он може у корист другог супружника да располаже или расположивим делом заоставштине, или да на њега пренесе $\frac{1}{4}$ својине на заоставштини а да на преостале $\frac{3}{4}$ установи плодуживање, или да на целини заоставштине установи плодуживање у корист другог супружника.⁵³⁰ Раније се предмет уговора углавном састојао у установљавању права доживотног плодуживања на целини заоставштине у корист супружника. Након закона из 2001. године, овакво одређивање предмета губи на значају, осим ако уговорни оставилац нема деце из првог брака.⁵³¹

Услови за пуноважност и правна дејства која производи уговорно наслеђивање посредством брачног уговора су по правилу идентични, независно

⁵²⁶ Civ. 10 juil. 1888, S. 1890. 1. 517, D. 1890. 1. 57 – наведено према: H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 563.

⁵²⁷ F. Terré, Y. Lequette, 445-446; Чл. 1089. Француског грађанског законика.

⁵²⁸ F. Terré, Y. Lequette, 442; P. Malaurie, L. Aynès, 371.

⁵²⁹ Чл. 1091. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 370. Иста могућност је предвиђена чланом 1093. Белгијског грађанског законика и чланом 1093. Луксембуршког грађанског законика.

⁵³⁰ Чл. 1094. и 1094-1. Француског грађанског законика.

⁵³¹ P. Malaurie, L. Aynès, 370.

од тога да ко су субјекти брачног уговора. Од тог правила постоји само један изузетак. Ако будући супружник, који је именован за наследника од стране другог будућег супружника, умре пре уговорног оставиоца, неће доћи до законске примене права представљања, тј. уговорена добра неће прећи на децу која су рођена у браку и уговор неће производити правна дејства.⁵³² Овим елементом своје правне природе ова врста уговора о наслеђивању се сасвим приближава завештању.⁵³³

За разлику од обичних поклона, развод по сили закона узрокује опозивање свих располагања *mortis causa* које је један супружник учинио оном другом у форми брачног уговора или за време брака, под условом да супружник који је располагао није одлучио другачије.⁵³⁴

5.4.4. Правна дејства уговора о наслеђивању закљученог у форми брачног уговора

Именовање наследника у форми брачног уговора представља имовинско-правно располагање за случај смрти.⁵³⁵ Правна дејства уговорног наслеђивања су начелно идентична, независно од тога да ли је наследник одређен од стране трећег лица, или од стране супружника.⁵³⁶ Зато у погледу његових правних дејстава треба разликовати две фазе. Прва почиње тренутком закључења брачног уговора и именовања наследника и завршава се смрћу уговорног оставиоца, док друга фаза почиње моментом његове делације и завршава се деобом заоставштине.

Од тренутка закључења уговора па све до своје смрти, уговорни оставилац не може једностраном изјавом воље слободно да опозове располагање које је учинио посредством брачног уговора.⁵³⁷ Ипак, забрана располагања уговореним стварима и правима није апсолутна, већ се односи само на располагања неким новим добротиним правним послом, односно завештањем или поклоном, осим ако се не би радило о поклонима мање вредности или ремунационим

⁵³² Чл. 1093. Француског грађанског законика. F. Terré, Y. Lequette, 446-447; J. Maury, 179, 184.

⁵³³ J. Maury, 179.

⁵³⁴ Чл. 265. Француског грађанског законика. J. Maury, 180.

⁵³⁵ J. Maury, 178; P. Malaurie, L. Aynès, 372.

⁵³⁶ Чл. 1093. Француског грађанског законика. F. Terré, Y. Lequette, 447.

⁵³⁷ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 564.

поклонима.⁵³⁸ Ако би уговорни оставилац располагао објектом уговора неким новим добротиним правним послом, уговорни наследник би имао право да тражи његово поништење тек тренутком оставиочеве смрти (и то у обиму у коме је дошло до умањења његовог права које му следује на основу брачног уговора), јер је то моменат чијим наступањем наследник стиче своја права.⁵³⁹ Међутим, аутономија располагања добрима која су брачним уговором остављена уговорном наследнику се у француском праву стално шири. Под притиском практичних потреба, нотари су почели да уводе у брачне уговоре „клаузуле о опозивости уговорног наслеђивања“ (*clauses de révocabilité* или *les clauses résolutoires*), на основу којих уговорни оставилац, слично решењу које постоји у немачком праву, може за себе да задржи право да располаже уговореним стварима и правима.⁵⁴⁰

С друге стране, обзиром да уговорни оставилац остаје власник уговорених добара све до своје смрти, он задржава право да њима располаже теретним правним пословима и на тај начин уговору ипак фактички одузме дејство у целини (тако што би нпр. продао све ствари које чине објекат уговора) или делимично (тако што би право уговорног наследника на уговореном добру ограничио, нпр. заснивањем хипотеке).⁵⁴¹ Међутим, ова правила се превасходно односе на случај када је уговором одређена сингуларна сукцесија. Ако је у питању универзална сукцесија, чињеница да је уговорни оставилац теретним правним послом отуђио уговорена добра или неки њихов део, одразиће се некада само на структуру његове имовине, па тиме и на садржај користи које ће наследник добити из заоставштине, али њена вредност неће нужно бити умањена.⁵⁴² То значи да се промена, са аспекта уговорног наследника, може огледати само у саставу, а не и у вредности заоставштине коју треба да наследи. Иако је декујус ограничен тиме што би приликом предузимања теретних правних послова којима располаже уговореним добрима морао да докаже потребу за таквим правним пословима,⁵⁴³ одредба у уговору којом би се оставилац одрекао права да располаже теретним правним пословима целокупном имовином, била би ништава

⁵³⁸ Чл. 1083. Француског грађанског законика. André Raison, *Les donations entre époux*, Paris 1990, 23; J. Maury, 178; P. Malaurie, L. Aynès, 373.

⁵³⁹ J. Maury, 178; F. Terré, Y. Lequette, 445.

⁵⁴⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565.

⁵⁴¹ F. Terré, Y. Lequette, 443, фн. 1.

⁵⁴² F. Terré, Y. Lequette, 443.

⁵⁴³ J. Maury, 178.

као супротна јавном поретку, јер би представљала врсту забрањеног уговора о будућем наслеђу.⁵⁴⁴

Могу се извести два закључка. Прво, правни положај уговорног наследника је сигурнији од правног положаја завештајног наследника, али је мање поуздан од положаја поклонопримца.⁵⁴⁵ Разлог томе је што уговорни оставилац све до краја свог живота остаје власник уговорених добара, па иако је уговор једнострано неопозив, уговорни наследник све до тренутка оставиочеве делације суштински има само једну наследну наду. Али, за разлику од обичног поклонопримца, уговорни наследник може да наследи само она добра која уговорни оставилац није отуђио за живота теретним правним пословима.⁵⁴⁶

Када наступи смрт уговорног оставиоца, нема много разлике у правним дејствима уговорног наслеђивања, независно од тога да ли оно наступа посредством брачног уговора или поклоном будућих ствари између супружника, јер је правни положај уговорног наследника веома сличан позицији завештајног наследника или легатара.⁵⁴⁷ Уговор неће производити правна дејства, ако уговорни наследник или уговорни легатар умре пре оставиоца или да негативну наследну изјаву, осим у описаној ситуацији, када се именовање будућих супружника за наследнике врши од стране трећих лица, а уговорена корист није изричито ограничена на уговорног наследника.⁵⁴⁸ Ако се прихвати наслеђа, уговорни наследник тек моментом делације стиче уговорена права и наслеђује декујусове дугове, јер до тог тренутка он има само наследну наду.⁵⁴⁹ Ако се одрекне наслеђа, његов правни положај ће бити такав као да никада није ни био одређен за наследника.

Међутим, ако не може за оставиоцевог живота да располаже уговореним добрима јер на њима има само „евентуално право“, уговорни наследник, за разлику од завештајног или нужног наследника, може и пре оставиоцеве смрти да предузме потребне мере обезбеђења зарад очувања свог евентуалног права, што

⁵⁴⁴ P. Malaurie, L. Aynès, 373; Civ., 5 juil. 1928, *D. H.*, 1928, 429 – одлука наведена према: René Savatier, *Cours de droit civil – tome troisième*, Paris 1951, 506.

⁵⁴⁵ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565.

⁵⁴⁶ H. Dyson, 299.

⁵⁴⁷ R. Savatier, 506.

⁵⁴⁸ Чл. 1089. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 372; R. Savatier, 506.

⁵⁴⁹ Cass. civ. 1re, 13 févr. 1968, *Bull. civ. I*, no 60, наведено према: P. Malaurie, L. Aynès, 372, фн. 16. Слично и F. Terré, Y. Lequette, 445.

уз особину неопозивости, овај уговор веома приближава поклону.⁵⁵⁰ Такође, попут поклоне, на уговор о наслеђивању се примењују правила о редукцији у случају повреде права на нужни део.⁵⁵¹

Уговор о наслеђивању учињен посредством брачног уговора (независно од тога између којих лица је закључен) је опозив и не производи правна дејства из истих разлога као и обичан поклон - због неблагодарности или због неизвршавања наложених терета, али не и због накнадног рођења детета.⁵⁵² Због неизвршења обавеза, опозив могу да траже само оставиочеви наследници и то после његове смрти, јер до тренутка делације наследник још није стекао никаква права, па нема ни обавезу да изврши неки терет.⁵⁵³ Уговор неће производити правна дејства ни ако не дође до закључења брака у чију корист је брачни уговор закључен, такође независно од тога ко су његови субјекти.⁵⁵⁴ Споразумни раскид уговора би једино био могућ у случају измене брачноимовинског режима и то на начин који је предвиђен чланом 1397. Француског грађанског законика.⁵⁵⁵

5.5. Уговорно наслеђивање између супружника за време трајања брака

Супружници могу једно друго да одреде за уговорне наследнике и за време трајања брака, што се у пракси назива поклоном надживелом супружнику („*donation au dernier vivant*“).⁵⁵⁶ За разлику од именовања наследника у форми брачног уговора, који будући супружници обавезно закључују пре брака, супружници овај уговор међусобно могу да закључе у било ком тренутку током трајања брака, али ово добродино располагање није могуће закључити у корист деце.⁵⁵⁷ Иако је реч о поклону будућих ствари, уговорне стране у тренутку његовог закључења треба да поседују способност потребну за закључење обичног

⁵⁵⁰ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 564.

⁵⁵¹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 566.

⁵⁵² É. Roig, 26; A. Raison, 26-27.

⁵⁵³ André Toulemon, *Contrats de mariage et donations entre époux*, Paris 1957 116; F. Terré, Y. Lequette, 445, 448; P. Julien, 107.

⁵⁵⁴ Чл. 1088. и 1395. Француског грађанског законика.

⁵⁵⁵ F. Terré, Y. Lequette, 446.

⁵⁵⁶ J. Maury, 184.

⁵⁵⁷ R. Savatier, 503. Према члану 1096. Белгијског грађанског законика супружници могу једно друго да одреде за наследнике за време трајања брака и то у форми уговора којим мењају свој брачноимовински режим или у форми нотарски обрађене исправе. A. Verbeke (2008), 199.

уговора о поклону, односно поклону чији објекат чине постојеће ствари у тренутку постизања сагласности воља.⁵⁵⁸

Ову врсту уговора о наслеђивању *Code civil* уопште не помиње, већ „он представља дело јуриспруденције и праксе“.⁵⁵⁹ Међутим, поклон будућих ствари надживелом супружнику представља не само модалитет у коме се уговор о наслеђивању најчешће закључује, већ и један од најчешћих правних послова у француској правној пракси уопште.⁵⁶⁰ То је интересантно јер уговорни оставилац задржава право да располаже свим добрима која представљају објекат уговора, како теретним, тако и добротним правним пословима, било располагањима *inter vivos*, било располагањима *mortis causa*.⁵⁶¹ У предности уговорног оставиоца да слободно располаже добрима која су објекат поклону будућих ствари, чак и добротним правним пословима, састоји се разлика у односу на уговорно наслеђивање посредством брачног уговора.⁵⁶²

Пре 1. јануара 2005. године, сви поклони које су супружници једно другом чинили, независно од тога да ли су за предмет имали постојећа или будућа добра, били су увек и слободно опозиви. Сада се ово правило односи још само на поклон будућих ствари (уговор о наслеђивању), док су обични поклони између супружника само изузетно опозиви.⁵⁶³ Право на опозив поклону будућих ствари је

⁵⁵⁸ Н. Dyson, 299. Иако из разлога правне сигурности нотари нерадо препоручују његово предузимање, на основу чланова 1084. и 1085. Француског грађанског законика, могуће је закључити и кумулативни поклон постојећих и будућих ствари (*donation cumulative de biens présents et à venir*). Уговорни наследник (поклонопримац) до тренутка смрти уговорног оставиоца (поклонодавца) има једно преображајно право, тј. право избора између оставиоцевих добара која су постојала у тренутку закључења уговора о поклону и добара која ће постојати у тренутку смрти уговорног оставиоца (поклонодавца), због чега га неки аутори називају и „алтернативним поклоном“ (*donation alternative*). Ако се након закључења уговора имовина повећала, уговорни наследник ће по правилу опирати за уговорно наслеђивање (али ће у том случају као наследник одговарати за оставиоцеве дугове), а ако се смањила, онда ће његов избор бити обичан поклон. Право избора је условљено извршеним пописом оставиоцеве активе и пасиве у тренутку закључења уговора, а у супротном, поклонопримац има положај поклонопримца будућих ствари, односно уговорног наследника. Како је кумулативни поклон у суштини уговор о наслеђивању који поклонопримац изјавом воље може да конвертује у уговор о поклону, услови за пуноважност уговора о наслеђивању важе и за поклон постојећих и будућих ствари. R. Savatier, 505; F. Terré, Y. Lequette, 449; P. Malaurie, L. Aynès, 373.

⁵⁵⁹ F. Terré, Y. Lequette, 447.

⁵⁶⁰ *Ibid.* У литератури се каже да „велики број Француза иде код нотара свега два пута у животу, када треба да купи кућу у којој ће становати и када жели да закључи уговор у корист надживелог супружника.“ J. Maury, 184. Према једном извору, евиденција нотара показује да отприлике 80% брачних парова током брака закључи ову врсту поклону (*donation entre époux*). Н. Dyson, 282.

⁵⁶¹ Чл. 1096. ал. 1. Француског грађанског законика. Закон од 26. маја 2004. године. J. Maury, 184.

⁵⁶² F. Terré, Y. Lequette, 448; P. Julien, 107.

⁵⁶³ É. Roig, 26-27; Н. Dyson, 282.

строго лично право којим може да се користи само уговорни оставилац (поклонодавац) и које се гаси његовом смрћу.⁵⁶⁴ Уговорни наследник, као и завештајни наследник, све до делације уговорног оставиоца нема никаква права на уговореним добрима, већ има само наследну наду.⁵⁶⁵ Из тог разлога се о овој врсти уговора говори и као о „уговорном тестаменту“ („*testament contractuel*“), чиме се наглашавају њихове сличности, али и различити корени.⁵⁶⁶

Упркос сличности између тестаментa и поклона у корист надживелог супружника, Касациони суд је у једној одлуци потврдио да се на ову врсту уговора о наслеђивању примењују сва правила која важе за поклоне, нпр. у погледу неопходне способности за предузимање правног посла,⁵⁶⁷ у погледу форме у којој се сачињавају, као и у непримењивању правила „*donner et retenir ne vaut*“.⁵⁶⁸ То значи да је за пуноважност овог контракта неопходно да се закључи у писаној форми пред једним нотаром, при чему ће код нотара остати оригинал уговора, а странкама ће бити издата његова копија.⁵⁶⁹

И ова врста уговора о наслеђивању има за циљ да се надживелом супружнику обезбеди материјална сигурност по престанку брака.⁵⁷⁰ Зато је поклон будућих ствари најчешће реципрочан (иако може да буде и једностран), јер се у тренутку његовог закључења не може знати који супружник ће надживети оног другог.⁵⁷¹

Ако би уговорни оставилац прекорачио вредност расположивог дела заоставштине чинећи добротине правне послове, најпре би дошло до смањења завештајних располагања и редукције других поклона, па тек онда поклона будућих ствари.⁵⁷²

⁵⁶⁴ R. Savatier, 501; P. Julien, 107; F. Terré, Y. Lequette, 447.

⁵⁶⁵ F. Terré, Y. Lequette, 448; R. Savatier, 505; Guide juridique des Français de l'étranger Succession - Donations, *La donation entre époux établie en France produit-elle ses effets à l'étranger?*, février 2011, 1.

⁵⁶⁶ Voirin, note sous Cass. Req. 10 juill. 1944, JCP 1944.II.2732, наведено према: F. Terré, Y. Lequette, 447.

⁵⁶⁷ Cass. civ., 20 févr. 1929: D. 1929, 1, 104, наведено према: J. Maury, 184, фн. 19.

⁵⁶⁸ F. Terré, Y. Lequette, 446; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562.

⁵⁶⁹ Чл. 931. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 204; F. Terré, Y. Lequette, 428.

⁵⁷⁰ F. Terré, Y. Lequette, 447; *La donation entre époux établie en France produit-elle ses effets à l'étranger*, 1.

⁵⁷¹ Чл. 1091. Француског грађанског законика.; *La donation entre époux établie en France produit-elle ses effets à l'étranger*, 1.

⁵⁷² R. Savatier, 506; P. Julien, 109.

6. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КОЈЕ НАСТАЈЕ НА ОСНОВУ ЗАВЕШТАЊА

6.1. *Common law* модел

6.1.1. Модел енглског права

У системима *common law* не постоји уговорно наслеђивање попут оног које је карактеристично за германске и романске правне системе. Ипак, постоје правне установе којима се остварују слична правна дејства и правно-политички циљеви, па у ширем смислу ипак може бити речи о уговорном наслеђивању, иако неки од уговора у овој породици права имају облигационоправни карактер. Енглеско право познаје уговор о остављању поклона, уговор о распоређивању имовине путем завештања, а уговорна правна природа се приписује и заједничким (узајамним) завештањима, као и установи *proprietary estoppel*. Иако ће у предстојећем излагању свакој од поменутих врста уговора бити посвећена одговарајућа пажња, посебан акценат ће бити стављен на заједничка (узајмна) завештања, којима се по нашем мишљењу у највећој мери (иако посредно) остварују правни учинци уговорног наслеђивања.

У уговору о остављању поклона поклонопримац се јавља као поверилац заоставштине.⁵⁷³

Уговор о распоређивању заоставштине путем завештања заправо представља контракт који је нама познат као уговор о садржини завештања. То је уговор којим се једно лице обавезује да ће уз одговарајућу накнаду завештати другом лицу целу заоставштину или неки њен део, или тачно одређену ствар или право из заоставштине, или уговор којим се једно лице обавезује другом лицу да неће опозвати ни изменити постојеће завештање или неко располагање садржано у њему.⁵⁷⁴ Уговорена обавеза да се завештање не измени или не опозове може да буде узајмна. У том случају, завештање не мења своју правну природу, односно оно и даље остаје опозиво, али на његово неопозивање уговорне стране обавезује облигација која је настала из уговора који су закључили и коју је сада могуће извршити на основу правних лекова заснованих на правичности, као што је

⁵⁷³ Roger Kerridge, Freedom of Testation in England and Wales, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 142; W. Pintens (2013), 22.

⁵⁷⁴ Roger Kerridge, *The law of succession*, London 2009, 95-96.

constructive trust.⁵⁷⁵ Ако би лице прекршило обећање које је дало, лице коме је обећање дато не би имало право да тражи извршење уговорене обавезе, али би у тренутку његове смрти имало право да из његове заоставштине тражи накнаду штете по основу изгубљене добити.⁵⁷⁶

За то се у литератури наводе следећи примери. Лице Б се обавезе лицу А да ће се преселити у његову кућу и старати се о њему и о његовим потребама до краја живота, а за узврат се лице А обавезује да ће му завештањем оставити целу заоставштину или један њен део. Лице В и Г се венчају, а свако од њих има децу из претходних бракова. Уговором се сагласе да ће надживели супружник имати право да ужива до краја живота целокупну имовину која је предмет уговора, а да ће после његове смрти остатак бити подељен на једнаке делове између потомака једног и потомака другог супружника.⁵⁷⁷ Правило је да се оставиоचेви повериоци намирују пре наследника и лица којима су остављене неке користи из заоставштине. Међутим, у првом примеру је и лице Б поверилац, па ако не би могло да издејствује извршење уговора, могло би у судском поступку да тражи накнаду вредности за услуге које је учинило у корист лица А.⁵⁷⁸ Судска пракса у *common law* системима је на становишту да уговор о распоређивању заоставштине путем тестаментa може да буде изражен и у споразуму о реципрочном завештању.⁵⁷⁹

Заједничко завештање се у *common law* заснива на „узајамности обавеза“. Сваки од завешталаца уноси неку одредбу у завештање очекујући да ће то учинити и онај други. Из тог разлога је заједнички тестамент правни посао у коме два или више лица (то ће најчешће бити супружници, а у пракси готово и да нема примера вишестраних заједничких завештања) сачињавају завештање у складу са претходно закљученим споразумом о томе да ће сачинити тестамент одређене садржине и да ће надживели завешталац бити везан таквим споразумом након смрти првог завештаоца.⁵⁸⁰

⁵⁷⁵ Rosalind Croucher, Mutual wills: Contemporary reflections on an old doctrine, *Melbourne University Law Review* 2005, Volume 29(2), 395.

⁵⁷⁶ Robert L. Menzel, *Wills and trusts in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 1994, 130; R. Kerridge (2011), 142.

⁵⁷⁷ Примери наведени према: R. L. Menzel, 130.

⁵⁷⁸ R. L. Menzel, 130-131.

⁵⁷⁹ R. Croucher, 411, фн. 122.

⁵⁸⁰ Andrew Burrows, *Oxford Principles of English Law – English Private Law*, Oxford 2007, 581-582; R. Croucher, 391.

Први пут се заједнички тестамент појавио пред енглеским судовима у случају *Dufour v Pereira* из 1769. године, у коме су га сачинили супружници. Након што је муж умро, његова супруга је сачинила нови тестамент, иако је на основу претходног имала плодуживање на његовој заоставштини, због чега су је лица одређена за наследнике по првом тестаменту тужила. Суштина проблема се састојала у питању: да ли супруга која је надживела свог мужа може да врши располагања супротно претходно сачињеном заједничком (узајамном) завештању?⁵⁸¹ Судија у овом спору, лорд Камден, сматрао је да завештаоци могу да одустану од свог тестаменталног располагања или споразумно, или тако што би један завешталац о намери да опозове своје располагање обавестио оног другог. Другим речима, једнострано опозив од стране једног завештаоца није био могућ након смрти оног другог и због тога што је након састављања заједничког завештања имовина сваког од завешталаца постала саставни део једног заједничког имовинског фонда, те је стога сваки акт у вези са таквом имовином морао да буде акт оба завештаоца.⁵⁸² Суштина образложења лорда Камдена је била у томе што је он у заједничком завештању видео ништа друго до уговор, којим је по његовом мишљењу супруга била везана, а који је са своје стране њен муж извршио моментом своје смрти. Тренутком када је пристала да ужива права на основу мужевљевог располагања, супруга је одбацила своје право да опозове завештање, те је оно што је удовица учинила у овом случају, према мишљењу лорда Камдена, заправо била превара.⁵⁸³ Након овог, у још неким случајевима у енглеској судској пракси у којима се расправљало о заједничком завештању, судије су у образложењу користиле појам „уговор“ или „споразум“.⁵⁸⁴

Дакле, да би се радило о заједничким узајамним тестаментима, у енглеској науци се захтева да буду испуњена три услова. Потребно је да постоји доказ о споразуму између завешталаца којим се они саглашавају о начину располагања целокупном или делом њихове заоставштине, затим, да су тестатори сагласни да ће заједничко завештање бити неопозиво након смрти првог завештаоца, и најзад,

⁵⁸¹ Alexandra Braun, Revocability of Mutual Wills, *Exploring the Law of Succession – Studies National, Historical and Comparative* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press 2007, 215; R. Croucher, 394.

⁵⁸² A. Braun (2007), 216.

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ *Hobson v Blackburn* (1822) 1 Add 274 at 279, 162 ER 96; *Lord Walpole v Lord Orford* (1797) 3 Ves Jun 402, 30 ER 1076; *Stone v Hoskins* (1905) P 194 at 195. Наведено према: A. Braun (2007), 219.

да у складу са таквим споразумом сачине заједничко завештање или појединачне тестаменте.⁵⁸⁵ Споразум, односно уговор између завешталаца којим одређују начин на који ће располагати заоставштином, треба да буде довољно прецизан да би у случају евентуалног спора суд могао да нареди његово извршење.⁵⁸⁶

Други значајан елемент код заједничког завештања је да између завешталаца постоји споразум који ће обавезивати надживелог супружника да након смрти оног првог не опозове своје располагање. Обавеза тестатора да неће опозвати заједничко завештање заснива се на споразуму који може да буде или уговор о располагању заоставштином путем тестамена или само заједничко завештање или неки несумњив спољашњи доказ.⁵⁸⁷ Међутим, чињеница да су завештаоци у исто време сачинили два идентична завештања, неће бити довољна за закључак о везаности надживелог супружника располагањима која су одредили. Исто тако, није нужно да наследник на основу заједничког тестамена буде надживели завешталац, већ то могу да буду и нека трећа лица, нпр. заједничка деца супружника који су сачинили заједничко завештање.⁵⁸⁸

Везаност наступа тренутком смрти првог завештаоца и то је трећи суштински елемент ове врсте тестамената.⁵⁸⁹ Објашњење се састоји у томе што је завештање настало на темељу сагласности завешталаца, а то ствара претпоставку да је свако од њих желео и пристао да буде везан реципрочним располагањем након смрти оног другог супружника.⁵⁹⁰ Тако се нпр. у шкотском праву заједничко завештање увек тумачи као уговор када у њему постоје реципрочне одредбе којима супружници располажу једно у корист другог, али не и када располажу у корист трећих лица.⁵⁹¹ Ако завештаоци своја тестаментарна располагања нису учинили зависним једно од другог, сматраће се да не постоји

⁵⁸⁵ R. Kerridge (2009), 112.

⁵⁸⁶ John G. Ross Martyn, Stuart Bridge, Mika Oldham, *Theobald on wills*, London 2001, 27; A. Burrows, 582.

⁵⁸⁷ Ако би овакав тестамент једновремено био и „узајамни“ (*a joint will which is also a mutual will*) а што није нужно, тада би се фактички заиста могло говорити о постојању уговора о наслеђивању. A.R. Mellows, *The law of succession*, London 1973, 17-27; Jesse Dukeminier, Stanley M. Johanson, *Wills, trusts and estates*, New York 2000, 322-328.

⁵⁸⁸ A. Burrows, 582.

⁵⁸⁹ R. Kerridge (2009), 113-114; A. Burrows, 582-583.

⁵⁹⁰ A. Bonomi (2003), 49, фн. 81.

⁵⁹¹ A. Braun (2007), 222.

заједничко завештање, већ два освојена тестаментна који сваки завешталац може да опозове пре своје смрти.⁵⁹²

Када су сва три наведена услова испуњена, а завештаоци (нпр. супружници) се нпр. договоре да ће свако од њих оставити своју заоставштину неком трећем лицу (то ће најчешће бити деца супружника), надживели супружник ће према правилима правичности ту заоставштину држати за бенефицијаре одређене тестаментом као *constructive trust*. Имајући правни положај који одговара фидуцијарном наследнику, он ће бити обавезан на понашање у складу са споразумом који је закључио са другим завештаоцем.⁵⁹³ Сматра се да правила о трасту почињу да се примењују након смрти првог завештаоца, па ако би за бенефицијаре била одређена трећа лица, они (односно њихови наследници) не би изгубили завештана права ако би умрли након првог, а пре другог завештаоца.⁵⁹⁴ Стога је циљ заједничког завештања да се у одсуству система заједнице добара у браку (који је карактеристичан за европско-континентална права, али не и за *common law*) створи заједнички имовински фонд од имовина унешених у брак и да се као такав сачува за децу завештаоца (најчешће из претходног брака), уместо да је наследе сродници другог супружника, али и да се кроз плодоуживање надживелог супружника на тој имовини обезбеди његова имовинска сигурност.⁵⁹⁵

Правила о трасту не спречавају надживелог завештаоца да опозове или измени своје располагање у заједничком тестаменту, јер би то било супротно правној природи завештања. Али, у оној мери у којој су његова каснија завештајна располагања инкомпатибилна са оним у заједничком тестаменту, односно у мери у којој он располаже добрима обухваћеним трастом, ново завештање неће произвести правна дејства. Другим речима, правила о трасту не

⁵⁹² Francis D. Rose, *The English Law of Succession, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.)*, Athens-Komotini 2008, 16.

⁵⁹³ R. Kerridge (2009), 112; A. Burrows, 583.

⁵⁹⁴ R. Kerridge (2009), 115; J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 28.

⁵⁹⁵ Некада овакви споразуми за последицу могу да имају и фидеикомисарну супституцију. Некада надживели завешталац тренутком смрти првог завештаоца стиче право својине на заоставштини, али је обавезан да након своје смрти оно што преостане остави трећим лицима (најчешће деци) на начин на који је то претходно уговорио са другим завештаоцем. Како постаје власник на заоставштини тренутком делације првог завештаоца, надживели завешталац има право располагања, али је оно ограничено тиме што предузета располагања не би смела да осујете намеру и споразум који су дефинисани у уговору са умрлим завештаоцем. R. Croucher, 404-405, 409.

онемогућавају надживелог завештаоца да несавесно опозове заједничко завештање, али спречавају да тај његов акт произведе правна дејства.⁵⁹⁶ У том смислу, крајњи бенефицијари (односно трећа лица) могу да истакну свој захтев на заоставштини већ за живота надживлог супружника и да траже обезбеђење у односу на тачно одређену непокретност.⁵⁹⁷ Који део заоставштине ће бити обухваћен трастом зависи од споразума завешталаца у заједничком тестаменту. У сваком случају, мора да буде тачно одређено на шта се траст односи, да ли на заоставштину у целини, како једног тако и другог завештаоца, на њен тачно одређени део, или само на нека тачно одређена добра из заоставштине.⁵⁹⁸ Дакле, на питање има ли право надживели завешталац да одступи од уговорене обавезе и да опозове или измени своје располагање, одговор зависи од тога да ли је спречено његово несавесно и преварно понашање, односно да ли је обезбеђено поштовање правичности у извршењу уговорних обавеза. Мање је важно да ли је надживели завешталац стекао неку корист или није.⁵⁹⁹

Тако су у случају *Re Dale* из 1993. године, супружници сачинили кореспективно заједничко завештање у корист њихових сина и ћерке. Након мужевљеве смрти, његова супруга је сачинила нови тестамент којим је располагала целокупном својом заоставштином у корист сина, те је након њене смрти ћерка затражила од суда да њено друго завештајно располагање поништи. Суд је усвојио ћеркин тужбени захтев, сматрајући да треба применити доктрину о заједничким тестаментима, упркос чињеници да према сачињеном заједничком завештању супруга није била одређена за наследника.⁶⁰⁰ Из тога, поједини аутори закључују да је данас за успостављање траста неопходно не само да постоји уговорни елемент у заједничком тестаменту, односно доказ о заједничкој намери, већ да постоји и уговор који су странке сматрале неопозивим и чији су елементи у великој мери дефинисани.⁶⁰¹ Из тог разлога, енглески судови чак иду дотле да

⁵⁹⁶ „У најкраћем, правичност не спречава, али оставља без дејства несавесно опозивање заједничког тестаента.“ R. Kerridge (2011), 144.

⁵⁹⁷ R. Croucher, 407.

⁵⁹⁸ A. Burrows, 584.

⁵⁹⁹ Видети случај *Proctor v Dale* ('*Re Dale*') 1994. R. Croucher, 403-404.

⁶⁰⁰ A. Braun (2007), 220.

⁶⁰¹ A. Braun (2007), 221.

идентификују заједничке тестаменте у енглеском праву са оним што се у немачком праву подразумева под уговором о наслеђивању.⁶⁰²

Са друге стране, док су оба завештаоца жива, свако од њих има право да опозове своје располагање у заједничком тестаменту, али је о томе дужан да обавести и другог завештаоца, да би и он евентуално имао прилику да измени или опозове своје располагање, што је све основ за престанак траста.⁶⁰³ Ако то не би био случај, односно ако би један завешталац опозвао или у значајној мери изменио своје завештање а о томе не би обавестио оног другог, сматраће се да се „обавезујући догађај“, односно смрт првог завештаоца, као трећи конститутивни елемент заједничког тестаamenta није ни догодио, а тестатор који је изменио или опозвао своје располагање био би дужан да оном другом надокнади штету.⁶⁰⁴

Са тим у вези, у енглеској судској пракси се у случају *Stone v Hoskins* из 1905. године, поставило једно ново питање. Оно се своди на дилему: какве су правне последице ако један завешталац измени своје располагање и о томе никада до краја свог живота не обавести другог завештаоца? Ситуација је дакле, од оних уобичајених другачија по томе што сада завешталац који први умире мења своје располагање. Закључено је да тренутком смрти првог завештаоца, који је опозвао своје располагање, траст није ни настао и да је надживели супружник ослобођен обавезе од забране измене и опозивања свог располагања.⁶⁰⁵ Стога завештаоци могу изричито да уговоре да ће опозив завештања бити могућ само уз писану сагласност другог завештаоца или да завештање уопште неће бити опозиво, макар и уз сагласност оба завештаоца, чиме се заједнички тестамент сасвим приближава уговору о наслеђивању. Имајући све наведено у виду, у литератури се закључује да је суштина споразума у вези са заједничким реципрочним завештањима у сагласности да се заоставштина распореди између тачно одређених лица на утврђени начин, а да је уговорна одредба о неопозивању узајамног тестаamenta само последица, а не узрок таквог споразума.⁶⁰⁶

⁶⁰² A. Braun (2007), 225.

⁶⁰³ R. Croucher, 396.

⁶⁰⁴ A. Braun (2007), 219-220; A. Burrows, 583. У шкотском праву, ако би се завештаоци уговором обавезали да неће опозивати завештање, онда би сваки од завешталаца морао да располаже на начин на који је то одређено у заједничком тестаменту, осим ако се и један и други не би сагласили са опозивањем. A. Braun (2007), 222.

⁶⁰⁵ R. Croucher, 399.

⁶⁰⁶ R. Croucher, 401-402.

Иако је *constructive trust*, који настаје сагласно уговору, најкарактеристичнији и „најчистији“ начин на основу кога настаје облигација да завештаоци распореде заоставштину лицима за која су то уговорили, то није и једини начин. Иако је доктрина о заједничким реципрочним завештањима првенствено утемељена на појму уговора, у литератури се истиче да се њена правна дејства могу остварити не само на основу „заједничке намере“ која проистиче из *constructive trust*, већ и на основу теорије о *proprietary estoppel*.⁶⁰⁷ Енглески *Court of Appeal* је проширио домаћај доктрине о *proprietary estoppel* на неколико случајева у којима једно лице даје обећање о томе како ће располагати својом заоставштином: *Wayling v. Jones, Gillett v. Holt, Campbell v. Griffin, Jennings v. Rice* и *Grundy v. Ottey*.⁶⁰⁸ Да би захтев у складу са овом доктрином био успешан, потребно је да се остваре три услова: 1) постојање очекивања или вере на темељу уверавања о располагању које је дао оставилац; 2) да је лице коме је обећање учињено делало на своју штету у најширем смислу и 3) да је то чинило на основу уверења које је стекло од оставиоца.⁶⁰⁹

6.1.2. Модел америчког права

Слично енглеском праву, у савременом америчком праву се заједничко завештање дефинише као исправа, у којој два или више лица располажу својом имовином за случај смрти, али се уједно, и без изричито написаног споразума обавезују да неће опозивати своје завештајно располагање, нити сачинити неко ново.⁶¹⁰ Као и у енглеском праву, након смрти једног завештаоца, други остаје везан својим завештајним располагањем до краја живота.⁶¹¹ То значи да је неопозивост његова битна карактеристика којом се оно приближава уговору о наслеђивању.

⁶⁰⁷ R. Croucher, 408-409.

⁶⁰⁸ Наведено према: R. Kerridge (2009), 99.

⁶⁰⁹ R. Kerridge (2009), 100.

⁶¹⁰ Suzan D. Herskowitz, *Wills, Trusts, and Estates Administration*, Boston 2013, 77. Заједнички тестаменти „често служе као средство којим уговорне стране сачињавају споразум, било изричито или прећутно, да неће сачинити доцнији тестамент нити опозвати постојећи,“ Ronald J. Scalise Jr., *Freedom of testation in the United States, Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012, 150.

⁶¹¹ S. D. Herskowitz, 78.

Штавише, поједини амерички аутори као пример уговора о наслеђивању (истина, уговора којим се једно лице обавезује да неће сачинити тестамент) нарочито узимају реципрочна заједничка завештања која састављају супружници и у истој тестаменталној исправи једно друго одређују за наследнике.⁶¹² То је став и судске праксе. Када се узајамна или реципрочна завештања сачињавају у одвојеним тестаменталним исправама али садрже идентичне одредбе,⁶¹³ као и споразум да ниједан завешталац неће изменити или опозвати свој тестамент после смрти оног другог (дакле, да својим располагањем остаје везан до краја свог живота), и судови их третирају као уговоре.⁶¹⁴ Иако се чини да би овде могло бити речи само о уговорима које европско-континентални правници познају као уговоре о садржини завештања, не може се порећи присуство споразума којим се једнострано неопозиво уређује распоред заоставштине, што је важна карактеристика уговорног наслеђивања. За измену или опозивање оваквог тестаamenta потребна је сагласност оба завештаоца, чак и након њиховог развода или престанка вођења заједничког живота, ако су тестатори супружници.

6.2. Норвешки модел

Уговору о наслеђивању се у норвешком праву по својој правној природи и правним дејствима приближава такозвано „неопозиво завештање“. Формални захтеви за његову пуноважност су исти као и код обичних завештања, али је његова специфичност у томе што мора да садржи одредбу у којој се недвосмислено одређује да је завештање неопозиво, односно у дужности завештаоца да обавести лице које је именовао за наследника да је то учинио неопозиво.⁶¹⁵ Неопозиво завештање има за правну последицу то да га завешталац каснијим тестаментом не може изменити или опозвати. Ипак, он задржава право да завештаним предметима неограничено располаже правним пословима међу

⁶¹² R. J. Scalise Jr., 150.

⁶¹³ Став је и енглеског и немачког права да за постојање заједничког завештања (односно реципрочног завештања као његове подврсте), није неопходно да супружници своја завештајна располагања напишу у истом акту. Заједничким завештањем ће се сматрати и одредбе које сачине у два потпуно одвојена документа, под условом да су између ових одредаба желели да установе међусобну зависност и условљеност. A. Bonomi (2003), 49.

⁶¹⁴ S. D. Herskowitz, 78.

⁶¹⁵ P. Hambro (2011), 238.

живима, чак и ако би тиме исцрпео целу своју заоставштину, изузев ако би у завештању сам себи ограничио располагања *inter vivos* у циљу поштовања садржине изјаве последње воље.⁶¹⁶ Као што се види, овим својим особинама (једнострана неопозивост и немогућност одступања од учињене изјаве воље каснијим располагањима за случај смрти и могућност располагања предметом завештања правним пословима међу живима), неопозиво завештање се веома приближава уговору о наслеђивању.⁶¹⁷ Оно што га разликује од уговора о наслеђивању јесте чињеница да је реч о једностраном правном послу, јер са таквим располагањем не мора да се сагласи наследник, већ је једино важно да буде информисан о њему.

Норвешки аутори истичу да постоје две врсте неопозивих завештања. У прву групу спадају такозвана „чиста“ неопозива завештања, у којима тестатор неопозиво одређује једно лице за наследника. Другу групу чине неопозиви тестаменти, који заправо чине део уговора између завештаоца и лица које он тестаментом неопозиво одређује за наследника, што по правилу чини у накнаду за издржавање које се наследник обавезује да му обезбеђује до краја живота. Из тог разлога се у делу науке ова друга врста неопозивих завештања чак сматра правним пословима међу живима.⁶¹⁸ То не може бити сасвим тачно, макар у погледу оставиоачеве обавезе, јер лице које он завештањем поставља за наследника стиче своја права из заоставштине тек тренутком тестаторове смрти. Зато се чини да је ова друга врста неопозивих завештања, односно уговорног одређивања наследника, скоро идентична оном које постоји у енглеском, али и у немачком праву, где обавеза наследника да издржава оставиоца може да представља предмет посебног правног посла, или да буде интегрисана у уговор о наслеђивању.

⁶¹⁶ Р. Hambro (2011), 239.

⁶¹⁷ Поједини аутори аргументују да се у неким правима, попут данског и норвешког, суптилна разлика између уговора о наслеђивању и заједничког тестаamenta заснива на чињеници да надживели завешталац више не може да опозове заједничко завештање. François Boulanger, *Droit international des successions – Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris 2004, 94.

⁶¹⁸ *Ibid.*

7. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КОЈЕ ИМА ЗА ЦИЉ ПРЕНОС ПОРОДИЧНИХ ПРЕДУЗЕЋА

7.1. Увод

У Европској унији постоји око 17 милиона породичних предузећа која запошљавају отприлике 100 милиона људи и чине 60% целокупног бизнис сектора у овој заједници, при чему међу 100 најуспешнијих компанија у ЕУ свака четврта представља породично предузеће.⁶¹⁹ Европска комисија је још пре двадесетак година констатовала „да је неколико хиљада предузећа годишње приморано да престане са радом због непремостивих тешкоћа које се тичу њиховог преноса *mortis causa*” и да услед чињенице да „именовани наследници имају потешкоће да плате надокнаду санаследицима који излазе из породичног бизниса“ и порескоправног режима који прати породично наслеђивање, европска предузећа долазе у врло неповољан и неконкурентан положај у односу на светску конкуренцију. Из тог разлога је Европска комисија још 7. децембра 1994. године донела препоруку *Recommendation 1994/1069/EC*, којом је од држава чланица захтевала да олакшају пренос и наслеђивање малих и средњих предузећа и тако учине покушај да се спречи ликвидација ових правних лица и спречи раст незапослености.⁶²⁰ Егзактне податке који иду у прилог става Европске комисије дао је у својим истраживањима Сандиг (*Sandig*), који је закључио да чак 78% предузећа нема припремљену стратегију за случај смрти свог власника, а да су тек у 51% случајева потоње генерације упознате са планом пословања и развоја предузећа.⁶²¹ Показало се да је жељене резултате могуће постићи не само мерама компанијског и пореског права, већ и регулативом из области имовинског, породичног и наследног права, међу које се убраја промена правне природе права на нужни део, либерализација наслеђивања између супружника, али и либералнији однос према уговорима о наслеђивању.⁶²² При томе, пошло се од тога да наслеђивање породичних предузећа подразумева не само наслеђивање права својине на њима, већ и управљачких права у односу на ове компаније.⁶²³

⁶¹⁹ S. N. Navarro, 113.

⁶²⁰ D. Damascelli, 85; A. Verbeke, Y. H. Leleu, 344.

⁶²¹ S. N. Navarro, 112-113.

⁶²² A. Verbeke, Y. H. Leleu, 344.

⁶²³ S. N. Navarro, 117.

У даљем излагању биће речи о мерама које су на основу препоруке Европске комисије озакоњене у италијанском и у шпанском праву, чиме је створен потпуно нови модел уговорног наслеђивања.

7.2. *Patto di famiglia* италијанског права

Систем нужног наслеђивања у Италији и стварноправна природа права на нужни део, у пракси много пута потврђене појаве да неки од наследника желе, а други не желе да наставе учешће у породичној производњи, жеља појединих наследника да продају своје акције и породични неспоразуми који из тога проистичу и који негативно утичу на производну активност, довели су до тога да се у Италији већ дуго размишљало о алтернативним начинима за преношење породичних компанија за случај смрти. У Италији су начелно забрањени уговор о наслеђивању (чл. 458. Италијанског грађанског законика) и заједничко завештање (чл. 589. Италијанског грађанског законика) и то без изузетака који су предвиђени Француским грађанским закоником и неким кодификацијама доношеним по узору на њега. Ипак, имајући у виду препоруку Европске комисије из 1994. године, којом се државама чланицама саветује да узму у разматрање могућност увођења уговора о наслеђивању, као инструмента за лакше реализовање наслеђивања малих и средњих породичних предузећа, италијански законодавац је по узору на „породични уговор“, који је већ постојао у пракси, нормирањем параграфа V-bis у IV одељку другог дела Италијанског грађанског законика (чланови 768-bis и ff) предвидео један нови правни посао. Реч је о *patto di famiglia*, којим је власнику компаније или акционару омогућено да у целини или делимично расподели (пренесе) своје власништво или акције на једног или више потомака и тиме спречи устињавање предузећа, при чему са таквим преносом морају да се сагласе супружник и остали нужни наследници којима у сваком случају припада надокнада.⁶²⁴ Циљ овог уговора је да се њиме обезбеди пренос својине и управљање предузећем на једног или више наследника, а да се истовремено избегне могућност редукције таквих располагања због повреде права на нужни

⁶²⁴ W. Pintens (2013), 22.

део.⁶²⁵ Тако су Италијанским грађанским закоником, односно Законом бр. 55 од 14. фебруара 2006. године, кроз увођење породичног уговора члановима 768 - *bis* – 768 - *octies*, усаглашена правила наслеђивања са правилима која се односе на управљање породичним предузећима. Иако овај институт још увек није у већој мери заживео у пракси,⁶²⁶ његов значај проистиче отуда што породичне компаније (нпр. Фиат) представљају основ италијанске индустријске производње.⁶²⁷

Породични уговор (*patto di famiglia*) је правни посао којим власник предузећа, уз учешће нотара, доброчином или теретно са тренутним дејством, преноси целину или део компаније, односно све или део акција породичног предузећа на једног или више својих потомака. При томе, његов супружник и сва лица која би била његови нужни наследници, у тренутку делације (а која нису обухваћена располагањем), морају да се сагласе са оваквом расподелом. У супротном, уговор ће бити ништав.⁶²⁸ Иако то законодавац није изричито одредио, према мишљењу појединих аутора, овај нови уговор италијанског права је доброчин правни посао, јер његова кауза и лукративни карактер проистичу из члана 769-4 ал. 4. Италијанског грађанског законика. Њиме је предвиђено да оно што је предмет овог уговора, односно оно што је примљено по основу *patto di famiglia* (предузеће или његове акције), не може да буде предмет захтева за урачунавањем у обрачунску вредност заоставштине. То значи да из вредности предузећа или његових акција не може да се намири нужни део нужних наследника, јер су њихова права, па и она која се односе на предмет овог уговора, дефинитивно одређена и намирена у тренутку закључења уговора. Тиме је гарантована неопозивост и трајност расподеле предузећа после смрти његовог власника.⁶²⁹

⁶²⁵ Andrea Fusaro, Transferring Business Ownership in Italian Family Enterprises, *Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective*, edited by Isabell Stamm, Peter Breitschmid, Martin Kohli, Zurich - Basel – Geneva 2011, 319.

⁶²⁶ Alexandra Braun, Testamentary Formalities in Italy, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 124.

⁶²⁷ A. Fusaro (2011a), 315.

⁶²⁸ A. Fusaro (2011a), 320; A. Braun (2012b), 470; У литератури постоји и нешто рестриктивније схватање према којем сви потенцијални нужни наследници власника предузећа, чији круг се одређује обзиром на тренутак закључења породичног уговора, морају да буду обухваћени овим уговором. D. Damascelli, 89-90.

⁶²⁹ D. Damascelli, 88-89.

Ипак, у прилог аргументацији да је *patto di famiglia* теретан уговор, говори чињеница да уступиочев супружник и његови остали нужни наследници, у складу са чланом 768-IV Италијанског грађанског законика, морају да добију накнаду од стране лица у чију корист се уступање врши и то из разлога што дају сагласност на овакав уговор, осим ако се у целини или делимично не одрекну тог свог права које им припада (што најчешће чини надживели супружник лица које уступа предузеће), а шта у таквој хипотези побољшава изгледе на успешан трансфер предузећа.⁶³⁰ На њих ће, или путем самог *patto di famiglia* или путем посебног уговора, бити пренесена или нека друга добра (нпр. стан или кућа) или новчани износ, у висини вредности нужног дела, који би им припао (а који се одређује обзиром на вредност предузећа у тренутку када се врши његов пренос на потомке), али ће тиме изгубити право да касније траже поништај уговора, или редукацију располагања због повреде права на нужни део.⁶³¹ Дакле, могућност да други нужни наследници буду намирени не мора да буде остварена само тако што ће им власник предузећа учинити поклоне, већ то може да учини и лице на кога је предузеће пренешено.⁶³² Ипак, супружник и нужни наследници задржавају право да пониште сагласност на уговор коју су дали, ако су то учинили под дејством мана воље. Они задржавају право и на учешће у деоби преостале уступиочеве заоставштине након његове смрти.⁶³³ *Patto di famiglia* под претњом ништавости мора да буде закључен у форми јавне исправе од стране нотара, при чему се за његову пуноважност не захтева присуство сведока када овај правни посао нема доброделини карактер.⁶³⁴

Стога, иако је породични уговор по својој правној природи јединствен правни посао, његове функције и последице су комплексне, јер је за његову пуноважност нужно учешће три уговорне стране. То су најпре, власник предузећа који располаже својом компанијом, затим његов потомак који је корисник и на кога он преноси своје предузеће или његове акције, и најзад, потенцијални нужни

⁶³⁰ A. Braun (2011), 199.

⁶³¹ A. Braun (2012b), 471; A. Fusaro (2011a), 320; D. Damascelli, 88.

⁶³² A. Fusaro (2011a), 320.

⁶³³ A. Braun (2012b), 471.

⁶³⁴ Andrea Fusaro, Freedom of Testation in Italy, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 200; A. Braun (2012b), 471.

наследници власника предузећа.⁶³⁵ Власник предузећа заправо овим уговором остварује једну врсту антиципираног наслеђа у погледу породичног предузећа.⁶³⁶

Иако *patto di famiglia* производи правна дејства тренутком закључења, у науци је још увек спорно да ли је реч о правном послу *inter vivos* или *mortis causa*.⁶³⁷ Упркос томе што се истиче да је ово значајан корак у контрактуализацији италијанског наследног права и да представља изузетак од чланом 458. Италијанског грађанског законика предвиђене забране закључења уговора о наслеђивању, чини се да у најужем смислу (у смислу у коме га познају германска права) овај контракт не може да се подведе под уговор о наслеђивању, јер смрт власника предузећа није правно-релевантна чињеница за коју се везују његова правна дејства. Расподела и пренос предузећа или његових акција који се врше овим уговором, производе сва правна дејства тренутком закључења уговора, па је упркос законодавчевим настојањима тешко рећи да овај институт представља изузетак од забране закључења наследноправних уговора.⁶³⁸ Поред тога, породични уговор се не може сврстати у наследноправне уговоре јер је његов предмет одређен већ у тренутку закључења уговора, док предмет уговора о наслеђивању представљају ствари и права која иза једног лица преостану у тренутку отварања његове заоставштине.⁶³⁹ Пре би се могло рећи да је реч о врсти уговора о уступању и расподели имовине за живота, из разлога што овај правни посао производи правна дејства *inter vivos*, а не *mortis causa*.⁶⁴⁰ У том смислу, уступилац може да задржи за себе право доживотног плодуживања на уступљеној имовини, јер правна дејства овог уговора наступају тренутком његовог закључења.⁶⁴¹

Истина, иако је породични уговор италијанског права доминантно правни посао међу живима, због тренутног преноса права са уступцоца на потомке (у ком смислу бисмо могли да упоредимо са институтом *donation-partage* француског

⁶³⁵ D. Damascelli, 89.

⁶³⁶ D. Damascelli, 90.

⁶³⁷ A. Braun (2011), 124.

⁶³⁸ D. Damascelli, 91. Иако је уобичајено се да пренос предузећа врши одмах, то је могуће учинити и под одложним условом, односно роком, који могу да буду везани и за тренутак смрти уступцоца породичне компаније. A. Fusaro (2011a), 320.

⁶³⁹ D. Damascelli, 91.

⁶⁴⁰ Ово је став и великог броја италијанских аутора. Видети: Alexandra Braun (2012b), 472, са упућивањима у фусноти 61.

⁶⁴¹ A. Fusaro (2011b), 199.

права, иако се и овај правни посао такође сматра изузетком од забране закључења уговора о наслеђивању), овај институт производи и извесна правна дејства за случај смрти и то у односу на нужне наследнике који се одричу права у односу на предузеће, а која би стекли тренутком смрти његовог власника. Наиме, нужни наследници се одричу како права да траже поништење преноса предузећа на уступиоцевог потомка, тако и права да траже поништај одредбе о накнади која им је гарантована у замену за сагласност са уступањем коју су дали, исто као што могу да се одрекну права на надокнаду и дају уговору добротин карактер.⁶⁴² Као што се види, *patto di famiglia* подсећа на облик располагања наследном надом, али истовремено и на врсту негативних уговора о наслеђивању. Међутим, по мишљењу неких аутора, *patto di famiglia* се не може подвести ни под негативне уговоре о наслеђивању, јер нужни наследници могу слободно да се одреде да ли ће прихватити или ће се одрећи наслеђа власника предузећа у тренутку отварања заоставштине.⁶⁴³

У прилог тврдње да породични уговор италијанског права производи и нека правна дејства за случај смрти, говоре и поједине одредбе које могу да буду његов саставни део. Такозваним прохибитивним клаузулама (*prohibitive clauses*) се лицу на кога се преноси предузеће или његове акције забрањује свака врста преноса својине, било добротиним, било теретним правним пословима, ако наследник добије надокнаду. „Право на куповину после продаје“ (*post-sale purchase right*) омогућава другим акционарима да откупе акције од лица које их је стекло, а према цени која је утврђена у самом уговору, или је касније договорена.⁶⁴⁴ Најзад, према “купи-продај клаузулама“ (*buy-sell clauses*), преостали акционари би били обавезни да откупе акције ако би наследници желели да их продају, иако постоји могућност да се уговори и *vice versa*, да су наследници обавезни да продају акције ако други акционари желе да их купе.⁶⁴⁵

У складу са чланом 768. Италијанског грађанског законика, породични уговор је начелно неопозив, што значи да власник предузећа не може да опозове

⁶⁴² Има и аутора који истичу да се овде ради само о одрицању нужних наследника од новчане надокнаде у вредности дела предузећа који би им припао, а не неких будућих наследних права, због чега не може да буде речи о уговору о наслеђивању, па ни о изузетку од забране његовог закључења. А. Braun (2012б), 472.

⁶⁴³ D. Damascelli, 91.

⁶⁴⁴ A. Fusaro (2011а), 316.

⁶⁴⁵ A. Fusaro (2011а), 317.

уговором учињена располагања ни доцнијим завештањем, ни неким правним послом *inter vivos*, независно од тога да ли би уговор био теретан или добротан. Изузетно, *patto di famiglia* може да буде раскинут или измењен новим уговором, али само ако би то било предвиђено првобитно закљученим *patto di famiglia* и ако би и нови уговор сачинио нотар у форми јавнобележнички обрађене исправе.⁶⁴⁶ Међутим, и лице на које се породичним уговором преноси предузеће може на основу самог уговора за себе да задржи право да накнадно одустане од закљученог споразума, нпр. ако у предвиђеном року од 5 година након закључења уговора породично предузеће не би остваривало унапред предвиђене просечне приходе. О томе, ово лице у форми јавног акта (овереног писма) увек мора да обавести све преостале уговорне стране из *patto di famiglia*,⁶⁴⁷ по чему се овај правни посао приближава уговору о наслеђивању.

Уговор може да буде поништен у року од годину дана од настанка ако је закључен под дејством мана воље, а исти рок за његово поништење је дат нужним наследницима „који нису учествовали у уговору“, а којима уговорне стране у породичном уговору нису исплатиле вредност нужног дела који им припада обзиром на вредност пренесеног предузећа или његових акција. Циљ остављања овако кратких рокова се састоји у томе да се очува стање настало расподелом на основу породичног уговора.⁶⁴⁸ Па и поред тога, примена овог института није заживела у италијанској пракси, због чега се претходних година предлажу измене у његовом регулисању. Разлози за то се највероватније могу пронаћи у томе што сви нужни наследници морају да буду обухваћени уговором, али и у томе што лице коме се уступа руковођење породичним бизнисом често не може да пронађе довољно новчаних средстава да компензује вредност нужног дела преосталих уступичевих нужних наследника.⁶⁴⁹ Проблем настаје и зато што се накнада наследницима најчешће чини умањивањем основног капитала компаније, што понекада доводи и до престанак бизниса и гашења предузећа.⁶⁵⁰ То ће најчешће бити случај када у вођењу породичне компаније активно учествују родитељи и

⁶⁴⁶ A. Braun (2012b), 474; D. Damascelli, 91.

⁶⁴⁷ A. Fusaro (2011b), 199, 201.

⁶⁴⁸ D. Damascelli, 89.

⁶⁴⁹ A. Braun (2012a), 77.

⁶⁵⁰ A. Fusaro (2011a), 317.

само једно од више деце, па се детету које је већ акционар у предузећу омогућава да купи све оставиочеве акције.⁶⁵¹

7.3. *Protocole Familial* шпанског права

Око 85% од укупног броја предузећа у Шпанији чине породична предузећа која запошљавају око 14 милиона радника, или 75% укупног броја запослених, остварују 59% укупног шпанског извоза и својом активношћу стварају 70% шпанског бруто друштвеног производа.⁶⁵² У Каталонији мала и средња породична предузећа чине 2/3 укупног броја предузећа, али проблем представља чињеница да се свега 65% оваквих компанија преноси на прву генерацију наследника, 26% на другу генерацију, 9% на трећу и свега 1% на четврту генерацију наследника.⁶⁵³ Из тог разлога се као прворазредно поставило питање проналажења и конципирања механизма којима би се осигурало наслеђивање породичних предузећа на начин којим би се очувала њихова целовитост и неометано функционисање, посебно јер су економске анализе показале да је главни разлог гашења породичних предузећа у Шпанији њихово наслеђивање. Тако је на основу препоруке Европске комисије и Препоруке Форума у Лилу од 3. и 4. фебруара 1997. године, уследила и Препорука Фискалне комисије шпанског Сената 2001. године, којом је уз много смерница (истина, без њиховог обједињавања у један институт) предложено коришћење такозваног института „*Protocole Familial*“.

Овај правни посао се у шпанској науци дефинише као „атипичан споразум који између себе закључују чланови породице“ и којим уређују будући својински режим на предузећу, управљање њиме и поделу рада и користи, при чему неки од ових уговора имају обавезујући уговорни карактер, док други више имају карактер моралних препорука.⁶⁵⁴ У том контексту треба посматрати и реформу чл. 1056.2 Шпанског грађанског законика, којом је Законом 7/2003 (у који су ушле и многе препоруке Сената) омогућено власнику да избегне поделу предузећа после своје смрти и очува његову економску активност и продуктивност у целини, тако

⁶⁵¹ A. Fusaro (2011a), 319.

⁶⁵² Наведено према: S. N. Navarro, 112.

⁶⁵³ Наведено према: S. N. Navarro, 112-113.

⁶⁵⁴ S. C. Lapuente (2007), 28.

што је овлашћен да пренесе предузеће на једног наследника, уз обавезу да осталима исплати вредност нужног дела.⁶⁵⁵ Слично италијанском *patto di famiglia*, власник предузећа је обавезан да исплати вредност нужног дела преосталим нужним наследницима на које не преноси породично предузеће. То може да буде учињено и средствима која нису саставни део заоставштине власника предузећа, али у року од 5 година од његове смрти, што представља изузетак од чланом 813.2. Шпанског грађанског законика постављеног правила, да нужни део не сме да буде оптерећен никаквим теретима, нити да његова исплата нужним наследницима може да буде одложена. Ако начин плаћања нужног дела не би био одређен, нужни наследник би имао право да тражи његову вредност у добрима из заоставштине.⁶⁵⁶

У шпанској науци је отворена дебата о домашају овог института, тј. да ли у његовој примени треба прихватити уже или шире тумачење које подразумева да и трећа лица, која нису рођаци власника предузећа, могу да наследе компанију и исплате новчани износ оставиочевој деци.⁶⁵⁷ Такође, упркос све већој присутности породичних уговора у пракси, нису решени проблеми споразума који се обично закључују уз ове уговоре (обавезивање да се сачини завештање на начин на који је то предвиђено у породичном уговору, или прописане санкције ако би се тестирало супротно уговору), а који могу да се подведу под наследноправне уговоре који су Шпанским грађанским закоником забрањени.⁶⁵⁸

Слично институту *protocole familial* и установи *patto di famiglia*, право шпанске покрајине Галиција нормира уговор о наслеђивању који има за циљ да спречи деобу породичних предузећа или пољопривредних имања. Уговором се породично предузеће или пољопривредно имање преноси на једно лице, које потом има задатак да осталим нужним наследницима исплати вредност њиховог нужног дела у року од 5 година од отварања заоставштине.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ M. Martínez 110; S. C. Lapuente (2007), 27-28.

⁶⁵⁶ Sergio Cámara Lapuente, Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 289.

⁶⁵⁷ S. C. Lapuente (2007), 28.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

⁶⁵⁹ M. Martínez, 123; S. C. Lapuente (2007), 8; A. Braun (2012b), 471; A. Fusaro (2011a), 320; D. Damascelli, 88.

IV ПОЈАМ И ВРСТЕ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

1. УВОД

Упоредноправни приказ уговора о наслеђивању, односно уговорног наслеђивања, показао је да се о овом институту не може говорити као о једнозначној и јединственој правној установи у правима различитих држава и то из најмање два разлога. Прво, он није регулисан на исти начин у свим правним системима и друго, њиме се не остварују свуда идентични правно-политички циљеви, иако су његове правне последице понекада истоветне и у различитим правним порецима.⁶⁶⁰

Полазећи од ове премисе, првенствени циљ истраживања у овом поглављу биће дефинисање појма уговора о наслеђивању у ужем смислу и појма уговорног наслеђивања, као појма уговора о наслеђивању у ширем смислу. Да би то било могуће, узео се у обзир још неки институти кроз које се остварују правне последице уговорног наслеђивања, као и њихови специфични правно-политички циљеви.

Други задатак који ће покушати да се оствари у овом поглављу јесте презентовање различитих врста уговора о наслеђивању, односно начина на који се врши њихова класификација наспрам места које заузимају у једном истом правном поретку. Уговор о наслеђивању је комплексан правни институт и по својој правној природи и по правним дејствима које производи. У мрежи његових карактерно-правних особина и правно-политичких циљева који се њиме остварују, изникле су и многе врсте уговорног наслеђивања. У овом делу рада указаће се на само неке модалитете уговора о наслеђивању, утемељене на поделама које се првенствено заснивају на различитим задацима који се овим контрактом остварују у једном правном поретку, али и на неким другим критеријумима. При томе, не претендује се да се исцрпно наведу све врсте уговора за случај смрти, нити да се детаљно описују. Најпре, то би било немогуће

⁶⁶⁰ Вајмар закључује да у правним дејствима уговора о наслеђивању, у немачком праву, и уговорног наслеђивања, француског права, нема значајних разлика. P. Weimar, 787.

јер су многе поделе различито теоријски засноване чак и код аутора који припадају истом правном кругу, јер зависе од тога шта је узето за њихову преовлађујућу особину. Стога су класификације које ће се навести, у мањој или већој мери, самосталне или имају ослоња у правној литератури, у мери у којој су неке од њих општеприхваћене, а на шта ће се на одговарајућим местима указати. Друго, сувише детаљно разматрање свих врста овог правног посла не би било ни научно ни практично оправдано, јер бисмо се тако на овом месту дотакли многих других питања и то на један разуђен начин, а о њима ће бити речи на другим местима у овом раду, где ће се на један општи и синтетизован начин та питања обрађивати, полазећи од појмова искристалисаним у овим поделама.

У вези са тим, задатак овог поглавља је да се, са једне стране, укаже на комплексност института који је предмет истраживања, а са друге стране, да се изгради шема појмова која ће представљати својеврсни термиолошки каталог и водич који ће бити од користи у каснијим деловима рада у којима ће се више пажње посветити појединим аспектима уговора о наслеђивању, тј. уговорног наслеђивања.

2. ПОЈАМ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Са изузетком Аустријског грађанског законика, појам уговора о наслеђивању није дефинисан у најзначајнијим кодификацијама грађанског права, као што су Немачки грађански законик, Француски грађански законик и Швајцарски грађански законик, а није био дефинисан ни у Српском грађанском законнику. Истина, и аустријска кодификација само посредно дефинише овај институт, говорећи о његовом предмету и субјектима који могу да га закључе. У параграфу 602 АГЗ речено је да се уговори о наслеђивању „који се тичу целе заоставштине или њеног дела одређеног у односу на целину, могу ваљано склопити само између мужа и жене“,⁶⁶¹ док се у параграфу 1249 АГЗ наводи да се „између мужа и жене такође може сачинити уговор о наслеђивању, којим се обећава будућа заоставштина или њен део и ово обећање се прихвата.“⁶⁶²

⁶⁶¹ А. Rušnov, 65-66.

⁶⁶² А. Rušnov, 636.

У савременом праву се ова установа дефинише у појединим међународним документима, каква је, примера ради, Конвенција о меродавном праву за наслеђивање, која је закључена 1. 8. 1989. године у Хагу. У члану 8. ове конвенције је прописано да је „уговор о наслеђивању писани споразум или резултат узајамног завештања којим се заснивају, мењају или гасе са или без против-престације, права на будућој заоставштини једног или више лица која су закључила споразум.“⁶⁶³ Као што се види, дефиниција уговора о наслеђивању дата у Конвенцији о меродавном праву за наслеђивање је изузетно широка и то није нимало случајно. Обухватајући својом формулацијом појам уговора о наслеђивању на начин на који је он дефинисан и постоји у најразличитијим правним системима, Конвенција има за циљ да реши што је могуће више проблема који могу да настану услед сукоба закона поводом ове правне установе. Очигледно се ишло ка томе да се предупредe могући проблеми око различитог тумачења појма уговора о наслеђивању у различитим правним системима, и да се отуда превентивно делује на опасност непримењивања Конвенције само из разлога што се уговор о наслеђивању различито схвата у различитим правним порецима. Чини се да и овако широко постављена дефиниција уговора о наслеђивању иде у прилог нашој хипотези која је разматрана у претходном поглављу, а према којој је уговорно наслеђивање много шири правни појам од уговора о наслеђивању, и да се као такво везује за различите правне институте.⁶⁶⁴

Иако у српском позитивном праву није допуштено закључење уговора о наслеђивању, интересантно је да је Законом о наслеђивању опредељен његов појам, односно прецизирано је какве уговоре није могуће пуноважно закључити. Из члана 179. Закона о наслеђивању Србије,⁶⁶⁵ којим је прописана забрана уговора о наслеђивању, види се да га српски законодавац дефинише као „уговор којим неко своју имовину или њен део оставља у наслеђе свом сауговорачу или неком трећем.“ Појам уговора о наслеђивању је прописан и чланом 181. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, где се испод маргиналног наслова

⁶⁶³ Наведено према: F. Boulanger, 211.

⁶⁶⁴ На овом месту вреди посебно указати на део члана 8. Конвенције о меродавном праву за наслеђивање у коме се наводи да је „уговор о наслеђивању писани споразум или *резултат узајамног завештања* (подвукао М.С.)“, што оправдава претходно брањени приступ о повезаности уговора о наслеђивању са заједничким завештањем у енглеском, америчком и норвешком праву.

⁶⁶⁵ „Службени гласник“ Републике Србије, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015.

„уговор о наслеђивању“, каже следеће: „Уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом сауговорачу, може се закључити само између супружника.“⁶⁶⁶

У одсуству законске дефиниције, покушаји да се определи појам уговора о наслеђивању су чињени и у судској пракси. У чувеном случају *Crémieux* од 11. јануара 1933. године, француски Касациони суд га је одредио као сваки „споразум који има за циљ да се њиме распореди једно приватно право на целини или делу заоставштине која још увек није отворена.“⁶⁶⁷

Као што је то при оваквом стању ствари очекивано, одлучујући напор у дефинисању појма уговора о наслеђивању је учињен у науци. Међутим, пре него што буду представљене дефиниције овог института које су дело појединих аутора, треба истаћи да и најшире схваћен појам уговора о наслеђивању нема исто значење у свим правним системима, односно да разлике нису само супстанцијалне, већ и термилошке. У неким правима, овај термин обухвата сваки уговор који се односи на заоставштину која још увек није отворена, па су овим широким појмом обухваћени и уговор о одрицању од наслеђа које није отворено и уговори којима се располаже наследном надом. С друге стране, у Немачкој и Аустрији, уговор о наслеђивању (*Erbvertrag*) подразумева само уговор који закључују оставилац и неко друго лице, а који садржи располагање заоставштином, односно одређивање универзалног или сингуларног сукцесора.⁶⁶⁸ У јужноафричкој правној књижевности се истиче да уговорно наслеђивање може да се уреди директним или индиректним путем. Када се уговорно наслеђивање уређује директним путем, тада уговором о наслеђивању једна уговорна страна другу уговорну страну именује за наследника (или то чине узајамно), односно располаже својим добрима за случај смрти у њену корист.⁶⁶⁹ Ипак, сматра се да се у јужноафричком праву „класичан“ уговор о наслеђивању закључује онда када се наслеђивање уговором уређује индиректним путем, па се „прави“ уговор о наслеђивању поистовећује са уговором о садржини завештања, односно са уговором којим се странке споразумевају да ће једна од њих, или обе, сачинити,

⁶⁶⁶ Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије, четврта књига – Наслеђивање*, Београд 2011, 26.

⁶⁶⁷ Y. Favier, 29.

⁶⁶⁸ A. Bonomi (2003), 38.

⁶⁶⁹ D. Hutchinson (2007), 227.

или опозвати претходно сачињено завештање. Каже се да се овим путем иде ка томе „да се утиче на процес наслеђивања, а не да се он произведе“.⁶⁷⁰ Иако су и једна и друга врста уговора у јужноафричком праву забрањене и погођене санкцијом ништавости, правни посао који се у овом правном систему назива „класичним уговором о наслеђивању“ (што у српском праву представља уговор о садржини завештања), неретко није лако разликовати од неких других допуштених института, па и од самог завештања на чије се сачињавање уговор односи.⁶⁷¹ Са друге стране, у шкотском праву су дозвољени и „индиректни“ и „директни“ уговори о наслеђивању, тј. како уговор о садржини завештања, тако и уговор којим се једна страна обавезује другој да ће јој тренутком своје смрти оставити своју заоставштину или неки њен део, или неко тачно одређено право.⁶⁷²

Разнородност института који се сматрају уговорима о наслеђивању је довела до тога да се у француској литератури појавио један широк појам, још шири од појма уговорног наслеђивања, који има за задатак да обухвати све различите, а опет довољно сличне институте, којима је заједничко то да настају сагласношћу воља два или више лица да изјавама своје правно релевантне воље заснују, измене или угасе права на заоставштину која још увек није отворена. Тај појам гласи „наследноправна уговорна предвиђања“ (*les anticipations successorales contractuelles*) и супротно завештању као једностраној изјави воље, обухвата заједничко завештање, уговоре о поклону будућих ствари (односно, уговорно именовање наследника), уговоре о одрицању од наследства које није отворено и купопродају која садржи клаузулу да ће заједнички купљена ствар од стране брачних другова припасти надживелом супружнику.⁶⁷³

Међутим, предмет истраживања у овом раду су такозвани институтциони или позитивни уговори о наслеђивању, којима једна уговорна страна одређује другог уговарача (или треће лице) за наследника или легатара, за разлику од диспозитивних уговора, који представљају располагање наследном надом, или ренунцијативних уговора о наслеђивању, којима се један уговарач одриче свог будућег наследног права које му припада у односу на другог уговарача.⁶⁷⁴ У том

⁶⁷⁰ D. Hutchinson (2007), 226.

⁶⁷¹ D. Hutchinson (2007), 228.

⁶⁷² D. Hutchinson (2007), 238.

⁶⁷³ F. Boulanger, 93-94.

⁶⁷⁴ A. Braun (2012b), 469.

смислу, у предстојећим редовима ће бити учињен покушај да се сачини што свеобухватнија дефиниција институционог (позитивног) уговора о наслеђивању, и када се буде говорило о уговорном наслеђивању, увек ће се имати у виду ова врста уговора за случај смрти.

Појам уговора о наслеђивању се у иностраној литератури одређује слично и када је реч о ауторима из различитих правних система. Грималди (*Grimaldi*) га дефинише као „акт којим једно лице располаже за време када га више не буде, целином или делом својих добара у корист једног лица које то прихвата.“⁶⁷⁵ Сличну дефиницију дају и браћа Мазо (*Mazeaud*): „уговор о наслеђивању (*l'institution contractuelle*) или поклон будућих ствари (*donation de biens à venir*), представља уговор којим оставилац (*l'instituant*) оставља неком другом лицу (*l'institué*) целу своју заоставштину (*institution universelle*), један аликвотни део заоставштине (*institution à titre universel*) или тачно одређена добра из своје заоставштине (*institution à titre particulier*)“.⁶⁷⁶ У немачкој литератури се у опредељивању појма уговора о наслеђивању полази од његове правне природе, па Гурски (*Gursky*) овај правни посао дефинише као уговор „који је за уговорног оставиоца обавезујући и по правилу јнострано неопозив.“⁶⁷⁷ Дефинишући уговор о наслеђивању у швајцарском праву, Готје (*Gauthier*) наводи да је то “двострани правни посао за случај смрти којим једна од уговорних страна, уговорни оставилац, именује другог, бенефицијара или уговорног наследника, за свог наследника на целини или једном делу своје заоставштине (уговор о постављању наследника или уговор о наслеђивању) или му неопозиво оставља један легат (уговорни легат).“⁶⁷⁸ Најзад, са аспекта јужноафричког права, Хачинсон (*Hutchinson*) дефинише уговор о наслеђивању као “споразум који указује на ограничену слободу завештања једне уговорне стране тако што је неопозиво везује за *post-mortem* располагање неким добром из њене имовине.“⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ M. Grimaldi, 268.

⁶⁷⁶ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 560. За разлику од уговора који се односи на наслеђе које је отворено и код кога наследник има право да располаже и преноси делове или целину наслеђене заоставштине јер је тренутком оставиоачеве смрти стекао право својине, уговор који има за предмет заоставштину која још увек није отворена, апсолутно је ништав, „јер се његов предмет сматра неморалним“, H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 553.

⁶⁷⁷ K.H. Gursky, 48.

⁶⁷⁸ Jean Gauthier, *Le pacte successoral*, Lausanne 1955, 9.

⁶⁷⁹ D. Hutchinson (2007), 234.

У предратној српској правној књижевности, сликовите дефиниције уговора о наслеђивању дали су Пешуновић и Миљковић. Уз напомену да дефинисање уговора о наслеђивању на један општи начин није лако, јер су ови уговори, у различитим законодавствима, допуштени у различитом обиму, и услед тога имају другачију правну природу, Миљковић их опредељује као „уговоре закључене између два лица којима се једнострано или узајамно на један неопозиван начин обећава, односно прима заоставштина после смрти уговорног завештаоца.“⁶⁸⁰ Према Пешуновићу „уговор о наслеђу на случај смрти је такав уговор, којим се једнострано или вишестрано више лица, неопозивно обавезују, да ће целу заоставштину своју, или један део њен, дати у наслеђе ономе ко преживи, или трећем лицу.“⁶⁸¹ Уговор о наслеђивању, као двострани правни посао за случај смрти, којим уговорници неопозиво одређују један другог за наследнике или само једна уговорна страна одређује другу или треће лице за наследника, на целини или одређеном делу своје заоставштине, или му оставља једно или више тачно одређених права из своје заоставштине, одређују и други наши предратни правни писци.⁶⁸²

У истом духу се уговор о наслеђивању дефинише и у југословенској и српској послератној науци. Антић у најширем смислу уговор о наслеђивању одређује као „једнострано неопозиви споразум који се односи на заоставштину уговорника“,⁶⁸³ Благојевић као „двострани правни посао којим уговарачи, или оба или само један од њих, чине распоред своје имовине на случај смрти“,⁶⁸⁴ а Хрватин као једнострано неопозиви споразум који служи као основ позивања на наслеђе, а којим једно лице свог сауговарача или треће лице поставља за наследника на целини или делу своје заоставштине.⁶⁸⁵ Стојановићева у уговору о наслеђивању види двострани правни посао за случај смрти „којим уговорне стране располажу својом заоставштином“,⁶⁸⁶ а Ајзнер и Софтић Каденић уговор

⁶⁸⁰ Д. Миљковић, 3.

⁶⁸¹ Д. М. Пешуновић, 23.

⁶⁸² А. Ђорђевић, 63; Ж. М. Перић (1923), 60, 62; Л. Марковић, 309.

⁶⁸³ О. Антић (1986), 512.

⁶⁸⁴ Борислав Б. Благојевић, *Основи наследног права*, Београд 1946, 213.

⁶⁸⁵ Branko Hrvatин, *Nasljednopravni ugovori, Novo nasljednopravno uređenje (red. Mihajlo Dika)*, Zagreb 2003, 2.

⁶⁸⁶ N. Stojanović (2003), 163. Сличну дефиницију уговора о наслеђивању дају и Креч и Павић, квалификујући га као „сваки једнострано неопозиви споразум који се односи на оставину уговорних странака или једне од њих.“ М. Крећ, Ђ. Павић, 326.

којим уговорне стране међусобно једна другу, или неко треће лице одређују за наследника, располажући при томе целом или делом своје садашње или будуће имовине.⁶⁸⁷ Најзад, Ђурђевић вели да је „уговор о наслеђивању уговор којим једна уговорна страна (уговорни завешталац) оставља своју заоставштину или њен аликвотни део свом сауговорачу или неком трећем лицу.“⁶⁸⁸

Уговорно наслеђивање се заједно са завештајним наслеђивањем сврстава у такозвано “вољно наслеђивање“, јер се и једно и друго темеље на изричито изјављеној вољи будућег оставиоца, који на тај начин може да дерогира диспозитивне одредбе законског наслеђивања које се примењују само у одсуству изричито изражене оставиочеве воље.⁶⁸⁹ Но, у једном ширем смислу се и правила законског наслеђивања заснивају на вољи оставиоца, додуше претпостављеној, односно на хипотези да би једно лице највероватније желело да га наследе она лица и оним редоследом који је одредио законодавац, када већ сам декујус није у том погледу несумњиво исказао своју вољу.⁶⁹⁰ Чини се да је зато најправилније рећи да је свако наслеђивање, независно од правног основа на коме се заснива вољно,⁶⁹¹ само што се уговорно и завештајно наслеђивање заснивају на изричито изјављеној вољи једног лица, док се законско наслеђивање темељи на његовој прећутно израженој вољи. Речју Панова, уговор о наслеђивању и завештање представљају „факултативне“ основе позивања на наслеђе, јер њихово сачињавање за оставиоца не представља дужност, већ могућност, и то у оним случајевима када он не би био задовољан предвиђеним начином расподеле заоставштине по правилима законског наслеђивања.⁶⁹²

⁶⁸⁷ Darja Softić Kadenić, *Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda*, *Nova pravna revija – časopis za domaće njemačko i evropsko pravo* 2/2011, Bonn-Sarajevo 2011, 41; В. Ajzner, 105.

⁶⁸⁸ Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд 2015, 239.

⁶⁸⁹ Д. М. Пешуновић, 4. Упоредити параграф 394. Српског грађанског законика: „После смрти житеља српског добра његова, и права и обавезе, осим чисто личних прелазе као наследство на другога, кога по реду закон опредељује, ако он уговором или завештањем није другојачије уредио“.

⁶⁹⁰ О. Антић (2014), 85, фн. 201.

⁶⁹¹ Под тим се наравно не мисли на то да једно лице може да утиче на то да ли ће до наслеђивања доћи или неће, јер оно *volens nolens* наступа тренутком човекове смрти, па га нико не може ни предупредити, ни одложити ни спречити. Овде је реч само о начину изражавања воље у погледу одређивања наследника и распореда заоставштине.

⁶⁹² Слободан Панов, Скица о вези породичног и наследног права, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (приредио проф. др Светислав Табороши)*, Београд 2009, 104, фн. 1.

Међутим, Аранђеловић сведочи да чак ни ово становиште није општеприхваћено у науци. По његовом мишљењу, уговор о наслеђивању не представља засебан основ позивања на наслеђе, јер се располагање заоставштином, како завештањем, тако и уговором, заснива на истом основу, на изричитој оставиочевој вољи, док се законско наслеђивање заснива на његовој претпостављеној вољи. Аргумент за ову тврдњу Аранђеловић је пронашао у чињеници да је параграф 425 Српског грађанског законика, у коме се говорило о уговору у наслеђивању, нашао своје место у глави X законика, која носи наслов: „О тестаменту или завештању“.⁶⁹³ Ипак, ово усамљено гледиште се из разлога који су већ наведени не може прихватити.

Но, и међу основима позивања на наслеђе који су вољни (факултативни), односно између оних који имају за темељ непосредно изражену вољу оставиоца, постоји даље разликовање које за критеријум има извесност у погледу тога ко ће бити наследник и колика ће бити његова наследничка квота, и то извесност која постоји и пре смрти једног лица. У том смислу, Пешуновић истиче да је једино „уговорно наслеђе извесно наслеђивање“.⁶⁹⁴ Прво, завештајни наследник и ако зна за садржину завештања којим га тестатор поставља за наследника, никада није сигуран да ће наследником заиста и постати и да ће наследити оно што му је завештано, јер све до своје смрти завешталац може и да опозове тестамент, о чему не мора да обавести наследника. С друге стране, не само да је садржина уговора о наслеђивању нужно позната уговорним странама, него ни уговорни оставилац у принципу не може једностраном изјавом воље и без пристанка друге уговорне стране да измени једном закључени уговор о наслеђивању.⁶⁹⁵ Но, изгледа да ни ово правило није без изузетка. Уговорни оставилац увек има право да располаже објектом уговора о наслеђивању правним пословима *inter vivos*, јер због правне природе уговора за случај смрти остаје власник уговорених добара све до тренутка делације. Ако би то учинио, уговор о наслеђивању одиста не би био изричито опозван, јер је његов предмет заоставштина, а не (по правилу) нека у тренутку закључења уговора постојећа и тачно одређена ствар, али би нестала његова садржина и од њега би остао *nudum pactum*, само празна љуштура.

⁶⁹³ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 93.

⁶⁹⁴ Д. М. Пешуновић, 4-5.

⁶⁹⁵ Д. М. Пешуновић, 5.

Уговор о наслеђивању је дакле, једини извесни, уз завештање један од два вољна основа позивања на наслеђе, а уз закон, један од три могућа основа позивања на наслеђе, и то основ који има најјачу правну снагу. Разлог томе је, што је за разлику од тестаментa, уговор о наслеђивању двострани и по правилу једнострано неопозиви правни посао.⁶⁹⁶ Међутим, та његова особина доводи до тога да располагање у уговору о наслеђивању не мора фактички да представља последњу оставиочеву вољу, јер за разлику од завештаоца, уговорни оставилац начелно не може једностраном изјавом воље да стави ван снаге своје располагање за случај смрти.⁶⁹⁷ То значи да ће се завештајни или законски наследници позивати на наслеђе само у случајевима у којима уговор о наслеђивању није закључен, или њиме није обухваћена цела заоставштина, или не може да произведе правна дејства зато што уговором одређени бенефицијар из неког разлога (неспособности, недостојности, негативне наследне изјаве) није постао наследник.⁶⁹⁸

Међутим, иако најјачи основ позивања на наслеђе, писало се да уговор о наслеђивању заједно са завештањем представља „узгредне или можда чак и изузетне случајеве“ у односу на законско наслеђивање, које се третирало и као „редовно наслеђивање“.⁶⁹⁹ То је последица чињенице да се и у правним системима у којима постоји, уговор о наслеђивању по учесталости јавља као основ позивања на наслеђе тек после закона, па и завештања.⁷⁰⁰ Став о занемарљивој заступљености уговорног наслеђивања у пракси је присутан и у савременој науци,⁷⁰¹ али питање је са колико успеха може да се брани оваква тврдња, односно шта би био референтни критеријум за такво гледиште. У појединим правним системима, вољно наслеђивање је присутно као основ расправљања заоставштине чак у једној трећини случајева,⁷⁰² што свакако није занемарљив проценат.

⁶⁹⁶ О. Антић (1986), 512.

⁶⁹⁷ Winfried Kralik, *Das Erbrecht*, Wien 1983, 154.

⁶⁹⁸ Б. Б. Благојевић, 213; М. Крећ, Ђ. Павић, 327.

⁶⁹⁹ Л. Марковић (1930), 33.

⁷⁰⁰ Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 80.

⁷⁰¹ N. Stojanović (2003), 163.

⁷⁰² Ђурђевић указује на истраживања Немачког форума за наследно право, према којима је у току 2009. године, 25,9% људи у Немачкој прибегло вољном наслеђивању, односно, сачинило завештање или уговор о наслеђивању. Д. Б. Ђурђевић (2015), 76, фн. 6. С друге стране, према једном истраживању које се тицало учесталости сачињавања завештања на територији тадашњег Општинског суда у Крагујевцу, а које је спровела Драгица Живојиновић, показало се да је 1997-2001 године покренуто 7500 оставинских поступака, а је оставилац у свега 252 случаја (3,36%)

3. ПОЈАМ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА И ПОЈАМ СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА У НАСЛЕДНОМ ПРАВУ

Ако је уговор о наслеђивању једнострано неопозиви уговор којим једна уговорна страна оставља своју заоставштину, њен аликвотни део или неко тачно одређено право или ствар из заоставштине другој уговорној страни или трећем лицу, шта је онда уговорно наслеђивање? Уговорно наслеђивање је шири појам од уговора о наслеђивању, а ужи појам од онога што се у француској науци назива „наследноправним уговорним предвиђањем“. Можемо га дефинисати као сваки двострани правни посао за случај смрти, који непосредно или посредно има за циљ да се њиме уреди судбина оставиоачеве заоставштине. Уговорно наслеђивање се дакле, од уговора о наслеђивању разликује по две суштинске карактеристике. Прво, за разлику од уговора о наслеђивању, који у германским правима представља један и јединствен уговор, један конзистентан правни институт, уговорно наслеђивање супсумира све оне правне установе (брачни уговор, поклон будућих ствари, породични уговор) кроз које једно лице може да именује своје наследнике и располаже својом имовином *mortis causa*. Друго, за разлику од класичног уговора о наслеђивању који непосредно производи правна дејства, уговорно наслеђивање обухвата и већ поменуте правне послове којима се наследноправна дејства у погледу именовања наследника и легатара, тј. располагања заоставштином, постижу и посредним („заобилазним“) путем, као акцесорна правна последица уз још неку, редовну правну последицу која се производи одређеним институтом.

Овако одређена садржина уговорног наслеђивања има за циљ да прошири визуру анализе вољног наслеђивања које настаје сагласношћу воља уговорних страна, односно да се не ограничи на испитивање овог института који у свом

сачинио завештање. Dragica Živojinović, *Zaveštanje u sudskoj praksi, Pravni život 10/2004*, 294. Другачије је у погледу уговора о доживотном издржавању. У периоду 1996-2000. године, пред тадашњим Општинским судом у Новом Саду оверено је укупно 1159 уговора о доживотном издржавању, од чега је у чак 68,80% случајева уговор закључиван између сродника, а у још 6,69% између супружника (укупно 70 случајева). Од укупно 719 оваквих уговора који су закључени између сродника, у чак 519 (односно у 72,18% броја уговора закључених између лица које повезује сроднички однос) случајева уговорници су били лица између којих је уједно постојала и законска обавеза издржавања. Jelena Vidić, *Ugovor o doživotnom izdržavanju u sudskoj praksi, Pravni život 10/2003*, 185. Иако је уговор о доживотном издржавању облигационоправни, а не наследноправни уговор, фреквенција његовог закључења и структура уговорних страна сведоче о потреби људи у Србији за свесним и жељеним планирањем наслеђивања, макар у најширем смислу.

ужем смислу практично постоји само у немачком и швајцарском праву. Ово тим пре што ће се, у каснијим разматрањима, показати да су разлике у правним дејствима које уговорно наслеђивање производи у различитим правним системима често мање него што се то мисли. Управо та полазна премиса може да послужи као добра основа да се анализом предности и недостатака које уговорно наслеђивање показује у различитим правним порецима, предложи његов најадекватнији модел за систем српског грађанског права, који при томе не би био унапред ограничен угледањем на само једну правну породицу.

Након што је дефинисан појам уговора о наслеђивању и појам уговорног наслеђивања, остаје још да се прецизира појам слободе уговарања у наследном праву. Њега је могуће одредити и као опозит слободе завештања, али и као појам са којим слобода наследноправног уговарања чини целину. У првом смислу, као супротност слободе тестирања, слобода уговорног одређења наследника подразумева право и слободу једног лица да најпре одлучи да ли ће уопште располагати својом заоставштином за случај смрти, затим да одреди садржину таквог располагања, у смислу одлуке да ли ће распоредити целу заоставштину или само њен аликвотни део или само поједине ствари и права из којих је састављена, и најзад, да одабере другу уговорну страну, односно уговорног наследника у оним правима у којима је уговорно наслеђивање доступно неограниченом кругу субјеката. С друге стране, слобода завештања је право и слобода једног лица да донесе одлуку да ли ће сачинити завештање, да самостално одреди његову садржину, али и да одреди форму у којој ће тестамент саставити, као и да зависно од своје воље то завештање опозове у било ком тренутку до своје смрти.⁷⁰³

Као што се види, слобода завештања је шира од слободе уговорног одређења наследника у троструком смислу. Прво и најзначајније, код слободе уговорног одређења наследника слобода будућег оставиоца није независна од воље неког другог лица, као што је то случај са слободом завештања, јер је потребно да сагласност на контрактуално располагање да бар још једно лице, без чега овакво именовање наследника не може да произведе правна дејства. Друго, и проистичуће из првог, уговорни оставилац по правилу не може једностраном изјавом воље да одустане од именовања наследника, што је код завештања

⁷⁰³ А. Braun (2012a), 58.

могуће. И најзад, док тестатор слободно може да одабере једну од више прописаних форми у којој ће једностраном изјавом воље располагати заоставштином (а чији број варира од једног до другог права), форма у којој је могуће закључити уговор о наслеђивању је у највећем броју права ограничена на једну једину могућу - форму јавне исправе коју уговорницима сачињава нотар.

У погледу међусобног допуњавања слободе тестирања и слободе уговарања у наследном праву, треба рећи да и једна и друга представљају еманације аутономије воље једног лица у планирању расподеле сопствене заоставштине, односно у именовању наследника или легатара и распореду ствари и права који су подобни за наслеђивање.⁷⁰⁴

4. ВРСТЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

4.1. Увод

Иако се под позитивним или институционалним уговором о наслеђивању у готово свим правним порецима подразумева двострани правни посао за случај смрти, којим једна уговорна страна именује другу уговорну страну или неко треће лице за свог наследника или испорукопримца, у науци су се искристалисале различите класификације ове врсте уговорног наслеђивања које су утемељене на различитим критеријумима. У предстојећим редовима указаће се на најзначајније поделе позитивног уговора о наслеђивању и објасниће се смисао, значај и домашај критеријума који служе као основ за разврставање различитих подврста позитивног уговора о наслеђивању.

4.2. Подела уговора о наслеђивању према начину ступања уговорног наследника у права уговорног оставиоца

Уговор о наслеђивању може да представља како основ за универзалну сукцесију, тако и основ за сингуларну сукцесију.⁷⁰⁵ Универзална сукцесија представља ступање правног следбеника у целину права и обавеза које су

⁷⁰⁴ *Ibid.* О допуњавајућем односу слободе завештања и слободе уговорног именовања наследника, биће више речи у десетом поглављу докторске дисертације.

⁷⁰⁵ L. Dujmov, 103.

припадале имовини правног претходника, док сингуларна сукцесија подразумева ступање правног следбеника у тачно одређено право или обавезу правног претходника.⁷⁰⁶ Уговор о наслеђивању може да буде основ за универзалну сукцесију, ако њиме један уговарач одређује другог уговарача или треће лице за наследника на целини или аликвотном делу своје заоставштине, и тада се назива „уговор о постављању наследника“ или „уговор о наслеђивању у ужем смислу“.⁷⁰⁷ Ако би уговор за случај смрти био основ за сингуларну сукцесију, онда би једна уговорна страна остављала другом уговарачу или трећем лицу једно или више тачно одређених права или ствари из своје заоставштине, а овакав контракт се назива „партикуларним уговором“ или једноставно, „уговором о легату“.⁷⁰⁸

Класификација која се у француском праву заснива на начину сукцесије правног следбеника у права правног претходника је детаљнија од оне која постоји у српском праву, те у оквиру појма универзалне сукцесије француско право чини још једну фину дистинкцију. Када се са оставиоца на наследника преноси заоставштина у целини, у свом тоталитету, (случај одређивања генералног наследника у српском праву), тада у француском праву постоји *l'institution universelle*, а када се преноси разломком или процентом одређени део заоставштине (што се у српском праву такође подразумева под универзалном сукцесијом, само се уместо генералног наследника именују два или више санаследника), све покретне или све непокретне ствари из будуће заоставштине или аликвотни део свих покретних или непокретних ствари, тада постоји *l'institution à titre universel*.⁷⁰⁹ Најзад, када се уговором за случај смрти на једно лице преноси једна или више тачно одређених ствари или нека количина ствари одређених по роду, тада је реч о сингуларној сукцесији (*titre particulier*).⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Д.Д. Стојановић, О.Б. Антић, 304-305; О. Станковић, В. Водинелић, 134-135.

⁷⁰⁷ А. Ђорђевић, (1903), 63; Д. Миљковић, 5. Термин „уговор о постављању наследника“ је карактеристичан за литературу на француском и италијанском језику, где се сусреће као *le pacte institutif*, односно *patti institutivi*, видети нпр. Federico Tassinari, *Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner*, Genève 2008, 66-70.

⁷⁰⁸ О. Антић (1986), 517. Андра Ђорђевић разлику између уговора о легату и поклона за случај смрти види у томе, што се за разлику од *donatio mortis causa*, уговори о легату не могу опозвати. А. Ђорђевић (1903), 63.

⁷⁰⁹ R. Savatier, 503.

⁷¹⁰ F. Terré, Y. Lequette, 442; P. Malaurie, L. Aynès, 371.

Отуда је прва подела ових уговора, заснована на критеријуму начина стицања и природе права која се стичу из заоставштине уговорног оставиоца, на „универзалне“ и на „партикуларне“ уговоре о наслеђивању,⁷¹¹ а сви они представљају позитивне уговоре о наслеђивању, јер за разлику од од оних негативних, представљају основ за стицање, а не за одрицање од субјективног наследног права. Дакле, уговор о наслеђивању може да буде позитиван (афирмативан), када служи као основ за универзалну или сингуларну сукцесију, или негативан, када се јавља у форми уговора којим се „законски наследник одриче од наследства коме се нада (будућег наследства)“, при чему то одрицање може да буде са накнадом или без ње, што у ствари представља располагање наследном надом.⁷¹²

Некада може да се деси да једно лице путем легата распореди целокупну своју заоставштину (тзв. генерални легат), када у складу са начелом обавезне универзалне сукцесије, тумачењем завештања треба утврдити које лице је универзални сукцесор. Таква дилема у принципу не постоји код уговора о наслеђивању, јер је то у највећем броју права не само однос између две тачно одређене странке, већ и релација између два тачно одређена лица. Међутим, ту проблем може да се јави у погледу одређивања да ли количина појединачно уговорених добара може да се подведе под сингуларну сукцесију, или својом вредношћу представља основ за универзалну сукцесију. У науци је утврђен критеријум да поклонопримац кроз *donatio mortis causa* не сме да прими добра која премашују 20-25% вредности целокупне заоставштине, јер ће у супротном овакав дар бити ништав.⁷¹³ Чини се да слична логика важи и за уговорни легат, при чему прекорачење вредности предмета уговора, одређене у односу на наведену, процентуалну вредност оставиоцеве заоставштине, не би довело до ништавости уговорног легата, али би га конвертовало у универзални уговор о наслеђивању.

У швајцарском праву, у коме су допуштени и негативни уговори о наслеђивању, они се не дефинишу као антиципирано одрицање од наслеђа, већ

⁷¹¹ Д. М. Пешуновић, 13.

⁷¹² Jasmin Ghandchi Schmid, *Résiliation et annulation des pactes successoraux*, *TREX Der Treuhandexperte* 2/2005, 100; О. Антић (1986), 517.

⁷¹³ Zoltán Csehi, *The Law of Succession in Hungary*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 189.

као „двострана ексхередација која је уговорена између оставиоца и лица које се одриче“, а које је често нужни наследник и које се заправо одриче права да тужбом оспорава то што му на име нужног дела није ништа остављено или му је нужни део умањен.⁷¹⁴ Начелно говорећи, ако нешто друго није изричито уговорено, одрицање од наследства у швајцарском праву не везује само уговарача који се одриче, већ и његове потомке, па се линија уговарача који се одрекао наследства сматра непостојећом у оквиру одређеног наследног реда.⁷¹⁵

4.3. Подела уговора о наслеђивању према структури обавеза уговорних страна

Према структури обавеза уговорних страна, могућа је подела уговора о наслеђивању на једностране, двостране и вишестране.

Једнострану уговор о наслеђивању постоји ако само један уговарач другог уговарача или неко треће лице поставља за наследника, док друга уговорна страна може и не мора да се обавезе на неку чинидбу, али та чинидба не сме да се састоји у томе да и она именује за наследника уговорног оставиоца.⁷¹⁶ У зависности од тога да ли уговорни оставилац добија накнаду за то што једно лице уговором одређује за наследника, једнострану уговор о наслеђивању може да буде добротан и теретан. У мађарском праву постоје теретни уговори о наслеђивању, којима се уговорни оставилац обавезује да уговорном наследнику остави целину или део заоставштине, а овај други да ће га за узврат издржавати и пружати му негу.⁷¹⁷ У швајцарској правној књижевности се „монетарним уговорима“ називају они теретни уговори о наслеђивању код којих се други контрахент обавезује да уговорном оставиоцу исплати одговарајући новчани износ.⁷¹⁸

Услед посебне правне природе уговора о наслеђивању у немачком праву, формулација једностраног уговора о наслеђивању је у немачкој литератури нешто

⁷¹⁴ Paul Piotet, *Précis de droit successoral*, Berne 1976, 52.

⁷¹⁵ Duri Berther, Switzerland, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 497.

⁷¹⁶ Ђурђевић ове уговоре назива „једнострано именујућим.“ Дејан Ђурђевић, Увођење уговора о наслеђивању у српско право, *Анали Правног факултета* 2/2009, 190.

⁷¹⁷ Јожеф Салма, О кодификационом историјату мађарског грађанског права и о новом Мађарском грађанском законику, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2014, 64.

⁷¹⁸ Philip R. Bornhauser, Inheritance contracts under Swiss law: A valuable and binding instrument for international estates, *Umbricht attorneys at law*, 3, http://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Bornhauser_Inheritance_contracts_under_Swiss_law_A_valuable_and_binding_instrument_for_international_estates.pdf, приступ остварен 20.8.2014. године.

другачија. Каже се да једнострани уговори о наслеђивању постоје када само једна уговорна страна одређује најмање једно уговорно располагање (именовање наследника, или постављање легата или налога). Задатак другог уговарача је само да прими изјаву воље уговорног оставиоца, сагласи се са њом и тако доведе до обавезног дејства уговора, при чему није неопходно да он има било какве користи из таквог уговора о наслеђивању.⁷¹⁹ Може да се закључи да схватање о једностраним уговорима о наслеђивању у немачкој науци одступа од уобичајених схватања по томе што се не захтева да само један уговарач именује наследника, већ је важно да само један уговарач учини једно располагање које има уговорну правну природу, а што у немачком праву, поред именовања наследника, може да буде и именовање легатара, или одређивање налога.

Двострани уговори о наслеђивању постоје када обе уговорне стране посредством уговора именују свог наследника. При томе, уговорни оставилац може уговором да одреди за свог наследника или испорукопримца и неко друго лице, а не само свог сауговарача, односно, личност сауговарача уговорног оставиоца и личност уговорног наследника се не морају поклапати.⁷²⁰ На пример, лице А и лице Б могу да закључе уговор о наслеђивању, којим лице А именује за свог наследника лице В, док лице Б поставља за свог наследника лице Г.⁷²¹ Другим речима, код двостраног уговора о наслеђивању су од суштинског значаја две околности. Прво, чињеница да обе уговорне стране на себе преузимају некакве обавезе, а да само једна именује наследника, неће бити довољна да би се уговор о наслеђивању сврстао међу двостране уговоре, већ ће остати једнострани. Друго и проистичуће из првог, важно је да се оба уговарача јављају као уговорни оставиоци (односно, да у немачком праву врше уговорна располагања за случај смрти), а мање је важно да ли се као наследник одређује друга уговорна страна или неко треће лице.

Подврсту двостраних уговора о наслеђивању чини узајамни или реципрочни уговор о наслеђивању, код кога уговорници у истом уговору међусобно хоноришу један другог, односно узајамно се одређују за наследнике или легатаре. У немачком праву се овај контракт не сматра ни међусобним

⁷¹⁹ L. Michalski, 94.

⁷²⁰ Пар. 1941. ал. 2 Немачког грађанског законика.

⁷²¹ Пример наведен према: W. Zimmermann, 123.

облигационоправним уговором, нити узајамним стварноправним уговором располагања, већ међусобним располагањем за случај смрти.⁷²² Узајамни или реципрочни (*gegenseitigen Erbvertrag* у немачком праву) уговор о наслеђивању је нарочито чест између супружника, када и један и други контрахент преузимају узајамне обавезе на основу уговора, при чему наследник постаје уговорна страна која надживи ону другу.⁷²³ Зависност располагања једног уговарача од располагања другог уговарача (кореспективност) може, али не мора да буде одређена код реципрочног уговора о наслеђивању. Ипак, став немачког права је, да ако обе уговорне стране чине уговорна располагања, она се у случају сумње имају сматрати узајамно повезаним располагањима.⁷²⁴ Из тога следи, да у складу са пар. 2298 ал. 1 и ал. 2 Немачког грађанског законика, код узајамних уговора о наслеђивању, неважност једног располагања које има уговорну природу повлачи за собом неважност и другог располагања, односно, опозивање једног располагања доводи до опозивања уговора у целини. Но, истиче се да претпоставка кореспективности, која је у овом праву диспозитивне природе, важи само за двостране и вишестране, а не и за једностране уговоре о наслеђивању.⁷²⁵

Уговор којим супружници једно друго именују за наследнике је у каталонском праву предвиђен чланом 99. Закона о наслеђивању за случај смрти, и назива се узајамним (реципрчним) уговором о наслеђивању (*heredamiento mutual*) и представља врсту „једноставног“ уговора о наслеђивању (уговор о наслеђивању у ужем смислу речи), који за једини циљ има именовање наследника.⁷²⁶ Уговор о наслеђивању којим се супружници међусобно одређују за наследнике могућ је и према Мађарском грађанском законнику из 2014. године.⁷²⁷

У праву Арагона, због чињенице да је круг потенцијалних субјеката уговора о наслеђивању неограничен, реципрочни уговор о наслеђивању (*al más viviente*) могу да закључују и друга лица, а не само супружници, чак и ако уговорне стране имају потомке или нужне наследнике.⁷²⁸ Ипак, правила која се у

⁷²² L. Michalski, 94-95.

⁷²³ Д. М. Пешуновић, 13-14; Б. Б. Благојевић, 217.

⁷²⁴ К.Н. Gursky, 49.

⁷²⁵ Д. Ђурђевић (2009), 191.

⁷²⁶ А. Vaquer-Aloy, 326-327; М. Martínez, 114. О једноставним уговорима о наслеђивању биће више речи нешто ниже.

⁷²⁷ Ј. Салма, 64.

⁷²⁸ М. Martínez 120.

арагонском праву примењују на реципрочне уговоре о наслеђивању зависе најпре од тога да ли уговорници имају или немају потомке и ако их имају да ли је реч о заједничким десцендентима, а онда и од тога да ли је реч о уговору у корист трећих лица (при чему треће лице може да буде и насцитурус) или евентуално о уговору о одрицању од будућег наследства (које може да буде учињено са накнадом или без ње). Ако супружници немају потомке, било заједничке, било из претходних веза, према чл. 80. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти, надживели уговарач стиче сва права уговарача који је први умро и уговорно наслеђивање производи правна дејства у пуном обиму. Ако уговарачи не би имали заједничке деце, већ би их имао само преминули уговарач, ако ништа друго не би било одређено уговором, према чл. 81.2. наведеног закона, уговор не би производио правна дејства. Најзад, ако би уговорници имали заједничке потомке, правна дејства уговора би се модификовала по сили закона, односно, преживелом супружнику би припало доживотно плодуюживање на свим добрима која су припадала преминулом супружнику, као и право да одлучи да ли ће се определити за поделу заоставштине, вршећи том приликом овлашћења која има фидуцијар.⁷²⁹ У праву Арагона се и уговори о наслеђивању у корист трећих лица сврставају међу реципрочне уговоре о наслеђивању.

У француском праву је дуго било забрањено да се узајамни (реципрочни) поклони закључују у једном истом акту, што се правдало тежњом да се осигура опозивост поклона између супружника. Међутим, укидањем члана 1097. Француског грађанског законика и ова забрана је престала да постоји, тако да више није неопходно да супружници између себе чине поклоне будућих ствари у два одвојена акта. Међутим, уговарање реципрочних поклона у истом акту ни на који начин не утиче на могућност њиховог опозивања, која остаје неокрњена.⁷³⁰

Вишестрани уговор о наслеђивању се закључује када обе уговорне стране за свог универзалног сукцесора постављају неко треће лице, евентуално му при томе одређујући неку обавезу.⁷³¹ О значају термилошких разлика, односно о

⁷²⁹ *Ibid.*

⁷³⁰ Међутим, укидање члана 1097. Француског грађанског законика није довело и до укидања забране сачињавања заједничких тестамената, која је такође била предвиђена чланом 1097. Француског грађанског законика. A. Raison, 49-51.

⁷³¹ А. Ђорђевић (1903), 63; Д. М. Пешуновић, 13-14; N. Stojanović (2003), 163. Не треба сметнути са ума термилошке разлике које се јављају у науци по овом питању, па тако Пешуновић и

могућности да се истим појмом у различитим правима означавају различити уговори сведочи и пример француског права, где се вишестраним уговором о наслеђивању сматра уговор који се, са једне стране, закључује између супружника, а са друге стране, између њихових родитеља, или евентуално неких трећих лица.⁷³²

4.4. Подела уговора о наслеђивању према садржини обавеза уговорних страна

Зависно од садржине обавеза уговорних страна, каталонско право прави посебну разлику између „једноставних“, „кумулативних“ и „мешовитих“ уговора о наслеђивању (посебно када се закључују у корист трећег лица).

Према члановима 79-83 каталонског Закона о наслеђивању за случај смрти, на основу „једноставног“ уговора о наслеђивању, уговорни оставилац задржава право својине на уговореним добрима све до своје смрти, а уговорни наследник стиче ово својство тек тренутком оставиоачеве смрти. То уједно значи да уговорни оставилац губи право да располаже објектом уговора у корист трећих лица добротним правним пословима *inter vivos*, а под условима предвиђеним законом, чак и располагање уговореним добрима теретним правним пословима може да буде окарактерисано као преварно понашање уговорног оставиоца.⁷³³

Супротно томе, „кумулативним“ уговором о наслеђивању (чл. 84-89 каталонског Закона о наслеђивању на случај смрти), уговорни оставилац не само што одређује једно лице за свог наследника, већ му уједно поклања и сва своја добра, која лице одређено за наследника стиче и пре смрти уговорног

Благојевић уговоре којима обе уговорне стране једна другу одређују за наследнике дефинишу као „двостране уговоре“, оне којима само једна уговорна страна одређује другу за наследника, а друга страна се ни на шта не обавезује као „једностране уговоре“, а контракте закључене у корист трећих лица (једног или више њих) и са неком евентуалном њиховом обавезом, као „вишестране“ уговоре о наслеђивању. Д. М. Пешуновић, 13-14; Б. Б. Благојевић, 217. Ђурђевић назива „двострано обавезујућим“ како реципрочне уговоре о наслеђивању, тако и оне у којима обе уговорне стране за наследника именују неко треће лице. Он пар термина – „једнострано именујући“ и „двострано именујући“ уговори о наслеђивању сматра погоднијим за српско право од термина „једнострани“, „двострани“ и „вишестрани“ уговори о наслеђивању, јер би ови термини по његовом мишљењу могли да доведу до забуне и мешања ових уговора са једнострано обавезујућим и двострано обавезујућим уговорима, а између ове две групе контраката не постоји нужно подударност. Д. Ђурђевић (2009), 190, фн. 25.

⁷³² А. Ристов, 88. Разуме се, реч је о уговорном наслеђивању које настаје посредством брачног уговора.

⁷³³ М. Martínez, 114.

оставиоца.⁷³⁴ Иако се и ова врста уговора у каталонском праву сматра уговором о наслеђивању, чини се да за то нема оправдања. Иако кумулативни уговор о наслеђивању некој врсти универзалне сукцесије приближава то што једно лице поклања целу имовину другом лицу, овде се уопште не ради о правном послу за случај смрти, обзиром да лице уговором одређено за наследника објекат уговора стиче тренутком његовог закључења, односно пре смрти лица које уговором располаже у његову корист. Слична врста наследноправних уговора, који производе правна дејства међу живима, постоји у праву Арагона. Њима је могуће предвидети да све ствари и права која су до закључења уговора припадала будућем оставиоцу, још за његовог живота, односно у тренутку закључења уговора може да стекне лице одређено за наследника, а потом и да према чл. 75. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти, тим добрима слободно располаже. Ствари и права која би уговорни оставилац стекао након закључења овог уговора, уговорни наследник би наследио тренутком оставиоцеве смрти.⁷³⁵

„Мешовити“ уговори о наслеђивању се по својим карактеристикама налазе на пола пута између две претходно наведене врсте уговора, јер се њима одређује наследник, али му се истовремено и поклања једно или више тачно одређених добара. Они су слични „кумулативном“ уговору о наслеђивању по томе што лице одређено за наследника стиче уговорена добра још за живота лица које њима располаже (односно у тренутку закључења уговора), али се од њега разликују по томе што се овде не преноси цела имовина будућег оставиоца или њен аликвотни део, већ само конкретна и тачно одређена права или само једно право.⁷³⁶

Слично каталонском праву, и баскијско право, право Наваре, Балеарских острва и Галиције (у погледу установе „*de mejora*“) предвиђају да се правна дејства уговора о наслеђивању (прелазак свих или аликвотно одређеног дела ствари и права са уговорног оставиоца на уговорног наследника) могу везивати како за тренутак закључења уговора, тако и за тренутак смрти уговорног оставиоца. При томе је на Балеарским острвима могуће предвидети и универзалне поклоне који уједно обухватају и постојећа и будућа добра, али и одрицање од

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ M. Martínez, 119.

⁷³⁶ M. Martínez, 114.

права на нужни део.⁷³⁷ Из наведених разлога, ови контракти се пре могу подвести под наследноправна уговорна предвиђања, него под уговорно наслеђивање или уговоре о наслеђивању.

4.5. Подела уговора о наслеђивању према циљу који се њима остварује

Зависно од циља који жели да се постигне уговором за случај смрти, у каталонском праву постоји подела на „чисте“, „превентивне“ и „фаворизујуће“ уговоре о наслеђивању.⁷³⁸

Уговор, који према чл. 92. каталонског Закона о наслеђивању за случај смрти подразумева именовање наследника у правом смислу речи, назива се „чист“ уговор о наслеђивању, иако овај контракт подразумева постављање деце супружника за наследнике.⁷³⁹ Као што се види, по свом циљу, иако не по кругу лица која се њиме одређују за наследнике, овај уговор у потпуности може да се изједначи са уговором о именовању наследника, односно са уговором о наслеђивању у ужем смислу. „Превентивни“ уговор о наслеђивању, у складу са чланом 93. каталонског Закона о наслеђивању за случај смрти, има за примарни циљ да спречи примену правила законског наслеђивања у случајевима у којима лице које уговором одређује наследника нема потомство.⁷⁴⁰ Из овог разлога, његова специфичност се састоји у томе што га је могуће једнострано опозвати сачињавањем новог уговора о наслеђивању или тестаментa у нотарској форми.⁷⁴¹

Најзад, „фаворизујући“ уговор о наслеђивању се закључује онда када уговорници желе да за наследнике именују само неку, а не сву децу (нпр. децу из првог брака). Међутим, они се овим уговором обавезују само да у будућности одреде за наследника или наследнике једног или више својих потомака, те када ова врста уговора буде закључена, то према члану 95. Закона о наслеђивању за случај смрти, још увек не значи да је неко лице именовано за наследника.⁷⁴² У том смислу, фаворизујући уговор о наслеђивању подсећа на уговор о садржини

⁷³⁷ M. Martínez, 123-125.

⁷³⁸ M. Martínez, , 115.

⁷³⁹ A. Vaquer-Aloy, 326-327.

⁷⁴⁰ A. Vaquer-Aloy, 326-327; M. Martínez, 115.

⁷⁴¹ S. N. Navarro, 123.

⁷⁴² A. Vaquer-Aloy, 326-327; M. Martínez, 115.

завештања, или обичан предуговор. Чини се да би овој групи уговора могао да се дода и „уговор у циљу побољшања права потомака“ („*la mejora de labrar y poseer*“) у праву Галиције, који се закључује у циљу увећања нужног дела оставиоцевог супружника или његових потомака, који иначе износи $\frac{1}{4}$ његове заоставштине. Ипак, овај уговор неће производити правно дејство ако за време живота будућег оставиоца, лице које је он одредио за наследника, две године узастопно престане са искоришћавањем добара које му је он оставио. Овај институт, који у сличном облику познаје и Шпански грађански законик, сасвим је оригиналан у упоредном праву и служи повећању флексибилности у нужном наслеђивању, али уједно и остављају могућности једном лицу да одреди своје дете коме ће оставити највећи део своје заоставштине.⁷⁴³

На овом месту је интересантно истаћи да је један од ретких изузетака од забране уговорног наслеђивања у француском праву, институт под називом "обећање једнакости" (*la promesse d'égalité*), који је могуће закључити само посредством брачног уговора, а који има потпуно супротан циљ од фаворизујућих уговора о наслеђивању.⁷⁴⁴ Циљ „обећања једнакости“ се састоји у томе што родитељи обећавају да ће, приликом закључења брака њихове деце, вршити једнака добротина располагања у корист сваког свог детета. То значи да лице које је уговором одредило наследника, не може да фаворизује друге наследнике на штету уговорног наследника, ни правним пословима међу живима ни завештањем.⁷⁴⁵ Овај институт је настао у старом француском праву као одговор на устаљену праксу да се уговором о наслеђивању фаворизује (обично прворођено) дете које закључује брак, на рачун његове браће и сестара. Уговарањем ове клаузуле, родитељи не обећавају детету никакав део заоставштине, већ само да ће имати једнак наследноправни положај са својом браћом и сестрама.⁷⁴⁶

Данас се у судској пракси „обећање једнакости“ тумачи на два различита начина. Према првом, које је било прихваћено и у старијој пракси, уговарање ове клаузуле има за једини циљ да не поремети једнакост међу децом, тако што један

⁷⁴³ S. C. Lapuente (2007), 7, 30, 32; M. Martínez, 123.

⁷⁴⁴ F. Terré, Y. Lequette, 449.

⁷⁴⁵ R. Cassin, 127.

⁷⁴⁶ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 566; R. Savatier, 504.

од родитеља обећава свом детету које се венчава и кога дарује да ће „поштовати једнакост између њега и његове браће и сестара“.⁷⁴⁷ Ово тумачење има за последицу да родитељи задржавају слободу да располажу расположивим делом заоставштине у корист трећих лица⁷⁴⁸ (услед чега би, према неким ауторима, заштита детета гарантована овим институтом била „некомплетна“),⁷⁴⁹ као и у корист детета које се венчава, и тако га привилегују. Ипак, ако би отац или мајка желели да фаворизују другу децу, они свакако не би могли да им дају више него што су дали детету које закључује брак.⁷⁵⁰

Према другом, новијем становишту, које је настало у нотарској пракси, „обећање једнакости“ има за последицу забрану родитеља да располажу расположивим делом заоставштине у корист трећих лица, тј. у било чију корист, односно њиме се детету гарантује *part virile*, збир покретних и непокретних ствари из заоставштине, наследни део који одговара висини нужног и расположивог дела заједно, односно онај наследни део који би дете добило према редовним правилима законског наслеђивања (нпр. 1/5 ако је оставилац имао петоро деце).⁷⁵¹ Ствар је процене суда да ли је родитељ који је извршио располагање желео да рачуна овај део према броју деце коју је имао у тренутку сачињавања уговора, или према броју деце која су преостала у тренутку његове делације.⁷⁵² По мишљењу појединих аутора, овај део би требало рачунати у зависности од броја деце коју је родитељ имао у тренутку делације, јер би иначе, већ у тренутку закључења уговора, уместо неодређене висине *part virile*, он сам могао да дефинише аликвотни део заоставштине који би требало да припадне сваком његовом детету.⁷⁵³

⁷⁴⁷ F. Terré, Y. Lequette, 449.

⁷⁴⁸ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 567.

⁷⁴⁹ R. Savatier, 504.

⁷⁵⁰ F. Terré, Y. Lequette, 449; P. Malaurie, L. Aynès, 373.

⁷⁵¹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 566; R. Savatier, 504.

⁷⁵² R. Savatier, 504-505.

⁷⁵³ R. Savatier, 505.

V УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРПСКОМ ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ

1. УВОД

Важећи Закон о наслеђивању Србије из 1995. године (у даљем тексту: ЗОН) садржи двоструку забрану закључења уговора о наслеђивању, непосредну и посредну. У члану 2. закона се каже да се „наследити може на основу закона и на основу завештања (тестамент)“, у члану 179. је наведено да је „ништав уговор којим неко своју имовину или њен део оставља у наслеђе свом саговорачу или неком трећем“, док је у члану 180. став 2. ЗОН-а речено да је „ништав уговор о испоруци или другој користи којима се један уговорач нада из наследства које није отворено.“⁷⁵⁴ Ништави су дакле, како добротини, тако и теретни уговори о наслеђивању, независно од тога да ли представљају основ за универзалну или сингуларну сукцесију, односно да ли се ради о отуђењу или само о оптерећењу наследства.⁷⁵⁵

Међутим, поред ове непосредне (директне), у српском праву постоји и једна посредна забрана уговорног наслеђивања, у контексту прецизирања предмета уговора о уступању и расподели имовине за живота и предмета уговора о доживотном издржавању. Предвиђено је да предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота може да буде „само имовина која постоји у часу уступања и расподеле, у целини или делимично“, те да је „ништава одредба уговора која предвиђа расподелу добара која ће се затећи у уступиоцевој заоставштини“.⁷⁵⁶ Исто тако, „прималац издржавања уговором може обухватити само ствари и права постојећа у тренутку закључења уговора.“⁷⁵⁷

Иако то није предмет овог истраживања, на овом месту се ипак мора поставити питање: имајући у виду двоструку забрану закључења уговора о наслеђивању, није ли апсурдно да је све до ступања на снагу Закона о

⁷⁵⁴ Чланом 180. Закона о наслеђивању је предвиђена и ништавост уговора о будућем наследствоу или испоруци, а чланом 181. ништавост уговора о садржини завештања, али како ови уговори нису предмет разматрања у овом раду, то им се овом приликом неће посветити шира пажња.

⁷⁵⁵ М. Крећ, Ђ. Павић, 329.

⁷⁵⁶ Чл. 185. ЗОН *in fine*.

⁷⁵⁷ Члан 194. став 2. ЗОН. Исто решење постоји и у хрватском праву. В. Hrvatin, 3.

наслеђивању Србије из 1995. године, у нашем праву постојао један прави негативни уговор о наслеђивању, уговор о одрицању од наследства које још није отворено, и како то да идентична правна аргументација којом је објашњавана забрана позитивних уговора о наслеђивању није важила и за овај уговор?

Иако нема сумње да је уговор о наслеђивању у облику у коме га познају германска права забрањен у српском праву, чини се да се ипак може дискутовати о томе да ли у нашем позитивном праву постоје институти који посредно производе слична правна дејства која производи уговор о наслеђивању. У том смислу, циљ овог поглавља ће се састојати у намери да се докаже да и у српском праву, у коме је уговор о наслеђивању у ужем смислу забрањен, нису забрањени и уговори о наслеђивању у ширем смислу – уговорно наслеђивање или макар наследноправна уговорна предвиђања, односно да и српско позитивно право нормира поједине институте који на један други, „заобилазан начин“ доводе до правних дејстава која су својствена уговору о наслеђивању. Како ова питања у српској науци нису завредела готово никакву пажњу, чини се оправданим да на овом месту буду продубљеније анализирана.

2. „СПОРАЗУМНО НАСЛЕЂИВАЊЕ“

У нашој послератној судској пракси, честе су биле незаконите ситуације (нарочито у оставинским судовима на територији Војводине) да наследници после оставиочеве смрти постигну „споразум о наслеђивању“, ⁷⁵⁸ односно да се заоставштина расподели по договору који би наследници углавном постигли још пре почетка оставинске расправе, а онда га реализовали у самом оставинском поступку. При томе се некада сужавао, а некада проширивао круг наследника које је одредио оставилац, док су по правилу сами наследници својим споразумом мењали величину наследних квота. Како су се странке одмах након доношења оставинског решења по правилу одрицале права на жалбу, овакав споразум,

⁷⁵⁸ Нпр. решење Среског суда у Новом Саду, О. 569/61 и решење II Среског суда у Новом Саду, О. 106/59, наведено према: Милош Стеванов, Споразумно наслеђивање, *Гласник адвокатске коморе у А.П. Војводини*, Нови Сад 9/1963, 1.

унешен у оставинско решење, одмах је производио правна дејства јер је решење постајало правоснажно одрицањем од права на жалбу.⁷⁵⁹

Ваљда је најпознатији пример за овакву праксу расправљање заоставштине нашег нобеловца, Иве Андрића, који је пре смрти изјавио усмено завештање. На основу изјава сведока Ј. Г. и Ђ. М., Иво Андрић је 5. децембра 1974. године у свом стану, у њиховом присуству сачинио усмени тестамент, у којем је изразио жељу да се његова заоставштина у целини намени за остваривање хуманитарних и културних потреба, али и да Вера Стојчић добије део заоставштине (не прецизирајући колики део), да се део средстава из заоставштине искористи за додељивање награде за најбољу приповетку, а да се Српска академија наука и уметности постара о његовим рукописима и преписци.⁷⁶⁰ Међутим, Андрићев рођак С. П. и његов пуномоћник изјавили су 19. јуна 1975. године пред оставинским судом „да би било најцелисходније да се питање расправљања заоставштине покојног Иве и њеног уручивања наследницима реши споразумно тако што би се учеснику С. П. из заоставштине издвојило и одмах исплатило око 200.000 динара, а да се остали део распореди као што је усменим тестаментом већ учињено.“⁷⁶¹ Градски јавни правобранилац, јавни правобранилац СО Стари Град и пуномоћник САНУ су изјавили да иако није спорно да С. П. није одређен за Андрићевог наследника, да су они сагласни да се из пишчеве заоставштине исплати тражени износ за С. П. Одмах потом, Први општински суд у Београду је донео оставинско решење којим је заоставштина распоређена на основу усменог завештања Иве Андрића, али је одлучено и да се лицу С. П. исплати износ у висини од 200.000 динара. Како су се сви учесници у оставинском поступку одрекли права на жалбу, оставинско решење је одмах постало правоснажно.⁷⁶²

Овакви споразуми наследника у судској пракси, и тада допуштени уговор о одрицању од наслеђа које није отворено, навели су неке ауторе да изнесу тврдњу да су законско и завештајно наслеђивање били редовни основи позивања на наслеђе у послератном југословенском праву, али да је основ позивања на наслеђе

⁷⁵⁹ М. Стеванов, 1, 7.

⁷⁶⁰ Наведено према: Oliver B. Antić, Usmeni testament, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1978, 103-104.

⁷⁶¹ Наведено према: О. В. Antić (1978), 104.

⁷⁶² Решење Првог општинског суда у Београду, О 253/75, наведено према: Oliver B. Antić (1978), 105.

могао да буде и уговор, иако само изузетно.⁷⁶³ Међутим, наведени споразуми наследника не само што су очигледно незаконити, него се не би могли подвести ни под уговоре о наслеђивању, како то тврде ови аутори.⁷⁶⁴ Прво, овакви споразуми представљају класичне облигационоправне уговоре који сва своја правна дејства производе међу живима. Друго, у распореду заоставштине на основу оваквих споразума ни на који начин није инволвирана воља оставиоца, већ само његових наследника, која је да парадокс буде већи, увек била супротна изјави декујусове последње воље. Штавише, након Другог светског рата, због изричите забране закључења уговора о наслеђивању у југословенском праву, воља наследника није могла да игра било какву улогу у наследноправној сукцесији, чак и ако би била сагласна са вољом оставиоца. Једини изузетак (ако се то уопште може назвати изузетком, обзиром да је предмет оваквих уговора била садашња, а не будућа имовина) односио се на сагласност у поступку закључења уговора о доживотном издржавању и уговора о уступању и расподели имовине за живота, односно на изражену вољу наследника приликом заључивања тада допуштених уговора о одрицању од будућег наследства.⁷⁶⁵

Истини за вољу, треба рећи да је у прелазним одредбама Савезног закона о наслеђивању из 1955. године (чл. 242.) било предвиђено да се тај закон неће примењивати на она наслеђа која су до дана његовог објављивања отворена или „коначно уређена“ правоснажном одлуком, споразумном деобом или на други начин. Ипак, изгледа да је овде законодавац дао приоритет правној сигурности и економичности, прихватајући као коначно уређене и оне расподеле заоставштине које су пре доношења Савезног закона о наслеђивању биле уређене споразумно, што ће рећи упитно са аспекта законитости.⁷⁶⁶ Наравно, овакве споразуме не треба мешати са допуштеним споразумима наследника о деоби заоставштине.

⁷⁶³ L. Dujmov, 112.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ М. Стеванов, 2.

⁷⁶⁶ М. Стеванов, 3-4.

3. НАСЛЕЂИВАЊЕ УДЕЛА ОРТАКА У ОРТАЧКОМ ДРУШТВУ

У нашој науци је присутно мишљење да је српско послератно право посредним путем ипак признало пуноважност уговора о наслеђивању. Чланом 143. став 1. Закона о предузећима из 1996. године, било је предвиђено да „ортачко друштво наставља с наследницима умрлог члана ако је тако утврђено уговором о оснивању друштва и ако то прихвате наследници“,⁷⁶⁷ из чега су неки аутори извукли закључак да поменута одредба по својој правној природи и домашају садржи све битне елементе уговора о наслеђивању. Аргументација за ту тврдњу је ишла у следећем правцу. Најпре је констатовано да је наслеђивање удела ортака било могуће регулисати уговором приликом оснивања ортачког друштва, али да није била искључена могућност да то буде учињено и у форми неког другог правног посла. Једино је било важно да се то учини док су сви оснивачи у животу, јер после смрти неког од њих преостали чланови нису могли да уговоре наслеђивање удела умрлог члана пошто он за то није могао да да сагласност, као и из разлога што се за измену оснивачког уговора тражила сагласност свих ортака. Међутим, преостали ортаци су били овлашћени да приме у ортачко друштво наследнике умрлог ортака, али не по основу наслеђивања, већ по основу закљученог уговора са њима.⁷⁶⁸ Сагласност између оснивача ортачког друштва да се статус ортака може наследити је према овом мишљењу била допуштена, јер није била супротна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, нити су се на тај начин вређала права трећих лица.⁷⁶⁹ Ипак, право оснивача је било ограничено чињеницом да су могли само начелно да се одреде да ли ће удео неког ортака моћи да се наслеђује или да то неће бити случај, али не и да одређена лица могу да наслеђују а да одређени наследници не могу да наслеђују.⁷⁷⁰ Полазећи од претходно наведеног, Стефановић је овај споразум оснивача, који је чинио саставни део њиховог оснивачког акта, определио као уговор о наслеђивању, наводећи да је тако „на мала врата“ у српско право ушао

⁷⁶⁷ Могућност да се кроз оснивачки акт или уговор привредног друштва уреди судбина права умрлог члана постоји и у француском праву. А. Воноти (2003), 40-41.

⁷⁶⁸ Златко Стефановић, Наслеђивање својинских и корпоративних права на предузећу, *Новине у ЗОН Србије из 1995. године*, Крагујевац 1998, 88-89.

⁷⁶⁹ З. Стефановић, 88.

⁷⁷⁰ З. Стефановић, 90.

овај Законом о наслеђивању забрањени основ позивања на наслеђе. Изнешени аргументи да се споразуму ортака о наслеђивању удела умрлог ортака да правна природа уговора о наслеђивању јесу да је реч о уговору *mortis causa* који за предмет има располагање одређеним правима оставиоца, односно његовом заоставштином, и да се оваквим споразумом одређују наследници умрлог ортака.⁷⁷¹

Према другом гледишту, споразум ортака о наслеђивању удела умрлог ортака не може да се подведе под уговор о наслеђивању, јер поменута одредба „регулише наставак рада друштва кад умре један од ортака, а не питање наслеђивања умрлог ортака.“ Према истом аутору, „овде се ни једном речју не помиње наслеђивање својинских права у предузећу, већ се говори искључиво о настављању рада друштва после смрти једног од ортака.“⁷⁷²

Међутим, ово питање је актуелно и у нашем позитивном праву, јер важећи Закон о привредним друштвима из 2011. године⁷⁷³ у члану 119. став 1. прописује: „У случају смрти ортака, удео ортака се не наслеђује већ се распоређује сразмерно на преостале ортаке, ако уговором о оснивању није одређено да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака.“ Треба рећи да се у литератури истиче да решење српског права одступа од већине упоредноправних решења, према којима постоји претпоставка да ортачко друштво престаје да постоји смрћу једног од ортака, иако ортаци ову претпоставку могу да измене тако што би већ приликом оснивања друштва или касније, након смрти једног од њих, предвидели да ортачко друштво наставља да послује. Наиме, у српском праву постоји претпоставка да смрт ортака не узрокује престанак друштва, али супротно решење је могуће предвидети уговором о оснивању ортачког друштва.⁷⁷⁴

Дух решења предвиђених у члану 119. став 1. и став 2. Закона о привредним друштвима само на први поглед дају основа тумачењу да се наслеђивање удела умрлог ортака у ортачком друштву може подвести под уговорно наслеђивање. Из првог става поменутог члана закона се види да је

⁷⁷¹ З. Стефановић, 92-93.

⁷⁷² Slobodan Svorcan, Sloboda raspolaganja svojom zaostavštinom i njena ograničenja u našem pravu, *Pravni život* 10/2002, 146.

⁷⁷³ “Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015.

⁷⁷⁴ Небојша Јовановић, Ко наслеђује удео у ортачком друштву?, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније, уредник Вук Радовић*, Београд 2012, 25-28.

законом предвиђено диспозитивно решење, да се удео умрлог члана по правилу распоређује осталим ортацима, али да уговором о оснивању може да буде предвиђено и другачије, да на место умрлог ортака ступе његови наследници. Да би ово диспозитивно правило било измењено, односно да би ортакови наследници заузели његово место у ортачком друштву, потребно је да буде дата двострука сагласност, прво, од стране преосталих ортака у ортачком друштву, а онда и од стране наследника умрлог ортака.⁷⁷⁵ У случајевима када је уговорено да наследници умрлог ортака улазе у ортачко друштво, судбина удела умрлог ортака регулише се вољним путем, дакле, одступањем од законом предвиђене претпоставке да ће удео умрлог ортака бити сразмерно распоређен на остале ортаке. Овде је наравно, реч о претпоставци „законског наслеђивања“ удела умрлог ортака која је постављена Законом о привредним друштвима, а не Законом о наслеђивању. Међутим, и таква законска претпоставка се дерогира вољним путем, посредством једног споразума којим се удео умрлог ортака уместо на преживеле ортаке распоређује наследницима умрлог ортака, што заиста подсећа на однос закона и уговора о наслеђивању, као основа позивања на наслеђе у наследном праву. Таквом тумачењу доприноси и формулација члана 119. став 2. Закона о привредним друштвима: „Ако је уговором о оснивању одређено да друштво наставља да послује са наследницима умрлог ортака, а наследници се са тиме не сагласе, удео ортака се сразмерно распоређује на остале ортаке.“ Дакле, аналогно правилима наследног права, ако из било ког разлога не могу да се примене правила вољног наслеђивања, примениће се правила законског наслеђивања.

Из ког разлога онда овај институт ипак не може да се подведе под уговорно наслеђивање? Када ортаци постигну споразум и дају сагласност на ступање нових лица у ортачко друштво (случај када се удео умрлог ортака не распоређује између њих, већ припада наследницима умрлог ортака), независно од тога да ли је дају пре оставиоачеве смрти, у оснивачком уговору (како је то предвиђено у српском праву), или је дају након смрти ортака (како је то предвиђено у појединим правима),⁷⁷⁶ они сагласност воља постижу између себе, а на тако постигнут споразум не дају сагласност и наследници умрлог ортака. Како

⁷⁷⁵ Н. Јовановић, 29.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

је законом изричито предвиђено само решење према којем само уговором о оснивању може да буде предвиђен наставак рада ортачког друштва са наследницима умрлог ортака (аргумент из чл. 119. ст. 1. Закона о привредним друштвима), то значи да наследници, у том тренутку, ни теоретски не могу да дају сагласност на могућност да ступе на место лица које наслеђују, а које је један од ортака. Могућност да аналогно наследничкој изјави, такву сагласност ускрате и „врате“ на сцену чланом 119. ставом 2. Закона о привредним друштвима предвиђену основну хипотезу о надживелим ортацима као лицима којима се распоређује удео умрлог ортака, наследници очигледно не могу да реализују пре смрти ортака кога су позвани да наследе.⁷⁷⁷ Дакле, како се за ступање наследника умрлог ортака не тражи њихова сагласност у тренутку настанка оснивачког акта, него тек након смрти једног од ортака, њихова тако дата сагласност, чак и ако постоји, не може да има карактер уговорног наслеђивања. Њу је могуће дати „прекасно“ да би било речи о овом институту, после смрти лица које наслеђују, уместо пре његове смрти и у координацији са вољом умрлог.

Други важан разлог, који говори да правила којима је уређено ступање наследника умрлог ортака у ортачко друштво немају карактер уговора о наслеђивању, проистиче из члана 119. став 3. Закона о привредним друштвима. Ту се каже, да наследници који су се сагласили да ступе на место умрлог ортака кога наслеђују, имају право да захтевају да то ортачко друштво промени форму у командитно друштво, а да они стекну статус командитора.⁷⁷⁸ И из те одредбе је јасно да цео овај институт служи регулисању статусних питања ортачког друштва, односно наставку његовог рада после смрти једног од ортака, а не регулисању распоређивања ортакове заоставштине, чији саставни део чини и удео у ортачком друштву. За разлику од наслеђивања удела умрлог ортака у ортачком друштву у српском праву, институт *patto di famiglia* италијанског права и установа *protocol familial* шпанског права могу да се подведу под уговорно наслеђивање, јер се овим институтима, макар посредно регулишу питања наслеђивања власника предузећа или акционара, али у сагласности са наследницима, односно лицима на које се преноси компанија или њене акције, што није случај у нашем праву.

⁷⁷⁷ О правним последицама ускраћивања сагласности наследника да ступе на место умрлог ортака у ортачко друштво, односно о начину њихове надокнаде и другим дилемама, Н. Јовановић, 29-44.

⁷⁷⁸ Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд 2013, 170.

Међутим, чини се да ипак постоје три случаја када би се могло узети да оснивачки уговор ортака представља споразум који чини основ уговорног наслеђивања у најширем смислу. Од тога, прва два се заснивају на хипотези да ортаци уговором о оснивању нису одредили да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака.

Прва ситуација настаје онда када су сва лица која би се према редовним правилима законског наслеђивања *in concreto* позвала на наслеђе умрлог ортака уједно и преостали ортаци у ортачком друштву, али када њихов удео у ортачком друштву није сразмеран висини њиховог наследног дела.⁷⁷⁹ Проблем настаје услед чињенице да је Законом о привредним друштвима, који представља *lex specialis* у односу на Закон о наслеђивању у погледу наслеђивања удела умрлог ортака, предвиђено „да се удео дели међу надживелим ортацима сразмерно уделу сваког од њих у капиталу друштва.“ То значи да би надживели ортаци, на основу Закона о привредним друштвима, могли да добију мању или већу наследничку квоту на уделу умрлог ортака, од оне која би им припала према правилима Закона о наслеђивању.⁷⁸⁰

Друга ситуација постоји када су ортаци само нека, а не сва лица која би се истовремено позвала на наслеђе умрлог ортака према редовним правилима законског наслеђивања.

Најзад, у трећем случају, оснивачким актом ортачког друштва може да буде предвиђено да ће ортачко друштво наставити да послује само са неким, а не са свим наследницима преминулог ортака.⁷⁸¹

Иако би у другој и у трећој ситуацији ортак чији је удео мањи од наследног дела, односно наследник који је позван да ступи на место умрлог ортака па то одбије, требало да добију новчану накнаду у висини умањеног наследног дела на уделу у капиталу ортачког друштва,⁷⁸² нема сумње да овакви уговори о оснивању производе и наследноправна дејства, односно да имају карактер уговора о наслеђивању у ширем смислу. У првом случају, законски наследници који су уједно и ортаци, оснивачким уговором ортачког друштва могу да измене Законом

⁷⁷⁹ Н. Јовановић, 37.

⁷⁸⁰ *Ibid*; М. Васиљевић (2013), 170-171.

⁷⁸¹ Н. Јовановић, 38; Слободан Сворцан, Промене у ортачком друштву које настају као последица смрти ортака према Закону о привредним друштвима, *Право и привреда 5-8/2005*, 245.

⁷⁸² Н. Јовановић, 37-38.

о наслеђивању прописане наследне квоте на уделу умрлог ортака, чињеницом да ће њихови ортачки удели одступати од оних који би били предвиђени редовним правилима законског наслеђивања. На пример, ако су ортаци супружници и њихов син, са ортачким уделима у односу – 50% син, а по 25% отац и мајка, онда после смрти једног од супружника, његов надживели супружник и дете неће наследити његов удео у ортачком друштву на једнаке делове, већ ће син добити дупло већи наследни део. У другом случају се уговорним путем, одабиром неких наследника који ће бити ортаци и других који неће имати ова статусна права, истовремено утиче и на наследноправни положај и једне и друге групе законских наследника. Изостављањем могућности у уговору о оснивању да неки наследници умрлог ортака ступе на његово место, истовремено се искључују и њихова наследна права на оставиоцевом уделу, а наследне квоте преосталих законских наследника који су уједно и ортаци, на описани начин се сразмерно или несразмерно повећавају. Слично фаворизовање неких законских наследника на рачун других, постоји и у трећем случају, када се уговором о оснивању само поједини интестатски наследници позивају да ступе на место умрлог ортака. Као што се види, у сва три случаја се на основу изричито изјављене сагласности воља ортака оставиоца и неких или свих његових наследника, могу остављати, мењати или укидати наследна права на ортачком уделу у ортачком друштву.

Тржишна, односно ликвидациона вредност удела у ортачком друштву, ништа не мења у погледу правне квалификације претходна три случаја као ситуација са елементима уговорног наслеђивања. У зависности од тога да ли удео у ортачком друштву представља само део заоставштине умрлог ортака или његову целокупну заоставштину, јасно је да уговором о оснивању ортачког друштва могу да се произведу правне последице сличне како универзалној, тако и сингуларној сукцесији. Иако се у литератури заступа став да је уговор, којим би ортаци одредили ко ће наследити имовинска права умрлог ортака апсолутно ништав, јер представља уговор о наслеђивању,⁷⁸³ овде је реч о нечему другом. Мада се у сва три случаја регулишу питања статусног карактера за ортачко друштво, истовремено се имплицитно одређује наследник или легатар на уделу

⁷⁸³ С. Сворцан (2005), 246.

ортака, располаже се целином или делом заоставштине и сва правна дејства наступају *mortis causa*.⁷⁸⁴

Међутим, мора се признати да је оно што оваквим уговорима даје паранаследни карактер чињеница, да наследници ортака који ступају у ортачко друштво нису у обавези да поседују квалитете који се иначе траже за сваког наследника. Осим што морају да надживе ортака на чије место у ортачком друштву долазе, они у односу на њега (односно у погледу наслеђивања ортачког удела) не морају да буду способни или достојни за наслеђивање. Чак ни чињеница да би у оставинском поступку дали негативну наследну изјаву у погледу заоставштине ортака кога наслеђују, не би имала утицаја на могућност да ступе на његово место у ортачко друштво.⁷⁸⁵

Из наведених разлога, може се закључити да се уређење наслеђивања удела ортака у ортачком друштву ипак пре може сматрати антиципираним наследноправним предвиђањем, него уговорним наслеђивањем, иако се његови уговорни и наследноправни ефекти не могу игнорисати.

4. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ НА ОСНОВУ БРАЧНОГ УГОВОРА

4.1. Упоредноправни преглед

4.1.1. Увод

Уговорно наслеђивање представља део наследноправне законодавне политике која је присутна у Европи посебно у последњих десетак година, а која углавном има за циљ побољшање наследноправног положаја супружника. У правним системима у којима то није учињено законским изменама у правцу претварања доживотног плодоуживања на делу заоставштине у право својине супружника, или повећањем величине наследне квоте супружника на рачун оставиочеве деце и даљих сродника (све до наслеђивања у својину целе заоставштине од стране супружника, као нпр. у Шведској и Холандији), положај надживелог супружника се штити кроз сачињавање завештања, али и

⁷⁸⁴ Сворцан закључује да право ортакових наследника да ступе у друштво није њихово субјективно наследно право, већ право које има превасходно статусну правну природу у оквиру компанијског права. С. Сворцан (2005), 244. Ипак, тиме се посредни наследноправни ефекти таквог ступања наследника на место ортака у ортачком друштву и даље не могу негирати.

⁷⁸⁵ С. Сворцан (2005), 243-244.

(пред)брачне уговоре, за шта најупечатљивији пример представља већ помињани *l'institution contractuelle* француског права.⁷⁸⁶ Међутим, за разлику од претходног излагања о наследноправним последицама које брачни уговор непосредно производи, на овом месту ће се указати на наследноправне последице које брачни уговори производе како непосредно, тако и посредно. Оне се огледају у стипулисаној измени законом предвиђеног имовинског режима у браку, а који се одражава и на састав заоставштине.

У највећем броју права, попут Аустрије, Белгије, Француске, Немачке, Италије, Каталоније и Швајцарске, брачни уговор се сачињава у форми нотарски обрађеног записа, док се у Данској и Финској саставља у форми писаног споразума који мора да буде регистрован и потписан од стране оба супружника и два сведока.⁷⁸⁷ У многим државама, у циљу заштите трећих савесних лица, постоје и јавни регистри брачних уговора.⁷⁸⁸ На брачне уговоре се у свим европским државама примењују општа правила уговорног права, што значи да они не смеју да буду закључени под дејством мана воље, не смеју да буду супротни јавном поретку и моралу одређене државе, односно не смеју да имају зеленашки карактер.⁷⁸⁹ „Уговорно везивање имовинских последица за личне односе супружника, по правилу, вређа јавни интерес. Међутим, санкција ништавости не погађа нужно сва лично-имовинска уговарања у браку.“⁷⁹⁰ У многим државама (не и у Белгији и Француској) брачни уговор може да буде измењен услед промењених околности, али под условом да су оне биле такве да основано може да се узме да уговорне стране нису могле да их предвиде нити спрече.⁷⁹¹

У предстојећим редовима ће се најпре указати на наследноправне последице које брачни уговори или поједине њихове одредбе производе у

⁷⁸⁶ W. Pintens (2013), 14-15.

⁷⁸⁷ Walter Pintens, Matrimonial property law in Europe, *The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011, 38; Nina Dethloff, Contracting in family law: A European perspective, *The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011, 74.

⁷⁸⁸ N. Dethloff, 74-75.

⁷⁸⁹ N. Dethloff, 76-77.

⁷⁹⁰ Ненад Тешић, Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе, *Анали Правног факултета 1/2012*, 315. Опширније о вези уговарања личних односа између супружника и имовинских последица које такво стипулисање производи у брачном уговору, Н. Тешић, 293-318.

⁷⁹¹ N. Dethloff, 78.

упоредном праву, а затим ће се анализирати посредне наследноправне последице брачног уговора у српском праву.

4.1.2. Романска породица права

Поред уговорног наслеђивања посредством брачног уговора, у француском праву је у оквиру брачноимовинског режима могуће уговорити још једну клаузулу која има наследноправна дејства, такозвану *clause tontine*. Њен смисао се састоји у следећем. Ако супружници заједнички купе неко добро (*en indivision*) и то у режиму *en tontine*, право својине над њим ће након смрти првог супружника (заједничара), супротно редовним правилима, у целини прећи на надживелог супружника.⁷⁹² Уговарање ове клаузуле има двоструку погодност. Прво, порез на наслеђивање се неће плаћати након смрти првог супружника, као једног од два заједничара, већ ће у целини бити плаћен након смрти другог супружника, и то у односу на вредност његове целокупне заоставштине. Друга повољност подразумева заобилажење правила нужног наслеђивања у односу на имовину која је купљена *en tontine* и остављање могућности да њену целокупну вредност након смрти првог супружника наследи онај други.⁷⁹³

И у белгијском праву је у брачне уговоре могуће унети одредбе којима се мења не само брачноимовински, него и прописани режим интестатског наслеђивања. То су тзв. “права надживелог“ (*overlevingsrechten*), којима се наследноправни положај супружника побољшава гарантовањем нових права у односу на она која му припадају као законском наследнику, а која се састоје из поклона и брачноимовинских користи (*huwelijksvoordelen*).⁷⁹⁴

Брачни уговори у луксембуршком праву, на основу којих супружници уговарају систем заједнице добара (заједничке имовине) и на тај начин модификују законски режим, такође посредно производе наследноправне последице. Прво, измена законског режима може да буде остварена тако што ће обим заједничке имовине бити проширен или сужен. Друго, одредбу о једнакој

⁷⁹² H. Dyson, 269.

⁷⁹³ H. Dyson, 269-270.

⁷⁹⁴ E. N. Frohn, The position of the surviving spouse in the Law of succession - Some comparative remarks, Comparability and Evaluation, *Essays on Comparative law, Private International law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou* (edited by K. Boele-Woelki, F.W. Grosheide, E.H. Hondius, G.J.W. Steenhoff), Dordrecht/Boston/London 1994, 46.

подели заједничке имовине је могуће променити тако да њен већи део или заједничка имовина у целини припадне једном од супружника, при чему није увек неопходно да то буде надживели супружник. То уједно значи да се супружнику оставља право да пре поделе задржи одређени новчани износ, одређена добра или аликвотни део одређене врсте добара из заједничке имовине, након чега се остатак дели на једнаке делове.⁷⁹⁵ Ипак, како се према чл. 1525. Луксембуршког грађанског законика бенефити које супружник добија на основу неједнаке поделе заједничке имовине не сматрају поклонима, већ теретним располагањима,⁷⁹⁶ то је њихова сличност са уговорима о наслеђивању, или бар оним добротним, само условна.

4.1.3. Германска породица права

Чак и у немачком праву, које познаје класичан уговор о наслеђивању, штити се надживели супружник кроз брачноимовински режим који има наследноправне последице. Иако не тако чест ван сеоских средина у Баварској, постоји институт који допушта супружницима да успоставе трајну заједницу добара, која обухвата целокупну имовину оба супружника, а коју после смрти једног од њих други супружник држи и користи све до своје смрти, при чему се на овај уговор не примењују чак ни одредбе о редукцији поклона у случају повреде права на нужни део.⁷⁹⁷ У немачком праву је ради смањења трошкова често и комбиновање брачних уговора и уговора о наслеђивању. Међутим, ако се приликом сачињавања брачног уговора у истом акту саставља и уговор о наслеђивању, пуноважност и једног и другог споразума је по правилу условљена. Тако, ако не би дошло до закључења брака, ни уговор о наслеђивању не би производио правна дејства, осим ако другачије не би било уговорено.⁷⁹⁸

Модификацијом брачноимовинског режима могу да се постигну наследноправне последице и у швајцарском праву. Када супружници мењају

⁷⁹⁵ Alan Verbeke, Anton van Zantbeek, Luxembourg, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 345-346.

⁷⁹⁶ A. Verbeke, A. Van Zantbeek (2002b), 346.

⁷⁹⁷ Anatol Dutta, The Legal Protection of the Surviving Spouse – German Law in Comparative Perspective, *Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013, 48.

⁷⁹⁸ L. Michalski, 91.

одредбе којима је законом регулисан престанак њиховог брачноимовинског режима тако што фаворизују једног брачног друга у односу на другог, они заправо чине један добротин правни посао, који може да буде и правни посао *mortis causa*, „ако производи правна дејства тренутком смрти супружника који хонорише оног другог“.⁷⁹⁹ Оно што доприноси да брачни уговор у овом случају производи правне последице уговорног наслеђивања јесте чињеница да брачници могу да мењају састав своје заоставштине и да хоноришу један другог и *mortis causa*, јер брак престаје и смрћу супружника. Друго, како за формалну пуноважност оваквих располагања, тако и за потребну уговорну способност, не траже се захтеви прописани за уговор о наслеђивању, већ услови потребни за закључење брачног уговора. Нема дакле, сумње да се у случајевима када супружници користе брачни уговор да стипулишу и питања међусобног наслеђивања, ради о једном „сложеном уговору који се састоји из брачног уговора и уговора о наслеђивању“.⁸⁰⁰

У холандском праву је могуће закључивати и такве брачне уговоре којима би био предвиђен режим „тоталног искључења заједнице добара“. То значи да сваки супружник задржава своју посебну имовину и постаје у потпуности имовински независан од другог супружника,⁸⁰¹ чиме уједно утиче на састав своје заоставштине.

4.1.4. *Common law* системи

Иако је у *common law* системима супружницима остављена широка аутономија да уређују брачноимовинске односе путем брачних уговора, они је користе врло ретко. Њима се углавном регулишу имовинскоправне последице развода, независно од тога да ли се брачни уговори закључују пре брака, за време брака, или након престанка брака.⁸⁰² Због тога су брачни уговори у *common law* пре упоредиви са споразумима о разводу (*divorce agreements*) који постоје и у

⁷⁹⁹ P. Piotet, 56.

⁸⁰⁰ Paul – Henri Steinauer, *Le droit des successions*, Berne 2006, 315; P. Piotet, 56.

⁸⁰¹ Слободан Панов, О заједничкој својини у браку, *Анали Правног факултета у Београду 1-3/1998*, 58.

⁸⁰² W. Pintens (2011), 37-38.

неким државама на европском континенту.⁸⁰³ Ипак, у америчком праву није реткост да се брачним уговорима уређују и наследноправне последице смрти једног од супружника.⁸⁰⁴

4.1.5. Јужноафричко право

У јужноафричком праву од начелне забране закључења уговора о наслеђивању постоје два изузетка. Један од тих изузетака је садржан у могућности уношења „завештајних одредби у предбрачне уговоре“, при чему уговор тиме не мења своју правну природу и не бива конвертован у тестамент.⁸⁰⁵

Наследноправне последице брачних уговора су у јужноафричком праву очигледне. Брачним уговорима може да буде стипулисано или да један супружник наслеђује другог, или да се супружници узајамно наслеђују, а овакав уговор о наслеђивању може да буде измењен или опозван само каснијим заједничким завештањем које би супружници сачинили.⁸⁰⁶ Даље, супружници могу уговором да одреде треће лице за наследника, а ако би и трећи био уговорна страна, онда би измена или раскид уговора били могући само уз његову сагласност. Ако трећи не би био уговорна страна, онда би се овај уговор подводио под правила уговора у корист трећег, али ако би у том случају треће лице прихватило оно што је уговорено у његову корист, тада измена или опозивање тих користи такође не би била могућа без његове сагласности.⁸⁰⁷ Најзад, један или оба супружника могу да

⁸⁰³ W. Pintens (2011), 45.

⁸⁰⁴ A. J. Hirsch, 2223.

⁸⁰⁵ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, *Law of succession*, Cape Town 2011, 214, 219; У судској одлуци поводом спора *Ladies' Christian Home v SA Association 1915* CPD 467 је било речено и следеће: “Према нашем праву предбрачни уговор може да садржи пуноважне одредбе у погледу имовине које ће произвести правно дејство након смрти једног од супружника; али овакво располагање имовином, иако може да изгледа као један тестаментарни акт, не лишава предбрачни уговор његовог карактера споразума између странака, и не даје му правну природу тестаментa“, наведено према: Christa Rautenbach, Anton van der Linde, The requirements for a valid pactum successorium in an antenuptial contract: the curious case of Radebe v Sosibo no, *The South African Law Journal 129/2012*, 26. Иако се институт о коме је реч у јужноафричком праву назива предбрачним уговором, ми ћемо га због исте правне природе са већ помињаним правним установама и отклањања термилолошких забуна, у даљем тексту називати брачним уговором.

⁸⁰⁶ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 219.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

буду одређени за наследнике од стране трећег лица, али је тада за измену или опозивање оваквог располагања неопходна њихова сагласност.⁸⁰⁸

Када се поједине завештајне одредбе инкорпоришу у брачни уговор, тада више ни нема потребе да се сачињава завештање. То даље значи да није потребно ни да се испуне формални захтеви потребни за завештање, али је потребно да се испуне елементи форме неопходни за брачне уговоре, тј. форма нотарски обрађене исправе и регистрација.⁸⁰⁹

Ипак, изгледа да се последњих година судска пракса у Јужној Африци мења, односно да судови захтевају да и одредбе у брачним уговорима, које се тичу располагања за случај смрти, испуне тестаментарну форму. Тиме се брачни уговори не само у материјалном, већ и у формалном смислу приближавају правним пословима за случај смрти. Тако је суд пресудио у случају *Radebe v Sosibo NO 2011 (5) SA 51 (GSJ)*, поводом такозване “искључујуће клаузуле“ у брачном уговору госпођице Радебе (касније, госпође Сосибо) и господина Сосибоа (брак је закључен у брачноимовинском режиму који не подразумева заједницу добара, односно заједничку имовину), којом је она искључила своју кућу из нето вредности своје заоставштине.⁸¹⁰ Пошто је кућу купила од новца који су јој позајмили њени родитељи и како је више пута за живота изразила жељу да та кућа припадне њима, они су након смрти госпође Сосибо затражили од суда да наследе поменуту кућу, тумачећи у искључујућој клаузули врсту завештајног располагања у њихову корист, услед чега, по њиховом мишљењу, кућу није могао да наследи њен супруг према правилима законског наслеђивања. Суд је захтев родитеља одбио са образложењем да у брачном уговору нигде није ни експлицитно ни имплицитно садржана жеља оставиље да кућа припадне њеним родитељима, а и да јесте, да такво располагање не би било пуноважно, јер за њега није довољно да испуњава формалне услове неопходне за брачни уговор, већ је потребно да испуни и елементе форме који се траже за пуноважност завештања.⁸¹¹

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ Marius J de Waal, Testamentary Formalities in South Africa, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 387.

⁸¹⁰ “Искључујућа клаузула“ у брачним уговорима сама по себи не доказује да је у конкретном случају реч о уговору о наслеђивању. C. Rautenbach, A. Van der Linde, 31.

⁸¹¹ C. Rautenbach, A. Van der Linde, 24-26.

Међутим, остаје отворено питање да ли ће ово ново тумачење заживети, јер оно представља изузетак од читавог низа одлука које су у том смислу доношене у јужноафричкој пракси у последњих неколико деценија, а према којима је за пуноважност располагања за случај смрти у брачним уговорима била довољана форма за закључење брачног уговора.⁸¹² Ипак, обзиром да у Јужној Африци постоји принцип прецедентног права, у литератури се истиче да треба водити рачуна да ова одлука Вишег суда Јужног Готенга не постане прецедент који би нарушио до сада постојећу *common law* праксу, њене принципе и досадашња недвосмислена тумачења у науци, који су потпуно супротни овој одлуци.⁸¹³

4.1.6. Скандинавска породица права

Брачни уговори производе наследноправне последице и у данском праву. Супружници могу брачним уговором да стипулишу да сва њихова добра или део добара неће чинити њихову заједничку имовину, већ да ће представљати посебну имовину једног од брачника.⁸¹⁴ Такође, треба разликовати посебну имовину насталу на основу развода, од такозване потпуне посебне имовине. У првом случају, странке брачним уговором прецизирају да ће заједничка имовина бити подељена само ако брак престане разводом, што значи да ће у случају да брак престане смрћу једног од супружника, надживели супружник имати право да задржи целину неподељене заједничке имовине. Ако се уговори потпуна посебна имовина, тада до деобе заједничке имовине долази како разводом, тако и смрћу једног од супружника.⁸¹⁵ Могућност располагања заједничком и посебном имовином посредством брачних уговора у данском праву, даје још један пример како уговорне одредбе имају своје последице и за случај смрти, јер се директно односе на састав заоставштине супружника, укључујући или искључујући из њега одговарајући део имовине.

Према параграфу 42 норвешког Закона о браку из 1991. године, супружници могу да закључе брачни уговор на основу кога ће се њихова посебна

⁸¹² C. Rautenbach, A. Van der Linde, 26-28.

⁸¹³ C. Rautenbach, A. Van der Linde, 31.

⁸¹⁴ J. Qvist of Ronne & Lundgren, Denmark, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 186.

⁸¹⁵ *Ibid.*

имовина конвертовати у заједничку имовину у тренутку смрти једног од њих. На тај начин се заобилазе правила о нужном наслеђивању, али се и пружа заштита надживелом супружнику (посебно ако умрли супружник има децу из претходне везе, брачне или ванбрачне).⁸¹⁶ Овакви споразуми могу да буду раскинути само новом сагласношћу воља супружника.⁸¹⁷ Хамбро (*Hambro*) наводи следећи пример: Лице А које има децу из претходног брака или ванбрачне заједнице се поново ожени. Са новом супругом Б закључи предбрачни уговор, по коме имају посебне (одвојене) имовине. Ако би прво муж преминуо, његова посебна имовина би се конвертовала у заједничку имовину, при чему би имовина његове супруге задржала својство њене посебне имовине, али би она стекла право и на половину његове заоставштине, по основу њеног удела у заједничкој имовини, као и право на наследни део на другој половини мужевљеве заоставштине, у складу са правилима законског наслеђивања или према одредбама завештања које је сачинио њен супруг А.⁸¹⁸

У норвешком праву постоји још једно значајно правило. Поклони које оставилац учини за живота, не урачунавају се, за разлику од завештајних располагања, у обрачунску вредност заоставштине, односно поклоном *inter vivos*, за разлику од тестаменталног поклона *mortis causa*, не може да буде повређен нужни део нужних наследника.⁸¹⁹ Зато је фундаментално питање норвешког наследног и брачноимовинског права: како одредити критеријум за разликовање да ли је у конкретном случају реч о поклону међу живима или о поклону за случај смрти?

Да би поклон био сматран даром међу живима, потребно је да је имао објективну, реалну сврху за поклонодавца за време његовог живота. Карактеристичан пример, који постоји и у пракси норвешког Врховног суда, огледа се у преносу права својине на непокретности са једног родитеља на његову децу, са циљем да дете преузме бригу и старање о непокретности, а да родитељ

⁸¹⁶ Peter Hambro, Limitations of the freedom of testation, *Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013, 95.

⁸¹⁷ P. Hambro (2011), 240.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ Једини изузетак од правила да се поклон међу живима не урачунава у обрачунску вредност заоставштине, постоји када оставилац који је учинио поклон значајне вредности једном свом детету, а није га учинио и другој деци, одреди да се тај поклон урачуна у наследни део детета које је даровано. Peter Hambro, Limitations of the freedom of testation, *Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013, 93.

настави у њој да живи, лишен обавеза њеног одржавања.⁸²⁰ Сличан пример, где је располагање у брачном уговору узето као располагање *inter vivos*, постоји у случају који се 1971. године појавио пред норвешким Врховним судом. Муж који се венчао са супругом и који је имао децу из претходног брака, свега 4 дана по закључењу брака, закључио је са супругом и брачни уговор, којим јој је пренео сва своја добра, да би та добра постала њена посебна имовина. Суд је проценио да се ради о располагању међу живима, са аргументацијом да је овакав брачни уговор очигледно био договорен и пре закључења брака и да је супруга на њему инсистирала као на услову за закључење брака.⁸²¹ С друге стране, у једном сличном случају из 1979. године, норвешки Врховни суд је стао на становиште да се ради о поклону за случај смрти. Супруг је имао 83, а супруга 71 годину, били су у браку 17 година и нису имали никакве дугове, али је муж имао децу из претходног брака и поремећен однос са једним дететом. Како је располагао у корист супруге 8 месеци пре своје смрти, суд је заузео становиште да такав поклон није имао реалан и објективан значај за супруга, већ да је имао за циљ да лиши наслеђа његово дете, па га је окарактерисао као поклон *mortis causa*.⁸²²

Из свих ових примера, намеће се један закључак, коме у прилог говори и значајан број других одлука које је донео норвешки Врховни суд. У свим тим случајевима муж је закључивао са супругом (по правилу је имао бар један претходни брак и децу из њега) брачни уговор, којим је сву своју посебну имовину преносио у виду поклона на своју супругу. Услед тога, након супругове смрти његове заоставштине практично није ни било, јер је била исцрпљена таквим располагањима, а супруга је задржавала примљена добра, чији је пренос на њу третиран као поклон *inter vivos*.⁸²³ То је још један пример када брачни уговор *de facto*, обзиром на међусобни однос других института у датом наследном праву, прераста у уговор о наслеђивању и производи наследноправне последице *par excellence*.

Норвешко право, попут данског и исландског (а делимично и шведског и финског), познаје још један, карактеристичан институт нордијског права, "*uskifte*",

⁸²⁰ Р. Hambro (2013), 94.

⁸²¹ Наведено према: Р. Hambro (2013), 95.

⁸²² Наведено према: Р. Hambro (2013), 94-95.

⁸²³ Р. Hambro (2013), 94.

који такође има за циљ да обезбеди имовинскоправни положај надживелог супружника. *Uskifte* у буквалном преводу значи “нераспоређен“, а као правни институт, односи се на заоставштину која није распоређена након смрти једног од супружника.⁸²⁴

Чланом 9 (2) Закона о наслеђивању Норвешке, прописано је следеће: „Уобичајени брачноимовински режим у Норвешкој је режим (потпуне) заједничке својине. Али супружници су слободни да одступе од њега брачним или предбрачним уговором. Ако супружници поседују (потпуну) заједничку имовину, надживели супружник, у складу са Законом о наслеђивању Норвешке, има право да задржи целу заоставштину, неподељену и независно од њене величине. Ако супружници имају посебне имовине, *uskifte* мора да буде уговорен у брачном уговору, или надживели супружник мора да добије сагласност осталих наследника.“⁸²⁵ При томе се мисли да сагласност треба добити од деце и даљих потомака умрлог супружника из неког другог брака или везе. Ова сагласност може да буде дата и под раскидним условом, нпр. ако надживели супружник не прода породичну кућу. У супротном, оставиочева деца којој његов надживели супружник није родитељ, имају право да траже да им се исплати њихов наследни део одмах по смрти њиховог родитеља.⁸²⁶

Према неким подацима, *uskifte* користи око 75% надживелих супружника у Норвешкој.⁸²⁷ Суштина овог института се састоји у томе што уместо да се заоставштина дели после смрти једног супружника, надживели супружник је задржава у целини све до своје смрти, поновног ступања у брак, или одлуке да приступи деоби заоставштине са другим наследницима. Према члану 20. норвешког Закона о наслеђивању, права и обавезе како умрлог, тако и надживелог супружника, спајају се у једну имовинскоправну целину, чиме надживели супружник постаје одговоран за све дугове оставиоца. Међутим, предложена је измена ове одредбе, којом би одговорност за дугове надживелог супружника била

⁸²⁴ P. Hambro (2011), 235.

⁸²⁵ Наведено према: John Asland, The Legal Protection of the Surviving Spouse: Norwegian Law, Inheritance Law – Challenges and Reform, *A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013, 56.

⁸²⁶ John Asland, Balancing interests - How much freedom of testation, *The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011, 242.

⁸²⁷ J. Asland (2013), 55.

ограничена до висине вредности онога што он наслеђује.⁸²⁸ Имајући у виду да се на тај начин не само задржава постојећи животни стандард, већ и наставља живот у заједничком домаћинству, јасно је зашто тако велики број надживелих супружника пре оптира за ову могућност, уместо да одмах приступи деоби заоставштине са наследницима.⁸²⁹ Дакле, *uskifte* није субјективно наследно право у правом смислу, већ право надживелог супружника да задржи неподељену заједничку имовину коју је стицао у браку са преминулим супружником.⁸³⁰

Највећа предност режима неподељене заоставштине састоји се у томе што је надживели супружник слободан да се према целој имовини понаша као власник, што ће рећи да је прода (укључујући и непокретност у којој је живео са преминулим супружником), троши приходе које она даје, да повећава свој животни стандард и да умањује супстанцу имовине. Једино ограничење које му стоји на путу подразумева да он нема право да чини значајније поклоне без сагласности осталих наследника, док продају имовине мора да врши по тржишним ценама.⁸³¹ У погледу располагања за случај смрти, надживели супружник може завештањем да располаже само оним делом заоставштине који би иначе припао његовим наследницима након његове смрти, водећи при томе рачуна о правима нужних наследника.⁸³² У случају злоупотреба или несавесног понашања надживелог супружника, наследницима умрлог супружника стоји на располагању заштита, јер они увек могу да затраже део заоставштине који им припада, или деобу целог *uskifte*, као и накнаду штете, како од преживелог супружника, тако и од његових наследника. Поред наследника умрлог супружника и суд је овлашћен да утврди да надживели супружник евентуално не управља имовином на одговарајући, савестан начин.⁸³³

⁸²⁸ Наведено према: Р. Hambro (2011), 235; J. Asland (2013), 58. У литератури се истиче да постојеће решење о одговорности за дугове надживелог супружника посебно није правично када се овим институтом користи надживели ванбрачни партнер, јер може да се догоди да ће бити обавезан да одговара и за оне дугове који немају никакве везе са *uskifte* режимом. J. Asland (2011), 244.

⁸²⁹ J. Asland (2013), 55.

⁸³⁰ J. Asland (2011), 241. Ипак, ако би један од супружника располагао својом заоставштином у корист неког трећег лица, у режиму *uskifte* би након његове смрти остала само имовина која не би била обухваћена завештањем, али би о таквом располагању и умањењу права други супружник морао да буде обавештен од стране супружника-завештаоца одмах по сачињавању тестаментa. Р. Hambro (2011), 236-237.

⁸³¹ J. Asland (2011), 241-242.

⁸³² J. Asland (2013), 57.

⁸³³ J. Asland (2013), 57-58; J. Asland (2011), 242.

Право на коришћење овом установом нема надживели супружник који је пословно неспособан, док малолетни супружник може да се позове на овај институт само уз сагласност органа старатељства.⁸³⁴ *Uskifte* неће бити допуштен ни пунолетном супружнику, ако постоје изгледи да би због његове презадужености биле умањене шансе поверилаца преминулог супружника на исплату потраживања која су имали према њему, или ако наследници надживелог супружника не би могли да остваре своја наследна права према њему.⁸³⁵

Све што надживели супружник стекне за време *uskifte* режима, било по основу прихода, поклона или наслеђивања, постаје део овог режима. Међутим, надживели супружник може да осигура права сопствених наследника и избегне примену овог брачноимовинског режима у погледу добара које би бестеретно стекао (било правним пословима *inter vivos*, било правним пословима *mortis causa*), али само под условом да се одлучи да прекине режим *uskifte*.⁸³⁶ Овај правни режим ће бити прекинут и ако би надживели супружник закључио нови брак, осим ако би наследници дали сагласност да се *uskifte* настави. Најзад, надживели супружник у сваком тренутку може да одлучи да подели заоставштину са наследницима преминулог супружника и тако прекине овај брачноимовински режим.⁸³⁷ Након смрти надживелог супружника, *uskifte* се дели између наследника оба супружника.⁸³⁸ Када наследници деле *uskifte*, то се чини у односу на сразмерну вредност имовине коју је сваки од партнера унео у *uskifte*. Ако се деоба врши за живота надживелог партнера, он уместо користи из овог института, наслеђује четвороструку вредност основице националног осигурања.⁸³⁹

Изменама норвешког Закона о наслеђивању из 2008. године, дато је право и ванбрачним партнерима да остварују право на *uskifte*, али само ако су имали заједничко дете или се оно родило након смрти једног супружника. Међутим, овде је *uskifte* ограничен на непокретност у којој су ванбрачни партнери живели, предмете домаћинства, аутомобил и „алтернативни дом“ (односно викендицу или кућу за одмор) који су ванбрачни партнери често и заједнички користили, док се

⁸³⁴ J. Asland (2011), 242-243.

⁸³⁵ J. Asland (2011), 242.

⁸³⁶ P. Hambro (2011), 237.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ *Ibid.*

⁸³⁹ J. Asland (2011), 245.

преостала оставиочева добра распоређују према редовним правилима законског или завештајног наслеђивања.⁸⁴⁰ Ипак, обим *uskifte* може да буде проширен или сужен ако један партнер тако одреди у завештању, или се са тим сагласе остали наследници.⁸⁴¹

И *uskifte* иде у прилог основној тези у овом поглављу, да се уговорним изменама брачноимовинског режима у многим правима имплицитно постижу одређена наследноправна дејства. Ако се право на заједничкој имовини које се установљава у корист надживелог супружника састоји у коришћењу или плодуюживању, тада се ради о сингуларној сукцесији, али то ни на који начин не доводи у питање основну хипотезу која је потврђена на овом месту.

4.2. Брачни уговор у српском праву

Брачни уговор је регулисан чланом 188. Породичног закона Србије.⁸⁴² У ставу првом овог члана, каже се да „супружници односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор).“ Брачни уговор је дакле, правни посао којим су супружници у српском праву овлашћени да уреде своје имовинске односе на целини или делу постојеће или будуће имовине на другачији начин у односу на диспозитивни законски режим заједничке својине.⁸⁴³ За разлику од *постојеће имовине* која увек обухвата имовину која постоји у тренутку закључења брака, под *будућом имовином* треба схватити или „имовину која ће сигурно настати“, или „имовину која ће по редовном току ствари вероватно настати“ или „имовину која ће можда, са великим степеном неизвесности настати“.⁸⁴⁴

Предмет брачног уговора може да буде посебна и (или) заједничка имовина супружника.⁸⁴⁵ У том смислу, „брачни уговор, у српском праву, треба разумети као договор о имовини којим супружници прецизирају однос заједничке

⁸⁴⁰ P. Hambro (2011), 238.

⁸⁴¹ J. Asland (2011), 243-244.

⁸⁴² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

⁸⁴³ Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2014, 353; Марија Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011, 426.

⁸⁴⁴ Slobodan Panov, *Predmet bračnog ugovora*, *Pravni život 10/2009*, 896-897.

⁸⁴⁵ Marija Ignjatović, *Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije – Nesklad teorije i prakse*, *Pravni život 10/2008*, 493.

и посебних имовина, али могу једновремено уредити и нека друга брачноимовинска питања.⁸⁴⁶ У том погледу, решење у српском праву не одступа од наведених упоредноправних решења. Супружници су најпре слободни да стипулишу потпуно укидање режима заједничке својине у браку. То ће бити случај када се уговори да оно што један или оба брачна друга стекну радом за време трајања брачне заједнице представља сусвојину, или посебну имовину сваког од њих или само једног супружника, или чак имовину неког трећег лица (располагање у општекорисне сврхе). Предмет овако дефинисаног уговора може да буде и само део заједничке имовине, нпр. зарада или личне ствари једног од супружника, независно од њихове вредности или начина на који их је супружник стекао, добитак у играма на срећу, или удео у привредном друштву.⁸⁴⁷ Брачници могу да уговоре и да ће удели у њиховој заједничкој имовини бити одређени на основу њиховог споразума, уместо на основу законске претпоставке о једнакој висини удела у заједничкој имовини, независно од тога да ли је заједничка имовина стечена пре или после закључења брачног уговора.⁸⁴⁸ Идентично решење постоји у француском праву, само што је у овом правном систему изричито предвиђено да удео у заједничкој имовини, који је опредељен у складу са споразумом супружника у брачном уговору, може да припадне надживелом супружнику, дакле, са дејством *mortis causa*.⁸⁴⁹

Супружници су овлашћени и да брачним уговором конвертују посебну имовину једног од њих, или оба брачна друга у заједничку имовину, чиме не искључују, већ мењају диспозитивни законски режим заједничке имовине. То се односи како на посебну имовину коју је један од њих имао у тренутку закључења брака, тако и на посебну имовину коју је супружник стекао поклоном или наслеђивањем за време трајања брака.⁸⁵⁰ Чини се да формулација брачног уговора

⁸⁴⁶ Н. Тешић, 315-316.

⁸⁴⁷ S. Panov (2009), 898-899; Дарко Радић, Предмет брачног уговора, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 31/32/2010, 336-337. Супружници у руском праву имају могућност да посредством брачног уговора измене законом прописан режим заједничке својине у браку и уговоре режим заједничке својине, сусвојине или режим посебне својине у погледу одређених добара, у погледу имовине само једног супружника или у погледу имовине и једног и другог супружника. Н. Тешић, 295, фн. 9.

⁸⁴⁸ С. Панов (2014), 363; М. Драшкић (2011), 426; Војан Пајтић, *Брачни имовински уговор, докторска дисертација одбранјена на Правном факултету Универзитета у Новом Саду*, Нови Сад 2008, 117; D. Softić Kadenić, 41.

⁸⁴⁹ F. Ferran, 47.

⁸⁵⁰ S. Panov, 899-900.

не спречава ни споразум по коме би посебна имовина једног супружника представљала посебну имовину другог супружника. Брачни уговор може да буде основ и за сингуларну сукцесију, јер како наводи Панов, могуће је да њиме један супружник конституише службеност у корист другог супружника.⁸⁵¹

Евиденција сличности између брачног уговора и уговора о наслеђивању започиње констатацијом да су у већини права субјекти и једног и другог уговора брачни, односно ванбрачни партнери.⁸⁵² Према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, такође је предложено да закључење уговора о наслеђивању буде ограничено само на супружнике.

За анализу је од посебног значаја однос предмета брачног уговора и уговора о наслеђивању. Једна од суштинских разлика између наследноправних и облигационоправних уговора се огледа у томе што будућа имовина може да буде предмет само наследноправних уговора.⁸⁵³ Како је Породични закон предвидео да предмет брачног уговора може да буде и будућа имовина супружника, дакле имовина која не постоји у тренутку закључења уговора, а чије постојање *pro futuro* може бити праћено мањим или већим степеном извесности, то се поредећи само оно о чему један, односно други уговор могу да буду закључени, разлика између брачног уговора и уговора о наслеђивању практично сасвим губи. Од тога како је опредељен предмет брачног уговора, односно на који начин се брачним уговором мења законски брачноимовински режим зависи и састав заоставштине. Ако се уговара да оно што би требало да буде заједничка имовина, или посебна имовина једног супружника постаје посебна имовина другог супружника, онда се увећавањем посебне имовине супружника истовремено увећава и састав његове заоставштине на рачун имовине и заоставштине другог супружника, која се сразмерно умањује. Уосталом, на примеру француског права је показано да веза између уређења имовинског режима у браку и дејстава таквог уређења за случај смрти, не мора нужно да буде посредна, већ да може да буде и непосредна.

Према мишљењу неких аутора, ако би имовина која је предмет брачног уговора улазила у састав заоставштине, тиме би се „изиграо смисао постојања

⁸⁵¹ S. Panov (2009), 901.

⁸⁵² Иако се у Породичном закону говори о „будућим супружницима“, нема препреке да се као уговорне стране у брачном уговору појаве и ванбрачни партнери. С. Панов (2014), 357-358.

⁸⁵³ D. Damascelli, 91; M. Martínez, 109; L. Dujmov, 103; D. Softić Kadenić, 41.

овог уговора“.⁸⁵⁴ Ако би се прихватило ово гледиште, онда би обзиром на сходну заштиту нужних наследника, брачни уговор имао много више сличности са уговором о доживотном издржавању, него са уговором о наслеђивању. Ипак, ово гледиште се не може тако успешно бранити.

Иако из сумарне дефиниције брачног уговора која је дата у Породичном закону нигде не проистиче да ли овај уговор може да буде и теретни или увек мора да има добротин карактер, исти аутори истичу да се „не могу сва располагања у оквиру (пред)брачног уговора окарактерисати као поклони“.⁸⁵⁵ Тешић наводи пример према коме један супружник може да уступи удео у двочланом привредном друштву другом супружнику, уз обавезу супружника коме је овакав удео уступљен да у одређеном року плаћа супружнику уступиоцу одређени проценат од годишње добити оваквог привредног друштва,⁸⁵⁶ што указује да брачни уговор може да буде и теретан.⁸⁵⁷ Из тога проистиче да ће у зависности од правне природе располагања у брачном уговору, односно чињенице да ли се сматрају лукративним или онерозним, зависити и обрачунска вредност заоставштине, па се претходно изречена тврдња, да предмет брачног уговора не улази у састав заоставштине, не може узети као тачна. Следствено, нужни наследници би могли да траже намирење свог права на нужни део, а то значи да је брачни уговор ипак сличнији уговору о наслеђивању, него уговору о доживотном издржавању.

Сличности у правним дејствима брачног уговора и уговора о наслеђивању додатно доприноси то што се брачним уговором у српском праву могу изменити само имовински односи супружника, а не и лични односи, јер би у супротном такве одредбе у уговору биле ништаве.⁸⁵⁸ Зато се аргументује да је увођење брачних уговора у правне системе некадашњих социјалистичких држава у контрадикцији са и даље важећом забраном уговора о наслеђивању у овим системима, јер се у брачним уговорима могу препознати елементи уговора о наслеђивању. Слични аргументи се могу користити у корист или против како

⁸⁵⁴ D. Softić Kadenić, 41. Слично: Чл. 1527. Француског грађанског законика.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

⁸⁵⁶ Н. Тешић, 316, фн. 134.

⁸⁵⁷ Користи које у луксембуршком праву један супружник добија на основу неједнаке поделе заједничке имовине третирају се као теретна располагања. A. Verbeke, A. Van Zantbeek (2002b), 346.

⁸⁵⁸ М. Ignjatović, 496.

једне, тако и друге врсте уговора.⁸⁵⁹ Не треба занемарити ни чињеницу да би многи супружници закључујући брачне уговоре желели да уједно реше сва међусобна имовинскоправна питања, међу која би спадала и питања узајамног наслеђивања, због чега постоје залагања да се супружницима допусти да у брачне уговоре изричито уносе и наследноправне одредбе.⁸⁶⁰

Можемо да закључимо да се брачни уговор у српском праву сигурно може сврстати у „наследноправна уговорна предвиђања“, па и у уговорно наслеђивње у најширем смислу, јер се регулисањем брачноимовинског режима, одређивањем односа посебне и заједничке имовине или удела у заједничкој имовини, директно утиче на састав заоставштине, па посредно и на наслеђивање. То је, као што је показано, у мањој или у већој мери, пракса и у упоредном праву. Аргумент да једно лице на сличан начин може и било којим другим правним послом да утиче на састав своје заоставштине, па да се такво располагање не третира по својим правним дејствима сродним уговорном наслеђивању, не може успешно да се брани. Прво, овде је реч о располагањима између супружника и то располагањима која су условљена, те увећање заоставштине једног, подразумева смањење заоставштине другог брачника. Брачни другови су уједно и једина лица између којих је Преднацртом нашег грађанског законика предложена могућност да закључују уговоре о наслеђивању. Најзад, за разлику од других добротних или теретних облигационоправних уговора, супружници брачним уговором могу да уређују имовинске односе и на будућој имовини, што је снажан аргумент који их приближава уговорима о наслеђивању.

Оно што ипак остаје суштинска разлика између брачног уговора и уговора о наслеђивању, јесте то што први правни посао представља уговор међу живима, а други правни посао је уговор за случај смрти. Међутим, то отвара једно друго питање. Ако је у српском праву могуће утицати на састав заоставштине правним пословима међу живима и тако посредно уређивати наслеђивање, зашто то не би било могуће и непосредно, правним послом за случај смрти – уговором о наслеђивању?

⁸⁵⁹ Ljiljana Kadić, Odstupanje od načela ugovornog nasleđivanja prema zakonu Crne Gore iz 2008. godine, *Pravni život* 5-6/2011, 56.

⁸⁶⁰ Nina Scortegagna Kavčnik, Dedna pogodba, *Pravnik – revija za pravno teorijo in prakso* 11-12/2013, 931.

VI ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

1. УВОД

Једно од најзначајнијих питања у вези са уговорним наслеђивањем јесте питање његове правне природе. Који год аутор да се бавио уговором за случај смрти, морао је оштрину свога правничког резона да демонстрира и на овој теми. Различито место које овај правни посао заузима у различитим правним системима, условио је читаву палету теорија којима су правни писци покушавали да га објасне. Међутим, иако је свака од ових теорија конципирана према функцији коју уговор о наслеђивању заузима у конкретном правном систему, уочљива су многобројна доктринарна приближавања и усаглашавања и између аутора који уговор о наслеђивању посматрају кроз призму различитих правних система из којих долазе. То је аргумент у прилог тврдњи да је и у различитим правним порецима „језгро“ уговорног наслеђивања, уз све пратеће разлике, истоветно или скоро истоветно. Из тог разлога ће у првом делу овог поглавља бити презентовани најзначајнији правно-теоријски правци у дефинисању уговорног наслеђивања.

У другом делу овог поглавља ће се анализирати елементи правне природе уговора о наслеђивању, да би најзад, анализа овог значајног правног питања била приведена крају тако што ће бити учињен покушај да се осветле још неки аспекти правне нарави овог института, кроз утврђивање његових сличности (*genus proximum*) и разлика (*differentia specifica*) са сродним институтима, какви су завештање и заједнички тестамент, уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота, као и сличности и разлика између уговорног легата и поклона за случај смрти са једне стране, и уговорне испоруке и посмртног поклона са друге стране.

2. ТЕОРИЈЕ О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

2.1. Уговор о наслеђивању као облигационоправни уговор

У литератури се неретко наилази на гледиште да опредељивање правне природе уговора о наслеђивању мора да се заснива на елементарној чињеници да је и овај правни посао пре свега, уговор. Иако се не ради о класичном облигационоправном уговору, ипак је реч о контракту, што даље значи да се на њега примењују и нека општа правила уговорног права. У швајцарској доктрини се наводи читав низ општих норми Швајцарског грађанског законика које имају своју примену и на уговор за случај смрти. Тако се општа правила облигационог права из члана 7. Швајцарског грађанског законика, која се односе на закључење, правна дејства и престанак уговора, примењују и на уговор о наслеђивању, истиче Готје. Он даље наводи да се за његово закључење захтева посебна врста форме која је предвиђена чланом 11. алинеја 1. Швајцарског законика о облигацијама. Општа правила Швајцарског законика о облигацијама која се односе на предмет уговора и која предвиђају ништавост уговора ако би његов предмет био недопуштен, супротан добрим обичајима или би био немогућ, затим генерална правила овог закона којима су уређени тумачење и симуловани уговори, примењују се и на уговор за случај смрти. Одредбе Швајцарског законика о облигацијама које се односе на мане воље, примењују се и на правни положај уговорног наследника. С друге стране, на правни положај уговорног оставиоца се примењују одредбе којима Швајцарски грађански законик у члану 469. регулише мане воље, а заблуда о мотивима уговорног оставиоца ће бити узета у обзир само ако се односи на чињенице које је он у доброј вери сматрао битним елементом уговора. Лица којима на основу уговора о наслеђивању припадају права која се имају извршити међу живима, могу у складу са одредбама Швајцарског грађанског законика да раскину уговор, ако та права не би била извршена или им не би било гарантовано њихово испуњење, закључује Готје ово излагање.⁸⁶¹

Ипак, има и изузетака. Док према општим правилима швајцарског уговорног права, за споразумни раскид или једнострано опозив уговора није

⁸⁶¹ Jean Gauthier, Le pacte successoral peut-il être annulé pour cause de lésion?, *L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, édité par: Denis Piotet et Denis Tappy*, Genève – Zurich – Bâle 2006, 360-364.

потребно испунити никакву посебну форму, споразумни раскид уговора о наслеђивању је потребно извршити у писаној форми, односно он се има једнострано опозвати у било којој форми завештања (ако је уговорни наследник према уговорном оставиоцу демонстрирао понашање које је разлог за екскредацију).⁸⁶² Исто тако, у швајцарској науци је прихваћено гледиште да се правила Швајцарског законика о облигацијама, која се односе на извршење синалагматичних уговора, не могу применити на уговор о наслеђивању, јер код овог контракта уговорни оставилац извршава своју обавезу већ закључењем уговора, односно именовањем једног лица за наследника или испорукопримца.⁸⁶³

У науци су презентована два аргумента за тврдњу да су редактори Аустријског грађанског законика третирали уговор о наслеђивању као облигациони уговор о будућој заоставштини. Прво, наводило се да из саме формулације параграфа 1249 АГЗ проистиче да се „између супруга може закључити уговор о наслеђивању, којим се будућа заоставштина или један део исте обећава и обећање прима.“⁸⁶⁴ А затим, указивало се и на чињеницу да је у аустријском праву уговор о наслеђивању смештен у поглавље о уговорима, а не у поглавље о наслеђивању.⁸⁶⁵ Став да је уговор о наслеђивању „обичан уговор“, као и сваки други, заступа се и у мањем делу савремене немачке доктрине.⁸⁶⁶

Дефинисање уговора за случај смрти као „једноставног правног посла“, насупрот такође распрострањеном гледишту о уговору о наслеђивању као „двојном правном послу“, било је присутно и у предратној српској цивилистици. Андра Ђорђевић је, позивајући се на параграфе 425 и 783 Српског грађанског законика, тврдио да је уговор о наслеђивању у српском праву „једноставан правни посао“, на који се у свему примењују општа правила која важе за уговоре, односно „да у њему нема два спојена разноврсна елемента: један тестаментни, који заснива постављање наследника, а други уговорни, који пречи да се може по својој вољи, једнострано, опозвати наименовање наследника.“⁸⁶⁷ Ово гледиште постоји и у савременој словеначкој литератури. Иако је реч о правном послу

⁸⁶² Члан 513. Швајцарског грађанског законика; J. Gauthier (2006), 360.

⁸⁶³ J. Gauthier (2006), 363.

⁸⁶⁴ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 93.

⁸⁶⁵ L. Dujmov, 104; Б. Б. Благојевић, 214-215.

⁸⁶⁶ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 134.

⁸⁶⁷ А. Ђорђевић, (1903), 64-65.

mortis causa, истиче се да уговор за случај смрти ипак остаје уговор на који се примењују правила облигационог права.⁸⁶⁸

Чак је и мањи број старијих француских аутора делио ово становиште, иако су, истини за вољу, Потје (*Pothier*) и Лебрин (*Lebrun*) уговор о наслеђивању изједначили са поклоном међу живима. То су правдали тиме што се у тренутку његовог закључења не тражи активна завештајна способност, већ способност за закључење уговора о поклону, као и тиме што је уговор о наслеђивању за разлику од *donatio mortis causa*, увек опозив.⁸⁶⁹ Ипак, изгледа да је аргументација ових француских аутора једнострана, јер су они у анализи правне природе уговорног наслеђивања у француском праву пошли само од поклоне будућих ствари, не узимајући при томе у обзир уговорно наслеђивање посредством брачних уговора.

Правна дејства уговорног наслеђивања у енглеском праву такође говоре у прилог његове облигационоправне природе. Ако би уговорни оставилац након закључења уговора располагао његовим објектом, уговорни наследник би имао право да одмах затражи судску заштиту својих права, јер уговор више не би могао да се изврши.⁸⁷⁰ Ако уговорни оставилац не би располагао уговореним стварима и правима, али би умро као инсолвентан, уговорни наследник би након његове смрти, у вредности уговорених добара, имао правни положај повериоца заоставштине. Слично томе, уговорени легат се у *common law* третира као дуг на заоставштини.⁸⁷¹

2.2. Уговор о наслеђивању као стварноправни уговор

У старијој немачкој науци (*Stryk, Berger, Köppen, Kühnhauf*), заступана је теорија о уговору о наслеђивању као једном стварноправном уговору. То подразумева да уговорни наследник посредством уговора о наслеђивању установљава за себе стварно право над целом заоставштином или оним њеним делом који представља предмет обавезе уговорног оставиоца, што значи да након

⁸⁶⁸ N. Scortegagna Kavčnik, 913.

⁸⁶⁹ Д. Миљковић, 8.

⁸⁷⁰ J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 99.

⁸⁷¹ *Ibid.*

закључења уговора, уговорни оставилац губи право да располаже уговореним добрима.⁸⁷²

Чини се да је ова теорија само последица схватања о начину преноса права својине на основу уговора у немачком праву. У овом правном систему уговор, који представља пуноважан правни основ за пренос права својине, представља један засебан правни посао (али недовољан за пренос права својине). Други и такође посебан, али и апстрактан правни посао, којим се дефинитивно преноси (стиче) право својине, представља предаја ствари, којом се својина преноси и независно од титулуса, само ако је предаја управљена на пренос права својине.⁸⁷³ Ако постоји пуноважан *iustus titulus*, преносилац није овлашћен да се користи ни стварноправном ни облигационоправном тужбом да би издејствовао повраћај ствари, баш зато што постоји пуноважан правни основ.⁸⁷⁴

2.3. Уговор о наслеђивању као мешовити правни посао

Мешовита теорија о правној природи уговорног наслеђивања је изникла у Француској и њој ће француски аутори остати верни све до данашњих дана. Још је Лакантинери (*Lacantinerie*) сматрао да се због своје неопозивости и правног дејства за случај смрти, уговор о наслеђивању налази на пола пута између тестаментa и поклона међу живима.⁸⁷⁵ Дома (*Domat*) је у правној природи овог института такође видео „мешавину правне природе завештања и уговора“, због чега су га и многи други аутори назвали „правни посао амфибија“ (*acte amphibie*).⁸⁷⁶

Уговор о наслеђивању као „хибридни правни посао са двоструком правном природом“, који у себи садржи и поклон и завештање, дефинишу и савремени француски правни писци.⁸⁷⁷ Правни посао из кога се рађа уговор о наслеђивању је уговор, јер је за његов настанак потребна сагласност воља онога који располаже добрима и онога у чију корист се располаже (или друге уговорне стране), а како је

⁸⁷² Д. Миљковић, 7, фн. 6.

⁸⁷³ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 71-72.

⁸⁷⁴ О. Станковић, М. Орлић, 72.

⁸⁷⁵ Д. Миљковић, 8-9.

⁸⁷⁶ Н. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 561.

⁸⁷⁷ Р. Malaurie, L. Aynès, 369. Слично: F. Terré, Y. Lequette, 440.

у питању добротин уговор, то је реч о поклону. С друге стране, уговорни оставилац располаже својим правима са намером да то располагање произведе одређене правне последице тек онда када он више не буде постојао, а лице у чију корист је он права установио, стиче их тек тренутком смрти њиховог титулара, што указује на његов наследноправни карактер који га приближава завештању.⁸⁷⁸ За разлику од поклонопримца, уговорни наследник нема никакво право на објекту уговора све до тренутка оставиочеве делације. Дакле, ради се о правном послу *mortis causa*, чији предмет чине само оне ствари које ће уговорни оставилац (поклонодавац) оставити иза себе у тренутку смрти.⁸⁷⁹ За разлику од завештања и уговора о наслеђивању, поклон међу живима никада не може да има за предмет пренос имовине као целине или неког њеног аликвотног дела, већ само пренос једног или више тачно одређених права, тј. ствари.⁸⁸⁰

Уговорно наслеђивање се у француском праву различито испољава у зависности од тога да ли је именовање наследника одређено путем брачног уговора или посредством поклона надживелом супружнику. У првом случају, оно се услед своје неопозивости третира као поклон, док се у другом случају, због своје опозивости, али и чињенице да производи правна дејства тек часом оставиочеве смрти, има сматрати тестаментом.⁸⁸¹ Саватје (*Savatier*) зависно од правне природе, односно (не)опозивости уговорног располагања, даје овим правним пословима нешто другачије називе него већина аутора. Поклон будућих ствари (*la donation des biens à venir*), који се закључује посредством брачног уговора који је неопозив, он назива уговором о наслеђивању (*l'institution contractuelle*), док поклон будућих ствари (*la donation des biens à venir*), који супружници чине једно другом за време брака и који је опозив, он квалификује као поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*), односно *donation pour cause de mort*.⁸⁸² Ова разлика је много више него терминолошка, она је и суштинска, али се

⁸⁷⁸ P. Malaurie, L. Aynès, 369; F. Terré, Y. Lequette, 440.

⁸⁷⁹ P. Malaurie, L. Aynès, 369. Супротно резонување, да су правни послови путем којих је могуће одредити наследника уговорним путем у француском праву правни послови *inter vivos*, P. Weimar, 787.

⁸⁸⁰ M. Grimaldi, 269.

⁸⁸¹ F. Terré, Y. Lequette, 440. Нотари својим клијентима радије саветују закључење оваквих уговора о наслеђивању него својеручног тестаamenta, јер су њихове предности вишеструке, иако су трошкови закључења уговора нешто већи. О предностима уговора о наслеђивању у односу на олографско завештање у француском праву, видети: P. Malaurie, L. Aynès, 370.

⁸⁸² R. Savatier, 502.

не може прихватити, јер због разлике у карактеру предмета уговора, поклон (међу живима или за случај смрти) не може да се изједначава са уговором о наслеђивању.

Грималди је од свих француских аутора можда најоригиналније определио правну природу уговорног наслеђивања. Он најпре све доброчине правне послове разврстава на основу следећих критеријума: броја воља које су потребне за њихову правну перфектност, њиховог предмета и чињенице да ли су трајне природе или нису. Разматрајући сличности и разлике на основу ових критеријума, Грималди је истакао да је уговор о наслеђивању увек доброчини двострани правни посао који има уговорну правну природу и чији предмет представљају будућа добра. Неопозив је када се предузима посредством брачног уговора (*l'institution contractuelle par contrat de mariage*), а опозив је када настаје сагласношћу воља супружника за време трајања њиховог брака (*l'institution contractuelle entre époux*).⁸⁸³ То су, вели он, уз поклон постојећих добара између супружника (*la donation de biens présents entre époux*), „хибридни акти“, „мешовити доброчини правни послови“, „који у различитим пропорцијама позајмљују своје особине од два основна доброчина правна посла, обичног поклона (*la donation ordinaire*) и завештања (*le testament*)“.⁸⁸⁴ Најзад, закључује Грималди, суштински критеријуми разликовања између тестаментa и поклона су у њиховом предмету (садашња или будућа добра) и чињеници да ли су трајног карактера (опозиви или неопозиви), док је критеријум који се односи на број изјављених воља у овим правним пословима произвољан, јер је и код завештања потребна сагласност воља, истина не за настанак, али свакако за извршење тестаментa.⁸⁸⁵ Из тог разлога се уговор о наслеђивању који се закључује између супружника по својој правној природи приближава тестаменту, јер је попут њега опозив и за предмет има будућа добра.⁸⁸⁶ Наведене особине уговора о наслеђивању су од суштинског значаја, јер разлике у правном режиму који се односи на поклоне и на тестаменте узрокују и друге разлике, нпр. у погледу

⁸⁸³ M. Grimaldi, 271.

⁸⁸⁴ M. Grimaldi, 272.

⁸⁸⁵ M. Grimaldi, 269.

⁸⁸⁶ M. Grimaldi, 272.

способности за њихово предузимање, или у смислу правних последица у случају повреде права на нужни део.⁸⁸⁷

И у швајцарској науци се указује на мешовиту правну природу уговора о наслеђивању, јер се он састоји из „наследноправне и из облигационоправне компоненте“.⁸⁸⁸ Уговор о наслеђивању је пре свега, правни посао *mortis causa*. Ако располагање имовином или једним њеним делом, или добрима из којих се та имовина састоји производи правна дејства за живота оставиоца, неће бити речи о овом, већ о неком другом институту. Уговор о наслеђивању ће постојати само ако се уговорни оставилац обавезе да ће располагање које чини у корист уговорног наследника произвести правно дејство тренутком његове смрти.⁸⁸⁹ То је наследноправни елемент уговора о наслеђивању. Међутим, са друге стране, овај правни посао је уговор, што значи да је потребно да наступи двострана или вишестрана сагласност воља да би он могао да настане и да производи правна дејства, и у томе се састоји његова облигационоправна компонента, по којој се он разликује од завештања.⁸⁹⁰

Готје ће ове особине потенцирати када уговор о наслеђивању има теретну правну природу. Он истиче да он има „мешовиту природу, пола облигациону, пола наследну“, јер престација уговорног оставиоца има наследноправну, а престација уговорног наследника облигационоправну природу.⁸⁹¹ Ипак, Гандши Шмитова (*Ghandchi Schmid*) закључује да наследноправни аспект уговора о наслеђивању увек има примат у односу на облигационоправни (на пример у погледу форме уговора, што је у швајцарском праву форма предвиђена за тестаменте), односно, да се облигационоправна правила примењују само у оној

⁸⁸⁷ М. Grimaldi, 270. Поједини аутори изражавају жаљење што Наполеонов кодекс није узео у обзир специфичну правну природу уговорног наслеђивања и што му нарочитим правилима није одређен засебан правни режим. Истиче се да Француски грађански законик садржи премало посебних одредаба посвећених овом институту, па се из тог разлога приликом примене уговора о наслеђивању врши упућивање на правила или поклона или завештања, иако у правом смислу речи, уговор о наслеђивању не може да се сврста ни под једну од ове две правне установе. М. Grimaldi, 270; F. Terré, Y. Lequette, 440-441. На пример, ако је до уговорног наслеђивања дошло између супружника путем поклона будућих ствари, то са собом повлачи и редукцију таквог располагања у случају повреде нужног дела и то према правилима која важе за тестамент, дакле, пре касније учињених поклона. Cass. Civ. 1re, 10 févr. 1998, *dame Taillardat*, Bull. civ. I, no 52. P. Malaurie, L. Aynès, 369, 371-372.

⁸⁸⁸ J. Ghandchi Schmid, 100.

⁸⁸⁹ D. Hutchinson (2007), 232.

⁸⁹⁰ J. Ghandchi Schmid, 100-101.

⁸⁹¹ J. Gauthier (1955), 111.

мери у којој су у сагласности са правном природом одредаба које производе правна дејства *mortis causa*.⁸⁹²

Двострука правна природа уговора о наслеђивању, која је била доминантна и у аустријској науци, заснивала се на аргументацији да је уговор о наслеђивању, иако правни посао за случај смрти, ипак уговор, те да за њега важе општа правила уговорног права. С друге стране, говорило се да овај контракт изузев опозивости има све особине тестаментa, посебно формалне, те да „уговори о наслеђивању заузимају централно место између уговора *inter vivos* и располагања за случај смрти“. Све то је условило да се за закључење овог уговора по Аустријском грађанском законнику захтевају и пословна и активна завештајна способност.⁸⁹³

Већ је речено да се једно од питања, које је поводом уговора о наслеђивању завредело највећу пажњу у нашој предратној правној науци, тичало одређивања правне природе уговора за случај смрти. Супротно Ђорђевићу и Марковићу, Аранђеловић је прихватио Хартманово, Унгерово и Хелвигово гледиште да је „уговор о наслеђивању двојни правни посао састављен из два разна елемента“. Први елемент, којим се поставља наследник и без кога други елемент не може постојати, има правну природу завештања, док други има уговорну правну природу и њиме се уговорни оставилац одриче могућности да једностраном изјавом воље опозове учињено именовање наследника.⁸⁹⁴ Као и Аранђеловић, Никетић је сматрао да уговор о наслеђивању представља мешавину поклона међу живима и завештања. Са првим правним послом уговор за случај смрти има заједничку особину „позитивности“, док га другом правном послу приближава то што његов предмет представља будућа имовина, која може да буде коначно одређена тек тренутком смрти уговорног оставиоца, сматрао је овај аутор.⁸⁹⁵ Најзад, иако је испитујући његову садржину, уговор о наслеђивању дефинисао као јединствени правни посао (јер се не састоји из два различита правна посла, већ сва своја правна дејства црпи из сагласности воља уговарача), Перић га је сврстао и у тзв. „иноминантне правне послове“, јер се његова формална пуноважност у предратном српском праву процењивала према

⁸⁹² J. Ghandchi Schmid, 101.

⁸⁹³ Wolfgang Zankl, *Erbrecht, Mit Beispielen und aktueller Judikatur*, Wien 2008, 65. Становиште о двострукој правној природи уговора о наслеђивању заступа и Кралик (*Kralik*). W. Kralik, 160.

⁸⁹⁴ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 93.

⁸⁹⁵ Г. Никетић, 416.

правилима за пуноважност завештања, а материјална (садржинска пуноважност) према захтевима који важе за уговоре.⁸⁹⁶ Уговор о наслеђивању се према Перићевом мишљењу по још једној својој особини налази између поклона *inter vivos* и завештања. Сагласност воља без које не може да произведе правно дејство га приближава поклону, а чињеница да изјаве воља производе правно дејство тек тренутком смрти уговарача га чине сличнијим тестаменту.⁸⁹⁷

Ово гледиште преузели су и неки наши савремени писци, који истичу да уговор о наслеђивању „није никакав јединствен правни посао, већ само спој два уговора различитих по садржини и својој правној природи.“⁸⁹⁸

2.4. Уговор о наслеђивању као наследноправни уговор *sui generis*

Интересантно је да је скоро идентична аргументација, која је за основу са једне стране, имала поређење уговора о наслеђивању са завештањем, а са друге стране са било којим уговором, навела неке старије немачке ауторе да констатују да овај институт није обичан уговор, већ контракт *mortis causa*, али да није ни завештање, јер његова правна дејства наступају сагласношћу воља. Зато су закључили да уговор о наслеђивању представља институт *sui generis*, јер је по њиховом мишљењу то јединствен правни посао, а не правни посао са двоструком правном природом.⁸⁹⁹

У савременој немачкој науци се уговор о наслеђивању такође сматра контрактом *sui generis*, јер се као двострани правни посао за случај смрти разликује и од стварноправних и облигационоправних уговора.⁹⁰⁰ Од стварноправних уговора се разликује по томе што се њиме не врши пренос права својине, а од облигационоправних уговора по томе што се њиме уговорни оставилац не обавезује да ће располагати у корист уговорног наследника или неког трећег лица, нити се обавезује да неће располагати правима која чине

⁸⁹⁶ Ж. М. Перић (1923), 60.

⁸⁹⁷ Ж. М. Перић (1928), 261. Скоро да је невероватно да један правни писац из друге епохе и са другог континента, дефинише правну природу уговора о наслеђивању на идентичан начин као и Перић. Тако Хачинсон каже: „Уговор о наслеђивању заузима положај у сенци између уговора и тестаментa.“ D. Hutchinson (2007), 226.

⁸⁹⁸ N. Stojanović (2003), 166.

⁸⁹⁹ Д. Миљковић, 10.

⁹⁰⁰ D. Leipold, 189; W. Zimmermann, 122.

објекат уговора, јер дејства уговора о наслеђивању по сили закона настају тренутком смрти уговорног оставиоца.⁹⁰¹ Из тог разлога, на уговоре о наслеђивању нису примењива правила која се на основу Немачког грађанског законика примењују на облигационе уговоре, па макар се истовремено са закључењем уговора о наслеђивању закључивао један облигационоправни уговор, којим би се уговорни наследник обавезивао да доживотно издржава и негује уговорног оставиоца или да му обезбеђује стан и храну.⁹⁰² Тада се због економске повезаности ова два уговора често говори о „теретном уговору о наслеђивању“, али и поред тога уговор о наслеђивању треба строго разликовати од уговора о обвезивању, јер се на уговор о обвезивању примењују правила облигационог права (иако не правила о узајамним уговорима), а уговорни оставилац се не обавезује ни на какву престајацију према уговорном наследнику.⁹⁰³ Ако уговорни наследник не би испуњавао обавезе које је преузео према уговорном оставиоцу, уговорни оставилац би имао право да такав уговор поништи или да од њега одустане једностраном изјавом воље.⁹⁰⁴ Међутим, уговор о наслеђивању и са њим повезани облигационоправни уговор (издржавања или пружања неге уговорном оставиоцу) могу да чине и један јединствени правни посао, када неважност једног уговора, повлачи за собом неважност и оног другог уговора.⁹⁰⁵

У делу швајцарске науке се каже да је уговор о наслеђивању „јединствени акт“ (супротно гледишту о овом уговору као двојном правном послу), али „уговор посебне врсте“, јер се на његово регулисање не могу безрезервно примењивати општа правила уговорног права. То је могуће само супсидијерно, ако законом или самом правном природом уговора о наслеђивању није изричито предвиђена примена наследноправних правила, закључује Готје. Тако је на пример, предмет овог уговора уређен наследноправним нормама, које се односе на завештање.⁹⁰⁶

Схватање о уговору о наслеђивању као наследноправном уговору *sui generis* било је присутно и у делу аустријске науке (*Stubenrauch*).⁹⁰⁷ Одатле је било

⁹⁰¹ Д. Ђурђевић (2009), 189.

⁹⁰² D. Leipold, 189-190.

⁹⁰³ D. Leipold, 190.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ W. Zimmermann, 122.

⁹⁰⁶ J. Gauthier (1955), 10.

⁹⁰⁷ Stubenrauch, Kommentar zum allgem. bürgerlichen Gesetzbuch II 1902, 552, наведено према: Д. Аранђеловић, М. Беговић, 93.

преузето и у предратној српској науци, па је Лазар Марковић, аргументовао да уговор на случај смрти представља један контракт „са формалним обележјима свакога уговора, али са извесним посебним одликама, које га везују за Наследно право.“⁹⁰⁸ Пливерић уговор о наслеђивању такође дефинише као као уговор *sui generis*, а не као облигационоправни контракт, јер је лице коме следују права по основу уговора наследник, а не наследников поверилац.⁹⁰⁹ Старији белгијски аутори су уговор о наслеђивању (поклон будућих ствари) исто тако сматрали правним послом чија је правна природа потпуно оригинална, али су га, полазећи од предмета овог уговора и његове опозивости, сматрали најсличнијим поклону за случај смрти.⁹¹⁰

3. ЕЛЕМЕНТИ ПРАВНЕ ПРИРОДЕ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

3.1. Увод

Уговор о наслеђивању је двострани, каузални, строго формални и строго лични правни посао *mortis causa*, који може да буде добротин или теретан. Како је реч о уговору, уговор о наслеђивању је именовани, индивидуални уговор *intuitu personae*, са тренутним или трајним извршењем престација, који може да буде комутативан или алеаторан. О сваком елементу правне природе уговора о наслеђивању биће више речи у предстојећим редовима.

3.2. Двострани правни посао

Уговор о наслеђивању је двострани правни посао, јер своје правно дејство црпи из сагласних изјава воља уговорних страна.⁹¹¹ За разлику од завештања, уговор о наслеђивању никада не може да произведе правно дејство изјавом воље само једног лица. Двостраност је одлучујућа особина која уговор о наслеђивању чини најјачим основом позивања на наслеђе.

⁹⁰⁸ Л. Марковић, (1930), 307.

⁹⁰⁹ L. Дијмов, 104, фн. 3; Б. Б. Благојевић, 215.

⁹¹⁰ Eugène Moreau, *La Donation entre Époux de Biens à venir*, Liège 1926, 5-6. Схватање према коме је уговор о наслеђивању заправо један поклон за случај смрти, јер и његова правна дејства не могу да наступе пре смрти уговорног завештаоца, постојало је и у старијој француској правној књижевности. Д. Миљковић, 8.

⁹¹¹ О. Станковић, В. Водинелић, 162; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 324.

Међутим, из двостраности уговора о наслеђивању не треба нужно извучити закључак и да је реч о двострано обавезујућем уговору. У зависности од тога да ли је уговорни наследник преузео некакву обавезу према уговорном оставиоцу, или се само сагласио са тим да буде именован за наследника, уговор за случај смрти може да буде једнострано или двострано обавезујући правни посао.⁹¹² Тако на пример, из појма уговора о наслеђивању у француском праву, односно нужности да се у овом правном систему наследник именује или поклоном или брачним уговором, проистиче да је реч о двостраном, али једнострано обавезујућем правном послу, обзиром на његов добротин карактер. Овај уговор ће по правилу бити добротин онда када је једнострано обавезујући, односно теретан ако је двострано обавезујући (изузев ако није реч о реципрочном уговору о наслеђивању), јер се критеријум ове поделе заснива на томе да ли на основу уговора оба контрахента, или само један од њих преузима уговорну обавезу.⁹¹³ При томе, треба водити рачуна да се уговорни оставилац не обавезује да ће располагати целином или делом заоставштине у корист неког другог лица, јер он своју обавезу извршава самим актом закључења уговора.⁹¹⁴ У том смислу, и када је реч о двострано обавезујућем контракту, у уговору о наслеђивању неће постојати идентитет права и обавеза на страни уговорног оставиоца и уговорног наследника, изузев ако једно друго не именују за наследнике. У томе се састоји специфичност његове правне природе по којој се он разликује од облигационоправних уговора. Тако, на пример, само уговорни оставилац може да искључи уговорног наследника из права на нужни део, али уговорни наследник нема идентично право према уговорном оставиоцу.⁹¹⁵

Најзад, како је већ објашњено у делу у којем је било речи о врстама уговорног наслеђивања, из чињенице да је уговор о наслеђивању двострани, па чак и двострано обавезујући правни посао, не треба одмах извучити закључак да је реч и о двострано именујућем уговору за случај смрти.⁹¹⁶ Подела на једнострано и двострано именујуће уговоре о наслеђивању се заснива на томе, да

⁹¹² Ж. М. Перић (1923), 60.

⁹¹³ О. Станковић, В. Водинелић, 166-167; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 326.

⁹¹⁴ J. Gauthier (1955), 10.

⁹¹⁵ Z. Csehi, 186.

⁹¹⁶ Enes Bikić, Meliha Povlakić, Sefedin Suljević, Marinko Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013, 492.

ли њима само један уговарач именује другог уговарача за свог наследника, или уговорне стране једна другу узајамно одређују за наследника.⁹¹⁷

Како је уговор за случај смрти двострани правни посао, то значи да се у принципу ради и о једнострано неопозивом правном послу. Међутим, да ни ово правило није без изузетка, видеће се у предстојећем излагању о престанку уговора о наслеђивању.⁹¹⁸

3.3. Добročини или теретни правни посао

Подела правних послова на добročине и теретне је заснована на критеријуму да ли једно лице даје накнаду за користи које правним послом добија од стране другог лица.⁹¹⁹ *Grosso modo*, могуће је разликовати правне системе у којима уговорно наслеђивање може да има искључиво добročину правну природу и правне поретке у којима, у зависности од диспозиције уговорних странака, уговорно наслеђивање може да буде добročино или теретно. У делу швајцарске правне науке се тврди да уговор о наслеђивању може да има и мешовиту правну природу, односно да садржи елементе и теретних и добročиних правних послова (попут мешовитог поклона).⁹²⁰ По могућности да буде онерозан, уговор о наслеђивању се разликује од преостала два основа позивања на наслеђе, на основу којих наследник увек бестеретно стиче своје субјективно наследно право.

У француском праву и у грађанским правима која су настала и развијала се по узору на Наполеонов кодекс, као што су белгијско или луксембуршко, уговорно одређење наследника увек може да буде само бестеретно.⁹²¹ Зато се у белгијској доктрини истиче да садржина поклона будућих ствари не би смела да

⁹¹⁷ Процењивано критеријумима немачког права, релевантно је да ли се само једна или обе уговорне стране у уговору о наслеђивању обавезују такозваним уговорним одредбама.

⁹¹⁸ У немачком и у швајцарском праву неопозивим се сматрају само оне одредбе у уговору о наслеђивању које имају правну природу „уговорних“, док се оне које се сматрају „једностраним“ слободно могу опозивати. С друге стране, у француском праву је уговорно именоване наследника путем поклона будућих ствари увек једнострано опозиво, док је у брачним уговорима, којима се такође може одредити наследник, могуће задржати право на једнострану раскид уговора.

⁹¹⁹ О. Станковић, В. Водинелић, 164; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 326-327.

⁹²⁰ J. Gauthier (2006), 366.

⁹²¹ A. Verbeke, A. Van Zantbeek (2002a), 62; A. Verbeke, A. Van Zantbeek (2002b), 350. О преовлађујућем значају критеријума поделе правних послова на добročине и теретне, у односу на правне послове међу живима и правне послове за случај смрти у француском праву, М. Stanković (2013), 344.

се исцрпљује само у одредби којом би поклонопримац (уговорни наследник) био искључен из права на нужни део, јер му на тај начин не би било гарантовано никакво право, односно, поклон будућих ствари би изгубио карактер добродиног правног посла, односно поклона.⁹²²

Уговор о наслеђивању је уз завештање и поклон једна од три врсте добродиних правних послова (*les libéralités*) које познаје француски правни систем. Један уговарач преноси своју заоставштину, њен аликвотни део или једно или више тачно одређених добара на другог уговарача без икакве противнакнаде.⁹²³ То је већ *prima facie* јасно, јер наследник може да буде именован уговором једино путем брачног уговора (било између самих супружника, било од стране трећих лица у корист супружника) или посредством поклона будућих ствари између супружника за време трајања њиховог брака („*donation au dernier vivant*“).⁹²⁴ Иако уговор о наслеђивању у француском праву представља само законом изричито допуштен изузетак од забране закључења уговора о будућем наслеђу, његов „практични значај је прворазредан“, јер је реч о најчешће коришћеном од свих добродиних правних послова који се сврставају у брачноимовински режим.⁹²⁵

У неким правним системима уговор о наслеђивању може да има и теретну правну природу ако се уговорни наследник обавезе да да или да учини некакву врсту надокнаде уговорном оставиоцу, у замену за то што га је он одредио за наследника.⁹²⁶ Теретни карактер уговора о наслеђивању може да буде изражен на један од три начина. Прво, уговорни наследник може већ у тренутку закључења уговора да плати одређени износ новца уговорном оставиоцу да би овај пренео на њега једно или више добара у тренутку своје смрти, и то под условом да га уговорни наследник надживи. Међутим, могуће је и *vice versa*, да се уговорни наследник обавезе да нешто учини у корист уговорног оставиоца, а да му

⁹²² E. Moreau, 39.

⁹²³ P. Julien, 104.

⁹²⁴ M. Grimaldi, 268; P. Malaurie, L. Aynès, 345; F. Terré, Y. Lequette, 426; J. Maury, 184. Исто је и у белгијском праву, A. Verbeke (2008), 199.

⁹²⁵ M. Grimaldi, 268. Према неким истраживањима, 96,4% супружника који се одлучују да једно са другим закључе неки добродини правни посао, за то бирају уговорно наслеђивање. P. Malaurie, L. Aynès, 369, фн.2.

⁹²⁶ A. Ристов, 88; P. R. Bornhauser, 2; J. Ghandchi Schmid, 94. Уговорно именување наследника у замену за доживотно издржавање и старање уговорног наследника о уговорном оставиоцу се нарочито заговара у америчкој науци. Dale Hutchinson, Isolating the Pactum Successorium, *South Africa Law Journal* 1983, 238.

уговорни оставилац за узврат остави у наслеђе одређени новчани износ.⁹²⁷ Овакви контракти се у швајцарском праву називају „монетарним“. Други и у пракси најчешћи случај теретних уговора о наслеђивању постоји када уговорни наследник тежи да у односу на једно или више тачно одређених добара која представљају објекат уговора, неопозиво осигура свој правни положај за време након оставиоачеве смрти, тако што одмах по закључењу уговора на уговореним добрима учини о свом трошку њихово побољшање, повећање вредности или начини неке додатке. Треће, могуће је да се једно лице обавезе да се стара о потребама другог лица (односно, да га издржава и негује) до краја његовог живота, а да га оно у замену за то одреди за свог универзалног сукцесора или легатара.⁹²⁸ Из наведеног се види да теретни уговор о наслеђивању, у погледу наследникових обавеза може да буде уговор са тренутним, сукцесивним или трајним испуњењем престација, па се у мађарском праву захтева да извршавање наследникове обавезе буде континуирано, односно да уговор мора да буде закључен „на дужи рок“.⁹²⁹

Међутим, треба бити посебно опрезан код двостраних узајамних уговора о наслеђивању, јер чињеница да је уговор о наслеђивању реципрочан не значи и да је уговор теретан, јер се код узајамног постављања наследника „не ради о еквивалентности престација, већ о постизању еквивалентности позиција.“⁹³⁰ Дакле, чињеница да једна уговорна страна одређује другу уговорну страну за наследника у замену за то што је и она од стране другог уговарача именована за наследника, неће дати уговору о наслеђивању онерозну правну природу.

Трећа категорија теретних уговора о наслеђивању је била предвиђена секцијом 665. ранијег Мађарског грађанског законика, којом је била нормирана комбинација уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, што је подразумевало обавезу уговорног наследника да у замену за уговорени део заоставштине, до краја живота издржава уговорног оставиоца или му плаћа доживотну ренту.⁹³¹ Међутим, и Мађарски грађански законик из 2014. године предвиђа слично решење, односно могућност да уговорни оставилац пренесе на

⁹²⁷ P. R. Bornhauser, 2.

⁹²⁸ F. Tassinari, 69-70.

⁹²⁹ Z. Csehi, 186.

⁹³⁰ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 492-493.

⁹³¹ N. Subotić-Konstantinović, (1978a), 556.

уговорног наследника целину или део своје заоставштине, уз обавезу наследника да га у накнаду за то издржава и пружи му потребну негу.⁹³²

Оваква могућност постоји и у немачком праву (*Verpfändungsvertrag*).⁹³³ У литератури на немачком језику се истиче да у случајевима када се закључује теретни уговор о наслеђивању, треба строго водити рачуна да и даље постоји само један уговорни однос, а не два одвојена уговора (уговор о наслеђивању и уговор о доживотном издржавању) које везује некаква корелација.⁹³⁴ Међутим, постоји и супротно гледиште, да се обавеза уговорног наследника да издржава и негује уговорног оставиоца, или да му плаћа доживотну ренту, сматра као посебан облигационоправни уговор, који не чини са уговором о наслеђивању један јединствени теретни уговор, али да између њих постоји правно јединство.⁹³⁵ Ипак, изгледа да ово гледиште проистиче из немачког схватања о стицању права својине, према којем би се у датом случају радило о два одвојена и апстрактна правна посла, а које би стога било примењиво само у овом правном систему.

Аргументација немачких правних писаца о одвојености уговорног именовања наследника и обавезе издржавања уговорног оставиоца је и последица схватања које постоји у делу немачке науке, а према коме уговор о наслеђивању искључиво може да буде добротин правни посао.⁹³⁶ Слично резонују поједини аустријски аутори, истина, не негирајући да и у овом правном систему уговорни наследник може да преузима обавезе *inter vivos* према уговорном оставиоцу. Ипак, они сматрају да добротина правна природа уговорног наслеђивања не може да се доводи у питање, јер би у супротном, по њиховом мишљењу, могло да дође до нелогичних и неправичних решења, обзиром да уговорни оставилац задржава право располагања предметом уговора правним пословима међу живима и јер би у случају да уговорни наследник не надживи уговорног наследника дошло до кадуцитета уговора за случај смрти.⁹³⁷

Предности симбиозе уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању постоје за обе уговорне стране. Њима се отклањају недостаци и

⁹³² J. Salma, 64.

⁹³³ Д. Ђурђевић (2009), 191.

⁹³⁴ L. Michalski, 94.

⁹³⁵ D. Leipold, 190; W. Zimmermann, 122; K. H. Gursky, 49.

⁹³⁶ J. Gauthier (1955), 100.

⁹³⁷ W. Kralik, 164.

могућа изигравања каузе уговора о доживотном издржавању, спречава се тренутно лишење добара уговорног оставиоца на које би он морао да пристане ако би закључио уговор о доживотном издржавању према општим правилима имовинског права, а са друге стране, уговорни наследник стиче додатну сигурност у односу на класичан уговор о наслеђивању, јер уговорни наследник не може да отуђује уговорена добра правним пословима међу живима.⁹³⁸

Но, овде треба бити пажљив поводом још једног питања. Иако је допуштено закључити уговор о наслеђивању којим се уговорни наследник обавезује да ће извршити некакву противпрестацију у накнаду за то што га уговорни оставилац именује за наследника, не би био допуштен уговор којим би се једно лице бринуло, старало и издржавало друго лице у замену за обећање тог лица да ће га одредити за наследника или легатара у свом завештању. Ово је карактеристичан пример уговора о садржини завештања, којим се једно лице обавезује да ће сачинити завештање или да га неће опозвати. Ова врста наследноправних уговора је допуштена у Сједињеним америчким државама и у Норвешкој, али би у Србији и у већини европских земаља била погођена санкцијом апсолутне ништавости, јер се оваквим уговорима негира једнострани и строго лични карактер тестамент.⁹³⁹ На сличан начин као у САД, уговори о наслеђивању имају теретни карактер у енглеском праву, где једно лице, у замену за дато обећање да ће сачинити завештање одређене садржине, односно да ће завештањем оставити једном лицу целу заоставштину или њен део, добија накнаду од онога коме то обећање даје.⁹⁴⁰

3.4. Правни посао *mortis causa* и мешовити правни посао

Уговор о наслеђивању је правни посао *mortis causa*. У савременој литератури се уговори *mortis causa*, па и уговор о наслеђивању, дефинишу као уговори којима једна уговорна страна тренутком своје смрти преноси на другу, са

⁹³⁸ F. Tassinari, 70.

⁹³⁹ Члан 181. Закона о наслеђивању Србије; R. J. Scalise Jr., 149-150; О. Антић (2014), 334. У Норвешкој се овакав правни посао, којим се једно лице обавезује, да у замену за доживотно издржавање, својим тестаментом неопозиво одреди за наследника лице које би му то издржавање обезбедило, назива „неопозивим завештањем“, које у конкретном случају представља саставни део уговора. P. Hambro (2011), 239.

⁹⁴⁰ R. Kerridge (2011), 142.

противнакнадом или без ње, једно одређено добро или целину добара, под условом и у обиму у коме ће та добра постојати у заоставштини лица које њима располаже.⁹⁴¹ Да би уговор производио правна дејства за случај смрти, потребно је да је „сама смрт објективно одлучујући мотив правног посла.“⁹⁴² Дакле, то су они правни послови чија правна дејства „наступају смрћу субјекта или који из смрти извлаче своју аутономну квалификацију.“⁹⁴³ Тренутком оставиочеве смрти наследник стиче своја права, она од тог момента постају прецизирана и дефинитивна. То по мишљењу неких аутора неће бити случај ако су права која представљају објекат уговора дефинитивно утврђена у било ком тренутку за живота уговорних страна, па су тако одређена прешла на наследника моментом оставиочеве смрти. Битно је да је објекат уговора постојао у заоставштини уговорног оставиоца у тренутку његове смрти, односно да је уговорни наследник стекао своје право потраживања тек тренутком оставиочеве смрти, а не за његовог живота.⁹⁴⁴ Може се закључити да су правни послови за случај смрти само они код којих чињеница смрти представља конститутивни елемент правног посла, а не само временску одредницу од које један пуноважно настали правни посао почиње да производи своја правна дејства. Из тог разлога, неће се сматрати правним послом *mortis causa* (већ правним послом међу живима) уговор којим један уговарач безусловно даје оном другом неко своје добро, али одлаже његову предају до тренутка своје смрти (*donatio cum moriar*), или условљава његову предају неким будућим догађајем чије је наступање неизвесно, као што је оставиочева претходна смрт у односу на поклонопримца (*donatio si praemoriar*).⁹⁴⁵ Дакле, потребно је да тренутак смрти не буде одложни рок од кога ће правни посао произвести правна дејства, него *conditio sine qua non* да би уговор о наслеђивању уопште произвео правна дејства.

Међутим, иако можда тако не изгледа на први поглед, није увек лако разликовати правни промет међу живима и правни промет за случај смрти. Зато и у једном и у другом случају, треба разлучити два могућа корака, односно две

⁹⁴¹ F. Tassinari, 67.

⁹⁴² F. Tassinari, 68.

⁹⁴³ F. Tassinari, 67.

⁹⁴⁴ Dale Hutchinson, More light on the pactum successorium, *The South African Law Journal* vol. 106/1989, 2, 5.

⁹⁴⁵ F. Tassinari, 67; M. Grimaldi, 347; Г. Богданфи, Н. Николић, 262.

потенцијалне фазе. Прва се односи на тренутак преноса једног права са преносиоца на стицаоца (*dies cedit*), а друга на тренутак од кога стицалац може да ужива користи из права која су на њега пренешена (*dies venit*). Иако тренутак када једно лице стиче право на коришћење ствари (*dies venit*) по правилу коинцидира са моментом када се на то лице преноси одређена ствар (*dies cedit*), то не мора увек да буде случај. Када ова два тренутка нису подударна, односно када постоји временска разлика у стицању ова два права, да ли ће се у конкретном случају радити о правном послу међу живима или правном послу за случај смрти, определиће моменат када се на једно лице преносе ствари, односно када их оно стиче.⁹⁴⁶ На пример, ако лице А обећа лицу Б да ће оно након његове смрти добити његов аутомобил, то отвара две различите могућности. У првој, ако је лице А желело да лице Б стекне право да захтева да му се преда аутомобил одмах након смрти лица А, онда је реч о правном послу међу живима, јер је овде до тренутка смрти лица А само одложено плодоуживање на поклоњеном добру, а није одложено и стицање права (на аутомобилу) на лице Б. То значи да би у случају да лице Б не доживи тренутак делације лица А, његови наследници имали право да користе тај аутомобил након смрти лица А. Друга могућност је да је лице А заправо хтело да до сопствене смрти одложи и потраживање и стицање аутомобила од стране лица Б, када је реч о правном послу за случај смрти.⁹⁴⁷

Хачинсон прави још једну разлику између правних послова за случај смрти и правних послова код којих смрт једног лица представља само час наступања одложног рока. У првом случају уговорни наследник не ужива никакву правну заштиту, јер има само наследну наду, док у другом случају правни следбеник ужива правну заштиту.⁹⁴⁸

О практичном значају разликовања правних послова код којих смрт представља конститутивну чињеницу без које одређени правни посао не може да произведе правно дејство (правни послови *mortis causa*) и оних правних послова код којих смрт представља само наступање одложног рока, сведоче и следећи примери. За правну квалификацију једног института као уговора о наслеђивању, у јужноафричком праву се захтева кумулативно испуњење два услова: да се пренос

⁹⁴⁶ D. Hutchinson (1983), 228.

⁹⁴⁷ Пример наведен према: *Ibid.*

⁹⁴⁸ D. Hutchinson (1983), 228.

неког права на стицаоца врши тренутком смрти онога који њиме располаже и да је такво обећање, тј. уговор, неопозив.⁹⁴⁹ У јужноафричкој правној пракси је установљено и коришћење такозваног „*vesting test*“ („тест стицања“), где обзиром на тренутак стицања неког права судови одлучују да ли се ради о допуштеном уговору међу живима, или о уговору о наслеђивању који је недозвољен (нпр. случајеви *Mc Alpine v Mc Alpine* и *Van Aardt v Van Aardt*). У том смислу, уговор ће бити допуштен и производиће правна дејства међу живима ако су оставиочева добра или један њихов део, пренешени на примаоца тренутком закључења уговора или у било ком тренутку пре смрти њиховог титулара, макар и ако је њихово коришћење или плодуюживање одложено до тренутка његове смрти.⁹⁵⁰

Иако у италијанском праву постоји начелна забрана закључења уговора о наслеђивању, нису недопуштени уговори *post mortem*, односно уговори закључени под одложним условом или роком чије се наступање везује за тренутак делације. Њихова садржина се састоји у обвезивању једног контрахента да на другу уговорну страну пренесе тачно одређено добро, али тако да уговор почне да производи правна дејства тек тренутком преносиоцеве смрти, или тек под одложним условом да га стицалац надживи.⁹⁵¹ Овакви уговори се у италијанском праву сматрају пуноважним, јер се третирају као правни послови *inter vivos*.⁹⁵² Исто важи у словеначком праву, где су забрањени уговори чији објекат чине ствари које ће једно лице имати у тренутку своје смрти, али су допуштени облигационоправни уговори који почињу да производе правна дејства тренутком смрти једног лица, под условом да се предмет уговора састоји у предаји ствари које уговорне стране поседују већ у тренутку закључења уговора.⁹⁵³

Наведени критеријуми олакшавају да се направи суштинска разлика између уговора о наслеђивању, као наследноправног уговора, са једне стране, и облигационоправних уговора, са друге стране. Прво, она се састоји у томе што код уговора о наслеђивању, као правног посла *mortis causa*, тренутак смрти представља чињеницу без чијег наступања правни посао не може да произведе

⁹⁴⁹ D. Hutchinson (2007), 234.

⁹⁵⁰ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 214-217; C. Rautenbach, A. Van der Linde, 28-29.

⁹⁵¹ A. Bonomi (2003), 41.

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ Suzana Kraljić, Freedom of Testation in Slovenia, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 267.

правна дејства. Код облигационих уговора то није случај, јер иако уговор од тренутка смрти једног лица производи сва своја правна дејства, или онај њихов део који није произвео за живота једног од уговарача (нпр. право плодоуживања ствари се придружило праву на ствари), ако стицалац тај тренутак не доживи, уговорена права увек прелазе на његове наследнике, што је немогуће код уговора о наслеђивању (осим ако није уговорена вулгарна супституција). Друго, иако објекат и облигационоправних и наследноправних уговора може да буде једно или више тачно одређених ствари или права, само предмет наследноправних уговора може да се састоји у преносу будуће имовине, односно целине права и обавеза или неког њиховог аликвотно одређеног дела. Најзад, за разлику од класичних облигационоправних уговора, уговор о наслеђивању може да садржи и такозвана једнострана располагања, од којих уговорни оставилац може да одустане и једностраном изјавом воље без сагласности уговорног наследника, чиме се уговор за случај смрти приближава завештању.⁹⁵⁴ Но, како оваква врста располагања постоји само у неким правима,⁹⁵⁵ то последњи критеријум разликовања има само релативни значај.

Међутим, иако у науци нема спора да је уговор о наслеђивању правни посао за случај смрти,⁹⁵⁶ чини се да оваква његова квалификација и претходно изнето разматрање важе само у хипотези да је *in concreto* реч о доброделином уговору о наслеђивању. Али, ако би овај правни посао био теретни, иако би лице које оставилац уговором именује за наследника своје субјективно наследно право стекло тек тренутком оставиоачеве смрти, декујусов сауговарач би већ током његовог живота морао према оставиоцу да испуни одговарајуће престације (да га издржава, негује, плаћа му доживотну ренту, учини неопходне поправке на добрима која чине објекат уговора итд.), што би уговор о наслеђивању у том случају квалификовало као мешовити правни посао. Разлог томе је што би се на располагања уговорног оставиоца примењивала правила правних послова за

⁹⁵⁴ Tamara Đurđić-Milošević, Razgraničenje ugovora o nasleđivanju od drugih pravnih poslova, *Pravni život* 10/2014, tom II, 515.

⁹⁵⁵ Према параграфу 2278. ал. 2. Немачког грађанског законика, сва располагања изузев именована наследника, легатара или постављања налога морају да имају правну природу једностранних располагања. Слично правило постоји и у швајцарском праву.

⁹⁵⁶ О. Станковић, В. Водинелић, 164.

случај смрти (завештања и добротичног уговора о наслеђивању), а на обавезе друге уговорне стране правила облигационоправних уговора.⁹⁵⁷

Анализирајући правну природу теретног уговора о наслеђивању, Петер Вајмар истиче да се он састоји из два међусобно повезана акта, првог, који се има извршити за живота и другог, који има уговорну природу и који се извршава за случај смрти.⁹⁵⁸ Тако би и мешовите теорије о правној природи уговорног наслеђивања (теорије о двострукој правној природи уговора о наслеђивању), према којима овакви уговори садрже и наследноправну и облигационоправну компоненту, овде наишле на своју пуну примену, иако теретни уговор за случај смрти не би сублимирао у себи елементе завештања и поклона, већ завештања и уговора о доживотном издржавању или уговора о доживотној ренти.

Овакав закључак се може извести независно од тога да ли ће се прихватити гледиште о теретном уговору о наслеђивању који представља један јединствени уговорни однос, или становиште да обавеза сауговорача на неку престацију према уговорном оставиоцу представља засебан облигационоправни уговор, који се са уговором о наслеђивању, којим уговорни оставилац именује наследника, налази у корелацији, а не представља са њим јединствени теретни правни посао. Наиме, ако би се и прихватило друго становиште, између оваква два уговора би морала да постоји кауза која би их међусобно везивала и чинила зависним један од другог, јер би у супротном уговор о наслеђивању или изгубио карактер каузалног правног посла (о чему не може бити речи), или би се заиста радило о два сасвим одвојена уговорна односа, са засебним циљевима и одвојеним правним животом, што није предмет разматрања у овом раду.

3.5. Строго формални правни посао

Уговор о наслеђивању је строго формални правни посао, јер сагласна изјава воља уговорача може да произведе правно дејство само ако је дата у

⁹⁵⁷ *Ibid*; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 326-327; N. Subotić-Konstantinović (1978a), 557. Тиме би се уговор о наслеђивању по својој правној природи скоро сасвим изједначио (иако не би постао истоветан) са уговором о доживотном издржавању. За посебно излагање о односу ова два контракта видети ниже.

⁹⁵⁸ Peter Weimar, *Berner Kommentar*, Berne 2000, nos 10 ss, notamment 14, 19 et 21 de l'introduction au titre quatorzième du code civil, pp. 90 ss, notamment 91 et 93, наведено према: J. Gauthier (2006), 363.

законом предвиђеној форми (реч је о форми јавне исправе). Како је поштовање прописане форме *conditio sine qua non* за пуноважност уговора за случај смрти, у питању је форма *ad solemnitatem*.⁹⁵⁹ О форми уговора о наслеђивању биће речи у посебном поглављу овог рада.

3.6. Строго лични правни посао

Иако је по мишљењу многих аутора уговор о наслеђивању строго лични правни посао, односно, да се попут завештања, ни он не може закључивати преко законских заступника или пуномоћника,⁹⁶⁰ то није сасвим тачно. Уговор на случај смрти је строго лични правни посао ако се уговорне стране узајамно постављају за наследнике, а ако само један уговарач оног другог одређује за наследника, само његова изјава воље мора да буде дата лично, док уговорна страна која се само саглашава са тим да буде именована за наследника, без да и она именује другог уговарача за наследника, може да буде и заступана.⁹⁶¹ Међутим, ако би се у неким правима (нпр. немачком) комбиновало закључење уговора о наслеђивању и брачног уговора, иако брачни уговор није строго лични правни посао, уговорне странке би лично морале да закључе цео уговор.⁹⁶²

3.7. Каузални правни посао

Подела правних послова на каузалне и апстрактне није извршена према критеријуму да ли једна или друга врста правних послова има или нема каузу, јер нема правног посла без каузе. Критеријум поделе се заснива на томе да ли је кауза у одређеном правном послу јасно и непосредно видљива из садржине правног посла (односно, да ли се правним послом обавезује само једна или обе стране и у чему се састоје њихове обавезе) или то није случај.⁹⁶³ Уговор о наслеђивању је каузалан правни посао, јер је циљ због којег се закључује видљив на први поглед

⁹⁵⁹ О. Станковић, В. Водинелић, 164-165; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 330.

⁹⁶⁰ Параграф 2274. Немачког грађанског законика; Б. Б. Благојевић, 216; Д. Ђурђевић (2009), 189. N. Scortegagna Kavčnik, 914.

⁹⁶¹ Е. Бикић, М. Повлакић, С. Сулјевић, М. Плавишић, 493.

⁹⁶² Lange/Kuchincke, Erbrecht 468, наведено према: *Ibid*.

⁹⁶³ О. Станковић, В. Водинелић, 166; Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 329.

и састоји се у располагању заоставштином, односно у именовану једног лица за универзалног или сингуларног сукцесора.⁹⁶⁴ Каузи уговора о наслеђивању је такође посвећена посебна пажња у предстојећем излагању.

3.8. Именовани индивидуални уговор

У правима у којима је допуштен, уговор о наслеђивању је именовани уговор, јер су његов назив, појам, садржина и форма опредељени самим законом. Међутим, под именом „уговор о наслеђивању“, овај правни посао је присутан само у германским правима (*Erbvertrag*), односно у неким нордијским правима (*arvepakt* норвешког права), иако га под истим именом у члану 2. и члановима 181-186 нормира и Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.⁹⁶⁵

Функције уговорног одређења наследника се у другим правним системима остварују посредством других института, који такође представљају именоване уговоре. У француском праву се под генеричним појмом *L'institution contractuelle* („уговорно постављање наследника“), подразумевају два потпуно различита уговора посредством којих долази до уговорног наслеђивања - брачни уговор (*L'institution contractuelle par contrat de mariage*) и поклон будућих ствари, који се назива и поклоном у корист надживелог супружника (*Le donation des biens à venir entre époux* или *le donation au dernier vivant*). У *common law* системима функцију уговора о наслеђивању остварују *joint will* и *mutual will* (заједничко завештање и реципрочно завештање), односно *Contract to Leave Property by Will* (уговор о располагању имовином путем тестаментa). Најзад, након препоруке Европске комисије *Recommendation 1994/1069/EC* из 1994. године, у италијанском (*Patto di famiglia*) и шпанском праву (*Protocole Familial*) су нормирани институти породичних уговора, које правни писци из ових држава углавном карактеришу као законом допуштене изузетке од начелне забране уговорног наслеђивања.

Како уговор о наслеђивању производи правна дејства само између уговорних страна (иако може да буде закључен и у корист трећих лица), он се сврстава у индивидуалне уговоре.⁹⁶⁶

⁹⁶⁴ Ж. Перић (1923), 60; А. Ристов, 88.

⁹⁶⁵ Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 19, 26-27.

⁹⁶⁶ О. Станковић, В. Водинелић, 168.

3.9. Уговор *intuitu personae*

Уговори *intuitu personae* постоје када уговорни однос настаје обзиром на личне квалитете једне или обе уговорне стране.⁹⁶⁷ У правним системима у којима је овај правни посао могуће закључити само између супружника, уговори за случај смрти су по природи ствари *intuitu personae*, при чему се тада лични квалитети уговорних страна заснивају на чињеници брака. Међутим, чини се да исто правило важи и у оним правима где је потенцијални круг субјеката овог уговора неограничен, јер ни тада уговорни оставилац не користи своју аутономију воље у избору наследника случајно, већ руковођен личним афекцијама према одређеном лицу и жељом да га баш оно наследи.

Међутим, ако је уговор теретан и ако се обавеза уговорног наследника састоји у плаћању новчане ренте уговорном оставиоцу, тада се у мађарском праву сматра да лични однос између уговорних страна није одлучујући да би они закључили уговор о наслеђивању.⁹⁶⁸ Овакво гледиште треба прихватити са великом резервом, јер се у овом случају уговор о наслеђивању по својој правној природи сасвим приближава уговору о доживотном издржавању, односно уговору о доживотној ренти. Ипак, чак и тада, ако оставиоца као повериоца новчане или робне облигације не опредељују личне афекције према другом уговарачу, он свакако води рачуна о интегритету дужникове личности, односно чињеници да ли ће му и на који начин будући наследник исплаћивати оно на шта се обавезао. У том смислу, и код теретних уговора о наслеђивању се води рачуна о „уговорном потенцијалу“ сауговарача уговорног оставиоца.

3.10. Комутативни или алеаторни уговор

Ако се већ у тренутку закључења уговора зна какав ће бити крајњи однос узајамних обавеза уговорних страна, односно ко ће од њих бити поверилац а ко дужник, реч је о комутативним правним пословима. Ако то није случај, ради се о алеаторним правним пословима (уговорима на срећу).⁹⁶⁹ Од тога да ли је уговор о

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ Z. Csehi, 186.

⁹⁶⁹ О. Станковић, В. Водинелић, 167.

наслеђивању теретан или доброчин, зависи и овај елемент његове правне природе. Ако је лукративан, он сва своја правна дејства производи тренутком смрти уговорног оставиоца, па је реч о карактеристичном правном послу *mortis causa*, али ако је онерозан, он није у целини правни посао за случај смрти, већ у погледу обавезе уговорног наследника производи и правна дејства *inter vivos*.⁹⁷⁰ Према томе, ако је у конкретном случају закључен доброчин уговор о наслеђивању, он ће бити комутативан. Али, ако је уговор теретан, односно, ако је уговорни наследник на себе уговором преузео неку обавезу према уговорном оставиоцу (то ће по правилу бити доживотно издржавање или плаћање доживотне ренте у корист уговорног оставиоца), онда у тренутку закључења уговора неће бити познат коначан однос престација уговорних страна, па ће уговор о наслеђивању бити алеаторан.⁹⁷¹

Независно од наведене поделе, уговор о наслеђивању ће бити алеаторан и ако је реципрочан, јер се тада стипулише да ће наследник бити надживели уговарач. Која ће уговорна страна надживети ону другу, не може се знати у часу настанка уговора.

4. ОДНОС УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ И СРОДНИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

4.1. Однос уговора о наслеђивању и завештања

„Завештање је једнострано, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти, у законом одређеном облику.“⁹⁷²

⁹⁷⁰ N. Subotić-Konstantinović (1978a), 557.

⁹⁷¹ N. Subotić-Konstantinović (1978a), 556. Кашћелан дефинише уговор о наслеђивању као алеаторни правни посао. Балша Кашћелан, Уговори у наследном праву, *Прилози пројекта институције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције*, Београд 2003, 183. С друге стране, овај уговор је по мишљењу Готјеа увек комутативан, јер он наводи да је уговорни оставилац дужан да уговорном наследнику остави уговорени део заоставштине тачно одређене вредности, увек када овај према њему преузима обавезу доживотног издржавања или плаћања доживотне ренте, јер та вредност заоставштине представља „цену за престације које уговорни наследник испуњава према уговорном оставиоцу.“ J. Gauthier (1955), 40.

⁹⁷² Члан 78. Закона о наслеђивању Србије. Преднацртом Грађанског законика је предвиђена могућност допуне члана у коме се формулише појам завештања, тако што се након дела реченице „...којом оно распоређује своју имовину за случај смрти“ додаје „или даје друге изјаве у вези своје смрти“. Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 21-22.

Сличности између уговора о наслеђивању и завештања се углавном огледају на плану правно-политичких циљева (каузе) који се њима остварују и њихових правних дејстава, док се разлике између ова два правна посла преваходно темеље на њиховој различитој правној природи.

Најзначајнија сличност између уговора о наслеђивању и тестаментна огледа се у чињеници да и један и други правни посао представљају основе вољног позивања на наслеђе, које у односу на законско наслеђивање има приоритет и јачу правну снагу.⁹⁷³ Из тог разлога је и циљ ова два каузална правна посла идентичан и састоји се у располагању заоставштином, односно у именовану наследника. Међутим, хијерархија постоји и између ова два основа вољног наслеђивања. Закључењем уговора о наслеђивању опозивају се сва раније сачињена завештања ако је њихова садржина у колизији са садржином закљученог уговора, али се доцније сачињеним завештањем не може опозвати раније закључени уговор о наслеђивању. Исто тако, након оставиочеве смрти, правни положај наследника и легатара је једнак, независно од тога да ли су именовани тестаментом или уговором о наслеђивању.⁹⁷⁴ Ни један, ни други, не могу да стекну своје субјективно наследно право пре тренутка оставиочеве делације. Они морају да надживе оставиоца, да буду достојни и способни за наслеђивање и да се уздрже од давања негативне наследне изјаву, независно од основа позивања на наслеђе.

Све разлике између уговора о наслеђивању и завештања проистичу из различите правне природе ова два правна посла. Пре свега, завештање увек представља правни посао за случај смрти, док је уговор о наслеђивању правни посао *mortis causa* када је добротин (што је правило), али може да буде и мешовит правни посао, ако је теретан. Из тога проистиче и да завештање без изузетка може да буде само добротино, док уговор за случај смрти може да буде како добротин, тако и теретни правни посао.⁹⁷⁵ За разлику од завештања, уговор о наслеђивању има мешовиту (двоструку) правну природу - наследноправну компоненту као и

⁹⁷³ Л. Марковић (1930), 304; N. Stojanović (2003), 164.

⁹⁷⁴ Д. Ђурђевић (2009), 197.

⁹⁷⁵ N. Stojanović (2003), 164; А. Ристов, 84, фн. 6. Још је Дернбург истицао да се завештање чини према унутрашњем осећају, из намере да се једно лице хонорише, док уговор будући оставилац закључује имајући неки интерес, односно очекујући накнаду. Наведено према: Л. Марковић (1930), 305.

тестамент, али за разлику од тестаментa има и облигационоправну компоненту, јер настаје сагласношћу воља уговорних страна.⁹⁷⁶

Уговор о наслеђивању је двострани правни посао, док је тестамент једностранни правни посао.⁹⁷⁷ Отуда, завешталац увек може једностраном изјавом воље да измени или опозове завештање, „док уговор о наслеђивању везује дефинитивно и може бити измењен само са пристанком друге стране“, осим у неким изузетним случајевима.⁹⁷⁸ Ова разлика између два основа позивања на наслеђе, дуго ће представљати кључни аргумент којим ће противници уговорног наслеђивања негирати његову сврсисходност. Ипак, у савременим правима ова разлика све више бледи и тиме доводи у питање основну примедбу на рачун уговора за случај смрти.

За разлику од уговора о наслеђивању, завештање је увек строго лични правни посао, што подразумева да је то једини правни посао који не може да се закључи преко заступника (законског или вољног), већ да тестатор мора лично, непосредно и својом слободном вољом да сачини наредбу последње воље и да формулише њену садржину.⁹⁷⁹ С друге стране, у уговорима о наслеђивању који нису реципрочни, уговорни наследник може да закључи овај уговор и преко заступника.

Неки аутори истичу да између уговора о наслеђивању и завештања постоји разлика и обзиром на предмет једног, односно другог правног посла. Тако се наводи да предмет уговора о наслеђивању представља будућа заоставштина, „док предмет завештајног располагања може бити само имовина која постоји у тренутку завештајног располагања и која је у његовој својини.“⁹⁸⁰ Овај критеријум разликовања није добар из два разлога. Прво, и предмет уговора о наслеђивању може да буде тачно одређена ствар или право које постоји у тренутку закључења уговора, када је реч о уговорном легату. Друго, није тачна наведена констатација да „предмет завештајног располагања може бити само имовина која постоји у тренутку завештајног располагања и која је у његовој својини.“ Не само што се

⁹⁷⁶ J. Ghandchi Schmid, 100-101.

⁹⁷⁷ N. Stojanović (2003), 164.

⁹⁷⁸ Пар. 781 Српског грађанског законика; М. Константиновић (1982), 469. Слично: Л. Марковић (1921), 319; А. Ђорђевић (1903), 64; Ж.М. Перић (1923), 60; N. Stojanović (2003), 164.

⁹⁷⁹ Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд 1996, 307.

⁹⁸⁰ Т. Ђурђић-Милошевић, 515.

завештањем такође може располагати будућом имовином (заоставштином) која не постоји у тренутку тестирања, али ће постојати у моменту завештаочеве делације, већ завешталац, под одређеним условима, може да располаже и оним добрима која се неће налазити у његовој заоставштини, чак ни у тренутку његове смрти. Чланом 153. став 2. Закона о наслеђивању Србије је прописано да „кад су предмет испоруке ствари одређене по роду, а нема их у заоставштини, дужник испоруке је обавезан да их прибави и преда испорукопримцу.“ То је случај легата ствари одређених по роду.

Најзад, разлика између ова два правна посла постоји и на плану њихове форме. Иако су и један и други формални правни послови, уговор о наслеђивању се увек закључује у форми јавне исправе пред надлежним државним органом (по правилу пред нотаром), док тестамент може да буде сачињен и у некој од приватних форми код које није потребно активно учешће јавног органа.⁹⁸¹

4.2. Однос уговора о наслеђивању и заједничког завештања

Поистовећивање уговора о наслеђивању и заједничког тестаментата траје још од римског права.⁹⁸² Објашњавајући разлоге забране заједничких тестаментата у француском праву, Планиол (*Planiol*) и Рипер (*Ripert*) су истакли да заједничка завештања служе као заобилазно средство за избегавање забране закључења уговора о наслеђивању.⁹⁸³ Опредељујући правну природу заједничког завештања, поједини аутори наводе да се „оно налази на пола пута између тестаментата и уговора о наслеђивању“, па су склонили да га определе као правни посао *sui generis*, а не као посебан модалитет тестаментата.⁹⁸⁴

Заиста, интересантна је коинциденција да су у великом броју права у којима су забрањени уговори о наслеђивању, истовремено забрањени и заједнички тестаменти. То важи за француско, белгијско, луксембуршко,

⁹⁸¹ А. Ристов, 88-89.

⁹⁸² Једном конституцијом царева Диоклецијана и Теодосија са краја трећег века, војницима је допуштено, као изузетак од забране закључивања уговора о наслеђивању (подвукао М.С.), да сачине реципрочна завештања када оно није испуњавало потребну форму за војнички тестамент. Милош М. Јовичић, *О заједничким тестаментима*, Јубљана 1936, 1-2.

⁹⁸³ Наведено према: А. Braun (2007), 214-215.

⁹⁸⁴ Дејан Ђурђевић, Улога нотара у састављању и чувању тестаментата, *Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер)*, Београд 2005, 286; А. Braun (2007), 218.

италијанско, холандско, португалско, грчко и шпанско право, мада је у Шпанији заједничко завештање дозвољено у покрајинама Арагон, Навара, Галиција и Баскија, при чему је његово сачињавање у Баскији и Галицији допуштено само супружницима, док у Навари и Арагону њиме могу да се користе било која два лица.⁹⁸⁵ У Швајцарској је слична ситуација као у Србији. Иако заједничко завештање нигде није законом изричито забрањено, у судској пракси и у доктрини преовлађују ставови за његову ништавост.⁹⁸⁶ С друге стране, заједнички тестаменти су допуштени у немачком и аустријском праву, али уз важно ограничење да их могу сачињавати само супружници. Дакле, и поводом допуштености заједничког тестамена, у прву групу се сврставају романска права, која строго следе римску правну традицију и забрану овог правног посла, а у другу групу германска права, која га допуштају.

Заједнички тестамент (*testamentum simultaneum*) је такав тестамент у коме два или више лица која имају активну завештајну способност, заједнички изјављују своју последњу вољу у једном акту (у једној истој исправи) распоређујући заоставштину за случај смрти, односно постављајући једно друго (или неко треће лице) за наследника.⁹⁸⁷ Да би одређено располагање имало карактер заједничког завештања, од кључног значаја је да изјављене воље сваког од завешталаца буду повезане, односно да међусобно стоје у узрочној вези⁹⁸⁸ и да су „обе спојене у самом тексту једног истог састава“.⁹⁸⁹ У немачкој литератури се истиче да је за заједнички тестамент пресудно „да оба супружника делају на основу заједничке одлуке“, односно жеље да заједнички располажу, што ће увек бити случај када је један завешталац свестан одлуке оног другог.⁹⁹⁰ Дакле, заједнички тестамент нужно „мора у себи садржати две изјаве воље, спојене само

⁹⁸⁵ S. Cámara Lapuente, 295.

⁹⁸⁶ A. Bonomi (2003), 48.

⁹⁸⁷ Марија Тороман, Облици тестамена у праву европских земаља, *Страни правни живот*, 1-3/1996, 190; А. Ђорђевић (1903), 51; Ј. Марковић (1930), 236; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 84; О. Антић, З. Балиновац, 306; М.М. Јовичић, 1; А.Р. Mellows, 16; Р. Malaurie, L. Aynès, 253; М. J de Waal, М.С. Schoeman-Malan, 191.

⁹⁸⁸ Ј. Марковић, 236. Француски аутори овде праве разлику између материјалне и интелектуалне повезаности оваквих изјава воља. Материјална повезаност омогућава и опозив заједничког тестамена, а интелектуална се манифестује у вези коју тестаори несвесно успостављају између својих располагања, а која онемогућава потпуну тестаторову слободу приликом сачињавања завештања, односно слободу ван те интелектуалне повезаности. Р. Malaurie, L. Aynès, 253.

⁹⁸⁹ А. Ђорђевић (1903), 52.

⁹⁹⁰ L. Michalski, 82.

у једну целину“, односно у једном истом акту, иако имовине завешталаца остају посебне и могу имати различиту правну судбину.⁹⁹¹

Из тог разлога се не би сматрала заједничким тестаментима располагања у којима би два лица на два различита акта или на једној истој исправи, али потпуно независно једно од другог, сачинила своје тестаменте.⁹⁹² Такође, не би били пуноважни и не би се сматрали заједничким они тестаменти, тачније оне изјаве последње воље које би биле сачињаване једна обзиром на другу, са идентичним садржајем, па чак и истоветним појмовима који би у њима били коришћени, али на две различите исправе и са одређеном временском дистанцом између два располагања.⁹⁹³ Не би било довољно ни да само један супружник својом руком напише и потпише тестамент, а други супружник испод допише да се слаже са написаним садржајем, да га прихвати за свој и да се након тога и он потпише.⁹⁹⁴

Међутим, ни ово правило није без изузетка. У немачком и у енглеском праву, за постојање заједничког завештања, није неопходно да супружници своја завештајна располагања напишу у истом акту. Заједничким завештањем ће се сматрати и одредбе које они сачине у два потпуно одвојена документа, под условом да су између ових одредаба желели да установе међусобну зависност и условљеност.⁹⁹⁵ Михалски (*Michalski*) наводи да би у немачком праву заједнички тестамент било могуће сачинити и изјавама последње воље на идентичним формуларима, или тако што би се један завешталац садржински осврнуо на располагање другог завештаоца, уз нужност да постоји блиска временска повезаност између оваква два акта.⁹⁹⁶

Може се закључити да се прва сличност између уговора о наслеђивању и заједничког завештања огледа у томе што у највећем броју правних система, у оба правна посла два или више лица, заједничким и синхронизованим изјавама воље, *in o actu* располажу својом заоставштином. Ово наравно, само под условом ако се

⁹⁹¹ М. М. Јовичић, 5, 9.

⁹⁹² J. Dukeminier, S. M. Johanson, 322; P. Malaurie, L. Aynès, 253. Оваква завештања се у *common law* системима називају *mirror wills*. R. Croucher, 392. „Једно писмено може садржавати опоруку двију особа кад те двије опорукe свака за себе садрже све законом предвиђене претпоставке за њихову ваљаност“ (Врховни суд Републике Хрватске, Рев-1501/75, од 24. листопада 1985.), наведено према: Jadranko Стнић, *Nasljeđivanje na temelju oporuke, Novo nasljednopravno uređenje (red. Mihajlo Dika)*, Zagreb 2003, 76-77.

⁹⁹³ P. Malaurie, L. Aynès, 253.

⁹⁹⁴ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85.

⁹⁹⁵ А. Bonomi (2003), 49.

⁹⁹⁶ L. Michalski, 82.

не би прихватило гледиште енглеских и немачких аутора, према коме би се признала пуноважност и оних заједничких завештања која би била сачињена у два садржински повезана акта, јер би тада била уочљива разлика између заједничког тестаментa и уговора о наслеђивању, који увек мора да буде сачињен у једној јединственој исправи.

Заједнички тестаменти могу да буду такви да су у њима располагања независна једно од другог (*testamentum mere simultaneum*), узајамни или реципрочни (*testamentum reciprocum sive mutuuum*) и кореспективни (*testamentum correspectivum*). Када завештаоци узајамно одређују један другог себи за наследника или легатара, али не везујући своје изјаве воље једну за другу, тако да и поред тога што су реципрочне, по садржини остају у свему независне и самосталне, онда је такво заједничко завештање реципрочно.⁹⁹⁷ Тестамент ће, с друге стране, бити кореспективан када је пуноважност одредаба једног располагања изричито условљена и зависна од пуноважности одредаба другог располагања.⁹⁹⁸ Међутим, кореспективно заједничко завештање не мора уједно да буде и реципрочно, односно козавештаоци не морају истовремено један другог да одреде за наследнике, већ је нпр. могуће и да располагање завештаоца А у корист завештаоца Б буде условљено располагањем завештаоца Б у корист лица В.⁹⁹⁹ Поред ових, постоје и заједнички тестаменти у којима завештаоци за наследнике или легатаре заједнички именују трећа лица и то су тестаменти у корист трећих.

Као што се види, постоји велика сличност, у садржинском смислу, између уговора о наслеђивању и заједничког тестаментa. У оба правна посла супружници могу узајамно једно другог да одреде за наследнике, само један брачни друг може оног другог да одреди за наследника, а могуће је и да само један или оба супружника заједничким завештањем за наследника одреде једно исто треће

⁹⁹⁷ Наташа Стојановић, Наследно право у Војводини између два светска рата, *Зборник Матице Српске за друштвене науке*, 125/2008, 68-69; Ј. Марковић, 236; А. Ђорђевић (1903), 51; S. Marković (1978б), 194; M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 191.

⁹⁹⁸ Ј. Марковић, 236; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85; А. Ђорђевић (1903), 51; S. Marković (1978б), 194. Располагања завешталаца су међузависна ако могу да се подведу под формулу да „заједно опстају или заједно падају.“ М. Reimann, J. Zekoll, 284. Међутим, ништавост међусобно условљених одредаба ће за последицу имати ништавост једностранних одредаба само ако се може узети да ни њих завешталац не би сачинио, нити да за њега имају значај без кореспективних клаузула. P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 132-133.

⁹⁹⁹ З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271.

лице.¹⁰⁰⁰ Посебна сличност постоји између реципрочних завештања и реципрочних уговора о наслеђивању. У праву Арагона реципрочни заједнички тестамент производи идентична правна дејства као и уговор о наслеђивању закључен у корист надживелог супружника (*pacto al más viviente*), док у каталонском праву узајамни уговор о наслеђивању закључен између супружника (*heredamiento mutua*) има сличну функцију као и реципрочно заједничко завештање које они међусобно закључују.¹⁰⁰¹

У погледу садржине заједничког завештања, у немачком праву треба разликовати одредбе које су „једностране“ од оних које су „међусобно зависне“ („*wechselbezüglich*“). Према алинеји 3 параграфа 2270 Немачког грађанског законика, међусобно зависне (кореспективне) могу да буду само одредбе које се тичу постављања наследника, одређивања легата или налога, док све друге одредбе имају једностранни карактер (нпр. одређивање извршиоца тестамена или искључење из права на нужни део).¹⁰⁰² У том смислу, постоји сличност између међусобно зависних одредаба у заједничком тестаменту и уговорних одредаба у уговору о наслеђивању, односно једностранних одредаба у заједничком завештању и једностранних одредаба у уговору о наслеђивању. Из тог разлога се у немачком праву на располагања у кореспективном тестаменту, сходно примењују одредбе које важе за уговор о наслеђивању (пар. 2286-2288 Немачког грађанског законика).¹⁰⁰³

Ђурђевић сличност између ова два института проналази у још једном аспекту њихових правних дејстава, чиме објашњава разлоге због којих је заједнички тестамент забрањен у нашем праву.¹⁰⁰⁴ Ако би завештаоци својим заједничким тестаментом одредили за наследника неко треће лице, све до смрти првог завештаоца, сваки од њих би могао слободно да опозове своје располагање. Међутим, након смрти једног од завешталаца, онај надживели не би имао право да опозове своје располагање, па се од тог тренутка правна дејства заједничког тестамена и уговора о наслеђивању изједначавају.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁰ Б. Б. Благојевић, 208.

¹⁰⁰¹ J. D González Campos, 443.

¹⁰⁰² M. Reimann, J. Zekoll, 284.

¹⁰⁰³ S. Edenfeld, 242.

¹⁰⁰⁴ Д. Ђурђевић (2005а), 287.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

Постоји још једна заједничка карактеристика заједничког тестаментa и уговора о наслеђивању чији су субјекти брачни другови. Док у немачком праву уговор о наслеђивању може да буде закључен између било која два физичка лица, заједничко завештање могу да предузму само супружници, или лица која се налазе у регистрованој заједници, коју су регистровала сагласно Закону о регистрованим заједницама.¹⁰⁰⁶ Идентично решење је постојало у војвођанском праву између два светска рата, док у аустријском праву заједничким завештањем поред супружника могу да се користе и вереници, под условом да касније закључе брак.¹⁰⁰⁷ Ако би брак између супружника био разведен или поништен, у случају сумње, према пар. 2268 Немачког грађанског законика, узеће се да престанак брака доводи и до престанка важности заједничког тестаментa.

Сличности постоје и у погледу каузе једног, односно другог правног посла. Када га сачињавају супружници, задатак заједничког завештања је „да о заједничкој имовини чине заједничка располагања на случај смрти“.¹⁰⁰⁸ У том смислу постоји приближавање између заједничког тестаментa којим се располаже заједничком имовином и уговора о смеси. У немачком праву заједничко завештање представља веома користан правни посао за планирање и распоређивање заоставштине, нарочито када су супружници заједно основали малу породичну компанију којом заједнички управљају и од које имају главнину својих прихода.¹⁰⁰⁹ То је и разумљиво, јер распоред заоставштине, у овом случају, не може да буде резултат појединачне воље, те се зато, поред заједничког завештања, у овом циљу, користи и уговор о наслеђивању.¹⁰¹⁰

Међутим, у анализи правне природе заједничког тестаментa и његовог односа са уговорним наслеђивањем, најпре треба скренути пажњу да се на

¹⁰⁰⁶ Пар. 2265 НГЗ и члан 10. став 4. LpartG – Закона о заједници особа истог пола; A. Röthel, Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 165; M. Reimann, J. Zekoll, 285.

¹⁰⁰⁷ Пар. 1248. АГЗ; Tobias Helms, Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, *Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012, 22; Б. Б. Благојевић, 207.

¹⁰⁰⁸ М. М. Јовичић, 1.

¹⁰⁰⁹ Roland Klause, Family Business Succession Planning in Germany – Strategies for Intergenerational Transfer in a Globalized world, *Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective*, edited by Isabell Stamm, Peter Breitschmid, Martin Kohli, Zurich - Basel – Geneva 2011, 304.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

заједничке тестаменте примењују сва правила завештајног наслеђивања, осим ако не постоје нека посебна правила у погледу заједничких завештања која би дерогирала општа правила тестаментарног права.¹⁰¹¹ Међутим, када се приступи продубљенијој анализи овог основног става, испоставља се да осим строго личног карактера заједничког завештања (немогућности његовог предузимања преко заступника) и његових правних дејстава *mortis causa*, ниједан други елемент правне природе овог правног посла није неспоран.

У литератури се неретко истиче да је правна природа заједничког завештања противна суштини завештања као једностраног правног посла.¹⁰¹² Међутим, заједничко завештање се од уговорног односа разликује по неколико својих особина. Пре свега, заједничко завештање може да се опозове као и свако друго завештање, јер ако се изјава воље не би могла једнострано опозвати, онда би се изјава воље једног завештаоца сматрала као обећање, а изјава воље другог тестатора као прихват обећања, у ком случају би се заиста радило о наследноправном уговору.¹⁰¹³ Како заједничком завештању недостаје прихват обећања као карактеристичан елемент уговора, он се онда и не може сматрати двостраним правним послом.¹⁰¹⁴ У том смислу, као што се приликом закључења уговора на страни сваке од уговорних страна може наћи више лица па да изјава воље опет остане двострана, тако се и изјава воље супружника у заједничком завештању може разумети само као једна и једнострана, независно од тога што је изјављују два лица. Зато Бартош за суштинску разлику између уговора о наслеђивању и заједничког тестаamenta узима чињеницу да је први правни посао двострани а други једнострани, из чега проистиче да је заједничко завештање увек опозиво, макар и без сагласности другог супружника - козавештаоца.¹⁰¹⁵ Сличног мишљења је Антић када каже да „једностраност, у смислу једностране опозивости, надјачава заједнички изјављену вољу, јер се ова може увек

¹⁰¹¹ Г. Богданфи, Н. Николић, 260. Једно овакво правило постоји у немачком праву. Према параграфу 2272 НГЗ, за разлику од обичних завештања, заједнички тестамент може да буде повучен из службеног депозита само заједнички од стране оба супружника. S. Edenfeld, 242.

¹⁰¹² Наташа Стојановић, Облици завештања у српском праву некада и сада, *Српско право – некад и сад*, Крагујевац 2007, 210.

¹⁰¹³ Стеван Бранковић, Заједнички тестамент, *Гласник Адвокатске коморе А.П. Војводине*, 4/1953, 6; А. Рушнов, 54, 635; А. Ђорђевић (1903), 51.

¹⁰¹⁴ А. Рушнов, 54; Г. Богданфи, Н. Николић, 261.

¹⁰¹⁵ Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд 1931, 253.

повући“,¹⁰¹⁶ затим Марковић, говорећи да „закон нигде не одступа од начела опозивости тестамент“¹⁰¹⁷, али и Стојановић, истичући да је „заједничко завештање *увек* (подвукао М.С.) опозив правни посао“.¹⁰¹⁸ Матић је сматрао да код заједничког завештања сваки завешталац може самостално и једнострано да мења или опозива своје располагање, а да то буде без икаквог утицаја на правну судбину другог завештајног располагања (иако би о томе требало да обавести другог завештаоца), па чак и да после смрти другог завештаоца „према својој савести“ прихвати оно што му је завештано, а да потом опозове своје располагање. Матић закључује да „ако су супрузи ради да им њиова узајамна расположења непоколебима остану, нека при томе поступе као што се чини при уговору о наслеђу на случај смрти.“¹⁰¹⁹ Ипак, као што ће се видети, у делу у коме надживелом завештаоцу даје пуну слободу да и после смрти другог завештаоца опозове сопствено располагање, Матићево гледиште може тешко да се брани.

Дакле, на заједнички тестамент се, за разлику од уговора о наслеђивању, не примењује принцип *pacta sunt servanda*, јер уговор о наслеђивању везује обе уговорне стране од момента постизања сагласности воља и по правилу се не може једнострано раскинути, док се заједнички тестамент може опозвати од стране једног тестатора и без сагласности оног другог.¹⁰²⁰ Међутим, упркос изнешеној аргументацији, ни опозивост није карактеристика заједничког тестаментa око које се нису ломила копља у науци.

Није спорно да сваки завешталац може да опозове своје располагање у заједничком тестаменту док су оба супружника у животу, иако ће то подразумевати различите правне последице зависно од тога да ли се ради о реципрочном или кореспективном тестаменту. Код реципрочних завештања, судбина једног располагања је независна од судбине другог располагања. Реципрочно завештање уопште неће произвести правно дејство само ако оба завештаоца опозову своје наредбе последње воље, али ако би само један супружник опозвао своје располагање - опозив би важио само у делу у коме је тај супружник располагао за случај смрти, док би располагање другог брачног друга

¹⁰¹⁶ О. Антић (2014), 222, фн. 559.

¹⁰¹⁷ Л. Марковић (1930), 239.

¹⁰¹⁸ Н. Стојановић (2007), 199.

¹⁰¹⁹ Д. Матић, 999-1000.

¹⁰²⁰ A.R. Mellows, 17; Д. Ђурђевић (2005а), 286.

опстало и производило правна дејства, осим ако и он не би опозвао своју наредбу последње воље.¹⁰²¹ Са друге стране, код кореспективних тестамената, судбина једног, прати судбину другог тестамената, па или оба опстају или оба падају.¹⁰²² У тим случајевима би измена или опозив једне завештајне наредбе, аутоматски и без икакве изјаве воље другог завештаоца, довела до измене или опозивања и друге завештајне наредбе.¹⁰²³

Проблем се међутим, појавио поводом питања да ли је могуће опозвати заједничко завештање након смрти једног завештаоца (супружника). Терминологијом немачког права речено, „једностране“ одредбе у заједничком тестаменту (које одговарају реципрочним завештањима) су увек опозиве, док су „међусобно зависне“ одредбе (које одговарају кореспективним тестаментима) опозиве само до смрти завешталаца и то под условом да је опозив учињен новим, обичним завештањем у облику нотарски обрађеног записа и да је са њим упознат други супружник.¹⁰²⁴ Дакле, према пар. 2271. Немачког грађанског законика, право опозива кореспективног тестамената се гаси смрћу једног од тестатора, што проистиче из пар. 2270. Немачког грађанског законика, где је нормирано да један завешталац не може да опозове заједнички тестамент без потпуне сагласности оног другог.¹⁰²⁵ У немачкој литератури се зато истиче да кореспективна (узајмна) располагања немају уговорни карактер, али да су упоредива са уговорима о наслеђивању, због обавезујућег дејства по надживелог завештаоца (односно, надживелог уговарача), па да за њих важе иста правила као и за уговорна располагања код уговора о наслеђивању. Насупрот томе, каже се да за располагања која нису кореспективна важе правила тумачења као и за обична завештања,¹⁰²⁶ односно, заједничка завештања која нису кореспективна, могу да

¹⁰²¹ Л. Марковић (1930), 239; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85; Н. Стојановић (2007), 200; З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271; Г. Богданфи, Н. Николић, 257; А.Р. Mellows, 17.

¹⁰²² Пар. 2270 ал. 1 НГЗ; Т. Helms, 22; М. М. Јовичић, 7; Л. Марковић, 238; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85.

¹⁰²³ Пар. 2271 и 2296 НГЗ; L. Michalski, 86; А. Braun (2007), 219; Б. Б. Благојевић, 208-209.

¹⁰²⁴ Пар. 2271, ал. 1 и пар. 2296, ал. 2 Немачког грађанског законика; А. Vonotić (2003), 49.

¹⁰²⁵ Од овог правила у немачком праву постоје два изузетка. Преживели брачни друг може опозвати свој тестамент у кореспективном заједничком завештању ако се одрекне наслеђа које би примио по тестаменту умрлог брачног друга, или ако је умрли брачни друг за живота предузео неки акт према преживелом брачном другу због чега је могао да буде искључен из права на нужни део. Л. Марковић, 239.

¹⁰²⁶ L. Michalski, 121. Правило о неопозивости кореспективних завештања након смрти једног супружника је постојало и у војвођанском праву између два светска рата. З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271.

буду опозвана у сваком тренутку, како за живота, тако и након смрти супружника.¹⁰²⁷

Сличан став о неопозивости заједничког тестаментa, након смрти једног завештаоца, постоји и у *common law*,¹⁰²⁸ али се односи на завештања која се подводе под појам *mutual wills*, а у којима је уобичајено да се предвиди и одредба (у самом завештању или у посебном уговору) којом се сваки од завешталаца обавезује да неће опозвати тестамент без сагласности другог завештаоца. Међутим, ако би овакав тестамент једновремено био и „заједнички“ (*a joint will which is also a mutual will*), а што није нужно, тада би се у ствари радило о уговору о наслеђивању, а не о заједничком завештању.¹⁰²⁹ Ако би се прихватило гледиште немачког и енглеског права, заједничко завештање би се по својој неопозивости сасвим приближило уговору о наслеђивању.

Међутим, полазећи од правне природе завештања, чије је заједничко завештање само једна подврста, највећи број аутора не доводи у питање да је заједнички тестамент могуће опозвати у свако време, па чак и после смрти једног од тестатора.¹⁰³⁰ Разлика је само у томе што код кореспективних тестамената опозивање располагања једног завештаоца значи да ни друго располагање неће произвести правно дејство, док код заједничких завештања, у којима два располагања нису међусобно условљена, опозивање располагања једног завештаоца нема никаквог утицаја на опстанак и пуноважност располагања другог завештаоца.¹⁰³¹ То значи да би у реципрочном тестаменту преживели супруг имао право да опозове своју наредбу последње воље чак и када би примио наследство раније умрлог тестатора (брачног друга). Он би и у кореспективном тестаменту могао да опозове своје располагање, али би онда морао да да негативну наследну изјаву у погледу свог наследног права на заоставштину преминулог супружника, тј. да врати примљену заоставштину, јер би опозивом наредбе своје последње

¹⁰²⁷ A. Braun (2007), 219.

¹⁰²⁸ A.R. Mellows, 23; A. Braun (2007), 220; S. D. Herskowitz, 77-78;

¹⁰²⁹ A.R. Mellows, 17-27; J. Dukeminier, S. M. Johanson, 322-328.

¹⁰³⁰ Л. Марковић, 239; А. Ђорђевић (1903), 53; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85; О. Антић (2014), 222, фн. 559; А. Рушнов, 635; Н. Стојановић (2007), 199; С. Бранковић, 6; М. М. Јовичић, 12; P. Malaurie, L. Aynès, 253; A.R. Mellows, 17. Ово је став и јужноафричких судова. M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 191.

¹⁰³¹ М. М. Јовичић, 13.

воље уједно обеснажио располагање другог супружника.¹⁰³² Међутим, надживели завешталац би имао право да и после смрти другог завештаоца једнострано опозове своје располагање у кореспективном завештању, чак и ако не би дао негативну наследну изјаву, под условом да је умрли тестатор према њему манифестовао понашање које представља основ за искључење из права на нужни део.¹⁰³³

У јужноафричком праву и у међуратном војвођанском праву, постојао је још један изузетак од могућности да се опозове заједничко завештање након смрти једног од завешталаца, односно супружника. То је случај када би предмет завештања представљала имовина како једног, тако и другог завештаоца, тј. ако би оба завештаоца унела целокупну имовину или један њен део у заједничку имовинску масу, у циљу да њоме заједнички располажу за случај смрти.¹⁰³⁴

Може да се закључи да се поред двостраности, односно једностраности, најзначајнија разлика између уговора о наслеђивању и заједничког тестамент састоји у томе што је уговор о наслеђивању начелно једнострано неопозив, док је заједничко завештање у принципу увек једнострано опозиво, па чак и после смрти једног од супружника који учествују у сачињавању заједничког тестамент.¹⁰³⁵ Самом том чињеницом елиминише се аргумент да се заједничким тестаментом изигравају одредбе о забрани наследноправних уговора, те да је следствено томе ово завештање у супротности са јавним поретком и добрим обичајима.¹⁰³⁶ Међутим, ако би се супружници за живота одрекли права да опозивају заједничко завештање, таквом изјавом воље би заједнички тестамент заиста конвертовали у уговор о наслеђивању.¹⁰³⁷

¹⁰³² Пар. 2271 ал. 2 Немачког грађанског законика; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 85. A.R. Mellows, 17. Исто решење постоји и у јужноафричком праву. А. Braun (2007), 223.

¹⁰³³ L. Michalski, 86; Идентично правило је постојало у војвођанском праву. З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271.

¹⁰³⁴ А. Braun (2007), 223. У војвођанском праву је ово ограничење постојало и ако су супружници у завештању за свог наследника заједнички одредили неко треће лице. Г. Богданфи, Н. Николић, 258-259.

¹⁰³⁵ N. Stojanović (2003), 163; S. Kraljić, 267. О богатству решења поводом истих института и немогућности давања униформних одговора и стварања јединствених критеријума сведочи следећи пример. У данском и норвешком праву разлика између уговора о наслеђивању и заједничког тестамент управо се заснива на чињеници да надживели завешталац више не може да опозове заједничко завештање. 156. F. Boulanger, 94.

¹⁰³⁶ Дејан Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2004. године, 158.

¹⁰³⁷ З. Пишкулић, И. Ђерђ, 271; С. Бранковић, 6; Г. Богданфи, Н. Николић, 258.

Разлика између уговора о наслеђивању и заједничког тестаментa постоји и на плану потребне способности за предузимање једног, односно другог правног посла. Док се за сачињавање заједничког завештања тражи активна завештајна способност (као и за сачињавање било ког другог завештања), уговор о наслеђивању по правилу може да закључи само лице које има потпуну и општу пословну способност.¹⁰³⁸

Аустријско право познаје још једну специфичност која раздваја ова два правна посла, а која се тиче њиховог предмета. Док уговором о наслеђивању не може да се располаже целом заоставштином, јер постоји обавеза да се сачува слободна четвртина за завештајна располагања, таква обавеза не постоји код заједничког завештања. Управо због тога се у аустријској литератури истиче да Аустријанци у пракси радо комбинују сачињавање уговора о наслеђивању и заједничког тестаментa.¹⁰³⁹ Исто тако, уговорни легатар стиче право на објекту легата већ у тренутку смрти уговорног оставиоца, док испорукопримац, одређен заједничким завештањем, стиче право потраживања на легираној ствари тек после смрти другог завештаоца.¹⁰⁴⁰

Разлике постоје и на плану формалних захтева. Према већинском ставу у науци, заједнички тестамент може да се сачини у било којој приватној или јавној, редовној, ванредној или изузетној форми тестаментa, јер општи прописи о форми тестамената важе и у погледу заједничких завештања.¹⁰⁴¹ Да овај став има своје упориште и у легислатури а не само у литератури, сведочи пример Немачког грађанског законика, који га прихвата у потпуности.¹⁰⁴² Према другом гледишту, брачни другови би заједнички могли да изразе своју последњу вољу само у некој од форми редовних тестамената,¹⁰⁴³ односно заједничко завештање не може да буде сачињено у форми усменог завештања. Истиче се да због усмених изјава воље завешталаца које неминовно морају да следују једна за другом, не би могао

¹⁰³⁸ М. М. Јовичић, 4-5.

¹⁰³⁹ W. Zankl, 66.

¹⁰⁴⁰ М. М. Јовичић, 11.

¹⁰⁴¹ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 84; Ј. Марковић, 287; А. Ђорђевић, 53; Б. Б. Благојевић, 208; А. Rušnov, 54, 635; Н. Стојановић (2007), 199.

¹⁰⁴² Пар. 2247, пар. 2266 НГЗ у вези са пар. 2249 и 2250 НГЗ и пар. 2267 НГЗ; L. Michalski, 82; S. Edenfeld, 241; T. Helms, 23; M. Reimann, J. Zekoll, 284. Ово решење је ипак критиковано у делу немачке науке, па се предлаже или да се заједничко завештање изопшти из немачког правног система, или да се по узору на уговор о наслеђивању пропише обавезност његовог сачињавања у форми нотарског записа. A. Röthel, 165.

¹⁰⁴³ М. Тороман, 190.

да се оствари захтев за јединством изјављених воља у једном акту, па би се у том случају радило о два засебна, истовремено сачињена тестаментa.¹⁰⁴⁴ У праву шпанске покрајине Навара, заједничко завештање није могуће сачинити у форми својеручног тестаментa.¹⁰⁴⁵

И поред доктринарних и законодавних размимоилажења око форме у којој може да се сачини заједнички тестамент, од суштинског значаја је подвући да заједничко завештање не представља никакву посебну форму, нити облик завештања, већ да се оно увек сачињава у једној од постојећих форми у којима иначе може да се изјави последња воља. Дакле, разлика дефинисана у погледу потребне форме за сачињавање завештања и закључење уговора о наслеђивању, важи и када се пореде заједнички тестамент и уговор о наслеђивању. Заједничко завештање је по правилу могуће сачинити у свим формама у којима је могуће саставити и обичан тестамент, док се уговор за случај смрти може закључити само у форми јавне исправе, тј. у форми јавнобележничког записа.

Но, могуће је да се и поред свих наведених критеријума, суд у конкретном случају нађе у недоумици да ли правни посао који се пред њим нашао представља заједнички тестамент или уговор о наслеђивању. Стога, у случају сумње да ли одређени правни посао за случај смрти сачињен између супружника представља заједнички тестамент или уговор о наслеђивању, треба узети да је реч о заједничком завештању, јер оно мање ограничава супружнике у њиховим правима пошто је за разлику од уговора увек опозиво, те оставља брачним друговима већу аутономију у располагању имовином.¹⁰⁴⁶

4.3. Однос уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању

„Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га,

¹⁰⁴⁴ М. М. Јовичић, 6; А. Ђорђевић (1903), 53; С. Бранковић, 4.

¹⁰⁴⁵ J. D González Campos, 443.

¹⁰⁴⁶ А. Рушнов, 635; С. Бранковић, 6; М. М. Јовичић, 12.

као накнаду за то издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани.¹⁰⁴⁷

У анализи односа уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, треба поћи од елементарне чињенице да иако и један и други контракт представљају двостране правне послове, односно индивидуалне именоване уговоре, први представља наследноправни уговор, док је други облигационоправни уговор. То значи да чињеница смрти има различит значај код ова два правна посла, тј. да постоји значајна разлика у правном основу стицања права између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању. Код уговора за случај смрти, наследник стиче заоставштину због чињенице оставиоачеве смрти (дакле, по основу наслеђивања), док код уговора о доживотном издржавању, давалац стиче добра умрлог примаоца као противнакнаду за издржавање које је давао, те иако добра обухваћена уговором стиче у тренутку примаоачеве смрти, смрт није правни основ тог стицања, већ је само одложни рок за који се везује стицање права предвиђених уговором.¹⁰⁴⁸ Због рога, за разлику од даваоца из уговора о доживотном издржавању, који своја права на добрима примаоца издржавања може да обезбеди уписом у јавне регистре, уговорни наследник ово право нема. Разлог томе је што је уговор о доживотном издржавању облигационоправни уговор, којим се прималац обавезује даваоцу издржавања да ће му се тренутком његове смрти предати одређене ствари и права, док је уговор о наслеђивању наследноправни уговор, код кога уговорни наследник све до оставиоачеве смрти има само наследну наду.¹⁰⁴⁹

То даље значи да ови уговори производе различите правне последице према трећим лицима. Док се уговорни наследник јавља као учесник у оставинском поступку, давалац из уговора о доживотном издржавању, почевши од тренутка примаоачеве смрти, без спровођења оставинске расправе стиче уговорене ствари и права, те је овлашћен да се на основу уговора о доживотном издржавању, као правног основа, укњижи као сопственик непокретности и у јавном регистру.

¹⁰⁴⁷ Члан 194. став 1. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁰⁴⁸ Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb 2008, 435, фн. 43.

¹⁰⁴⁹ Члан 199. Закона о наслеђивању Србије; Д. Ђурђевић (2009), 204; Т. Ђурђић-Милошевић, 519.

Најзад, уговорни оставилац може да отуђи објекат уговора о наслеђивању правним пословима међу живима, док прималац издржавања нема право да располаже уговореним правима.¹⁰⁵⁰ Ако би прималац издржавања и поступио супротно овој обавези и нанео штету даваоцу издржавања тако што би отуђио добра која представљају предмет његове уговорне обавезе, давалац издржавања би могао да супротстави примаочевим правним следбеницима своје право на стварима које су објекат уговора о доживотном издржавању.

Из претходно реченог проистиче да је уговор о доживотном издржавању који се закључује према општим правилима имовинског права увек правни посао *inter vivos*, док је уговор о доживотном издржавању који се закључује према правилима Закона о наслеђивању правни посао међу живима у погледу обавезе даваоца, а правни посао за случај смрти у погледу обавезе примаоца издржавања, тј. мешовити правни посао. Са друге стране, уговор о наслеђивању је правни посао *mortis causa* када је добротин, а ако је теретан, тада у погледу обавеза уговорног наследника производи и правна дејства *inter vivos*, чиме се веома приближава уговору о доживотном издржавању.¹⁰⁵¹ То даље значи да је уговор о доживотном издржавању увек теретан правни посао (јер ако није, може да буде поништен као симулован уговор), док је уговор о наслеђивању по правилу добротин правни посао, али у неким правима постоји могућност и да буде онерозан. Последишно, уговор о доживотном издржавању је увек алеаторан, док је уговор о наслеђивању комутативан - када је добротин, али може да буде и алеаторан - када је теретан и када је реципрочан. Међутим, за разлику од уговора о доживотном издржавању, уговор о наслеђивању је двоструко алеаторан. Не само да у тренутку његовог закључења није познат крајњи однос узајамних давања, већ није познато ни то да ли ће уговорни наследник уопште нешто наследити.¹⁰⁵²

Најтешња веза између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању постоји у мађарском праву, где су ова два института заправо спојена у једну јединствену установу. Иако у мађарском праву постоји и уговор о доживотном издржавању као засебан институт, он је упоредив са уговором о доживотном издржавању који се у српском праву закључује према општим

¹⁰⁵⁰ Н. Суботић, 46.

¹⁰⁵¹ N. Subotić-Konstantinović (1978a), 557.

¹⁰⁵² J. Gauthier (1955), 121.

правилима имовинског права, док се уговор о наслеђивању мађарског права може упоредити са уговором о доживотном издржавању који је регулисан нашим Законом о наслеђивању. Према секцији 665. ранијег Мађарског грађанског законика, уговором о наслеђивању “завешталац се обавезује, да у замену за издржавање или доживотну ренту, одреди даваоца издржавања за свог наследника.”¹⁰⁵³ И нови Мађарски грађански законик из 2014. године предвиђа обавезу уговорног наследника да у замену за целину или део заоставштине коју му оставља уговорни оставилац, издржава оставиоца и пружа му потребну негу.¹⁰⁵⁴ Разлика у мађарском праву између уговора о наслеђивању, са једне стране, и уговора о доживотном издржавању или уговора о доживотној ренти, са друге стране, састоји се у тренутку у коме наследник, односно давалац издржавања стиче своја права. Давалац издржавања постаје титулар права тренутком закључења уговора, а уговорни наследник, који стиче субјективно наследно право у замену за издржавање или ренту коју даје уговорном оставиоцу, стиче своја права тек тренутком смрти уговорног оставиоца.¹⁰⁵⁵

Још једна значајна сличност између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању се огледа у томе што је реч о строго формалним правним пословима, који се закључују у форми јавне исправе.¹⁰⁵⁶ Оба правна посла су каузална, али су њихове каузе различите. Док се кауза уговора о наслеђивању огледа у постављању наследника и располагања заоставштином или њеним делом у корист једног лица, код уговора о доживотном издржавању, прималац издржавања преноси тачно одређена права из своје имовине на даваоца,

¹⁰⁵³ Z. Csehi, 185-186.

¹⁰⁵⁴ J. Салма, 64.

¹⁰⁵⁵ Adam Vas, Prestanak ugovora o doživotnom uzdržavanju (i doživotnoj renti) u mađarskom i jugoslavenskom pravu, *Odvjetnik 1-2/1976*, 9. У мађарском праву постоји дистинкција између уговора о доживотном издржавању, који производи правна дејства тренутком закључења (када се у земљишним књигама евидентира обавеза даваоца издржавања према примаоцу издржавања, као лицу које је преносилац права на покретностима на даваоца) и уговора о доживотном издржавању, који производи правна дејства тек смрћу примаоца издржавања. Ова разлика производи двоструке правне последице. Најпре, за разлику од првог модалитета овог уговора (који се у српском праву закључује према општим правилима имовинског права), који се сматра облигационоправним уговором, на други модалитет (који познаје и наш Закон о наслеђивању) се примењују правила наследног права, али давалац издржавања, за разлику од наследника, не стиче субјективно наследно право тренутком смрти примаоца, већ само право потраживања према његовим наследницима. Z. Csehi, 185.

¹⁰⁵⁶ Чланом 195. Закона о наслеђивању Србије је предвиђено да уговор о доживотном издржавању, под претњом ништавости мора да буде закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.

да би од њега добио издржавање, негу, бригу и старање и да би га давалац после смрти сахранио. И један и други контракт су уговори *intuitu personae*.

Међутим, између ова два правна посла постоје и значајне разлике. Предмет уговора о наслеђивању може да буде како постојећа, тако и будућа имовина уговорних страна. С друге стране, предмет уговора о доживотном издржавању могу да буду само тачно одређена добра која су постојала у тренутку закључења уговора.¹⁰⁵⁷ У том смислу, објекат уговора о доживотном издржавању не може да буде подвргнут замени према правилима о реалној суброгацији, али такво правило не важи за уговор о наслеђивању који је основ за универзалну сукцесију.¹⁰⁵⁸ Ипак, ако би се радило о уговорном легату, чини се да би требало применити иста правила као и код уговора о доживотном издржавању, односно, да не би требало допустити реалну суброгацију на стварима чија предаја представља предмет уговора.¹⁰⁵⁹

Осим ове начелне, постоје још неке разлике у погледу садржине предмета ових уговора. Док предмет уговора о доживотном издржавању може да буде ограничен само на бригу и негу примаоца издржавања, без материјалних престација, не само да овакве чинидбе не могу да буду искључиви предмет уговора о наслеђивању, већ је у теретним уговорима за случај смрти, издржавање у новцу или у давању природних плодова незаобилазна престација уговорног наследника.¹⁰⁶⁰ Најзад, за разлику од уговора о доживотном издржавању, где се каже да „ако што друго није уговорено, обавеза издржавања нарочито обухвата обезбеђивање становања, хране, одеће и обуће, одговарајућу негу у болести и старости, трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе“,¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ О. Антић, З. Балиновац, 495; L. Dujmov, 103; A. Vas, 10. Поједини аутори ову чињеницу сматрају недостатком уговора о доживотном издржавању. Д. Ђурђевић (2009), 205. Члан 194. став 2. Закона о наслеђивању Србије: „Прималац издржавања уговором може обухватити само ствари или права постојећа у тренутку закључења уговора.“ Погрешна формулација, како предмет овог уговора може да буде и будућа имовина, налазила се у члану 122. ст. 6. Савезног закона о наслеђивању из 1955. године. Из тог разлога се аргументовало да уговор о доживотном издржавању на начин на који је прописан Законом о наслеђивању, поседује све суштинске елементе уговора о наслеђивању. Зоран Гичић, Правно дејство једностраног отуђења имовине која је обухваћена уговором о доживотном издржавању, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 1/1966, 20.

¹⁰⁵⁸ Д. Ђурђевић (2009), 204-205.

¹⁰⁵⁹ Чл. 1038. Француског грађанског законика; Cass. civ. 23 mars. 1841, S. 1841.1.298), F. Terré, Y. Lequette, 443, фн. 3.

¹⁰⁶⁰ Z. Csehi, 185-186.

¹⁰⁶¹ Члан 194. став 3. Закона о наслеђивању Србије.

предмет уговора о наслеђивању никада није прецизиран законом. Разлог томе је у различитим каузама једног и другог уговора, односно законодавчевој тежњи да нормирањем минимума даваочевих обавеза према примаоцу (ако би уговорне стране пропустиле саме да уреде предмет уговора о доживотном издржавању) заштити примаоца, јер је он најчешће лице позних година и релативно лошег здравља, па и материјалног стања.¹⁰⁶²

Из разлике у предмету ова два контракта, проистиче још један закључак. Док уговор о наслеђивању може да буде основ и за универзалну и за сингуларну сукцесију (независно од тога да ли је уговорни наследник обавезан да издржава уговорног оставиоца), једнострано обавезујући или двострано обавезујући контракт, уговор о доживотном издржавању је увек основ за сингуларну сукцесију (ствари и права које су предмет уговора морају да буду појединачно наведене) и увек је двострано обавезујући правни посао.¹⁰⁶³ Следствено томе, док је уговор о доживотном издржавању уговор са трајним извршењем престација, то по правилу није случај са уговором о наслеђивању, осим ако није уговорена и дужност уговорног наследника да издржава уговорног оставиоца или неко треће лице, или да им плаћа доживотну ренту.¹⁰⁶⁴

Постоји још једна разлика између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању. Док први представља најјачи основ позивања на наслеђе и дерогира како важење норми законског наслеђивања, тако и сва сачињена завештања уговорног оставиоца, уговор о доживотном издржавању не утиче ни на законско, ни на завештајно наслеђивање, већ утиче само на састав заоставштине, јер се све оно што је предмет уговора о доживотном издржавању изузима из оставинске масе.¹⁰⁶⁵ Због тога се предност уговора о наслеђивању у односу на уговор о доживотном издржавању састоји у томе што се њиме не дира у нужни део нужних наследника¹⁰⁶⁶ Дакле, нужни наследници уговорног оставиоца могу да траже заштиту свог нужног дела, док то није случај са нужним наследницима примаоца из уговора о доживотном издржавању.

¹⁰⁶² Miloš Stanković, Ugovor o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu – Zaštita primaoca izdržavanja, *Pravni život* 10/2010, 979-981.

¹⁰⁶³ N. Gavella, V. Belaj, 435; T. Đurđić-Milošević, 518.

¹⁰⁶⁴ T. Đurđić-Milošević, 518-519.

¹⁰⁶⁵ L. Dujmov, 109.

¹⁰⁶⁶ D. Micković, A. Ristov (2013), 453-454; N. Stojanović (2003), 177.

Давалац из уговора о доживотном издржавању обично не одговара за примаочеве дугове (иако може да буде уговорена даваочева одговорност за примаочеве дугове који постоје у тренутку закључења уговора, али не и за оне дугове који ће постојати у моменту примаочеве смрти), док уговорни наследник одговара за дугове уговорног оставиоца, независно од тога да ли је конкретни уговор о наслеђивању теретан или доброчин.¹⁰⁶⁷ Све је ово последица чињенице да је уговор о наслеђивању наследноправни уговор и основ позивања на наслеђе, док уговор о доживотном издржавању представља облигационоправни уговор са извесним наследноправним последицама.

Најзад, као и уговор о наслеђивању, који само уговорни наследник може да закључи преко законског или вољног заступника ако уговор није реципрочан, примаоци издржавања могу да закључе уговор о доживотном издржавању преко пуномоћника (ако је издато специјално пуномоћје у форми која се тражи и за уговор који се закључује), а ако су потпуно или делимично пословно неспособни, могу да закључе уговор о доживотном издржавању и преко законских заступника и уз одобрење органа старатељства. Међутим, за разлику од правила која важе за уговорног оставиоца, која варијају од једног до другог правног поретка, уговор о доживотном издржавању у српском праву не може да закључи потпуно пословно неспособно лице као давалац издржавања, чак ни преко законског заступника.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁷ Дејан Мицковић, Ангел Ристов, *Реформите во наследното и семејното право и ингеренциите на нотарите*, Нотариус бр. 19/2011, 72; Н. Суботић, 46. „Уговор о доживотном издржавању није уговор о наслеђивању, него уговор о отуђењу уз накнаду свих непокретних и покретних ствари које припадају примаоцу издржавања у време закључења уговора, или одређеног дела тих ствари, које морају бити наведене у уговору, чија је предаја даваоцу издржавања одложена до смрти примаоца издржавања. Стога давалац издржавања не одговара за дугове примаоца, после његове смрти, изузев ако је то било уговорено у уговору о доживотном издржавању. Сви дугови примаоца издржавања – оставиоца, терете наследнике, уколико има наследника и уколико има имовине која није обухваћена уговором о доживотном издржавању, и то само до висине вредности наслеђене имовине.“ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1бр. 163/99 од 20. 04. 2000. године, наведено према: Слободан Панов, Балша Кашћелан, Милош Станковић, *Наследно право – практикум*, Београд 2012, 267.

¹⁰⁶⁸ О. Антић (2014), 353; М. Stanković (2010), 970.

4.4. Однос уговора о наслеђивању и уговора о уступању и расподели имовине за живота

Уговор о уступању и расподели имовине за живота је уговор којим предак уступа и раздељује имовину својим потомцима који ће у конкретном случају бити његови законски наследници и евентуално свом супружнику, а они се са уступањем саглашавају.¹⁰⁶⁹

Значајан део аргументације који је коришћен у поређењу уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, важи и када је реч о компарацији уговора о наслеђивању и уговора о уступању и расподели имовине за живота, посебно када уступилац за себе задржи право доживотног издржавања.¹⁰⁷⁰ И један и други институт представљају двостране правне послове, односно именоване индивидуалне уговоре *intuitu personae*, јер је круг субјеката уговора о уступању и расподели имовине за живота одређен самим законом. За разлику од уговора о доживотном издржавању, субјекти уговора о уступању и расподели имовине за живота су „нужно одређени“, односно, прецизирани већ самим законом и ограничени на уступичевог супружника и његове потомке који се у конкретном случају позивају на наслеђе као интестатски наследници.¹⁰⁷¹ У том погледу је уговор о наслеђивању у оним правним системима у којима је његово закључивање доступно свим лицима сличан уговору о доживотном издржавању, а у оним правним порецима у којима је круг његових потенцијалних контрахената ограничен, сличан је уговору о уступању и расподели имовине за живота.

И уговор на случај смрти и уговор о уступању и расподели имовине за живота су каузални, при чему је циљ уступичоца да већ за живота уступи и расподели имовину својим потомцима, односно изврши антиципирано

¹⁰⁶⁹ Чл. 183. и 189. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁰⁷⁰ Члан 188. став 1. Закона о наслеђивању Србије: „При уступању и расподели, уступилац може за себе или свог брачног друга, или за обоје, или за ког другог задржати право уживања на свим или неким уступљеним добрима, може уговорити доживотну ренту у стварима или новцу, доживотно издржавање или какву другу накнаду.“ У немачком праву се уговор о наслеђивању и уговор о доживотном издржавању веома ретко комбинују, јер уговорни наследник никада не може да буде сигуран да уговорни оставилац неће располагати објектом уговора и тако умањити своју заоставштину. Када уговорни оставилац већ има потребу за издржавањем, тада се у пракси чешће прибегава комбинацији уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању, јер се уговором о уступању и расподели, на лица која имају обавезу издржавања, добра преносе већ током уступичевог живота. L. Michalski, 91.

¹⁰⁷¹ С. Панов (2009), 108.

наслеђивање. Оба уговора су строго формална и по правилу се закључују у форми јавнобележнички обрађеног записа.¹⁰⁷² Такође, чини се да оно што је речено у погледу могућности да уговорне стране буду заступане код уговора за случај смрти и уговора о доживотном издржавању, на исти начин важи и када је реч о уговору о наслеђивању и уговору о уступању и расподели имовине за живота.

Обзиром да је уговор о наслеђивању наследноправни уговор, а уговор о уступању и расподели имовине за живота облигационоправни уговор, основна разлика између два уговора састоји се у томе, што за разлику од уговора о наслеђивању, смрт није *conditio sine qua non* за пуноважност и наступање правних дејстава уговора о уступању и расподели имовине за живота. Она је код овог другог контракта од значаја утолико што се обзиром на тренутак делације уступиоца утврђује да ли су уступањем и расподелом обухваћени сви потомци који би у конкретном случају били законски наследници.¹⁰⁷³ Другим речима, без наступања смрти, уговор о наслеђивању не може ни да почне да производи своја правна дејства (или не може да произведе сва своја правна дејства ако је онерозан), док тек наступањем чињенице смрти може да се утврди да ли ће уговор о уступању и расподели имовине за живота дефинитивно произвести, односно задржати своја правна дејства, или ће бити конвертован у уговор о поклону.¹⁰⁷⁴

Уговор о наслеђивању је дакле, правни посао *mortis causa* када је доброчин, односно мешовити уговор када је теретан, док је уговор о уступању и расподели имовине за живота правни посао *inter vivos*. Међутим, за разлику од уговора о доживотном издржавању, који је увек теретан, уговор о уступању и расподели имовине за живота је по правилу доброчин, али може да буде и теретан, ако уступилац у складу са чланом 188. Закона о наслеђивању Србије, за себе и(ли) свог брачног друга задржи право плодуживања на уступљеној имовини, или уговори право на доживотно издржавање или доживотну ренту. У том погледу постоји сличност између уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о наслеђивању, јер су оба контракта по правилу лукративна,

¹⁰⁷² Чланом 184. Закона о наслеђивању Србије је прописано да под претњом ништавости, уговор о уступању и расподели имовине за живота мора да буде закључен у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.

¹⁰⁷³ С. Панов (2009), 105.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

иако могу да буду и онерозни. Исто тако, када су доброчини, оба уговора су комутативна, а када су теретни, оба уговора су алеаторна.

Неки аутори тврде да се уговор о уступању и расподели имовине за живота приближава наследноправним уговорима по томе што „има за предмет одрицање од евентуалног будућег наследног права на одређеној имовини (по правилу уз накнаду и уз сагласност законом одређених лица).“¹⁰⁷⁵ Овај закључак се не може прихватити. Прво, не само да не долази до каквог одрицања од будућег наследног права, већ се у случају одсуства сагласности потомка који је постао наследник са уступањем и расподелом претка, односно необухватањем супружника уступањем и расподелом, уступљени и расподељени делови уступиочеве имовине осталим наследницима, односно потомцима, сматрају поклоном.¹⁰⁷⁶ Друго, предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота мора да буде само она имовина коју је уступилац имао у тренутку закључења уговора,¹⁰⁷⁷ док предмет уговора о наслеђивању може бити и заоставштина, односно, имовина коју уговорни оставилац стекне након закључења уговора о наслеђивању.

Уговорни наследници увек одговарају за дугове уговорног оставиоца до висине вредности наслеђене заоставштине, док „потомци између којих је уступилац поделио своју имовину не одговарају за његове дугове ако шта друго није уговорено.“¹⁰⁷⁸ Најзад, док уговором о наслеђивању не може да буде повређен нужни део нужних наследника, уступљена имовина не улази у састав уступиочеве заоставштине и из ње се не могу намирити нужни наследници, али права нужних наследника код овог уговора зависе и од тога да ли се са уступањем и расподелом сагласио неки потомак који је постао наследник, односно да ли је уступањем и расподелом обухваћен супружник.¹⁰⁷⁹

4.5. Однос уговорног легата и поклона за случај смрти

¹⁰⁷⁵ Т. Đurđić-Milošević, 521.

¹⁰⁷⁶ Члан 187. и члан 189. став 2. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁰⁷⁷ Члан 185. Закона о наслеђивању: „Уговор може обухватити само уступиочеву имовину која постоји у часу уступања и расподеле, у целини или делимично; Ништава је одредба уговора која предвиђа расподелу добара која ће се затећи у уступиочевој заоставштини.“

¹⁰⁷⁸ Члан 190. став 1. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁰⁷⁹ Чланови 184. став 2., 186., 187. и 189. став 2. Закона о наслеђивању Србије.

Уговорни легат представља одредбу у уговору о наслеђивању, или чини искључиву садржину уговора за случај смрти, којом један уговарач (уговорни оставилац) оставља свом сауговарачу (уговорном наследнику) или трећем лицу, једно или више тачно одређених ствари или права из своје заоставштине. Поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*) је добротине правни посао, којим се једно лице (поклонодавац) обавезује да, без накнаде, пренесе на неко друго лице (поклонопримца) уговорену ствар или право након своје смрти и под условом да га поклонопримац надживи.

На први поглед, између уговорног легата и поклона за случај смрти нема значајних разлика, што је уосталом став који је заузет у многим легислатурама и у правној науци. Следећи законску формулацију пар. 2301. ал. 1. Немачког грађанског законика, може се извући закључак о изједначавању поклона за случај смрти и уговорног легата: „На обећање поклона које се даје под условом да поклонопримац надживи поклонодавца, примењују се одредбе које се односе на располагања за случај смрти.“ Према схватањима у француској науци, поклон за случај смрти има за предмет имовину коју поклонодавац поседује у тренутку закључења овог уговора, или коју ће поседовати у тренутку смрти, што није ништа друго до будућа имовина која је уједно предмет једног од два облика уговорног наслеђивања у француском праву (*les donations des biens à venir*).¹⁰⁸⁰ Слично је у швајцарском праву, у коме поклон за случај смрти „важи као једна врста споразума о наслеђивању“, па се и на једну и на другу врсту уговора примењују идентични услови, како за материјалну, тако и за формалну пуноважност.¹⁰⁸¹

У литератури се истиче да је „поклон за случај смрти чист уговорни легат“,¹⁰⁸² односно, да су правна дејства поклона за случај смрти „блиска онима које производи именовање легатара путем уговора о наслеђивању“, а да се то види и по томе што се правила Швајцарског законика о облигацијама, која се односе на уговорну способност, форму, слободу располагања, раскид и ништавост уговора, једнако примењују и на поклон за случај смрти и на уговор о наслеђивању.¹⁰⁸³ У

¹⁰⁸⁰ М. Ђурђевић (2011), 245.

¹⁰⁸¹ М. Ђурђевић (2011), 246.

¹⁰⁸² Р. Piotet, 55.

¹⁰⁸³ Р. Н. Steinauer (2006), 314.

јужноафричком праву, уз завештајне одредбе у предбрачном уговору, поклон за случај смрти представља једну од две допуштене врсте уговора о наслеђивању.¹⁰⁸⁴ У мађарској науци се наводи да су за разлику од уговора о наслеђивању, чији предмет по правилу представља целокупна заоставштина или њен аликвотно одређени део, предмет поклона за случај смрти само одређена добра, на основу чега „он (поклон за случај смрти – примедба М. С.) може да има само функцију легата.“¹⁰⁸⁵ Како због чињенице да се форма предвиђена за тестамент примењује на поклон за случај смрти, тако и због сличности појединих завештајних располагања са овим институтом, поклон за случај смрти спада у групу правних послова који се у холандској јуриспруденцији називају „квази-легатима“.¹⁰⁸⁶ Ако оваква сличност постоји између класичних легата и *donatio mortis causa*, чини се да она у поређењу уговорних легата и поклона за случај смрти, практично доводи до њихове истоветности.

Са друге стране, уговорни легати нису допуштени у Аустријском грађанском законнику, али се аустријски законодавац определио за поклон за случај смрти, који је практично сасвим изједначен са уговорним легатом и по правно-политичком циљу чије му је остварење поверено и по условима потребним за његов настанак и пуноважност. Према томе, ако би објекат уговора било неко тачно одређено право, ствар или новчани износ, такав правни посао би према пар. 1250 АГЗ представљао поклон за случај смрти и био би једнострано опозив, баш као и испорука.¹⁰⁸⁷ Да би се поклон за случај смрти сматрао испоруком, потребно је да буде закључен у било којој форми завештања, па макар и у усменој.¹⁰⁸⁸ Да би у аустријском праву поклон за случај смрти имао карактер уговора а не испоруке, потребно је да буде неопозив и да о томе буде предата писмена исправа поклонопримцу. По дужности поклонодавца да поклонопримцу

¹⁰⁸⁴ *McAlpine v Mc Alpine NO and Another* 1997 (1) SA 736 (A) at 750B per Corbett CJ, наведено према: D. Hutchinson (2007), 237, фн. 52; M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 214. Поклон за случај смрти у јужноафричком праву представља „некласичан тип уговора о наслеђивању“, јер његове одредбе непосредно производе правна дејства за случај смрти, док се „класичним уговорима о наслеђивању“ наследноправне последице производе посредно, односно, њима се утиче на садржину завештања. D. Hutchinson (2007), 237.

¹⁰⁸⁵ Z. Csehi, 189.

¹⁰⁸⁶ Wilbert D Kolkman, Testamentary Formalities in the Netherlands, *Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011, 160.

¹⁰⁸⁷ S. Marković (1978a), 308; A. Rušnov, 423, 636.

¹⁰⁸⁸ A. Rušnov, 423.

преда писмену исправу о неопозивости поклона, разликују се и поклон за случај смрти и поклон међу живима, јер се код ове друге врсте даровања подразумева да је поклон *inter vivos* једнострано неопозив.¹⁰⁸⁹

Начин на који је параграфом 568 Српског грађанског законика био дефинисан поклон за случај смрти, указује да ни наша кодификација није правила скоро никакву разлику између овог института и испоруке: „Поклон на случај смрти учињени сматра се као легат или испорука, и по томе ће се и судити.“¹⁰⁹⁰ Да би се радило о *donatio mortis causa*, а не о поклону међу живима, било је потребно да се уговор изврши после смрти поклонодавца, дакле да има исто правно дејство као и завештање по узору на које се и сачињавао, што значи „да се такав поклон може по вољи и порицати, и мењати, као и завештаније, јер су једне исте природе.“¹⁰⁹¹ Ако се при томе узме у обзир параграф 780 Српског грађанског законика,¹⁰⁹² између уговорног легата и поклона за случај смрти не би могла да направи разлика ни у формалном смислу. Сличан закључак је могуће извести и из једног запажања које Томовић даје у погледу црногорског обичајног права. Он констатује да се у народу не прави никаква разлика између поклона за случај смрти и легата, јер се они услед свог доброделиног карактера и од самих завешталаца, односно поклонодаваца, „сматрају као поклон“, независно од форме у којој се чине.¹⁰⁹³ Исто тако, „ако би се десило да је обдареник још за живота даривачева изјавио да прима поклон који му се даје, па било то писмено или

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ Параграф 469 Српског грађанског законика: „Кад завешталац у своме тестаменту или дометку, једну или више ствари поименце остави једном или другом н. пр. баштину, кућу, њиву, ливаду, покућанство, коња, вола, краву, лес, рушадину, накит, серсан, оружје или оволико или онолико новаца и т. д., онда се та ствар сматра као поклон или особита испорука или легат.“

¹⁰⁹¹ Д. Матић, 775. Наша кодификација из 19. века је и на примеру овог института непотпуно и недовољно добро следила свој изворник, јер је у параграфу 956. тачка 1. Аустријског грађанског законика било наведено да ће поклон, који испуњава прописане формалности и чије испуњење треба да се изврши тек по поклонодавчевој смрти, важити као испорука. У тачки 2. истог параграфа, коју је Јован Хацић испустио, било је означено да ће се такав поклон сматрати уговором само ако је поклонопримац на њега пристао и ако се поклонодавац изричито одрекао права на његов опозив и ако је о томе предао писмену исправу поклонопримцу. Читајући одредбе Српског грађанског законика, проистиче да се нису тражили услови да поклонопримац на поклон пристане, као ни то да се поклонодавац одрекао права да поклон за случај смрти опозове, иако није било препреке да се према општим правилима уговорног права и ови додатни услови уговоре. Д. Аранђеловић, М. Беговић, 152. Међутим, остаје евидентна разлика да је у начелу, у аустријском праву поклон за случај смрти неопозив, док је у предатном српском праву био опозив.

¹⁰⁹² Параграф 780 Српског грађанског законика: „Кад би муж и жена такав међу собом уговор учинили, којим један другом своје имање по смрти остављају, онда уговор такав, ако ће силу и важност да има, треба онако начинити као што пропис за тестаменте гласи.“

¹⁰⁹³ Б. С. Томовић, 102-103.

усмено, тада ће и одредбе о уговорима за наслеђе на случај смрти важити и овде.¹⁰⁹⁴

Очигледно, уговорни легат и поклон за случај смрти имају многе сличности. И један и други представљају двостране, индивидуалне, именоване уговоре *intuitu personae*. За њихово пуноважно закључење захтева се пословна способност, а не активна завештајна способност.¹⁰⁹⁵ По својој правној природи, поклон за случај смрти је правни посао *mortis causa*, док уговор о наслеђивању може бити и правни посао за случај смрти и мешовити правни посао, али у сваком случају, уговорни оставилац и поклонодавац све до смрти остају титулари права којима располажу у корист наследника, односно поклонопримца. То значи да они тим правима слободно могу да располажу све до своје смрти.¹⁰⁹⁶ Једино ограничење које је, по узору на немачко право, било прихваћено и у предратном српском праву, тицало се неважности располагања објектом уговора од стране уговорног оставиоца, односно поклонодавца, које би било учињено са злом намером, у циљу спречавања да уговор произведе правно дејство. Сматрало се да у таквим случајевима поклонопримац има право да тражи накнаду штете према заоставштини, односно да је уговорни наследник могао да тражи поништење учињених добротних располагања због којих је уговор о наслеђивању фактички остао без дејстава.¹⁰⁹⁷ Како и код једног и код другог уговора хонорисани не може да стекне уговорена добра пре смрти лица које располаже у његову корист, односно, како и уговорни легатар и поклонопримац морају да надживе уговорног оставиоца и поклонодавца да би уговори произвели правно дејство, они не могу да предузимају мере за обезбеђење својих права.¹⁰⁹⁸

Велика сличност између два правна посла постоји и у погледу њиховог предмета, односно објекта. У оба случаја је реч о тачно одређеним стварима и правима. Разлика ипак постоји. Док предмет поклона будућих ствари могу да

¹⁰⁹⁴ Б. С. Томовић, 103.

¹⁰⁹⁵ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 153.

¹⁰⁹⁶ *Ibid*; J. Gauthier (1955), 56.

¹⁰⁹⁷ А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95, фн. 3, 153.

¹⁰⁹⁸ Живојин М. Перић, *Грађанско право – о посебним уговорима I*, Београд 1928, 261-262; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 151; А. Rušnov, 422; Идентично гледиште је било заузето у војвођанском праву, о чему сведочи и судска пракса: К 5996/1917, наведено према: Збирка закона, министарских наредаба, уредаба и расписа, XVI/1936, 21-22, али и у позитивном мађарском праву, Z. Csehi, 188. Класичан поклон за случај смрти римског права предвиђа и нови Мађарски грађански законик, који је ступио на снагу 2014. године. а Захтев за његову пуноважност је да је поклонопримац надживео поклонодавца. Ј. Салма, 64-65

буду само тачно одређена добра која су постојала у тренутку закључења уговора, предмет уговорног легата могу да буду и ствари које ће се затећи у заоставштини уговорног оставиоца, ако их је могуће одредити уз помоћ неког критеријума (нпр. легат ствари одређених по роду).¹⁰⁹⁹

Између уговорног легата и поклона за случај смрти постоји сличност и у погледу неопходне форме за њихово закључење. Многа права, попут грчког, мађарског или холандског, за пуноважност *donatio mortis causa* захтевају форму нотарски обрађеног записа, независно од тога да ли су објекат поклона покретне или непокретне ствари.¹¹⁰⁰ У предратном српском праву, Перић је доследно заступао своје гледиште које је износио и поводом уговора о наслеђивању, па је наводио да поклон за случај смрти садржински треба да испуњава услове који се захтевају за поклон уопште, док у формалном смислу за његову пуноважност треба тражити исте услове као и за пуноважност тестамена.¹¹⁰¹ Како су се по Српском грађанском закону и уговори о наслеђивању закључивали у истој форми као и тестаменти, Перићево гледиште важи и за уговорне легате.

Међутим, да би се уочиле разлике између уговорног легата и поклона за случај смрти, потребно је указати на то да се у сваком правном систему захтева испуњење одговарајућих услова да би поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*) могао да произведе правно дејство. Да би поклон за случај смрти могао да настане у енглеском праву, потребно је да се испуни неколико услова. Прво, поклонодавац мора да га учини зависним од своје смрти, односно да нагласи да ће поклон производити правна дејства само под условом да он умре, а да ће му, у супротном, бити враћена поклоњена ствар. Други услов је да га је поклонодавац учинио у ишчекивању сопствене смрти. То очекивање не може бити засновано на свести да су сви људи неминовно смртни, већ мора да се темељи на околностима случаја, према којима он оправдано може да очекује да ће смрт наступити у блиској будућности и да му она неминовно предстоји. Трећи услов је да је поклонодавац „имао власт“ на ствари коју поклања и да је у „довољној мери“

¹⁰⁹⁹ J. Gauthier (1955), 56.

¹¹⁰⁰ Чл. 498. и чл. 2032. Грчког грађанског законика; *Basic concepts of Greek civil law*, translated and edited by Youlika Kotsovolou Masry, Athens 2005, 517; W. D Kolkman, 160. Z. Csehi, 188. У јужноафричком праву, да би поклон за случај смрти био пуноважан, потребно је да буде закључен у форми која се тражи за састављање тестамена. (*Meyer v Rudolph's Estate* 1918 AD 83), наведено према: С. Rautenbach, 23-24.

¹¹⁰¹ Ж.М. Перић (1923), 110.

предао поклоњену ствар поклонопримцу, и четврти услов је да ствар која се поклања треба да је подобна да буде објекат поклона за случај смрти.¹¹⁰² У енглеском праву *donatio mortis causa* је опозив све до поклонодавчеве смрти. Опозив ће наступити аутоматски ако се поклонодавац опорави од болести за коју је очекивао да ће довести до његове смрти, али он опозив може да учини и изричито ако поново успостави државину на ствари коју је поклонио, или о опозиву обавести поклонопримца. Поклон за случај смрти није могуће ревоцирати у форми завештања.¹¹⁰³

У јужноафричкој доктрини, да би поклон могао да се дефинише као *donatio mortis causa*, наводи се да је потребно да се испуне четири услова: да поклонопримац надживи поклонодавца; да га поклонодавац чини у ишчекивању своје скоре смрти; да га чини “из чистог алтруизма“ (*animo donandi*) и да поклонодавац може да га опозове у сваком тренутку.¹¹⁰⁴ Поклон за случај смрти постоји и у шкотском праву, али је у овом правном систему његова правна природа специфична. Ако је поклонодавчева жеља била да поклонопримац стекне право на неку корист *inter vivos*, али под условима неопозивости и да надживи онога ко му чини корист, тада је реч о поклону за случај смрти. Дакле, у шкотском праву, *donatio mortis causa* у себи садржи особине и легата и поклона међу живима.¹¹⁰⁵ У грчком праву се поклон за случај смрти сматра даром који је закључен под одложним условом, или да поклонопримац надживи поклонодавца, или да обе уговорне стране умру истовремено.¹¹⁰⁶ Према чл. 2033. Грчког грађанског законика, поклонодавац увек може да опозове поклон за случај смрти у форми нотарски обрађеног записа (јер је у тој форми уговор и закључен).¹¹⁰⁷

Полазећи од наведених критеријума, који верно следе традицију *donatio mortis causa* римског права, између уговорног легата и поклона за случај смрти је ипак могуће начинити неке разлике.

¹¹⁰² R. Kerridge (2009), 118-124; A. Burrows, 547. Слични захтеви су постављени и у америчком праву: Rossa F. Downing, Thomas F. Gowen, *A treatise on gifts causa mortis*, Chicago 1936. О наведеним условима исцрпно: Andrew Borkowski, *Deathbed gifts – The Law of Donatio Mortis Causa*, London 1999, 45-55, 63-105.

¹¹⁰³ R. Kerridge (2009), 125; A. Burrows, 548. Слично је у америчком праву: R. F. Downing, T. F. Gowen, 36-37.

¹¹⁰⁴ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 218.

¹¹⁰⁵ D. Hutchinson (2007), 242, 246.

¹¹⁰⁶ Чл. 2032. Грчког грађанског законика, Basic concepts of Greek civil law, translated and edited by Youlika Kotsovolou Masry, Athens 2005, 517.

¹¹⁰⁷ Basic concepts of Greek civil law, 517.

Основна разлика између ова два правна посла се састоји у томе што уговор о наслеђивању (па и уговорни легат) може по својој правној природи да буде и теретан и добротин (при чему је његов онерозни карактер правило у неким правима попут мађарског), док је *donatio mortis causa* увек добротин правни посао. Код уговора за случај смрти је могуће да се обе уговорне стране на нешто обавезују, док се код поклона за случај смрти обавезује искључиво поклонодавац, што значи да уговор о наслеђивању може да буде и једнострано обавезујући и двострано обавезујући уговор, док поклон за случај смрти може да буде само једнострано обавезујући контракт.¹¹⁰⁸ Следствено, уговор о наслеђивању може да буде комутативан или алеаторан, а *donatio mortis causa* само комутативан уговор.

Даље, док *donatio mortis causa* поклонодавац чини у скором ишчекивању сопствене смрти, уговорни легат може да буде закључен увек, независно од здравственог стања уговорног оставиоца.

Треће, за разлику од уговорног оставиоца, поклонодавац мора да буде држалац ствари на којој преноси државину на поклонопримца.¹¹⁰⁹ Такође, поклонопримац може да буде било које лице, док уговорни легатар у највећем броју правних система може да буде само супружник или неко лице из круга законских наследника (не рачунајући права, попут швајцарског и немачког, у којима је круг субјеката уговора о наслеђивању неограничен).

Најзад, суштинска разлика се састоји у томе што је за разлику од поклона за случај смрти, који мора да буде опозив све до смрти поклонодавца, уговорни легат по правилу неопозив, осим у случајевима који су изричито предвиђени законом, или у случајевима које би као *casus revocandi* у уговору предвиделе саме уговорне стране.¹¹¹⁰ Разлог због кога је поклон за случај смрти у јужноафричком праву допуштен, иако се сматра изузетком од забране закључења уговора о наслеђивању, управо лежи у чињеници што се њиме не ограничава нити искључује начело слободе завештања, јер је једнострано опозив.¹¹¹¹ Међутим, када је реч о престанку правних дејстава једног, односно другог правног посла,

¹¹⁰⁸ Ж. М. Перић (1928), 266; Z. Csehi, 232.

¹¹⁰⁹ R. Kerridge (2009), 126.

¹¹¹⁰ А. Ђорђевић (1903), 63. „Пошто је то легат, онда је завешталац, као и код других легата, овлашћен да поклон за случај смрти по својој вољи опозове.“ Д. Аранђеловић, М. Беговић, 152; М. Péter, 192.

¹¹¹¹ D. Hutchinson (1983), 231.

треба рећи да ексхередација или недостојност погађају само уговорног легатара, а не и поклонопримца, јер за разлику од уговорног легата, поклон за случај смрти не представља наследноправни, већ облигационоправни уговор.¹¹¹²

Док је легатар оставиочев сингуларни сукцесор, поклонопримац је поверилац у односу на оставиочеву (поклонодавчеву) заоставштину, чијом смрћу стиче једно облигационо право, право потраживања ствари која је објекат уговора о поклону, а што значи да се уговорни легатар као наследник намирује из заоставштине после поверилаца, па и после поклонопримаца.¹¹¹³ Наш предратни професор права и аутор коментара Грађанског законика, Димитрије Матић, наводио је да постоје четири врсте наслеђивања: „непосредно опште“; „посредно опште“; „непосредно делимично“; „посредно делимично“.¹¹¹⁴ Као пример непосредног делимичног наслеђивања, истицао је *donatio mortis causa*, док је за карактеристичан институт који осликава посредну делимичну сукцесију узео легат. По Матићевој класификацији, кључна разлика се састоји у томе што код поклона за случај смрти између поклонодавца и поклонопримца као наследника,¹¹¹⁵ не постоји никакво треће лице као посредник (*praesens praesenti dat*), док код легата увек постоји посредник, односно завешталац наређује наследнику да некоме преда тачно одређену ствар или право.¹¹¹⁶ Иако је Матић говорећи о испоруци очигледно имао у виду завештање, овај добар и прецизан критеријум диференцијације важи и за однос уговорног легата и поклона за случај смрти.¹¹¹⁷

На крају, треба рећи да поклонопримац никада не одговара за дугове поклонодавца, па ни када је реч о поклону за случај смрти, док је одговорност уговорног испорукопримца супсидијерна, тј. постоји само ако повериоци уговорног оставиоца не би могли да намире своја потраживања од његових универзалних сукцесора. Међутим, у обрачунску вредност заоставштине улази

¹¹¹² М. Péter, 193.

¹¹¹³ Ж. М. Перић (1928), 269; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 152-153; С. Марковић, 161.

¹¹¹⁴ Д. Матић, 536.

¹¹¹⁵ Несумњиво је да Матић и поклонопримца у поклону за случај смрти сматра наследником, што је још један аргумент у прилог тези која је наведена приликом анализе историјског развоја српског права, а према којој се и овим институтом могао одредити наследник, ако је постојала жеља једног лица да одреди себи сукцесора ван круга законских наследника.

¹¹¹⁶ Д. Матић, 537.

¹¹¹⁷ О тренутку стицања права уговорног легатара детаљније видети у седмом поглављу, тачки 3.4. овог рада.

како легирана, тако и поклоњена ствар, па право нужних наследника на нужни део не може да буде окрњено ни једном, ни другом врстом располагања.¹¹¹⁸

4.6. Однос уговорног легата и посмртног поклона

У српском позитивном праву поклон за случај смрти представља поклон којим се поклонодавац обавезује да се на поклонопримца пренесе уговорена ствар или право након његове смрти. Потребно је да испуњава све материјалне услове који се захтевају за пуноважност поклона међу живима и да буде закључен у форми јавне исправе, али се не захтева да поклонопримац мора да надживи поклонодавца.¹¹¹⁹ Треба дакле нагласити, да се у нашем позитивном праву под поклоном за случај смрти не подразумева *donatio mortis causa* римског права, већ један поклон *inter vivos* под одложним роком, који се у правној науци назива *donatio post mortem* или посмртни поклон, а који се од обичног поклона разликује само по томе што је његово извршење, односно предаја његовог предмета одложена за тренутак смрти поклонодавца.¹¹²⁰

Посмртни поклон је двострани правни посао који уговорне стране обавезује од часа његовог закључења и на основу кога поклонопримац има потраживање према поклонодавцу од тренутка постизања сагласности воља, али не може да тражи предају објекта поклона пре момента поклонодавчеве смрти.¹¹²¹ За разлику од уговорног легата, то је правни посао међу живима и у томе се види њихова прва значајна међусобна разлика.¹¹²² Док уговорни легатар, од тренутка закључења уговора о наслеђивању, па до смрти уговорног оставиоца има само једну наследну наду, поклонопримац има право које је стекао још тренутком

¹¹¹⁸ R. Kerridge (2009), 126.

¹¹¹⁹ М. Ђурђевић (2011), 249.

¹¹²⁰ М. Grimaldi, 347; М. Ђурђевић (2011), 250-251.

¹¹²¹ М. Ђурђевић (2011), 249-250.

¹¹²² „Али што се тиче даровања за случај смрти (*donatio mortis causa*), овај суд сматра да се такав правни посао не може изједначити с уговором о наслеђивању. Овај потоњи уговор спада у правне послове за случај смрти, док за даровање за случај смрти, упркос свом називу спада у правне послове међу живима, чији је учинак одгођен до часа смрти дародавца. Смрт дародавца овде је увјет или рок до којег је одгођен правни учинак иначе перфектног правног посла, док је код уговора о наслеђивању смрт диспонтан дио чињеничног стања, тј. правна чињеница без које правни посао није потпун. Према томе би и по Закону о наслеђивању даровање за случај смрти био дозвољен правни посао.“ Решење Врховног суда Хрватске Гж. 281/67 од 16.2.1967. године, Збирка судских одлука, књига 12, свеска 1, 17, 38.

закључења уговора, па ако и умре пре поклонодавца, његово право ће прећи на његове наследнике.¹¹²³ То значи, да за разлику од уговорне испоруке, где је предуслов да уговорни испорукопримац надживи уговорног оставиоца да би правни посао могао да произведе правна дејства, није предуслов за пуноважност посмртног поклона да поклонопримац надживи поклонодавца¹¹²⁴

Из тога произлази још једна значајна разлика. Уговорни оставилац који је стипулисао легат са испорукопримцем, не би могао да опозове своје располагање завештањем или каснијим уговором о наслеђивању са неким другим лицем, али би могао пуноважно да располаже легираном стварју правним пословима *inter vivos*.¹¹²⁵ То код посмртног поклона не би било могуће, јер је на поклоњеној ствари поклонопримац стекао право тренутком закључења уговора, али му је до тренутка поклонодавчеве смрти само одложена њена предаја.¹¹²⁶ Из тог разлога, поклонопримац може да захтева обезбеђење свог уговорног потраживања, а уговорни наследник и уговорни легатар на то немају право.¹¹²⁷

Donatio post mortem се од *donatio mortis causa* разликује по томе што је неопозив, осим у изузетним случајевима у којима је могућ и опозив поклона *inter vivos*.¹¹²⁸ Имајући у виду овакво одређење посмртног поклона у нашем праву, може се рећи да се његова разлика у односу на уговорни легат додатно смањује. Како се ни посмртни поклон, ни уговорни легат не морају чинити у ишчекивању сопствене смрти, линија њиховог разграничења остаје на чињеници да је за пуноважност уговорне испоруке потребно да уговорни легатар надживи уговорног оставиоца, што није случај код посмртног поклона. У том елементу уговорни легат има идентичну правну природу са класичним поклоном за случај смрти римског права, али га у односу на њега разликује чињеница да је начелно неопозив, баш као и посмртни поклон. Дакле, уговорни легат се по својој правној природи налази на средини између класичног поклона за случај смрти и посмртног поклона.

¹¹²³ Ж. М. Перић (1928), 267.

¹¹²⁴ М. Ђурђевић (2011), 251.

¹¹²⁵ Ж. М. Перић, 270, фн. 7.

¹¹²⁶ J. Gauthier (1955), 56-57.

¹¹²⁷ Т. Ђурђић-Милошевић, 523.

¹¹²⁸ М. Ђурђевић (2011), 251. Слична је правна природа поклона за случај смрти у холандском праву, где поклонодавац не може да опозове учињено располагање у корист поклонопримца, иако ће оно произвести правна дејства тек тренутком његове смрти. W. D. Kolkman, 37.

Преднацртом Грађанског законика Републике Србије, уговор о поклону за случај смрти је предвиђен на начин који међу правне послове *mortis causa*, који су овде предмет разматрања, уводи и четврту категорију. Преднацртом није нормирано да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би уговор производио правна дејства, али је предвиђено да га је могуће раскинути једностраном изјавом воље поклонодавца, при чему такво правно дејство производи и располагање објектом уговора од стране поклонодавца, било правним пословима међу живима, било правним пословима за случај смрти.¹¹²⁹ Имајући све наведено у виду, за разлику од уговорног легатара, који на основу уговора о наслеђивању има само једну наследну наду, поклонопримац би сходно Преднацрту, на основу посмртног поклона имао једно конкретно потраживање које би настало већ тренутком закључења уговора и чије би остваривање било само одложено до тренутка поклонодавчеве смрти.¹¹³⁰ Друга суштинска разлика између посмртног поклона нормираног Преднацртом и уговорног легата, састојала би се у чињеници да би посмртни поклон био слободно опозив. Као и код поклона за случај смрти, недостојност, искључење и лишење из права на нужни део, погађали би само уговорног испорукомпримца, а не и поклонопримца код посмртног поклона.

У свему осталом, посебно поводом сличности два института, важи излагање из претходне тачке о односу уговорног легата и поклона за случај смрти.

¹¹²⁹ Члан 680. став 1. Преднацрта друге књиге Грађанског законика Републике Србије: „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца, мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа.“ Члан 680. став 2. Преднацрта друге књиге Грађанског законика Републике Србије: „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.“ Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије, друга књига – Облигациони односи*, Београд 2009, 216; М. Ђурђевић (2011), 251-255.

¹¹³⁰ Т. Ђурђић-Милошевић, 523.

VII УСЛОВИ ЗА НАСТАНАК УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

1. УВОД

Иако је уговор о наслеђивању наследноправни уговор, чија се правна природа разликује од облигационоправних уговора, ипак се не може пренебрегнути факат да је реч о контракту, који садржи конститутивне елементе и за чије је закључење потребно испунити услове као и за настанак било ког другог уговора. Уговор о наслеђивању се такође закључује тако што уговорни оставилац изјављује вољу у погледу тога која располагања за случај смрти жели да учини, а шта представља његову понуду, док уговорни наследник прихвата такву понуду, чиме даје неопходну сагласност за настанак уговора.¹¹³¹ То подразумева да контрахенти, наступајући са позиција различитог уговорног интереса (који не мора да буде супротстављен као када је реч о контрактима облигационог права), постижу сагласност воља, која представља тачку у којој се њихови различити мотиви, жеље и потребе спајају, да би произвели правна дејства.¹¹³² Тако се рецимо, општа правила облигационог права из члана 7. Швајцарског грађанског законика, која се односе на закључење уговора, примењују и на уговор о наслеђивању.¹¹³³

Из тог разлога ће у предстојећем излагању бити анализирано која лица и под којим условима могу да ступе у уговорни однос, око чега треба да постигну сагласност воља, због чега постижу сагласност и у ком облику та сагласност треба да буде изражена. Међутим, како је реч о уговору чија је правна природа специфична, овом приликом неће бити речи о најопштијим правилима облигационог права којима су регулисани конститутивни елементи сваког уговора.

¹¹³¹ D. Leibold, 189.

¹¹³² Миодраг В. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, 13-14.

¹¹³³ J. Gauthier (2006), 360.

2. КО МОЖЕ ДА ПОСТИГНЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА?

2.1. Неограничен или ограничен круг субјеката?

Иако је у четвртом поглављу дисертације аргументовано да круг субјеката којима је доступно закључење уговора о наслеђивању не може да буде одлучујући критеријум за класификовање упоредних права у којима је овај правни посао дозвољен, нема сумње да различити правни пореци резервишу право на закључење уговора о наслеђивању за различито одређен круг лица. Круг субјеката којима ће у конкретном праву бити допуштено да закључе уговор о наслеђивању није ствар једноставне одлуке, нити какве преференције. Он зависи од правно-политичких циљева који желе да се постигну једном тачно одређеном врстом уговорног наслеђивања. Иако је предмет истраживања у овом раду ограничен на уговорно наслеђивање између супружника, на овом месту ће бити учињен кратак осврт и на оне правне системе у којима је његово закључење допуштено и другим субјектима.

У немачком, швајцарском и мађарском праву је круг субјеката који могу да закључе уговор о наслеђивању неограничен, како у погледу уговорних оставилаца, тако и у погледу уговорних наследника. Чињеница да немачко право допушта свим лицима да закључују уговор о наслеђивању, има за последицу то да један исти уговорни оставилац може да закључи неколико оваквих уговора са више различитих субјеката.¹¹³⁴ Уговорни оставилац може уговором да одреди за свог наследника или испорукопримца и неко друго лице, а не само свог сауговарача, односно, личност сауговарача уговорног оставиоца и личност уговорног наследника не морају да се поклапају.¹¹³⁵ Идентичну, најширу аутономију у опредељивању круга потенцијалних субјеката уговора о наслеђивању пружа право шпанске покрајине Арагон.¹¹³⁶

Међутим, разлози због којих је закључење уговора о наслеђивању допуштено неограниченом кругу субјеката нису исти у свим правима, већ су опредељени правном природом и каузом, односно функцијом који овај уговор има у различитим правним системима. Док у швајцарском и немачком праву он

¹¹³⁴ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 135.

¹¹³⁵ Пар. 1941. ал. 2 Немачког грађанског законика.

¹¹³⁶ M. Martínez, 113, 117; S. Cámara Lapuente, 294.

представља најјачи основ позивања на наслеђе, у мађарском праву једно лице бива уговором постављено за наследника, али зато уговорном оставиоцу дугује накнаду у виду бриге, неге, старања и издржавања, те је овде теретна правна природа уговора одлучујућа за нелимитирани круг субјеката који могу да га закључују. Ипак, у мађарском праву постоји једно ограничење фактичке природе. Иако уговор о наслеђивању међусобно могу да закључе и лица која су по самом закону дужна да једно друго издржавају (нпр. родитељ и дете или супружници), давалац издржавања, који ће постати уговорни наследник, мора у својој посебној имовини да има довољно средстава да би могао да испуни преузете обавезе.¹¹³⁷

Ако је закључење уговора о наслеђивању допуштено свим правним субјектима, могу се поставити још нека питања. Прво, да ли уговорници могу да буду и правна лица и друго, да ли у улози једне уговорне стране може да се јави више субјеката. Мађарско право, због специфичне правне природе уговора о наслеђивању која у овом правном систему постоји, на оба питања даје потврдан одговор. У улози даваоца издржавања (уговорних наследника) могу да се јаве и правна лица, док је њихово учешће у позицији уговорних оставилаца немогуће, јер се на престанак правних лица не примењују наследноправна правила, већ одредбе о стечају.¹¹³⁸ Са друге стране, често се дешава да супружници заједно издржавају једно лице које их у замену за то обоје уговором именује за наследнике, а изузетно је могуће и да се супружници заједно појаве као уговорна страна која је прималац издржавања, односно уговорни оставилац.¹¹³⁹ Слична ситуација постоји у италијанском праву у погледу института *patto di famiglia*, јер је за његову пуноважност потребно да се са расподелом сагласе и супружник и сви нужни наследници уступиоца (акционара или власника предузећа).¹¹⁴⁰ У француском праву је могуће да брачним уговором родитељи, други преци, побочни сродници или трећа лица за уговорне наследнике именују једног или оба супружника, или њихово потомство. У француској судској пракси чак постоји став да је могуће да брачним уговором деца супружника непосредно буду именована за наследнике од стране наведених лица.¹¹⁴¹ Очигледно мотивисан

¹¹³⁷ Z. Csehi, 187.

¹¹³⁸ Z. Csehi, 186; О. Антић (2014), 64.

¹¹³⁹ Z. Csehi, 186.

¹¹⁴⁰ A. Fusaro (2011), 199.

¹¹⁴¹ Cass. Civ. 10 juill. 1888. D. 1890. I. 57. Наведено према: F. Terré, Y. Lequette, 442, фн. 6.

заштитом породице, ово је изузетак од правила да деца која се именују за наследнике морају да буду зачета у тренутку закључења уговора.¹¹⁴² Ако би се располагало у корист оба супружника, а при томе не би биле прецизиране њихове наследне квоте, узима се да би сваки супружник добио по половину уговорених добара, а ако би један од супружника умро, применило би се право прираштаја.¹¹⁴³

По узору на именовање наследника путем брачног уговора у француском праву, у каталонском праву је на основу претходно важећег Закона о наслеђивању за случај смрти (Закон бр. 40/91) било допуштено закључење уговора о наслеђивању (*heredamientos*) и то не само између супружника, већ су и трећа лица могла да одреде за наследника једног или оба супружника или једно или више њихове деце (укључујући и *nasciturusa*).¹¹⁴⁴ Новинама у каталонском праву, предвиђеним IV књигом Каталонског грађанског законика, која је ступила на снагу 1. јануара 2009. године, могуће је закључити уговор о наслеђивању и у корист правног лица, као што контрахенти могу да буду и ванбрачни партнери.¹¹⁴⁵

У француском праву, само брачни другови могу да буду субјекти уговорног наслеђивања које настаје закључењем поклона будућих ствари, који се чини у браку. Располагања за случај смрти у корист надживелог супружника су у француској пракси толико честа, да чине садржину око 80% укупних располагања *mortis causa*.¹¹⁴⁶ Само супружници и вереници под условом да закључе брак, могу да буду уговорници и у аустријском праву. Ако би овај уговор закључили вереници, он би се третирао као уговор закључен под одложним условом, при чему би закључење брака уједно представљало и остварење тог услова.¹¹⁴⁷ Ако би брак био закључен, али би се показало да није пуноважан, ни уговор о наслеђивању као саставни део брачног уговора не би могао да производи правна дејства, па би дошло до повраћаја у пређашње стање и сваки брачни друг би морао да врати имовину у истом стању у коме ју је примио, као да брак никада није ни био закључен. Брачник који би био крив за ништавост брака, имао би обавезу да надокнади штету оном другом супружнику, а на брачном другу, који

¹¹⁴² R. Savatier, 502-503.

¹¹⁴³ F. Terré, Y. Lequette, 442, фн. 4.

¹¹⁴⁴ M. Martínez, 113, 117; S. Cámara Lapuente, 294; A. Vaquer-Aloy, 326-327.

¹¹⁴⁵ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 66-67; S. Navas Navarro, 107.

¹¹⁴⁶ F. Ferran, 45, фн. 1.

¹¹⁴⁷ W. Kralik, 155.

није знао за разлог ништавости брака, не би постојала никаква одговорност.¹¹⁴⁸ То значи да поништење брака не би за собом повлачило и поништење уговора о наслеђивању, осим ако би оба супружника била несавесна.¹¹⁴⁹

Ипак, не постоји једначина која би подразумевала да шири круг лица која могу да закључе уговор о наслеђивању истовремено значи његову већу доступност и примењивост у пракси. Тако је у Италији, од када је уведен *patto di famiglia*, закључен занемарљив број оваквих уговора, јер уговорне стране могу да буду само власник или акционар предузећа, са једне стране, и неко од његових потомака у правој линији, са друге стране, али је за пуноважност уговора потребна и сагласност свих декујусових нужних наследника и супружника, што уз дужност лица, у чију корист се врши уступање, да плати надокнаду оставиочевим нужним наследницима, често чини закључење овог уговора скоро немогућим.¹¹⁵⁰ Чак се и у немачкој правној пракси уговори о наслеђивању најчешће закључују између супружника и вереника, јер ова лица на тај начин желе да осигурају наследноправни положај надживелог ванбрачног или брачног друга.¹¹⁵¹ И не само то, већ се у немачком праву за веренике или супружнике који закључе уговор о наслеђивању предвиђају посебне олакшице. Оне се огледају у могућности да они буду контрахенти, иако су ограничено пословно способни, у томе што за закључење уговора о наслеђивању може да буде валидна и форма брачног уговора, што се уговор о наслеђивању може опозвати и њиховим заједничким тестаментом и што је пуноважност уговора о наслеђивању закљученог између ових лица условљена важношћу њиховог брака, веридбе или регистрованог животног партнерства.¹¹⁵²

Зато се у савременој литератури сматра да је лимитирање круга потенцијалних субјеката уговора о наслеђивању оправдано. Истиче се да трајност уговорних одредаба, која је последица начелне једностране неопозивости уговора о наслеђивању, има оправдање само ако извире из једног постојаног животног и правног односа какав је брак, а због кога жртвовање слободе завештања има

¹¹⁴⁸ Параграф 1265 Аустријског грађанског законика; А. Rušnov, 651-652.

¹¹⁴⁹ W. Kralik, 155.

¹¹⁵⁰ А. Braun (20126), 475.

¹¹⁵¹ К.Н. Gursky, 48.

¹¹⁵² К. Н. Gursky, 54.

оправдање. „Ту „жртву“, по мишљењу неких аутора, не завређује ниједна друга уговорна страна, осим супружника, ванбрачног партнера или вереника.¹¹⁵³

Панов евидентира трихотомију принципа на којима се заснивају брак и правни односи у браку. То су принцип доминације, на коме се брак некада заснивао, актуелни брачни принцип равноправности, и начело слободе, на коме ће, по његовом мишљењу, у будућности бити уређен овај темељени институт породичног права.¹¹⁵⁴ У том смислу се правна позиција супружника који уређују свој брачноимовински режим (и кроз закључење уговора о наслеђивању) заснива на еволуцији од принципа равноправности ка принципу слободе.¹¹⁵⁵ Разлог за то се огледа и у овлашћењу супружника да сагласном и слободном изјавом воља, уреде имовинско-правне последице за случај смрти. Супружници су равноправни како у одлуци да ли ће уопште приступити сагласном уређењу узајамног наслеђивања, тако и у креирању садржине уговорног односа и његових правних дејстава. Избор субјекта у таквом контрактуалном односу је истина, лимитиран на другог брачног друга, али је то ограничење последица каузе овог уговора, а не умањења аутономије воље. Из тог разлога, разматрајући међусобне (и уговорне) односе супружника, треба имати на уму да „начело равноправности у свом одређујућем значењу не значи апсолутизирање једнакости, већ адекватан, праведан респект различитости.“¹¹⁵⁶

2.2. Способност за закључење уговора о наслеђивању

У предстојећим редовима биће речи о условима, које сагласно најзначајнијим кодификацијама грађанског права, уговорне стране треба да испуне да би пуноважно могле да закључе уговор о наслеђивању. Међутим, за све правне системе постоји и једно заједничко правило. Како се уговор о наслеђивању сачињава пред јавним бележником у временском континуитету, то значи да не постоји значајнија временска дистанца између понуде и њеног прихвата који

¹¹⁵³ Е. Bikić, М. Povlakić, S. Suljević, М. Plavšić, 490.

¹¹⁵⁴ Слободан Панов, Породично-правна позиција жене у Савезној Републици Југославији, *Прилози пројекта институције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције*, Београд 2003, 140.

¹¹⁵⁵ С. Панов (2003), 151-152.

¹¹⁵⁶ С. Панов (2003), 143.

доведе до закључења уговора. Последично, способност обе уговорне стране за закључење уговора о наслеђивању треба процењивати истовремено, у тренутку када наступи њихова сагласност воља.¹¹⁵⁷

У немачком праву уговорни оставилац може да буде само лице које је пунолетно и потпуно пословно способно.¹¹⁵⁸ Ипак, захтеви за закључење уговора о наслеђивању су либерализовани у погледу супружника и вереника. Супружници, вереници и лица из регистрованих заједница могу да буду уговорни оставиоци и ако имају ограничену пословну способност. Али, иако ова лица и у тим случајевима уговор закључују лично, захтева се и сагласност њиховог законског заступника (за чије давање према пар. 182 ал. 2 НГЗ није предвиђена посебна форма), а ако се налазе под старатељством, онда је потребна ратификација породичног (старатељског) суда.¹¹⁵⁹ Каква год да је врста сагласности у питању, требало би је прибавити пре смрти уговорног оставиоца.¹¹⁶⁰ Ако малолетник не би добио сагласност законског заступника за једнострану уговор о наслеђивању, као и ако би малолетно лице закључило уговор а не би презентовало писану сагласност другој уговорној страни, због чега би она без одлагања одбила да закључи уговор, уговор о наслеђивању би био ништав, односно, не би ни настао. Међутим, сауговорач малолетног уговорног оставиоца не би могао да одбије сагласност коју је малолетник добио, ако би га о њеном постојању обавестио малолетников законски заступник.¹¹⁶¹ О чињеници да је дао или ускратио сагласност, законски заступник може да обавести или самог малолетника или његовог сауговорача.¹¹⁶²

Према томе, вереник који није навршио 16 година живота је уговорно, али не и тестаментарно способан, односно, он не може да сачини тестамент, али може да закључи уговор о наслеђивању са својим вереником или супружником.¹¹⁶³

¹¹⁵⁷ E. Moreau, 7.

¹¹⁵⁸ Пар. 2275. ал. 1. Немачког грађанског законика. Исто правило важи и у шпанским покрајинама Каталонији, Арагону и Галицији; Чл. 67 Закона о наслеђивању за случај смрти (Закон бр. 40/91); Чл. 63. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти; Чл. 210 Закона 2/2006. Исти услов је био постављен и пар. 425. Српског грађанског законика.

¹¹⁵⁹ Пар. 2275. ал. 2. и ал. 3. Немачког грађанског законика. Члан 1095. Француског грађанског законика; члан 1250. Аустријског грађанског законика.

¹¹⁶⁰ Д. Ђурђевић (2009), 193-194.

¹¹⁶¹ Пар. 111. Немачког грађанског законика.

¹¹⁶² Пар. 182. ал. 1. Немачког грађанског законика.

¹¹⁶³ S. Edenfeld, 243. Према пар. 2275. ал. 3 НГЗ, ова правила се *mutatis mutandis* примењују и на лица из регистрованих истополних заједница.

Овакво лице може уговором о наслеђивању да чини и уговорна и једнострана располагања, јер не само да је нека располагања могуће учинити једнострано, већ и због правила да ко може више (да закључи уговор о наслеђивању) може и мање (да предузима располагања која могу да буду и садржина завештања).¹¹⁶⁴ Међутим, ако би уговорни оставилац имао само завештајну, а не и уговорну способност (изузимајући случајеве предвиђене пар. 2275. ал. 2 и ал. 3 НГЗ), уговор о наслеђивању који би закључио би био ништав, али би била могућа његова конверзија у завештање, ако би могло да се узме да је уговорни оставилац желео његову пуноважност.¹¹⁶⁵

Ако је реч о бестеретном једностраном уговору о наслеђивању (у коме постоји само један уговорни оставилац), довољно је да уговорни наследник има ограничену пословну способност, јер је тада реч или о правном послу на основу кога уговорни наследник стиче само користи, или је у питању неутрални правни посао.¹¹⁶⁶ У таквим случајевима, уговорном наследнику није потребна ни сагласност законског заступника.¹¹⁶⁷

У аустријском праву се захтева да уговорне стране имају истовремено и активну завештајну и пословну способност да би могле да закључе уговор о наслеђивању, што је последица схватања о уговору за случај смрти као иноминантном правном послу.¹¹⁶⁸ Међутим, ако би уговорни оставилац био малолетник који још није навршио 18 година живота, лице над којим је продужено вршење родитељског права, или лице које је делимично лишено пословне способности, њему за пуноважност располагања не би била потребна сагласност законског заступника, али би било потребно одобрење суда.¹¹⁶⁹ Ако суд не би дао одобрење, уговор би у форми нотарски обрађеног записа могао да одобри и сам уговорни оставилац, али само након што би постао пунолетан.¹¹⁷⁰ Друга уговорна страна, ако се не би радило о реципрочном уговору о наслеђивању

¹¹⁶⁴ L. Michalski, 93.

¹¹⁶⁵ Пар. 140 Немачког грађанског законика; S. Edenfeld, 243. У немачкој науци постоје залагања за изједначавање услова (односно старосног узраста) потребних за сачињавање завештања и уговора о наслеђивању. L. Michalski, 93.

¹¹⁶⁶ L. Michalski, 92.

¹¹⁶⁷ К.Н. Gursky, 51. Благојевић сматра да је овакво резеновање било могуће применити и у предатном српском праву. Б. Б. Благојевић, 216.

¹¹⁶⁸ W. Zankl, 65.

¹¹⁶⁹ Пар. 1250. Аустријског грађанског законика; W. Kralik, 161.

¹¹⁷⁰ W. Kralik, 161.

(односно, ако и друга уговорна страна не би истовремено била и уговорни оставилац), може самостално да закључи уговор и ако је ограничено пословно способна.¹¹⁷¹

За разлику од некадашњег захтева да уговорни оставилац мора да буде пословно способан, новим чланом 468. Швајцарског грађанског законика, који је ступио на снагу 1. јануара 2013. године, захтева се само да је уговорни оставилац способан за расуђивање и да је навршио 18 година живота,¹¹⁷² па овај уговор могу закључити и лица под старатељством, што је суштинска новина у швајцарском праву.¹¹⁷³ То значи да уговорни оставиоци сада могу да буду како лица која се налазе под општим, тако и она која се налазе под такозваним „сарађујућим старатељством“ (*curatelle de coopération*) - старатељством за посебне случајеве, односно, како лица потпуно, тако и лица делимично лишена пословне способности. Лица која се налазе под старатељством могу да закључе уговор о наслеђивању ако за то добију сагласност законског заступника,¹¹⁷⁴ али поред сагласности законског заступника, овим лицима за пуноважно закључење уговора о наслеђивању није потребна и сагласност органа који се стара о заштити интереса пунолетних лица (органа старатељства).¹¹⁷⁵ Ипак, ово правило се у швајцарском праву примењује само на уговорног оставиоца (*disposant*), под којим треба сматрати лице „које посредством уговора располаже својим добрима за случај смрти“, односно које се обавезује да ће уговором распоредити своју заоставштину.¹¹⁷⁶ Дакле, за појам уговорног оставиоца није од значаја чињеница да он закључује уговор, нити да уговор садржи његове наредбе за случај смрти, већ је кључно да он располаже својом имовином за случај смрти. То је предуслов без кога се он не може сматрати уговорним оставиоцем. Из тог разлога, на способност једног лица да закључи уговор о наслеђивању, који не би био усмерен на постављање наследника или легатара, већ би нпр. имао за предмет завештање органа, не би се примењивала правила из члана 468. Швајцарског грађанског

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² Исти услови су чланом 467. Швајцарског грађанског законика предвиђени за постојање активне завештајне способности.

¹¹⁷³ Paul – Henri Steinauer, *La capacité successorale, Successio 4/13*, 338.

¹¹⁷⁴ Члан 468. алинеја 2 Швајцарског грађанског законика.

¹¹⁷⁵ Р. Н. Steinauer (2013), 338-339.

¹¹⁷⁶ Р. Н. Steinauer (2013), 337.

законика, већ општа правила предвиђена чланом 19. ове кодификације.¹¹⁷⁷ Малелолетници не би могли пуноважно да закључе уговор о наслеђивању као уговорни оставиоци, чак и ако би за то имали сагласност својих законских заступника.¹¹⁷⁸

То подразумева да је, након измена од 1. јануара 2013. године, у погледу способности уговорног оставиоца, у швајцарском праву изгубила на значају подела на двостране и једностране одредбе у уговору о наслеђивању. До тада су на пуноважно сачињавање једностраних одредаба у свему примењивани услови потребни за активну завештајну способност, односно, била је потребна способност за расуђивање и навршених 18 година живота. Са друге стране, за одредбе уговора о наслеђивању које имају двострани, односно билатерални карактер, примењивана су раније важећа, строжа правила, према којима је за њихово сачињавање уговорни оставилац морао да поседује и пословну способност.¹¹⁷⁹

Ова новина је наишла на похвале у швајцарској цивилистици. Истиче се да измене иду у прилог правичности, а да је истовремено остало очувано начело правне сигурности. С једне стране, каже се да не би било пожељно потпуно онемогућити лицима која се налазе под старатељством да располажу заоставштином путем уговора о наслеђивању (што је пре најновијих измена био случај у швајцарском праву), али да са друге стране, закључење уговора не би смело сасвим да буде стављено на вољу лицима које се налазе под старатељством. Ипак, наводи се да стараоци своје право да дају сагласност на закључење уговора не би смели ригорозно да користе, односно да њихова сагласност не би била потребна за једнострану располагања која би оставилац могао да предузме у уговору о наслеђивању, јер таква располагања имају карактер завештања.¹¹⁸⁰ Сагласност може да буде дата пре закључења, у тренутку закључења или након закључења уговора о наслеђивању, али би, као и у немачком праву, у последњем

¹¹⁷⁷ Р. Н. Steinauer (2013), 337, фн. 8. Према члану 19. ШГЗ, лица која су способна за расуђивање али немају пословну способност, могу да ступају у облигационе односе или да се одричу својих права само уз сагласност својих законских заступника. Без такве сагласности, они би могли да предузимају само уобичајене, свакодневне послове мањег правног значаја и да прихватају користи из бестеретних правних послова.

¹¹⁷⁸ Р. Н. Steinauer (2013), 339.

¹¹⁷⁹ Р. Н. Steinauer (2006), 188.

¹¹⁸⁰ Р. Н. Steinauer (2013), 338.

случају, било корисно да ратификација буде дата док је уговорни оставилац још увек жив.¹¹⁸¹

У уговорима о наслеђивању који нису реципрочни, уговорна способност наследника се процењује према општим правилима Швајцарског грађанског законика. То значи да су у швајцарском праву прописани строжи услови за закључење уговора о наслеђивању за уговорног наследника него за уговорног оставиоца. Следствено томе, неопходно је да уговорни наследник има пословну способност, односно да је навршио 18 година живота (да је пунолетан), да је способан за расуђивање и да се не налази под општим старатељством или под старатељством за посебне случајеве (сарађујуће старатељство), које би се односило на закључење уговора о наслеђивању.¹¹⁸²

Међутим, ако би се као уговорни наследник ипак појавило малолетно лице које је способно за расуђивање или лице под општим старатељством (које је потпуно пословно неспособно), независно од тога да ли је способно за расуђивање, законски заступник би могао да закључи уговор о наслеђивању у његово име и за његов рачун. Али, ако би законски заступник био његов тотор или старалац, била би му потребна и сагласност органа старатељства.¹¹⁸³ Сагласност законског заступника и одобрење тотора је потребно и када малолетно лице које је способно за расуђивање, или лице које је лишено пословне способности жели да да негативну наследну изјаву, или се обавезује да ће у замену за именовање за наследника или легатара извршити неку престацију у корист уговорног оставиоца за време његовог живота.¹¹⁸⁴ Изузетак од овог случаја је предвиђен у члану 19. алинеја 2. Швајцарског грађанског законика, када сагласност законског заступника за закључење уговора о наслеђивању неће бити потребна уговорном наследнику чак и ако није у стању да самостално врши своја грађанска права и испуњава обавезе (малолетник који је способан за расуђивање или лице лишено пословне способности), под условом да је способан за расуђивање и да је уговор о наслеђивању добротин, односно, да на основу њега он стиче само права, а не и обавезе. Међутим, и овде је потребно направити разлику,

¹¹⁸¹ *Ibid.*

¹¹⁸² P. H. Steinauer (2013), 339.

¹¹⁸³ P. H. Steinauer (2013), 339-340.

¹¹⁸⁴ P. H. Steinauer (2006), 189.

јер је поменута одредба примењива само ако је лице одређено за уговорног легатара, а не и за уговорног наследника, јер је уговорни наследник дужан да одговара за дугове уговорног оставиоца.¹¹⁸⁵

Ако би се уговорни наследник налазио под такозваним „сарађујућим старатељством“ (старатељством за посебне случајеве), то значи да би био делимично лишен пословне способности, па би у том случају старалац морао да му да сагласност на закључење уговора о наслеђивању, иако не би могао да га закључи у име уговорног наследника јер није његов законски заступник. Сагласност староца не би морала да буде ратификована од стране органа који се стара о заштити интереса пунолетних лица или органа који се стара о заштити малолетних лица (органа старатељства).¹¹⁸⁶

Уговорна страна која није имала потребну способност за закључење уговора о наслеђивању могла би да захтева његово поништење за време свог живота, позивајући се на сопствену уговорну неспособност, док би контрагент који је, после његовог закључења, открио да онај други није имао неопходну способност за закључење контракта, могао да захтева његово поништење позивајући се на заблуду.¹¹⁸⁷

У француском праву је способност за предузимање правних послова, па и добротиних правних послова правило, а неспособност изузетак који мора изричито да буде предвиђен законом.¹¹⁸⁸ Када се уговорно одређење наследника врши брачним уговором, за његово пуноважно предузимање је потребна способност која се тражи за сачињавање брачног уговора, а за способност за закључење брачног уговора, независно од тога ко су његови субјекти, важе исти услови који се траже за пуноважност брака – *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*.¹¹⁸⁹ То значи да за његово пуноважно закључење није довољна активна завештајна способност, јер се она у француском праву стиче са навршених 16

¹¹⁸⁵ P. Piotet, 62. Супротно мишљење, по коме оваква лица једнако могу да закључују уговоре о наслеђивању, независно од тога да ли су одређени за уговорне наследнике или уговорне легатаре заступа Штајноер (*Steinauer*), P. H. Steinauer (2006), 188-189.

¹¹⁸⁶ P. H. Steinauer (2013), 339-340.

¹¹⁸⁷ P. Piotet, 62.

¹¹⁸⁸ Чл. 902. и чл. 1123. Француског грађанског законика.

¹¹⁸⁹ Чл. 1398. и 1399. Француског грађанског законика; P. Malaurie, L. Aynès, 347.

година живота, док брак мушкарци не могу да закључе пре навршене 18. године, а жене пре навршене 15. године живота.¹¹⁹⁰

Због специфичне систематике француског грађанског права и преобладајуће добротине правне природе уговорног наслеђивања, уговорни оставилац треба да испуни услове за закључење уговора о поклону међу живима (поклона постојећих ствари), односно услове који се траже за сваког поклонодавца, што се процењује у односу на тренутак закључења уговора, независно од тога о којој врсти уговорног наслеђивања се ради.¹¹⁹¹ На тај начин је, посредним путем, ограничен иначе широк круг лица која могу да именују наследника посредством брачног уговора. Малолетник који има способност да ступи у брак, има способност и да предузима све правне послове који су у вези са браком, те су поклони и остали уговори које закључује у том смислу пуноважни, ако је у њиховом предузимању поступао уз асистенцију свих оних лица чија је сагласност неопходна за пуноважност брака.¹¹⁹² Ако то не би био случај, поништење уговора би могли да траже или малолетник или лица чија му је сагласност била потребна, а малолетно лице је није добило.¹¹⁹³ Другим речима, малолетници не могу да буду уговорни оставиоци, тј. не могу да буду поклонодавци, нити било ко може да учини овакво располагање у њихово име и за њихов рачун, осим ако се не би налазили под туторством или ако не би имали законског заступника.¹¹⁹⁴

Пунолетна лица под старатељством могу уговором да именују за наследнике само супружника или потомке и то уз услов да овај правни посао у њихово име предузме старалац уз сагласност породичног савета.¹¹⁹⁵ Пунолетно лице које се налази под туторством, може уговором да одреди свог наследника само уз сагласност судије или породичног савета.¹¹⁹⁶ Дакле, лица која се налазе под туторством или старатељством не могу да буду уговорни оставиоци у брачном уговору, изузев ако за то немају асистенцију лица која треба да им дају сагласност за закључење брака. У супротном, уговор може да се поништи или на

¹¹⁹⁰ Чл. 144. и чл. 904. Француског грађанског законика; Н. Dyson, 299.

¹¹⁹¹ F. Terré, Y. Lequette, 442; Н. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562; Н. Dyson, 299.

¹¹⁹² Чл. 1095. Француског грађанског законика.

¹¹⁹³ Чл. 1398. Француског грађанског законика.

¹¹⁹⁴ J. Maury, 150.

¹¹⁹⁵ Чл. 501. и чл. 505. Француског грађанског законика; F. Terré, Y. Lequette, 442.

¹¹⁹⁶ J. Maury, 150; F. Terré, Y. Lequette, 442; P. Malaurie, L. Aynès, 163.

захтев самог лица које је одредило уговорног наследника, или на захтев лица чија сагласност није добијена, или на захтев стараоца или татора.¹¹⁹⁷

Уговорни наследници одређени брачним уговором „морају да буду способни да буду поклонопримци у обичном уговору о поклону.“¹¹⁹⁸ Када се за уговорног наследника одређује пунолетно лице под туторством, корист коју ово лице добија и која не би била у вези ни са каквим теретима, мора да буде прихваћена од стране његовог татора, а ако се за уговорног наследника именује малолетно лице, овакву сагласност треба да да један од њихових предака. Ако овакво располагање подразумева и терете у корист уговорног наследника, неопходно је да сагласност да и породични савет.¹¹⁹⁹

У белгијском праву, под претњом ништавости, ни еманциповани малолетници не би могли да закључе пуноважан уговор о наслеђивању као уговорни оставиоци, али би могли да буду уговорни наследници, под условом да су у поступку сачињавања уговора добили сагласност свог стараоца.¹²⁰⁰ Малолетници који нису еманциповани и лица која су потпуно пословно неспособна, не могу да буду уговорни оставиоци, али могу да буду уговорни наследници, ако за закључење уговора добију сагласност свог татора. Тупори малолетном лицу ће по правилу бити његови родитељи.¹²⁰¹

2.3. Могућност заступања

Уговор о наслеђивању је строго лични правни посао, па у начелу не може да се закључи ни преко законских заступника, ни преко пуномоћника.¹²⁰² Мотив оваквог правила је условљен законодавчевим резонавањем да и уговор о наслеђивању, попут завештања, треба да буде строго лични правни посао, из кога би требало искључити заступање и учешће воље било ког трећег лица или суда у

¹¹⁹⁷ Члан 1399. Француског грађанског законика.

¹¹⁹⁸ Н. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562.

¹¹⁹⁹ Чл. 935. Француског грађанског законика; J. Maury, 151; P. Malaurie, L. Aynès, 164.

¹²⁰⁰ Е. Moreau, 21-22.

¹²⁰¹ Члан 935. Белгијског грађанског законика; Е. Moreau, 22.

¹²⁰² Параграф 2274. Немачког грађанског законика; чл. 64. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти Арагона; S. Edenfeld, 121; M. Péter, 141. То је став који је постојао и у предратној српској правној науци. А. Ђорђевић (1903), 65.

настанку или обликовању уговора.¹²⁰³ Немачки грађански законик је по том питању изричит, па се приликом закључења уговора о наслеђивању, према пар. 2276 ал. 1, захтева истовремено присуство оба уговарача пред нотаром. Међутим, од овог правила, постоје два значајна изузетка.

У швајцарском праву би уговорни наследник могао да закључи уговор о наслеђивању преко заступника, али би уговорни оставилац у поступку сачињавања уговора безизузетно морао лично да учествује, тј. у погледу њега је искључено свако заступање. У супротном, ако би и уговорни оставилац закључио уговор о наслеђивању преко заступника, такав уговор би се сматрао непостојећим.¹²⁰⁴ Исто решење постоји и у немачком праву. Уговорни оставилац не може да закључи овај правни посао ни преко пуномоћника, ни преко законског заступника, али се то правило не односи и на уговорног наследника, осим ако није реч о двостраном или вишестраном уговору о наслеђивању, у коме би уговорни наследник истовремено био и уговорни оставилац.¹²⁰⁵ У литератури се аргументује да би уговорну страну која не чини никаква располагања у уговору о наслеђивању, пред нотаром могло да заступа и неко друго лице, чак и без постојања пуномоћја, али би заступано лице са тим морало накнадно да се сагласи.¹²⁰⁶

У француском праву је могуће закључење брачног уговора преко пуномоћника (па сходно томе и уговорно одређење наследника), али је потребно да пуномоћје буде дато у форми јавне исправе.¹²⁰⁷ Закључење уговора о наслеђивању преко пуномоћника је могуће у шпанској покрајини Галицији, али пуномоћје мора да буде издато у форми јавне исправе и да буде специјално, што значи да мора да садржи овлашћење да се закључи уговор о наслеђивању, као и да садржи све битне елементе уговора који се закључује.¹²⁰⁸

О могућности закључења уговора о наслеђивању уз учешће стараоца или татора, било је речи у претходној тачки, приликом анализе уговорне способности у немачком, швајцарском, француском и белгијском праву.

¹²⁰³ Л. Марковић (1930), 311.

¹²⁰⁴ Р. Н. Steinauer (2006), 352-353; Р. Н. Steinauer (2013), 339.

¹²⁰⁵ Пар. 2274 Немачког грађанског законика; L. Michalski, 92; W. Zimmermann, 122.

¹²⁰⁶ W. Zimmermann, 123.

¹²⁰⁷ N. Dethloff, 74-75.

¹²⁰⁸ M. Martínez, 122.

3. О ЧЕМУ ТРЕБА ДА СЕ ПОСТИГНЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА

3.1. Предмет наследноправних уговора и предмет облигационоправних уговора

На питање о чему треба да се постигне сагласност воља, односно, на шта се обавезује дужник, а какво понашање од њега има право да захтева поверилац, одговор даје предмет уговора.¹²⁰⁹ Међутим, уговором о наслеђивању се једна уговорна страна не обавезује да ће другу уговорну страну именовати за наследника (нпр. неким будућим уговором), нити да ће се после њене смрти њена заоставштина предати другом контрагенту, већ самим уговором, на начин који је обавезује, непосредно именује за наследника другог уговарача, док се друга уговорна страна са тим само саглашава. Овакво, једнострано неопозиво обвезивање уговорног оставиоца, једино има за последицу стварање наследноправног овлашћења за уговорног наследника, односно, уговор о наслеђивању постаје његов основ позивања на наслеђе.¹²¹⁰

Из тог разлога се предмет уговора о наслеђивању, као наследноправног уговора, разликује од предмета облигационоправних уговора, нарочито када уговор за случај смрти има добротину правну природу. Зато би и у литератури стандардно одређење да „предмет уговора може бити само облигација“, а да „оно што може бити предмет облигације, само то може бити и предмет уговора“,¹²¹¹ могло крајње условно да се примени на овај наследноправни уговор и то само онда када је теретан. Разлог томе је преовлађујуће схватање у литератури према коме се предмет уговора о наслеђивању исцрпљује на „увођењу у наследство“.¹²¹²

Међутим, да би уговор о наслеђивању могао да буде пуноважан и да производи правна дејства, његов предмет, у складу са општим правилима уговорног права, мора да буде могућ и допуштен, тј. у сагласности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.¹²¹³ Тако се и правила Швајцарског законика о облигацијама, која се односе на предмет уговора и која

¹²⁰⁹ Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2011, 286; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1986, 311.

¹²¹⁰ P. H. Steinauer (2006), 315; E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 487.

¹²¹¹ О. Антић (2011), 285.

¹²¹² W. Kralik, 155.

¹²¹³ Члан 47. и члан 49. Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93); О. Антић (2011), 289-294; S. Perović, 314-323.

предвиђају ништавост уговора који би био недопуштен, супротан добрим обичајима или би био немогућ, такође примењују на уговор о наслеђивању.¹²¹⁴

Још је Димитрије Матић писао како „од свију други уговора разликуе се уговор о наслеђу по предмету, о коме се он веже.“¹²¹⁵ Уговор о наслеђивању се „по својој природи простире само на оно имање које се јоште нађе после смрти завештатеља.“¹²¹⁶ Његов предмет је „будуће наследство, једна правна нада неодређеног рока, која води евентуалној реализацији.“¹²¹⁷ Будуће наследство или заоставштина је скуп свих наслеђивању подобних права и обавеза над којима ће уговорни оставилац бити титулар у тренутку смрти, што значи да њен састав може да се мења у периоду од тренутка закључења уговора до тренутка делације оставиоца, када уговор почиње да производи правна дејства.¹²¹⁸

Док је предмет облигационих уговора одређен већ у тренутку њиховог закључења, предмет уговора о наслеђивању представљају ствари и права која иза једног лица преостану у тренутку отварања његове заоставштине.¹²¹⁹ У поређењу са облигационоправним уговорима у наследном праву (уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота), где је обавезно, не само да ствари и права која чине објекат уговора постоје, већ и да буду прецизно наведена у тренутку закључења уговора, код уговора о наслеђивању је важно да заоставштина која представља објекат уговора постоји у тренутку смрти уговорног оставиоца.¹²²⁰ У том смислу се уговорно наслеђивање француског права (*l'institution contractuelle*) назива и поклоном будућих ствари (*la donation des biens à venir*), јер се под његовим предметом подразумевају будуће ствари – све ствари које ће се у тренутку оставиоцеве (поклонодавчеве) делације наћи у његовој заоставштини. Супротно садашњим стварима, на којима је једно

¹²¹⁴ J. Gauthier (2006), 361.

¹²¹⁵ Д. Матић, 1001.

¹²¹⁶ Д. Матић, 1002.

¹²¹⁷ Д. Миљковић, 17.

¹²¹⁸ Одлука општег одељења седнице Касационог суда бр. 3671 од 26.3.1898., наведено према: Г. Никетић, 416.

¹²¹⁹ D. Damascelli, 91; A. Verbeke (2008), 198. Изузетак представља члан 458. ст. 3. Закона о облигационим односима, којим је предвиђено да предмет купопродаје може да буде и будућа ствар. Панов на основу тога извлачи закључак да тим пре „предмет овог уговора може да буде удео у заједничкој својини, који неспорно постоји само је непознат његов обим.“ С. Панов (1998), 66.

¹²²⁰ Б. Кашћелан, 183. Погрешна формулација, како предмет уговора о доживотном издржавању може да буде и будућа имовина, налази се у члану 122. ст. 6. Савезног закона о наслеђивању из 1955. године.

лице титулар права већ у тренутку када закључује одређени уговор, будуће ствари су оне на којима у тренутку предузимања правног посла он нема никакво право, али очекује да ће га до своје делације стећи.¹²²¹

Другим речима, осим ако се не ради о уговорном легату, предмет уговора о наслеђивању по правилу чине права која ће уговорни оставилац стећи и након закључења уговора о наслеђивању.¹²²² Имајући то у виду, јасно је да предмет уговора о наслеђивању који представља основ за универзалну сукцесију, никада не може да буде одређен, већ може да буде само одредив. Чак и ако се вредност апстрактно узете заоставштине, у тренутку закључења уговора, не би променила у односу на вредност коју ће имати у тренутку делације уговорног оставиоца, мала је вероватноћа да се неће променити њена структура, осим ако контракт не би био закључен непосредно пред оставиочеву смрт. Управо ће неодређеност предмета уговора, у тренутку закључења уговора о наслеђивању, бити разлог за критику овог института у литератури.¹²²³ Али, то не значи да би било исправно резоновати да уговор о наслеђивању није настао јер му недостаје предмет, само због тога што у тренутку његовог закључења уговорни оставилац није прецизирао предмет своје уговорне обавезе, или чак ако не би имао ништа у својој имовини.

О томе сведочи и један случај из наше старије судске праксе. Иако је у спору поводом брачног уговора, којим су извесни Коста и Марија регулисали и своје наследноправне односе за случај смрти једног од њих, Касациони суд, примедбама свог III одељења бр. 2075 од 9. 3. 1898., којом је поништио пресуду Апелационог суда бр. 139. од 20. 1. 1898. године, истакао да предмет уговора о наслеђивању може да буде само она имовина коју уговорна страна поседује у тренутку закључења уговора и која у таквом уговору треба да буде одређена и означена, Апелациони суд није усвојио такве примедбе. За то је изнео следећу аргументацију: „Ово уговорно наследство између мужа и жене јесте мешавина поклона за живота и поклона тестаментом учињеног. Он се првом приближава својом позитивношћу, а другом опет, што има за предмет будуће имање, т. ј. оно, које дотични супруг остави у часу смрти своје... И по томе, као год што се тестаментом или сва имовина или изванредан део њен, или најпосле поједина добра

¹²²¹ М. Ђурђевић (2011), 245.

¹²²² Д. Ђурђевић (2009), 205.

¹²²³ М. Martínez, 109.

могу завештати, тако исто то може бити и код уговорног наследства... По томе јасно је, да није потребно да се именује имање, које један супруг оставља другоме на случај смрти, нити се може казати, да за то, што преживели супруг нема непокретне имаовине, ни уговор нема *предмета*, јер у оваком случају уговор ипак има предмета, а то је *будуће имање*, које он може стећи и оставити у часу смрти... Садање имање јесте битни услов за уговор о *поклону за живота*, а за предмет уговора на случај смрти служи *будуће имање*." Одлуком Опште Седнице Касационог суда бр. 2668 од 26. 3. 1898. године, потврђено је да је наведена одлука Апелационог суда у складу са законом.¹²²⁴

Ипак, то не значи да у складу са начелом аутономије воље, предмет уговора о наслеђивању не може да буде ограничен само на имовину (или њен део) уговорног оставиоца коју он поседује већ у тренутку закључења уговора о наслеђивању. Предмет уговора о наслеђивању осим будуће, може да буде и постојећа имовина уговорних страна.¹²²⁵ У литератури се истиче да би у том случају био задатак јавног бележника да поучи уговорне стране да би било корисно да у уговор унесу клаузулу којом би недвосмислено одредили да имовина коју стекну након закључења уговора неће чинити објекат уговора за случај смрти.¹²²⁶ Дакле, уговорне стране су овлашћене да на другачији начин уреде наслеђивање имовине која постоји у тренутку закључења уговора, од имовине која ће бити накнадно стечена.¹²²⁷ Овако одређен предмет уговора би пре свега одговарао сингуларној сукцесији, односно, одређењу уговорног легата.

Међутим, ако би уговором била одређена универзална сукцесија на аликвотном делу постојеће оставиоачеве имовине, то би због овако прецизираног предмета уговора, који за разлику од одређења уговорног легата мора да буде апстрактан, довело до тешко разрешивих проблема. Оним делом постојеће имовине која не представља објекат уговора, уговорни оставилац би могао слободно да располаже, без опасности да ће угрозити правни положај уговорног наследника, али би фактички било веома тешко, ако не и немогуће, одредити обим имовине која није обухваћена уговором. То значи да би он могао и нехотице

¹²²⁴ Саопштење Драгића Павловића, *Бранич* 7/1898, 240-243.

¹²²⁵ L. Dujmov, 103; D. Softić Kadenić, 41.

¹²²⁶ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 488.

¹²²⁷ *Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима*, Београд 1954, 81.

да изигра уговорног наследника, јер је њему гарантован само један апстрактно одређени део имовине. Зато је у оваквим случајевима потребно дефинисати имовинску масу у односу на коју ће бити израчуната вредност аликвотног дела који се наслеђује, а то је могуће тек отварањем заоставштине, сабирањем или одузимањем добара која су преостала у заоставштини, са оним добрима која је пре смрти отуђио уговорни оставилац.¹²²⁸

3.2. У чему се састоје обавезе уговорних страна?

У швајцарској науци је прихваћено гледиште да се правила Швајцарског законика о облигацијама, која се односе на извршење синалагматичних уговора, не могу применити на уговор о наслеђивању, јер код овог контракта уговорни оставилац извршава своју обавезу већ самим чином закључења уговора, односно именовањем једног лица за наследника или испорукопримца.¹²²⁹ Међутим, престација уговорног оставиоца има наследноправну, а не облигационоправну природу. Стога, након закључења уговора, оставилац није дужан да предузима никакве даље радње у циљу извршења уговора, као што га сâм уговор не обавезује да каснијим правним пословима не располаже објектом уговора на штету уговорног наследника.¹²³⁰

Може да се закључи да у уговору о наслеђивању најчешће неће постојати идентитет права и обавеза на страни уговорног оставиоца и уговорног наследника и у томе је карактеристика његове правне природе, којом се он разликује од облигационоправних уговора. Тако на пример, само уговорни оставилац може да искључи уговорног наследника из права на нужни део (осим ако се не би радило о реципрочном уговору о наслеђивању).¹²³¹ Потпуна корелативност права и обавеза уговорних страна може да постоји само ако је реч о узајамном уговору о наслеђивању, или ако је закључен уговор о смеси, где супружници, који су уговорне стране, објектом уговора чине како заједничку, тако и посебну имовину свакога од њих, предвиђајући да ће све наследити надживели брачни друг.

¹²²⁸ F. Terré, Y. Lequette, 444.

¹²²⁹ J. Gauthier (2006), 363.

¹²³⁰ W. Kralik, 154-155.

¹²³¹ Z. Csehi, 186.

Корелација права и обавеза уговарача у уговору о наслеђивању не постоји чак ни у теретним уговорима о наслеђивању. Уговорни оставилац само располаже за случај смрти, именујући другу уговорну страну или треће лице за наследника. На тај начин, они постају титулари само једне наследне наде, односно наследничког наслова, који им оставља могућност да уз испуњење законом прописаних услова стекну заоставштину, њен аликвотни део, или тачно одређене ствари и права из заоставштине. С друге стране, уговорни наследник се обавезује да уговорном оставиоцу испуни једну праву облигационоправну престацију, која се састоји или у доживотном издржавању или у плаћању доживотне ренте.¹²³²

Као што се види, неке обавезе су карактеристичне само за уговорног наследника. У правима у којима је то допуштено, или у којима је то нужан услов за пуноважност уговора, само ће он бити дужан да издржава уговорног оставиоца или да му плаћа доживотну ренту, а висина издржавања (ренте) ће бити одређена на исти начин као код уговора о доживотном издржавању, према потребама примаоца (уговорног оставиоца) и могућностима даваоца издржавања (уговорног наследника).¹²³³ Уговорни наследник своју обавезу може да испуни одједном, али и тако што ће својим активним понашањем, радом, улагањем, или плаћањем у једном дужем временском трајању, допринети увећању вредности оставиочеве заоставштине, па и оних добара на којима, на основу уговора о наслеђивању, у тренутку оставиочеве делације треба да стекне неко право.

Међутим, теретне уговоре о наслеђивању не треба изједначавати са уговорима о доживотном издржавању. У смислу Швајцарског законика о облигацијама, уговором о доживотном издржавању се сматра уговор којим се доживотно издржавање уговара као накнада за пренету имовинску вредност, док се уговори у којима доживотно издржавање представља накнаду за обећање наследства, третирају као посебна врста уговора, тј. наследни уговори о доживотном издржавању.¹²³⁴ Најзад, противпрестација уговорног наследника може да се састоји и у томе што ће он имати дужност да за своје наследнике именује законске наследнике уговорног оставиоца.¹²³⁵

¹²³² J. Gauthier (1955), 107.

¹²³³ J. Салма, 64.

¹²³⁴ Невенка Суботић-Константиновић, *Уговор о доживотном издржавању*, Београд 1968, 27-28.

¹²³⁵ P. H. Steinauer (2006), 311.

Када је реч о теретним уговорима о наслеђивању, уобичајено је гледиште да уговорни наследник извршава некакву обавезу према уговорном оставиоцу у накнаду за то што га он уговором именује за свог наследника или испорукопримца. Међутим, у науци постоји и хипотеза која је супротно постављена. Вајмар истиче да је заправо обрнуто, односно да уговорни оставилац жели да компензује једно лице именујући га за наследника, односно да уговорном наследнику на тај начин учини контрапрестацију, јер га је овај неговао, издржавао, обезбеђивао му стан и храну или засновао са њим заједницу живота. То значи, да се по мишљењу овог аутора, накнада не састоји у издржавању уговорног оставиоца од стране уговорног наследника, већ у чињеници да уговорни оставилац именује једно лице за наследника или легатара, јер га је оно издржавало, плаћало му ренту и старало се о њему.¹²³⁶

3.3. Уговор о смеси

Како је предмет уговора о наслеђивању заоставштина, то значи да сва права и обавезе који улазе у састав заоставштине могу да буду и предмет овог уговора. Међутим, када су уговорне стране супружници, то отвара могућност да предмет њиховог уговора буде специфичан, односно да сагласношћу воља обухвате права чије је постојање својствено брачноимовинском режиму. Ђурђевић истиче да постоје два разлога због којих уговор о наслеђивању, нарочито ако је реципрочан, своје најбоље врлине показује баш када га закључују супружници и када за предмет има њихову заједничку имовину. Прво, он по његовим речима, омогућава да заједничка имовина супружника, након смрти једног од њих пређе у искључиву својину надживелог брачника. Друго, уговор о наслеђивању омогућава да се заједничком имовином супружника располаже за случај смрти, док њоме није могуће располагати правним пословима међу живима, ако се са таквим располагањем не сагласе оба супружника.¹²³⁷ Из тих разлога, Ђурђевић сматра да супружницима треба допустити закључење уговора о

¹²³⁶ Peter Weimar, *Berner Kommentar*, Berne 2000, nos 10 ss, notamment 14, 19 et 21 de l'introduction au titre quatorzième du code civil, pp. 90 ss, notamment 91 et 93, наведено према: J. Gauthier (2006), 363.

¹²³⁷ Д. Ђурђевић (2009), 208. Слично: Станиша Ј. Пауновић, *Породична тековина*, *Бранич 1-2/2007*, 154.

наслеђивању, али само у погледу добара која се налазе у њиховој заједничкој својини.¹²³⁸

У нашој предратној правној пракси, овакви уговори о наслеђивању су били веома популарни и често су коришћени између супружника или вереника. Муж и жена или будући супружници, имали су обичај да уговоре шта једна а шта друга уговорна страна од свог имања унесе у брак, да би потом предвидели да ће целокупну имовину како једног тако и другог, увећану за евентуалне приносе и припатке, наследити надживели супруг или неко треће лице. То су такозвани уговори о смеси.¹²³⁹ Тако је у брачном уговору, који су 21. јула 1861. године у Београду закључили Никола Станисављевић и Марија Миладиновић, удовица Јована Миладиновића, воља уговорних страна изражена на следећи начин: „... Међусобно уговор овај сочинисмо и доле подписатим сведетељима потврђујемо, да се ми сојужавамо на овај начин: сва добра и имање покретно и непокретно и моје и њено да у једно слијемо, и взаимно да са свим управљамо и уживамо. У случају смрти: ако ја пре умрем, да она над свима добрима нашим господарити има и од њи уживати; тако исто, ако би она пре умрла, да ја на сва добра сопствена господар будем и са њима уживам. После наше смрти све наследити има мој син Ђорђе Н. Станисављевић без икакве доказујуће струке фамилије њене или моје, он је један на сва добра наша наследник, и то онда кад ми обоје у вечност ступимо.“¹²⁴⁰

Дакле, уговором о смеси најчешће се предвиђало да надживели супружник има такозвано „универзално плодоуживање“ на заједничкој имовини коју су супружници стекли радом за време живота, али након тога и обавезу да то имање пренесе неком трећем, најчешће њиховој деци.¹²⁴¹ Овакви уговори веома подсећају на правна дејства брачних уговора који постоје и у српском позитивном праву (а о чему је било речи у петом поглављу овог рада).

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ Примера ради, видети уговор који су 29.10.1885. године у Умчарима закључили Јелица, удова поч. Андреје Н. из Умчара и Коста П. бив. из Куманова, сада теж. из Умчара, потврђен 30.10.1885. године у Гроцкој под бројем 8085 од стране начелника среза писара И. К. Аврамовића (*Бранич 7-8/1934*, 439) и уговор о смеси који су 16.11.1929. године закључили М. и Б. (*Бранич 1/1939*, 172). Овакво решење постоји и у савременом француском праву. F. Ferran, 47.

¹²⁴⁰ *Живети у Београду 1851-1867, документа управе града Београда*, Историјски архив Београда, уредник Бранка Прпа, Београд 2005, 572.

¹²⁴¹ E. Moreau, 64.

3.4. Уговорни легати

Зависно од тога шта су уговориле уговорне стране, тренутком смрти уговорног оставиоца се на уговорног наследника преноси цела заоставштина или неки њен аликвотни део, када је уговор за случај смрти основ за универзалну сукцесију, односно тачно одређене ствари и права из заоставштине, ако је уговор о наслеђивању основ за сингуларну сукцесију.¹²⁴² У последњем случају, реч је о уговору о легату, за који се у правној књижевности понекада користи и термин „уговор о будућем легату“.¹²⁴³ При томе, није немогуће да предмет уговора истовремено буде и аликвотно одређени део заоставштине и индивидуално одређена ствар или право из заоставштине. Међутим, немају сви правни системи једнак однос према уговорним легатима.

Према Аустријском грађанском законуку, предмет уговора о наслеђивању може да буде само цела заоставштина или њен аликвотни део. Уговорни легати нису допуштени, јер се аустријски законодавац определио да функцију и циљеве овог института остварује посредством поклона за случај смрти. Према томе, ако би објекат уговора била нека тачно одређена ствар, право или новчани износ, такав правни посао би, према параграфу 1250. Аустријског грађанског законика, представљао поклон за случај смрти.¹²⁴⁴ Уговором о наслеђивању су у аустријском праву легати и налози могли да буду одређени само супсидијерно, али овакве одредбе нису имале уговорни карактер и остајале су једнострано опозиве, као да је реч о завештајним располагањима.¹²⁴⁵

¹²⁴² Чл. 141. ст. 1. Закона о наслеђивању Србије: „Завешталац може једну или више ствари или права оставити неком одређеном или одредивом лицу, или наложити наследнику да из онога што му је остављено да неку ствар или право неком лицу, или му исплати суму новца, или га ослободи каквог дуга, или га издржава или, уопште у његову корист нешто учини илисе уздржи од каквог чињења, или да нешто трпи.“

¹²⁴³ Лј. Кadić, 50. Поставља се питање на шта се тачно односи реч „будући“ из синтагме „будући легат“? Ако се мислило да се овим „будући“ укаже на тренутак када ће правни посао почети да производи правна дејства, онда је овакво „прецизирање“ сувишно, јер је уговор о наслеђивању, као и уговор о легату, правни посао *mortis causa*. Ако је реч о некој будућој ствари или праву, која још не постоји у тренутку закључења уговора, онда би овакво одређење имало смисла у контексту диференцијације од оних уговорних легата чији објекти постоје већ у тренутку закључења уговора.

¹²⁴⁴ S. Marković (1978a), 308; A. Rušnov, 636.

¹²⁴⁵ Л. Марковић (1930), 309. Перић је био мишљења да ни Српски грађански законик није познавао уговорне легате, већ само уговор о наслеђивању и поклон за случај смрти. Он је сматрао да је по српској кодификацији уговорни легат могао да чини само акцесорни садржај уговора о наслеђивању уз одређивање уговорног наследника. Ж. М. Перић (1928), 270, 272, фн. 9.

Међутим, много је већи број правних поредака у којима су уговорни легати допуштени. У немачкој правној пракси су уговорни легати чак дуго имали и чешћу примену од уговора о наслеђивању.¹²⁴⁶ У француском праву, када супружници одређују једно друго за наследника посредством брачног уговора, а уговорни оставилац нема деце из првог брака, они то најчешће чине установљавањем права доживотног плодоуживања на целини заоставштине у корист надживелог супружника, мада је потомцима уговорног оставиоца допуштено да након његове смрти захтевају конверзију доживотног плодоуживања у доживотну ренту.¹²⁴⁷ У овом правном систему није реткост ни да један супружник на истој ствари пренесе на другог супружника и део својинског овлашћења и део неког другог стварног права (на пример, $\frac{1}{2}$ својинског удела и $\frac{1}{2}$ плодоуживања на викендици).¹²⁴⁸ Међутим, ако се располагање односи на пренос једног, тачно одређеног добра, француски аутори сматрају да оно представља обичан уговор о поклону, а не уговорну испоруку.¹²⁴⁹ Уговорни легати су допуштени и у енглеском праву, где представљају дуг на заоставштини.¹²⁵⁰

Шпанско право (које важи на територији целе Краљевине Шпаније) је специфично по томе што су у њему допуштене практично само уговорне испоруке. Иако Шпански грађански законик начелно забрањује уговоре о наслеђивању, судска пракса је начинила један значајан изузетак. Допуштено је закључење уговора о наслеђивању под условом да не служе као основ за универзалну сукцесију, односно да се не односе на целину заоставштине и на “будућу заоставштину”, већ на поједина, тачно одређена и у тренутку закључења уговора постојећа права и обавезе.¹²⁵¹

Уговорни легати су, након измена из 2008. године (ступиле на снагу 1.1.2009. године), допуштени и у каталонском наследном праву.¹²⁵² У праву Галиције, веома су чести уговори о наслеђивању којима један супружник одређује другог за плодоуживаоца на својој заоставштини, а могуће је, слично француском

¹²⁴⁶ Д. Миљковић, 27-28.

¹²⁴⁷ Чл. 1094. ст. 2. Француског грађанског законика. P. Malaurie, L. Aynès, 370.

¹²⁴⁸ A. Raison, 38.

¹²⁴⁹ F. Ferran, 48.

¹²⁵⁰ J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 99.

¹²⁵¹ Одлуке шпанског Врховног суда од 4.5.1902., 8.10.1915., 8.10.1916., 26.10.1926., 16.5.1940., 12.6.1956., 24.1.1957., 33.1964. и 22.6.1997. Наведено према: S. Cámara Lapuente, 23.

¹²⁵² E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 66; S. Navas Navarro, 108.

праву, и да оба супружника једно другом оставе легат плодуживања на целини или делу заоставштине. Ово плодуживање неће производити правна дејства из истих разлога из којих правна дејства не би производио ни уговор о наслеђивању: ако би у тренутку смрти једног од њих супружници били разведени или фактички растављени; ако би њихов брак био поништен; ако би надживели супружник био недостојан за наслеђивање или би га претходно други супружник искључио из права на нужни део; ако надживели супружник не би испуњавао законом предвиђене обавезе према брачном другу који је умро пре њега; ако би грубо и у дужем трајању занемарио вршење породичних дужности; ако би надживели супружник закључио нови брак или засновао нову ванбрачну заједницу са другим лицем (под условом да преминули супружник није другачије одредио), или ако би у форми нотарски обрађеног записа супружници споразумно раскинули уговор о наслеђивању.¹²⁵³

Чини се да је код уговора о легату најзначајније одредити тренутак у коме уговорни испорукопримац стиче ствари и права из заоставштине. Када је реч о универзалној сукцесији, у правима која не познају лежећу заоставштину, наследник постаје титулар свих оставиочевих права и обавеза отварањем заоставштине. У случају позитивне наследне изјаве, уговорни наследник не би морао да захтева предају заоставштине, јер би већ тренутком оставиочеве смрти ступао у уговорена права и обавезе, односно постајао би (спиритуализовани) држалац. Са друге стране, тренутком завештаочеве смрти легатар стиче само једно облигационо право, право потраживања према онерату. Али, да ли ово правило завештајног права може по аналогији да се примени и на уговорног легатара? Могућа су два различита приступа овом проблему.

Према првом, који би се ослањао на правила завештајног наслеђивања, и уговорни легатар, тренутком оставиочеве делације, стиче само право потраживања према онерату, а то је лице које је оставиочев универзални сукцесор. У правима, која, попут српског права, познају начело обавезне универзалне сукцесије, нужно је да, поред лица које је уговором одређено за испорукопримца, постоји и оставиочев наследник, који је потом дужан да испорукопримцу преда

¹²⁵³ M. Martínez, 122, 124.

легирану ствар, изврши уговорену чинидбу или се уздржи од ње. То што се једно лице уговором сагласило да му се учини легат не мења ништа у том смислу.

Према другом могућем приступу, пошло би се од тога да се уговорни легати разликују од испорука одређених завештањем по томе што код њих нема онерата, односно „посредника“ између оставиоца и лица које је хонорисано његовим располагањем за случај смрти. То би за собом повлачило још једну значајну разлику. Уговорни легатар би тренутком смрти уговорног оставиоца стекао право на легираној ствари, а не право потраживања у односу на легирану ствар, како је то случај код испоруке одређене тестаментом. Разлог томе је што је непосредно он уговорио са оставиоцем која ће му корист припасти часом делације и што нема од кога да потражује легирану ствар.

Поједини аутори дају предност другом тумачењу. Каже се да правни положај уговорних наследника није другачији од положаја других наследника, те да „и они наслеђују *in o actu* и *ipso iure* смрћу оставиоца и стјечу тако права било на тачно одређеним добрима било на пропорционалном дијелу наследства.“¹²⁵⁴ Ово становиште деле и други правни писци, истичући као изузетак од правила о ступању уговорног легатара у легиране ствари и права тренутком смрти уговорног оставиоца, само случај када би предмет испоруке био новчани износ, јер би у том случају, по њиховом мишљењу, уговорни испорукопримац имао правни положај повериоца, а не сопственика. Доследно овој аргументацији, уговорни легатар би морао да захтева исплату новчаног износа од оставиоцевих универзалних сукцесора, а право на камату би стицао од дана када је затражио исплату свог легата.¹²⁵⁵

Нама се ипак чини исправнијим став према коме би положај уговорног испорукопримца требало уподобити положају легатара који стиче ствари и права на основу завештања. Ако се у анализи пође од уговорне обавезе уговорног оставиоца, долази се до већ изреченог закључка да је он извршава самим чином закључења уговора. У том смислу, уговорни наследник или испорукопримац на такво располагање само даје сагласност и нема никакву обавезу према уговорном оставиоцу (у доброчином уговору о наслеђивању), али је овлашћен да после његове смрти да негативну наследну изјаву. Полазећи од начела обавезне

¹²⁵⁴ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 486.

¹²⁵⁵ A. Raison, 43.

универзалне сукцесије, уговорни оставилац поред уговорног испорукопримца увек мора да има макар једног универзалног сукцесора. Ако би целокупну своју заоставштину или њен најзначајнији део исцрпео располагањима појединачних ствари и права у корист уговорног испорукопримца, онда он практично више и не би био сингуларни, већ универзални сукцесор. Исто тако, за легатара може да буде одређено и треће лице, које није сауговарач уговорног оставиоца. Све то, чини се, говори у прилог схватања да би тренутком оставиочеве смрти уговорни легатар имао само право потраживања, тј. једно облигационо право према оставиочевим универзалним сукцесорима. То је уосталом став који је прихваћен и у многим законодавствима, нпр. немачком.¹²⁵⁶ Једини изузетак од овог правила би можда требало учинити ако би уговор о наслеђивању имао теретну правну природу, јер се тада положај уговорног наследника (легатара) скоро сасвим изједначава са положајем даваоца из уговора о доживотном издржавању.

Дакле, положај уговорног наследника и уговорног легатара је исти, утолико што ни један ни други, све до тренутка смрти уговорног оставиоца, немају никаква права на заоставштину или неком праву из заоставштине којим он располаже уговором. Разлика у њиховом правном положају се састоји у томе, што моментом делације уговорног оставиоца уговорни наследник непосредно стиче уговорена права, док легатар стиче само право да од универзалних сукцесора уговорног оставиоца захтева давање, чињење или нечињење које је предмет уговорног легата.¹²⁵⁷

Општа правила о легату би и у осталим случајевима могла да се примене на уговорног легатара. Може да се деси да уговорни оставилац отуђи или замени добро које представља објекат уговорне испоруке, рецимо да легирани аутомобил прода и да купи неки други. Судбина легата би у таквим случајевима зависила од степена индивидуализације објекта испоруке, јер то може да буде и будућа ствар. Тако, ако би у уговору био одређен модел, годиште производње аутомобила и његов број шасије, легат би пао. У супротном, ако би предмет легата била предаја генеричне ствари, нпр. аутомобила без његовог ближег описа, онда би испорукопримац стекао право потраживања таквог возила ако би оно постојало у заоставштини оставиоца, у супротном, ако би била одређена само његова

¹²⁵⁶ Аргумент из пар. 2288. Немачког грађанског законика.

¹²⁵⁷ Д. Ђурђевић (2009), 197; J. Gauthier (1955), 64.

количина, универзални сукцесор би морао да га (их) прибави и преда испорукопримцу.¹²⁵⁸ Реална суброгација, односно предаја неке друге уместо легиране ствари, не би била допуштена.¹²⁵⁹

3.5. Шта још може да буде уговорено?

Уговором о наслеђивању могу да буду одређени сви модалитети које је могуће одредити завештањем – услови, рокови, налози, проста (вулгарна), или фидеикомисарна супституција у правима у којима је допуштена.¹²⁶⁰

Иако су, као и у свим другим правним пословима, забрањене чисто „потестативне клаузуле“, нпр. оне које омогућавају поклонодавцу да простом изјавом воље опозове учињени поклон, неке друге потестативне клаузуле, које су иначе забрањене у обичним поклонима, допуштене су чланом 1086. Француског грађанског законика као саставни део брачног уговора.¹²⁶¹ Овом нормом је прописано да „поклон учињен путем брачног уговора у корист супружника и деце рођене у њиховом браку, може да буде учињен под условом да без разлике буду плаћени сви дугови и трошкови који се односе на заоставштину поклонодавца, или под неким другим условом од чијег испуњења зависи поклонодавчева жеља; поклонопримац је дужан да испуни услове, осим ако не жели да одбије поклон; у случају да је поклонодавац брачним уговором сачувао за себе право да располаже неким делом који чини саставни део поклона његове постојеће имовине, или да тачно одређени износ новца буде изостављен из исте имовине, ако умре а да није њима располагао, део те имовине или новчани износ сматраће се саставним делом поклона и припашће поклонопримцу или његовим наследницима.“

Изгледа да би уговором о наслеђивању могла да се чине и располагања у добротине и општекорисне сврхе, па и да се оснује задужбина, али и да се одреди

¹²⁵⁸ Члан 149. и члан 153. Закона о наслеђивању Србије.

¹²⁵⁹ Cass. civ. 23 mars. 1841, S. 1841.1.298), F. Terré, Y. Lequette, 443, фн. 3. Изузетак постоји у швајцарском праву, ако би уговорни оставилац одредио да жели да легатару припадне новчани износ уместо легиране индивидуално одређене ствари, коју је отуђио теретним правним послом. J. Gauthier (1955), 53.

¹²⁶⁰ Параграф 1251. Аустријског грађанског законика; Б. Б. Благојевић, 217; N. Stojanović (2003), 169; M. Martínez, 117.

¹²⁶¹ P. Malaurie, L. Aynès, 358.

извршилац последње воље.¹²⁶² Такође, могуће је дати и изјаве воље које не представљају имовинска располагања за случај смрти (нпр. пуномоћје), која могу да имају обавезујуће дејство према правилима облигационог права, али не и према правилима наследног права којима је регулисан уговор о наслеђивању.¹²⁶³

4. ЗБОГ ЧЕГА СЕ ПОСТИЖЕ САГЛАСНОСТ ВОЉА?

Одговор на питање због чега се ствара уговорни однос, односно зашто се уговорне стране обавезују и какав правни циљ остварују кроз извршење уговорних обавеза, даје кауза или основ уговора.¹²⁶⁴ Да би уговор о наслеђивању био допуштен и могао да производи правна дејства, његова кауза, слично основу облигационих уговора, мора да постоји и да буде допуштена, што ће рећи, да буде у сагласности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима.¹²⁶⁵

„Уговор о наслеђивању има за циљ располагање имаовином једног (или оба уговарача) на случај смрти.“¹²⁶⁶ Његова кауза се састоји у обвезивању уговорног оставиоца, које је последица једностране неопозивости уговора о наслеђивању, или бар оних његових одредаба које имају уговорни карактер, као што је то случај у немачком праву.¹²⁶⁷ Код реципрочних уговора о наслеђивању, основ обавезе једног уговарача да другог постави за наследника је у обавезивању друге уговорне стране да ће ову прву, за узврат, одредити за свог наследника.¹²⁶⁸ У складу са поделом на превентивне и фаворизујуће уговоре о наслеђивању која постоји у шпанском праву, циљ овог института може да се састоји и у једноставном избегавању примене правила законског наслеђивања, односно у побољшању наследноправног положаја неког од законских наследника у односу на друге.

¹²⁶² W. Kralik, 155-156; М. Бартош, 253.

¹²⁶³ W. Zimmermann, 124. Ако би уговор о наслеђивању постао саставни део српског позитивног права, чини се да не би постојале препреке да се предвиди да се очинство, поред завештања, може признати и овим правним послом.

¹²⁶⁴ S. Perović, 323, 332. Детаљније о каузи видети: Oliver Antić, *Kauza*, *Pravni život 10/2005*, 821-855.

¹²⁶⁵ Члан 51. и члан 52. Закона о облигационим односима. S. Perović, 334-338.

¹²⁶⁶ Ж.М. Перић (1923), 60.

¹²⁶⁷ D. Leipold, 188.

¹²⁶⁸ J. Gauthier (1955), 127; E. Bikić, M. Powlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 492.

Кауза теретних уговора о наслеђивању се састоји у томе што уговорни оставилац жели за себе да обезбеди приврженост и лојалност једног лица, јер за уговорног наследника именује некога од кога очекује неку услугу или чинидбу, која може да се састоји у доживотном издржавању и нези или плаћању доживотне ренте. Дакле, циљ уговора о наслеђивању је да се њиме веже надживели супружник. С друге стране, уговорни наследник извршава уговорене престације према уговорном оставиоцу из разлога што га је он уговором именовано за свог наследника. Ипак, основ може да се састоји и једноставно у томе што уговорни оставилац очекује да ће постављањем једног лица за свог наследника, подстаћи то лице на понашање које је у складу са његовим жељама и очекивањима.¹²⁶⁹ Иако сагласност друге уговорне стране на располагање уговорног оставиоца не представља гаранцију да ће уговор о наслеђивању на крају произвести правна дејства, јер уговорни наследник може да да негативну наследну изјаву, чини се да ће се то ретко десити у пракси (нарочито ако је реч о теретном уговору). Из тог разлога, закључујући овај правни посао за случај смрти, уговорни оставилац повећава извесност у погледу правне судбине његове заоставштине.

У том смислу, може се рећи да се слично као и код облигационих уговора, кауза теретног уговора за случај смрти састоји у располагању за случај смрти, односно извршењу обавезе друге уговорне стране, а основ добротних уговора о наслеђивању у намери да се другом лицу, уговорном наследнику, учини некаква корист, односно, да се он без противуслуге именује за наследника или легатара.¹²⁷⁰ Чини се и да на исти начин треба процењивати утицај побуда (мотива) на допуштеност каузе, односно, да ће теретни уговор бити ништав „ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати“, а да добротни уговор неће бити пуноважан „и кад други уговарач није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача.“¹²⁷¹ Ипак, о утицају мотива на пуноважност уговора биће више речи нешто касније.

Сасвим оригинално опредељење каузе уговора о наслеђивању дао је Гисан (*Guisan*), видећи у њој смрт. По његовом мишљењу, воља уговорног оставиоца да

¹²⁶⁹ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 134.

¹²⁷⁰ S. Perović (1986), 332.

¹²⁷¹ Члан 53. став 2. и став 3. Закона о облигационим односима.

располаже имовином за случај смрти и именује уговорног наследника, никада не може да буде сасвим слободна јер је узрокована предстојећом чињеницом смрти. Једина слобода уговорног оставиоца се састоји у избору уговорног наследника, али тада није реч о каузи, већ о мотиву, а и тај мотив је, закључује овај аутор, у теретним уговорима о наслеђивању условљен обавезом уговорног наследника.¹²⁷²

Не рачунајући Гисаново запажање, све што је претходно речено о основу уговора за случај смрти примењиво је независно од тога ко су његови субјекти. Међутим, кад су уговорне стране супружници, тада кауза уговора о наслеђивању добија нове, специфичне обресе. Полазећи од заједнице живота и имовинске заједнице која међу њима постоји, међусобне љубави и заједничке бриге и старања о деци, супружници настоје да кроз уговор о наслеђивању задрже после смрти било кога од њих *status quo* у својим имовинским односима, односно обезбеде наследноправни положај надживелог супружника, али и обезбеде континуитет у наслеђивању породичне имовине у кругу једне породице.¹²⁷³ У правима попут аустријског и француског, која уговорно наслеђивање везују за брачноимовински режим и допуштају његово закључење посредством брачних уговора, овај институт често представља манифестацију жеље супружника да једним јединственим актом истовремено уреде и своје имовинскоправне односе док су живи и међусобне имовинскоправне односе када један од њих умре. С друге стране, чак и у правним порецима који допуштају закључивање уговора о наслеђивању између свих лица, неретко је кауза овог контракта у побољшању законом предвиђеног наследноправног положаја супружника.

Прописујући уговоре уопште и изузетке од забране уговорног наслеђивања, редактори Наполеоновог кодекса су имали за циљ да обезбеде сигурност и континуитет француске породице. Доброчини правни послови закључени у корист породице су правни послови међу живима или правни послови за случај смрти, код којих се корист уговара за једно или више лица, али који у крајњој линији за циљ имају бенефит целокупне породице, што може да буде уговорено или експлицитно или да проистиче из околности случаја које закон сматра релевантним.¹²⁷⁴ Ови правни послови се кроз своје различите врсте и

¹²⁷² J. Gauthier (1955), 109.

¹²⁷³ С. Бранковић, 7-8; Т. Ђурђић-Милошевић, 524.

¹²⁷⁴ R. Cassin, 116-117.

правну природу односе на три различита периода који су од суштинског значаја за сваку породицу: кроз правне послове који се везују за тренутак заснивања породице путем брака; кроз правне послове међу живима, којима један од родитеља уступа и расподељује своја добра сваком свом детету; кроз правне послове *mortis causa* којима чланови породице теже да финансијски обезбеде макар једну генерацију после своје смрти. Међу последње се убраја и уговорно одређење наследника, које у форми брачног уговора родитељи или трећа лица чине у корист супружника или њихове деце.¹²⁷⁵

Различити начини на које је могуће одредити уговорног наследника, најшири могући круг добара која могу да буду објекат овог уговора, као и релативно широк круг лица која могу да се јаве као његови субјекти, потврђују да је *ratio legis* уговорног наслеђивања жеља редактора *Code civil*, а потом и нотарске и судске праксе, да стимулишу стварање нових породица, подстицањем оставилаца да наследницима пренесу одређена добра која ће им у том циљу помоћи.¹²⁷⁶ Из тог разлога, уговорно наслеђивање, под претњом ништавости, мора да има брачноимовински карактер. Ако не би било закључено у облику брачног уговора или поклона будућих ствари између супружника, било би ништаво и не би производило правна дејства, јер се и изузетак од начелне забране закључења уговора о наслеђивању који је начињен француском кодификацијом, правда разлозима обезбеђења материјалне основе за будуће супружнике и њихову децу, односно аргументима учвршћења брака и породице уопште.¹²⁷⁷ Из тог разлога, као и у аустријском праву, уговорно одређење наследника неће производити правна дејства ако не дође до закључења брака у чију корист је брачни уговор закључен, и то независно од тога ко су његови субјекти.¹²⁷⁸

Међутим, кауза уговорног наслеђивања није иста за сва времена и у свима правима, што можда најбоље описује еволуција кроз коју је уговор о наслеђивању прошао у каталонском праву. Од контракта који је имао за циљ да се у аграрном друштву одреди најстарији син за наследника и тиме спречи подела земље, те очува друштвени мир и стабилност, у 21. веку, након најновијих измена, он нема

¹²⁷⁵ R. Cassin, 118-119.

¹²⁷⁶ F. Terré, Y. Lequette, 426.

¹²⁷⁷ F. Terré, Y. Lequette, 441; H. Dyson, 298.

¹²⁷⁸ Чл. 1088. и 1395. Француског грађанског законика.

више за циљ изопштавање земље из правног промета, већ именоване наследника, пренос породичних предузећа за случај смрти и обезбеђивање опстанка фамилијарног бизниса.¹²⁷⁹ Четвртом књигом Каталонског грађанског законика, која се односи на наслеђивање и која је ступила на снагу 1. 1. 2009. године, потпуно је промењен концепт наследноправних уговора у односу на раније важећи каталонски закон из 1991. године којим је било регулисано наслеђивање. Тако уговор о наслеђивању у каталонском праву сада има развојну функцију, јер је конципиран по моделу „капиталистичког градског друштва“, чиме је извршена иновација у односу на еволуцију овог института почевши од шездесетих година прошлог века, када је ова установа била прилагођена руралном, пољопривредно оријентисаном друштву у коме су доминирале проширене породице.¹²⁸⁰ У том смислу се уговор о наслеђивању показује као користан правни инструмент у планирању располагања заоставштином, посебно када будући оставилац тежи тзв. вертикалном наслеђивању, односно преласку заоставштине са једне генерације на другу.¹²⁸¹ Чини се да је исти развој могуће пратити и у италијанском праву, па делимично и у немачком праву.

Разлика у садржини основа постоји и између уговора о наслеђивању, као основа за универзалну сукцесију, и уговора о легату, као основа за сингуларну сукцесију. Циљ уговорних легата је да се једном лицу учини нека корист (по правилу бестеретно) из разлога наклоности и поштовања, а не да се оно постави за наследника. Зато се на уговорне легате у начелу примењују правила која важе за испоруке одређене завештањем.¹²⁸²

5. НАЧИН НА КОЈИ ЈЕ ОБАВЕЗНО ПОСТИЋИ САГЛАСНОСТ ВОЉА

5.1. Аргументи за формалност уговорног наслеђивања

Форма уговора је законом прописан облик у коме се изражава сагласна изјава воља уговорних страна која представља садржину њиховог уговорног односа. Из тог разлога, садржина и форма уговора су неодвојиве, јер форма

¹²⁷⁹ S. Navas Navarro, 115-117.

¹²⁸⁰ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 65-67.

¹²⁸¹ S. Navas Navarro, 107.

¹²⁸² Д. Миљковић, 28.

представља спољашњи вид и еманацију садржине контрактуалног односа.¹²⁸³ Аргументи у корист формалности уговорног наслеђивања су двоструки. Они подразумевају све добре стране форме у уговорном праву уопште, као и њене позитивне карактеристике које се директно односе на уговор о наслеђивању.

Grosso modo, форма има своју заштитну и доказну функцију. Превасходни циљеви форме *ad solemnitatem* су да одврати странке од пренагљеног одлучивања и поступања и да их подстакне на темељно и трезвено размишљање пре ступања у уговорни однос, које не сме да буде последица исхитрене одлуке.¹²⁸⁴ Она подразумева обавезу надлежног носиоца јавних овлашћења (судије или јавног бележника) да уговорне стране упозна са правним последицама и домашајима уговора који закључују, што у великој мери отклања могућност да једна од уговорних страна закључи уговор под дејством мана воље.¹²⁸⁵ Ова функција форме се зато у упоредном праву назива и упозоравајућом.¹²⁸⁶ Може да се закључи да заштитна функција форме има два своја аспекта, заштиту појединачног и заштиту јавног интереса, које не треба строго раздвајати због њихове међусобне повезаности и условљености. Сама чињеница да у поступку сачињавања уговора учествује носилац јавних овлашћења (најчешће нотар), целом правном послу даје печат правне сигурности, јер је једно од његових задужења и да води рачуна да ли странке имају потребну уговорну способност.¹²⁸⁷

Доказна функција форме, како за уговорне стране, тако и за трећа лица (нпр. за нужне наследнике код уговора о наслеђивању) и државне органе, испољава се кроз обавезу уговарача да прецизно изразе садржину свог уговорног односа, што је и у њиховом и у интересу сигурности правног промета. Она уједно олакшава евидентирање права странака кроз њихове уписе у јавне регистре, али и касније плаћање пореза, због чега се овај њен аспект дефинише и као „државна“ функција форме.¹²⁸⁸ Разлог томе је што испуњење формалних услова за

¹²⁸³ Slobodan Perović, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Beograd 1964, 26.

¹²⁸⁴ S. Perović (1964), 39; W. D Kolkman, 160.

¹²⁸⁵ Jack Lee Tsen Ta, A Place for the Privileged Will, *Singapore Law Review Vol. 15 (1994)*, 183; S. Perović (1964), 40; W. D Kolkman, 160; F. Terré, Y. Lequette, 447-448.

¹²⁸⁶ Patricia Critchley, Privileged wills and testamentary formalities: a time to die?, *Cambridge Law Journal*, 58(1), March 1999, 51. О схватању да упозоравајућа функција представља „*magna charta* нотарске делатности“ и „језгро јавнобележничког закона“, видети са упућивањима: Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 31.

¹²⁸⁷ S. Perović (1964), 42-43; W. D Kolkman, 160; F. Terré, Y. Lequette, 447-448.

¹²⁸⁸ P. Critchley, 51; W. Kralik, 161.

закључење уговора делује превентивно на настанак судских спорова, јер чини лакшим доказивање да је правни посао настао, каква му је садржина и помаже у каснијем тумачењу његових спорних одредаба.¹²⁸⁹ Из тог разлога се доказна функција форме правног посла, који је сачинио јавни бележник, огледа и у томе што исправа коју он сачини има својство јавне исправе.¹²⁹⁰

Полазећи од ових околности, тј. чињенице да форма јавне исправе, са једне стране, гарантује идентитет лица које је изјавило вољу и лица које је у исправи о правном послу означено као њен изјавилац, а да, са друге стране, гарантује идентитет садржине изјављене воље и фиксираног текста о томе у исправи о правном послу, Ђурђевић говори о „аутентификационој функцији форме“.¹²⁹¹

Најзад, како форма представља законом предвиђени облик у коме треба постићи сагласност воља да би она могла да производи правно дејство, говори се и о усмеравајућој функцији форме, јер она представља „оруђе“ кроз које намере странака добијају свој правни ефекат.¹²⁹²

Поред наведених, постоје и бенефити форме који су карактеристични за уговор о наслеђивању. Учешће јавног бележника у редакцији уговора доприноси прецизном и тачном утврђивању предмета уговора. Ако су уговорници закључили теретни уговор за случај смрти, где уговорни наследник има обавезу да издржава или плаћа доживотну ренту уговорном оставиоцу, уговорни оставилац ће остварити свој интерес за тачним прецизирањем права која му по уговору следују, док ће уговорни наследник обезбедити своја права на оставиочевој заоставштини (објекту уговора).¹²⁹³ Ако је реч о облику уговора о наслеђивању који се у упоредном праву развија под утицајем препоруке Европске комисије из 1994. године, форма штити интересе потомака власника породичног предузећа, јер ће њеним (не)испуњењем бити лако утврђено да ли су сва лица дала сагласност на закључење уговора. Један од разлога због којих се инсистира на учешћу нотара састоји се и у томе што су они у вршењу своје дужности обавезни да обезбеде независне и професионалне савете обема уговорним странама, па се њихово учешће у поступку сачињавања уговора о наслеђивању сматра гаранцијом да

¹²⁸⁹ S. Perović (1964), 39-40; P. Critchley, 51.

¹²⁹⁰ Д. Ђурђевић (2014), 31.

¹²⁹¹ Д. Ђурђевић (2014), 28-30.

¹²⁹² P. Critchley, 51.

¹²⁹³ F. Terré, Y. Lequette, 447; S. Perović (1964), 55.

мање искусан и слабије информисан супружник, неће бити доведен у незавидну ситуацију.¹²⁹⁴ Најзад, у неким правима попут француског, непостојање обавезе сведока да учествују у редакцији уговора о наслеђивању, чини његов процес закључења много дискретнијим од поступка за састављање тестаментa у јавној форми, што је несумњиво предност уговора.¹²⁹⁵ Међутим, страх од злоупотреба приликом сачињавања уговора о наслеђивању, јер је за његово предузимање потребно много мање формалности него за сачињавање завештања, представља разлог забране овог института у јужноафричком праву.¹²⁹⁶

Сви правни послови за случај смрти су формални, јер се за њихово закључење захтева испуњење законом прописане форме. По својим правним дејствима, форма уговора о наслеђивању је форма *ad solemnitatem* у свим правним системима, што значи да је њено испуњење конститутивни елемент овог уговора и услов без кога уговор за случај смрти не може да настане.¹²⁹⁷ По начину настанка, форма потребна за рађање овог контракта је законска, што значи да уговор о наслеђивању неће производити правно дејство ако не буде закључен у форми предвиђеној законом, осим ако из њеног циља не проистиче нешто друго.¹²⁹⁸ Уговор о наслеђивању је двострано формалан правни посао, јер су обе уговорне стране дужне да испуне предвиђену форму.¹²⁹⁹ Свечана форма која се тражи за настанак уговора за случај смрти, поред писмене редакције уговора, подразумева и активно учешће судије или нотара пред којима се овај уговор саставља и који има обавезу да га редигује, чиме овом акту даје квалификатив јавне исправе. Зато се ова форма јавнобележнички обрађеног записа назива и формом јавне исправе.¹³⁰⁰

Према начину на који се испољава интервенција надлежног државног органа, уговор о наслеђивању може да буде нотаријални уговор, ако га саставља јавни бележник (што је правило), или уговор који се закључује пред надлежним државним органом, односно судијом.¹³⁰¹ Међутим, то не значи да је код

¹²⁹⁴ N. Dethloff, 74.

¹²⁹⁵ F. Terré, Y. Lequette, 447-448.

¹²⁹⁶ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 213; C. Rautenbach, A. Van der Linde, 30.

¹²⁹⁷ О. Антић (2011), 350.

¹²⁹⁸ S. Perović (1964), 78, 81; О. Антић (2011), 352.

¹²⁹⁹ Б. Б. Благојевић, 216; Д. Д. Стојановић, О.Б. Антић, 332; N. Stojanović (2003), 167.

¹³⁰⁰ S. Perović (1964), 66; О. Антић (2011), 349.

¹³⁰¹ S. Perović (1964), 66.

закључења уговора о наслеђивању могућа конкуренција форми. Конкуренција форми постоји када странке неки уговор могу да закључе у било којој од више прописаних форми, јер свака од њих производи једнако правно дејство.¹³⁰² Овде то није случај. Уговор о наслеђивању ће произвести правне ефекте само ако буде закључен у форми јавне исправе, с тим што начелно говорећи, активно учешће у овом поступку може да има један од два органа којима држава за то даје јавно овлашћење – судија или јавни бележник.

5.2. Елементи форме уговора о наслеђивању у упоредном праву

Уговор о наслеђивању је строго формалан правни посао, тако да испуњење елемената његове форме има солемнитатни карактер. У немачком, швајцарском и праву шпанских покрајина Арагон и Галиције, предвиђена је идентична форма за овај правни посао, форма јавне исправе чија се поцедура примењује и приликом сачињавања јавних форми завештања (параграфи 2231., 2232. и 2233. Немачког грађанског законика, члан 512. Швајцарског грађанског законика, члан 62. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти и члан 211 Закона 2/2006). Њена правила су иста као приликом сачињавања јавног тестаментa, што значи да уговор сачињава нотар, при чему се тражи истовремено присуство обе уговорне стране.¹³⁰³ Независно од тога да ли је саставни део брачног уговора, уговор о наслеђивању и у каталонском праву мора да буде закључен у форми нотарског записа.¹³⁰⁴

У немачком праву се за закључење уговора о наслеђивању захтева форма јавне исправе, односно истовремено присуство уговорних странака (изузев ако није реч о једностраном уговору о наслеђивању) које га закључују на записник код јавног бележника. То значи да се уговор о наслеђивању има закључити у форми јавног (нотарског) завештања, путем усмене изјаве садржине уговора нотару, или предаје отвореног или затвореног писмена које садржи текст уговора. Из разлога форме, обе уговорне стране се третирају као оставиоци, те је неопходно да потврде јавном бележнику да сачињено писмено представља њихов

¹³⁰² S. Perović (1964), 77; O. Антић (2011), 350.

¹³⁰³ J. Ghandchi Schmid, 100.

¹³⁰⁴ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 66.

уговор о наслеђивању.¹³⁰⁵ Следствено томе, уговор за случај смрти не би могао да буде закључен у форми својеручног завештања или неке ванредне форме тестаментa, а искључена је и предаја затвореног писмена ако је један уговарач малолетан или није у стању да прочита текст писмена.¹³⁰⁶ Ако би уговор о наслеђивању био закључен између супружника или вереника у истом документу заједно са брачним уговором, он ће бити пуноважан и ако буде закључен у форми брачног уговора, али је и тада потребно да то буде форма јавнобележнички обрађеног записа.¹³⁰⁷

Ипак, правила форме предвиђена пар. 2276. Немачког грађанског законика, важе само за уговор о наслеђивању, а не и за облигационоправни уговор који се евентуално закључује у вези са уговором о наслеђивању, а којим се друга уговорна страна обавезује да издржава или пружа негу уговорном оставиоцу.¹³⁰⁸

Раније је (по брисаном пар. 2277. НГЗ) важило правило према коме се сваком уговарачу издавала потврда о предаји, када се уговор о наслеђивању предавао у посебан службени депозит. Према чл. 34. ал. 2. и 3. Закона о оверавању, уговор има да буде запечаћен као да је реч о завештању, а у сваком случају може да буде остављен на чување нотару или надлежном првостепеном суду, док се уговорницима предаје препис уговора о наслеђивању.¹³⁰⁹ Чување уговора о наслеђивању код јавног бележника има своје предности. Основно преимућство се састоји у томе што је нотар лице од јавног поверења, које ће се старати о чувању уговора на поуздан начин и проследити га оставинском суду, одмах после смрти уговорног оставиоца (проблем би могао да настане ако јавни бележник не би сазнао за његову смрт). Исто тако, уговорне стране би касније измене у садржини уговора могле да учине много лакше.¹³¹⁰ У случају сумње, захтев за службеним чувањем уговора о наслеђивању ће се сматрати поднетим, ако је уговор о наслеђивању у једној истој исправи повезан са неким другим контрактом (најчешће са брачним уговором). У таквим ситуацијама се оваква

¹³⁰⁵ D. Leipold, 191; Д. Ђурђевић (2009), 194.

¹³⁰⁶ Пар. 2233. Немачког грађанског законика; K.H. Gursky, 51.

¹³⁰⁷ Пар. 2276 Немачког грађанског законика; S. Edenfeld, 243; L. Michalski, 92-93.

¹³⁰⁸ D. Leipold, 191.

¹³⁰⁹ L. Michalski, 93; D. Leipold, 191; W. Zimmermann, 123.

¹³¹⁰ W. Zimmermann, 123.

исправа неће предати уговорницима, већ ће незапечаћена остати у списима нотара.¹³¹¹

За предају суду и проглашење уговора о наслеђивању, сходно ће се применити одговарајућа материјалноправна правила која важе за тестаменте.¹³¹² У погледу проглашења двостраног уговора о наслеђивању, важе иста правила као и за проглашење заједничког тестамена.¹³¹³ Приликом проглашења уговора о наслеђивању који су закључили супружници или партнери из регистрованих заједница, оставински суд неће прогласити располагање надживелог уговарача ако њихова располагања могу да се раздвоје.¹³¹⁴

Иако се пар. 1249. Аустријског грађанског законика, за пуноважност уговора о наслеђивању захтева идентична форма као и за писмено завештање, у аустријској пракси се, још од доношења Закона о нотарима, овај уговор најчешће сачињава од стране јавног бележника у форми јавне исправе (*Notariatsakt*), коју потом треба да потврди (потпише) још један нотар или два сведока ((чл. 1/1 lit a NotAktG).¹³¹⁵ При томе, нотар је дужан да у јавнобележнички обрађеном запису констатује да ли је и на који начин утврдио да уговорници имају слободну и озбиљну вољу за предузимање овог правног посла.¹³¹⁶ Дакле, уговор о наслеђивању у аустријском праву обавезно мора да буде закључен у форми јавнобележнички обрађеног записа, па би ова врста уговора била неважећа ако би била сачињена у суду.¹³¹⁷

Владајуће је мишљење у аустријској литератури да уговор о наслеђивању не може да се закључи у форми привилегованог завештања. Поједини аутори истичу да лица која само усмено могу да изјаве последњу вољу пред судом, не могу пуноважно да закључе уговор о наслеђивању. Међутим, има и правних писаца који наводе да јавнобележнички обрађен запис не представља ништа друго до протокописање усмене изјаве лица које даје наредбу последње воље, при чему

¹³¹¹ К. Н. Gursky, 51.

¹³¹² Пар. 2300. ал. 1 Немачког грађанског законика.

¹³¹³ К. Н. Gursky, 51.

¹³¹⁴ Пар. 348. FamFG и пар. 349. ст. 4. у вези са ст. 1-3 FamFG, наведено према: D. Leipold, 191.

¹³¹⁵ Н. Hausmaninger, 257.

¹³¹⁶ W. Kralik, 160.

¹³¹⁷ W. Kralik, 160, фн. 26.

су том приликом испуњене све формалности за пуноважност усменог јавног завештања, па чак и више од тога, јер је потребно да се завешталац потпише.¹³¹⁸

У швајцарском праву уговор о наслеђивању под претњом ништавости мора да буде закључен у форми јавног завештања. Уговорне стране су обавезне да истовремено изјаве вољу пред надлежним органом, затим да изјаве пред сведоцима да су прочитале садржину уговора који им је овлашћено лице сачинило по њиховом казивању и да оно верно рефлектује њихову последњу вољу, и да на крају сачињено писмено потпишу у присуству надлежног органа и два сведока.¹³¹⁹ Према члану 502. Швајцарског грађанског законика, ако уговорни оставилац не може да прочита и потпише уговор који је по његовом казивању сачинило овлашћено лице, тада је оно дужно да му такав уговор прочита и да констатује да сачињено писмено одговара његовој вољи. Својим потписом два сведока потврђују да је по њиховом мишљењу уговорни оставилац био способан да закључи уговор, да су контрахенти прочитали уговор који им је по њиховом казивању сачињен, односно да им је уговор прочитало овлашћено лице и да сачињено писмено одговара садржини њихове последње воље. Међутим, неће бити задатак сведока да потврде да су уговорне странке пред њима потписале уговор, јер је за утврђивање те чињенице довољно учешће носиоца јавних овлашћења који учествује у поступку.¹³²⁰ Као што се види, поступак за сачињавање уговора о наслеђивању у швајцарском праву, веома је сличан процедури сачињавања судског и нотарског завештања у српском праву.

За разлику од неких држава, у којима су у циљу заштите трећих савесних лица установљени јавни регистри брачних уговора (а на тај начин и уговора о наслеђивању),¹³²¹ Швајцарски грађански законик не предвиђа постојање регистра закључених уговора о наслеђивању, али је дужност јавног органа пред којим се уговор саставља да сачува оригинални примерак сачињеног уговора.¹³²²

Уговорно именоване наследника у француском праву „позајмљује“ форму брачног уговора кроз који се испољава, што значи да у његовој писаној редакцији

¹³¹⁸ W. Kralik, 160.

¹³¹⁹ Члан 512. Швајцарског грађанског законика.

¹³²⁰ P. H. Steinauer (2006), 354-355.

¹³²¹ N. Dethloff, 74-75.

¹³²² P. H. Steinauer (2006), 352.

учествује само један нотар, без присуства сведока.¹³²³ По правилу се захтева да оба уговорача буду лично присутна у поступку нотарске обраде уговора, чиме, кроз спречавање исхитреног одлучивања странака, долази до изражаја заштитна функција форме. Оба уговорним странама, а нарочито уговорном оставиоцу, јавни бележник треба да укаже на озбиљност располагања које се чини, јер је оно неопозиво. На тај начин се манифестује упозоравајућа функција форме.¹³²⁴ Ипак, по мишљењу неких аутора, то не значи да је нотар дужан да странке упозори и на финансијске последице закључења овог уговора, јер оне могу да варирају током година, тј. од тренутка закључења уговора па до смрти уговорача.¹³²⁵

Када се у француском праву уговорно именоване наследника врши путем поклона будућих ствари надживелом супружнику, то се чини у форми која важи и за закључење уговора о поклону међу живима. То значи да ће се и овај уговор закључити у писаној форми пред једним нотаром, при чему ће код нотара остати оригинал уговора, а странкама ће бити издата његова копија.¹³²⁶ Иако формулација у тексту законика садржи множину („*devant notaires*“), из чега би могло да се закључи да је у поступку потребно учешће више нотара, Законом од 28.12.1966. године је утврђено да је довољно учешће једног јавног бележника, а не два нотара или једног нотара и два сведока, како је то раније био случај. На тај начин су у француском праву изједначене форме за уговорно наслеђивање, независно од тога да ли се наследник именује посредством брачног уговора или поклона будућих ствари.¹³²⁷

Почевши од 1. јануара 1975. године, када је формиран нотарски регистар располагања последњом вољом, сваки нотар, независно од тога да ли је он сачинио уговор о наслеђивању или му је уговор само предат, дужан је да уговор преда овом регистру на чување.¹³²⁸

¹³²³ Чл. 1394. ал. 1. Француског грађанског законика; J. Maury, 177; F. Terré, Y. Lequette, 428; É. Roig, 25.

¹³²⁴ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562; N. Dethloff, 74-75.

¹³²⁵ A. Braun (20126), 466.

¹³²⁶ Чл. 931. Француског грађанског законика.

¹³²⁷ P. Malaurie, L. Aynès, 204; F. Terré, Y. Lequette, 428.

¹³²⁸ F. Ferran, 81. О Централном регистру располагања последњом вољом у Француској, видети детаљније: F. Ferran, 77-81.

VIII ПРАВНА ДЕЈСТВА УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

1. УВОД

Осим у погледу могућности једностраног опозивања користи за наследника, услови да би уговор о наслеђивању могао да произведе правна дејства идентични су са условима који се траже за делотворност завештања. То значи да уговорни наследник мора да надживи уговорног оставиоца, а по потреби и да испуни одговарајуће модалитете (услове, рокове или налоге) ако би они били предвиђени уговором.¹³²⁹ У правима у којима нема лежеће заоставштине (нпр. у немачком, швајцарском и француском праву), уговорни наследник тренутком смрти уговорног оставиоца ступа у сва наслеђивању подобна права и обавезе.¹³³⁰ Међутим, да би то био случај, уговорни наследник мора да поседује и све квалитете који се траже за било ког другог наследника, односно, мора да буде способан и достојан за наслеђивање.¹³³¹ Ако уговорни наследник не би надживео уговорног оставиоца, или би био недостојан за наслеђивање, или би дао негативну наследну изјаву, а ни у једном од поменутих случајева не би била одређена супституција, уговор о наслеђивању не би био неважећи, већ само не би производио правна дејства. То су случајеви такозваног кадуцитета уговора за случај смрти,¹³³² односно „отпадања наследника“, када начелно, у истој мери „оживљава“, тј. почиње да важи раније, односно касније располагање за случај смрти.¹³³³ Ако би уговор о наслеђивању био теретан, у случају његовог кадуцитета, уговорни оставилац би био дужан да наследницима уговорног наследника врати оно што је по основу уговора о наслеђивању примио, односно,

¹³²⁹ А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95; Д. М. Пешуновић, 15-16; W. Kralik, 161. Пар. 536 и пар. 684 Аустријског грађанског законика. У швајцарској литератури се истиче, да се општа правила облигационог права из члана 7. Швајцарског грађанског законика, која се односе на правна дејства уговора, примењују и на уговор о наслеђивању. J. Gauthier (2006), 360. У немачком праву би недопуштена одредба у уговору, којом би се једно лице обавезало да сачини или не сачини тестамент (пар. 2302 НГЗ), могла да буде конвертована у условно закључени уговор о наслеђивању. L. Michalski, 114.

¹³³⁰ P. Weimar, 787.

¹³³¹ Д. Матић, 1001; Ј. Марковић (1930), 315.

¹³³² P. Piotet, 60; W. Zankl, 66.

¹³³³ L. Michalski, 96-97; D. Leipold, 193, фн. 20.

они би могли да га туже због правно неоснованог обезбеђења, чија се висина одређује на дан смрти уговорног наследника.¹³³⁴

Међутим, поред наведених општих услова у чијем одсуству ниједан наследник не може да стекне субјективно наследно право, тј. без којих ни завештање, ни уговор о наслеђивању не могу да произведу правна дејства, постоје и неки посебни услови иманентни уговорном наслеђивању, без чијег испуњења такође долази до кадуцитета уговора за случај смрти. У великом броју правних система, кауза уговорног наслеђивања између супружника узрокује решење према коме уговор, по сили закона, неће произвести правна дејства, ако брак између супружника који су закључили уговор о наслеђивању буде разведен или поништен. У швајцарском праву постоји још један случај када уговор о наслеђивању престаје да производи правна дејства, по сили закона - када исправа на којој је фиксирана воља уговорних страна буде уништена, а поступак за реконструкцију уговора о наслеђивању није могуће спровести.¹³³⁵

Поред наведених правила, у овом поглављу биће речи и о односу уговора о наслеђивању и других правних послова за случај смрти, као и о релацији овог института са правним пословима међу живима. Расправљаће се о могућности имплицитног „опозивања“ уговора за случај смрти, односно лишавања његових уговорених правних дејстава располагањима уговорног оставиоца, али и о ограничењима која тим поводом, у складу са начелом савесности и поштења, стоје декујусу на путу. Такође, укратко ће се указати на правна дејства уговора о наслеђивању у корист трећег лица, а поглавље ће бити закључено презентовањем права нужних наследника у случају прекомерних располагања уговорног оставиоца и освртом на аустријски институт „слободне четвртине“.

2. ОПШТА ПРАВИЛА

2.1. Наследник мора да надживи оставиоца

Пошто је уговор о наслеђивању правни посао за случај смрти, или евентуално, мешовити правни посао, уговорни наследник или уговорни легатар не стичу заоставштину или право потраживања легиране ствари тренутком

¹³³⁴ Члан 515. алинеја 2 Швајцарског грађанског законика.

¹³³⁵ Duri Berther, Switzerland, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 494.

закључења уговора, већ тренутком смрти уговорног оставиоца. Они су моментом настанка уговора о наслеђивању само „позвани“ за наследнике, односно легатаре, али под условом да надживе уговорног оставиоца. То је императивно законско правило, што значи да субјекти уговора о наслеђивању не би могли да уговоре супротно.¹³³⁶ Дакле, као и код завештања, временски тренутак у коме се једно лице именује за наследника или испорукопримца није идентичан моменту у коме ово лице стиче субјективно наследно право или облигационо право. А како уговорена права не могу да се стекну пре смрти уговорног оставиоца, то је први и најзначајнији услов за стицање уговореног права да уговорни наследник надживи уговорног оставиоца. Међутим, прописивање у уговору посебног услова, да је нужно да уговорни наследник надживи оставиоца да би уговор могао да произведе правна дејства, било би излишно, јер је правна природа уговора о наслеђивању таква да он и иначе само под тим условом може да произведе правна дејства.¹³³⁷ То су такозвани „правни услови“ (*condiciones iuris*), чије постављање нема никаквог значаја, јер „то су оне околности, од којих по самом закону зависи правна важност и дејство једне изјаве воље.“¹³³⁸

Ако би уговорни наследник умро пре уговорног оставиоца, уговор за случај смрти не би производио правна дејства и објекат уговора би задржао уговорни оставилац. Иако се начелно права и обавезе који проистичу из облигационих уговора наслеђују, права заснована на уговору о наслеђивању, због специфичне правне природе овог контракта, не би прешла на наследнике уговорног наследника, односно ова лица не би могла да се позивају на право представљања.¹³³⁹ Не би дошла у обзир ни наследноправна трансмисија, јер уговорни наследник није надживео уговорног оставиоца, па никада није ни успео да стекне субјективно наследно право које му је било гарантовано уговором о наслеђивању.¹³⁴⁰ Уговорног оставиоца би наслеђивали његови законски или завештајни наследници, за случај да је поред уговора о наслеђивању уговорни оставилац сачинио и завештање. У том смислу се правни положај уговорног

¹³³⁶ К.Н. Gursky, 49; F. Terré, Y. Lequette, 448; A. Toulemon, 116; P. Julien, 107.

¹³³⁷ E. Moreau, 47.

¹³³⁸ Лазар Марковић, *Грађанско право – прва књига, Општи део и Стварно право*, Београд 1912, 243.

¹³³⁹ Пар. 1252. Аустријског грађанског законика; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96; Л. Марковић (1930), 315; Д. М. Пешуновић, 19; N. Scortegagna Kavčnik, 904; N. Stojanović (2003), 171.

¹³⁴⁰ Д. М. Пешуновић, 20.

наследника или уговорног испорукопримца не разликује од правног положаја завештајног наследника или легатара који је одређен завештањем. Међутим, ако би уговорни оставилац на основу самог уговора нешто дуговао уговорном наследнику, наследникови наследници би наследили та потраживања, али би ту било речи о примени општих правила о универзалној сукцесији, а не неких посебних регула у контексту уговорног наслеђивања.¹³⁴¹

Међутим, ово опште правило познаје и неколико значајних изузетака. Први изузетак постоји када се контрахенти у уговору за случај смрти узајамно одређују за наследнике, што подразумева да је смрт једног од њих предуслов да би онај други могао да постане наследник.¹³⁴²

Иако по правилу, наследници уговорног наследника не би након његове смрти могли да се позивају на наслеђе уговорног оставиоца, могуће је уговорити и супротно. Али, тада не би било речи о праву представљања, већ о обичној или вулгарној супституцији.¹³⁴³ У каталонском праву је у случају једноставног, кумулативног и мешовитог уговора о наслеђивању самим законом (члановима 83. и 84. Закона о наслеђивању за случај смрти) предвиђен прелазак права са лица које је уговором одређено за наследника на његове потомке, у случају када би уговорни наследник умро пре уговорног оставиоца, а иста могућност постоји и у правима шпанских покрајина Навара, Галиција и Арагон (осим ако уговором не би било стипулисано другачије).¹³⁴⁴

Трећи важан изузетак постоји у француском праву, где је у члану 1082. алинеја 2. Француског грађанског законика, прописано да и у случају да уговорни оставилац надживи уговорног наследника, заоставштина или њен део припадају деци уговорног наследника. Дакле, ако би супружник или супружници, као лица која би брачним уговором од стране трећих лица била одређена за наследнике умрли пре оставиоца, уговорно одређење наследника би у француском праву ипак произвело правно дејство због свог породичноправног циља. У том случају би, по самом закону, на место супружника дошла њихова деца рођена у браку и наследила би права својих родитеља из уговора о наслеђивању.¹³⁴⁵ Другим

¹³⁴¹ N. Subotić-Konstantinović (1978a), 557.

¹³⁴² N. Subotić-Konstantinović (1978a), 557.

¹³⁴³ Д. М. Пешуновић, 19; M. Martínez, 123.

¹³⁴⁴ M. Martínez, 115, 121, 125.

¹³⁴⁵ F. Terré, Y. Lequette, 442; J. Maury, 184.

речима, „законска претпоставка је да су деца рођена у браку прећутно именована за наследнике у случају кадуцитета одређивања будућих супружника за наследнике.“¹³⁴⁶

Касациони суд је још пре више од 130 година, тумачећи члан 1082. алинеја 1. Француског грађанског законика, а руководећи се најбољим интересом породице, предвидео да брачним уговором за наследнике могу директно и непосредно да буду одређена и деца супружника која још нису рођена, односно да није нужно да за наследнике најпре буду одређени будући супружници који су њихови родитељи.¹³⁴⁷ Истина, одредба у уговору којом би оставилац привилеговао неко дете постављајући га за наследника на штету остале деце била би погођена санкцијом ништавости, јер таква одредба не би била у духу чл. 1082. ал. 1 Наполеоновог кодекса („...*qu'au profit des enfants à naitre de leur mariage*“).¹³⁴⁸ Дакле, овде је у примени принцип искључивости, који подразумева да или сва деца у једнакој мери треба да буду хонорисана уговором о наслеђивању, или ниједно дете не треба ништа да добије. Када год је уговором одређена корист која припада деци, она је стичу по свом сопственом праву, а не по праву представљања.¹³⁴⁹ Појам „потомака рођених у браку“ се односи и на децу која су рођена пре брака, па је брак потом био закључен, затим на децу коју су усвојила оба супружника (чак и ако је реч о непотпуном усвојењу), али не и на дете чији је родитељ само један од супружника.¹³⁵⁰

Међутим, у тумачењу овог трећег изузетка који је прописан у француском праву, треба бити рестриктиван. Прво, члан 1082. Наполеоновог кодекса има диспозитивну правну природу, па уговорни оставилац у брачном уговору може изричито да одреди да именовање наследника неће производити правно дејство ако један или оба супружника умру пре њега.¹³⁵¹ Друго, ова „законска супституција“ је француским правом установљена само у корист оставиочеве деце, па уговорно наслеђивање неће производити правна дејства не само када

¹³⁴⁶ R. Savatier, 503.

¹³⁴⁷ Civ. 10 juil. 1888, S. 1890. 1. 517, D. 1890. 1. 57 –наведено према: H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 563.

¹³⁴⁸ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 563; R. Savatier, 503.

¹³⁴⁹ R. Savatier, 506.

¹³⁵⁰ P. Malaurie, L. Aynès, 371; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562; F. Terré, Y. Lequette, 442, фн.5.

¹³⁵¹ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 562. Слично правило постоји у каталонском праву. M. Martínez, 114.

уговорног оставиоца не надживи супружник који је одређен за наследника, већ ни када га не надживе наследникова деца рођена у браку, „јер се она сматрају истовремено одређеним за наследнике када и супружник“.¹³⁵² Најзад, изузетак о коме је реч не важи ако су супружници субјекти уговора о наслеђивању који се закључује посредством поклона будућих ствари, јер у том случају, ако би уговорни наследник умро пре уговорног оставиоца, објекат уговора не би припао наследниковој деци и није допуштено да супружници уговором предвиде другачије.¹³⁵³ *Ratio legis* је у претпоставци законодавца да ће деца у сваком случају наследити надживелог супружника (свог оца или мајку) и то по сопственом праву, те да их није потребно издвајати као супсидијерне наследнике као у случају када су уговорни оставиоци трећа лица.¹³⁵⁴

2.2. Наследник мора да буде способан и достојан за наслеђивање

Као и када је реч о другим основима позивања на наслеђе, уговорни наследник мора да поседује све потребне квалитете да би могао да буде оставиочев универзални или сингуларни сукцесор, тј. потребно је да буде способан и достојан за наслеђивање и да не буде разбаштињен.¹³⁵⁵ У супротном, уговор о наслеђивању неће произвести правна дејства *ex lege*. Међутим, у реципрочним уговорима о наслеђивању, ако би једна уговорна страна била недостојна за наслеђивање, то не значи да би и други контрахент аутоматски изгубио своја наследна права, већ би то био случај само ако би се и на његовој страни стекао неки од разлога за недостојност.¹³⁵⁶ Ако до тога не би дошло, реципрочни уговор за случај смрти не би произвео правна дејства само у погледу располагања у корист недостојног уговарача.

Не разматрајући овом приликом различите разлоге за недостојност за наслеђивање који постоје у упоредном праву, на овом месту треба истаћи решење које је предвиђено чланом 77. Каталонског Закона о наслеђивању за случај смрти,

¹³⁵² Чл. 1089. Француског грађанског законика; F. Terré, Y. Lequette, 445-446.

¹³⁵³ Чл. 1093. Француског грађанског законика. F. Terré, Y. Lequette, 446; J. Maury, 179.

¹³⁵⁴ A. Toulemon, 116.

¹³⁵⁵ Д. Матић, 1004; L. Kadić, 67; N. Stojanović (2003), 171. О нужности да наследник не буде разбаштињен, више речи ће бити у следећем поглављу.

¹³⁵⁶ Д. Матић, 1004.

а према коме, у случају постојања разлога који воде недостојности за наслеђивање уговорног наследника, уговорни оставилац може да опозове уговор. Међутим, ако уговорни наследник има потомке, законом је предвиђено „право трансмисије“ у њихову корист, у ком случају би уговор производио правна дејства, а уговорни оставилац би имао право да одабере једног или више потомака за које би желео да буду бенефицијари уместо недостојног уговорног наследника.¹³⁵⁷ Решење каталонског права у делу у коме предвиђа право представљања у вољном наслеђивању, односно још једну врсту „законске супституције“ је оригинално, јер у хипотези да уговорни наследник има потомке, уз обавезу уговорног оставиоца да изричито опозове уговор (уместо да уговор не производи правна дејства *ex lege*), много више асоцира на установу лишења права на нужни део.

2.3. Браќ супружника који су закључили уговор о наслеђивању не сме да буде разведен нити поништен

Кауза уговорног наслеђивања између супружника узрокује и један посебан начин престанка овог контракта. Његова међузависност са браќом и браќноимовинским режимом када га закључују браќници, доводи до тога да у већини права разводом или поништењем браќа и уговор о наслеђивању престаје да производи своја правна дејства *ex lege*.¹³⁵⁸ Може се рећи да то правило представља само другу страну медаље, која се огледа у принципу који је присутан у неким правима, а према којем уговорно наслеђивање између будућих супружника производи правна дејства под одложним условом, само ако ова лица закључе браќ.¹³⁵⁹ Међутим, тај принцип са друге стране значи, да у овим правима (нпр. француском), разводом или поништењем браќа, уговор о наслеђивању чији су субјекти супружници не престаје да производи правна дејства, по сили закона, али да уговорни оставилац може од њега да одустане једностраном изјавом воље.

У немачком праву уговор о наслеђивању закључен између супружника, вереника или лица из регистрованих заједница (укључујући и истополне заједнице), неће производити правна дејства ако је браќ разведен или поништен

¹³⁵⁷ M. Martínez, 115-116.

¹³⁵⁸ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 495.

¹³⁵⁹ Чл. 1088. и 1395. Француског грађанског законика.

пре смрти уговорног оставиоца или ако је пре његове смрти био покренут поступак за развод или поништење брака, па суд донесе пресуду да је тужбени захтев био основан. Иста правила се примењују и ако би веридба била раскинута. Међутим, све ово важи само ако не би могло да се утврди да је уговорни оставилац желео да његова располагања произведу правна дејства и поред развода или поништења брака, односно раскидања веридбе.¹³⁶⁰ Ако постојање такве намере не би могло да се докаже, важила би друга располагања за случај смрти уговорног оставиоца, независно од тога да ли их је сачинио пре или после уговора о наслеђивању, а у њиховом одсуству - правила законског наслеђивања.¹³⁶¹

Исто правило постоји и у аустријском праву, али са том разликом да према параграфу 1266 алинеја 3 Аустријског грађанског законика, супружник који није крив за развод или поништење брака задржава своја права на основу уговора о наслеђивању, ако надживи другог супружника (уговарача).¹³⁶² Брачни друг који је крив за развод не би по овом основу позивања на наслеђе могао да остварује никакво субјективно наследно право, јер се сматра да за њега уговор о наслеђивању нема никакву важност.¹³⁶³ Ако би оба супружника била крива за развод брака, а то би било констатовано у судској одлуци, ниједан од њих не би имао никаква права по основу уговора о наслеђивању.¹³⁶⁴

У француском праву развод, по сили закона, узрокује опозивост свих располагања *mortis causa* које је један супружник учинио другом супружнику, било брачним уговором, било за време брака, под условом да супружник који је располагао не одлучи другачије. Међутим, у том случају би суд који изриче развод брака морао то да назначи у својој пресуди, те би се од тог тренутка сва располагања са дејством *mortis causa*, супротно општем правилу, сматрала неопозивим.¹³⁶⁵ У белгијском праву супружник који је крив за развод не може да

¹³⁶⁰ Пар. 2077. и 2279. Немачког грађанског законика.

¹³⁶¹ W. Zimmermann, 126.

¹³⁶² Изузетак би постојао у случају када би брачни друг, који није крив за поништење брака, у року од 6 месеци од правноснажности одлуке о поништењу, изјавио другом супружнику да би последице ништавости требало да наступе, те би тада и уговор о наслеђивању престао да производи правна дејства. Пар. 31. ал. 2. EheG/Закон о браку; Пар. 1265. Аустријског грађанског законика. W. Kralik, 165.

¹³⁶³ W. Zankl, 66.

¹³⁶⁴ W. Kralik, 165.

¹³⁶⁵ Чл. 265. Француског грађанског законика. J. Maury, 180.

тражи раскид уговора о поклону будућих ствари, а супружник на коме није кривица за развод задржава сва права која су му била гарантована током брака.¹³⁶⁶

Уговор за случај смрти престаје да производи правна дејства разводом ако су супружници једно друго одредили за наследнике и у каталонском праву.¹³⁶⁷ Чланом 89. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти Арагона, предвиђено је и да, осим ако странке не уговоре другачије, уговор неће произвести правна дејства ако је у тренутку смрти једног од супружника био у току поступак за развод или поништење брака, па на захтев надживелих наследника суд констатује да је тужбени захтев био основан.¹³⁶⁸

Иако није реч о уговорном наслеђивању, треба указати на решење енглеског права у погледу односа развода брака и пуноважности претходно сачињеног завештања, којим је један супружник одредио другог супружника за свог наследника. Ако један супружник, након развода, закључи нови брак, аутоматски ће бити опозвано завештање које је претходно сачинио било који брачник, независно од тога да ли је то била његова намера.¹³⁶⁹

2.4. Наследник не сме да да негативну наследну изјаву

Правни положај уговорног наследника се у још једном аспекту изједначава са положајем било код другог наследника. Да би стекао своје субјективно наследно право на основу уговора о наслеђивању, он мора да да позитивну наследну изјаву, изричито или прећутно, или, прецизније говорећи, не сме да се одрекне наследства. Сагласност воља која наступа закључењем уговора о наслеђивању односи се само на пристанак који уговорни наследник даје на свој будући основ позивања на наслеђе, а не и на прихватање добара која су обухваћена уговорним располагањем.¹³⁷⁰ Иако нужни предуслов да би он на крају постао наследник, то је ипак само први од два корака које уговорни наследник треба да предузме. Он ће субјективно наследно право стећи тек када у поступку расправљања заоставштине да позитивну наследну изјаву (изричито или

¹³⁶⁶ E. Moreau, 61.

¹³⁶⁷ A. Vaquer-Aloy, 326.

¹³⁶⁸ M. Martínez, 121.

¹³⁶⁹ A. Burrows, 576, 605.

¹³⁷⁰ F. Terré, Y. Lequette, 445.

прећутно), али наравно, без претходног закључења уговора и испуњења услова који су иманентни сваком наследнику, он не може ни да дође у ситуацију да се изјасни о прихватању заоставштине.¹³⁷¹ Другим речима, чињеница да је једно лице закључило уговор о наслеђивању као уговорни наследник значи само да је прихватило наследнички наслов, док по оставиочевој смрти оно стиче једно ново право избора, независно од тога да ли је универзални или сингуларни сукцесор.

Уговорни наследник има могућност да након делације уговорног оставиоца дâ позитивну наследну изјаву (која у највећем броју права може да се дâ са привилегијом пописа и процене заоставштине или без ње) или негативну наследну изјаву (наслеђа може да се одрекне у целини или делимично), коју треба да учини изричито, у форми нотарски обрађеног записа.¹³⁷² Ако би дала позитивну наследну изјаву, уговорна страна би дефинитивно стекла положај уговорног наследника и припала би јој уговорена добра у мери у којој су се затекла у оставиочевој заоставштини. Ако би се уговарач одрекао наследства, уговор за случај смрти не би произвео правна дејства у делу у коме се односи на именовање наследника, односно, правни положај другог контрахента би био такав као да никада није ни био одређен за наследника, па би се заоставштина уговорног оставиоца расправила према одредбама законског или завештајног наслеђивања.¹³⁷³ Другим речима, погрешно је рећи да уговор о наслеђивању престаје да производи правна дејства ако уговорни наследник дâ негативну наследну изјаву, јер се, због ретроактивног правног дејства наследне изјаве сматра као да уговор никада није ни произвео правне ефекте, у смислу распореда заоставштине. То наравно, не значи да уговор нужно неће произвести никаква правна дејства, посебно ако је теретан, и то у смислу обавеза уговорног

¹³⁷¹ А. Ђорђевић (1903), 64; N. Stojanović (2003), 167. Ова чињеница је утицала на неке ауторе да констатују како уговор о наслеђивању не пружа никакву сигурност уговорном оставиоцу да ће распоред заоставштине заиста бити учињен онако како је уговорено. F. Tassinari, 81.

¹³⁷² E. Moreau, 62; A. Raison, 23; J. Maury, 178; P. Malaurie, L. Aynès, 372; F. Terré, Y. Lequette, 445; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565-566. У многим правима (нпр. у француском) се другачије одређује обим одговорности за оставиочеве дугове у зависности од тога да ли је дата обична позитивна наследна изјава или позитивна наследна изјава уз захтев за попис и процену заоставштине.

¹³⁷³ Ако би једно лице дало негативну наследну изјаву, то не би било од утицаја на пуноважност осталих одредаба у уговору, нпр. оних које би се односиле на располагања оставиоца у добротине сврхе. Д. Матић, 1004. Исто тако, случајеви уговорене или законске супституције који су примењиви у случајевима када уговорни наследник не доживи смрт уговорног оставиоца, могли би да нађу аналогну примену и услучају да уговорни наследник дâ негативну наследну изјаву. В. чл. 1089. Француског грађанског законика; P. Malaurie, L. Aynès, 372; R. Savatier, 506.

наследника. Али, важно је истаћи да све до тренутка оставиоачеве смрти, уговорни наследник не може ни да се прихвати ни да се одрекне права која су му остављена уговором, јер је он до тада „само титулар једног евентуалног права у погледу објекта уговора и корист из добротичиног правног посла стиче тек тренутком смрти уговорног оставиоца.“¹³⁷⁴ У супротном, радило би се о располагању наследном надом или о одрицању од будућег наследства, што су уговори који нису предмет анализе у овом раду.

Међутим, у неким правима постоји изузетак и од овог правила. У каталонском праву, у уговорима о наслеђивању у правом смислу речи (ради се о уговорима који производе правна дејства за случај смрти, јер је у овом регионалном шпанском праву могуће закључење и уговора о наслеђивању који производе правна дејства међу живима), уговорни наследник према чл. 76. Закона о наслеђивању за случај смрти, не може да да негативну наследну изјаву. Исто правило постоји у праву Арагона, где лице одређено за наследника или легатара не може да се одрекне наследства ако је надживело оставиоца, независно од тога да ли се наследник именује уговором са правним дејством међу живима или за случај смрти.¹³⁷⁵ Смисао законске претпоставке на основу које сагласност за закључење уговора супсумира позитивну наследну изјаву, а која потврђује квалификацију уговорног наслеђивања као извесног наслеђивања, састоји се у гаранцији уговорном оставиоцу да ће његови наследници заиста бити лица која је он желео да то буду. Ипак, ако би према арагонском праву овај уговор био закључен у корист трећег лица, оно би стицало заоставштину после смрти уговорног оставиоца, али би задржавало право да сходно чл. 82. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти, да негативну наследну изјаву.¹³⁷⁶

Најзад, ако би уговор о наслеђивању имао теретну правну природу, различите би биле правне последице у случајевима када уговор не би производио правна дејства јер би уговорни наследник умро пре уговорног оставиоца, или би био недостојан за наслеђивање, са једне стране, и случаја када би уговорни наследник дао негативну наследну изјаву, са друге стране. У првој ситуацији,

¹³⁷⁴ J. Patarin, наведено према: P. Malaurie, L. Aynès, 372, фн. 15. Видети и Cass. Civ. I, 16 juill. 1981, *dame Culetto*, *Bull. civ. I*, no 261, *Ibid.*

¹³⁷⁵ M. Martínez, 115, 119.

¹³⁷⁶ M. Martínez, 120.

осим ако нешто друго не би било уговорено (чиме би уговор о наслеђивању попримио алеаторну правну природу), користи које је уговорни оставилац добио испуњењем престација од стране уговорног наследника би остале без каузе, па би оставилац или његови наследници морали да их врате другој уговорној страни или њеним наследницима, односно, дошло би до реститутције. У другом случају, ако би се уговарач одрекао наследства, оставиочеви наследници не би били дужни да врате оно што је уговорни оставилац од њега примио по основу теретног уговора о наслеђивању,¹³⁷⁷ односно, престације које је за живота извршио према декујусу сматрале би се поклоном.

2.5. Уговорни наследник је дужан да одговара за дугове оставиоца

Уговорни наследник, ако је одређен за универзалног сукцесора, тренутком смрти уговорног оставиоца постаје дужан да намири дугове које је иза себе оставио декујус и то до висине вредности наслеђене заоставштине.¹³⁷⁸ Ако уговорни наследник није искључиви наследник, онда би он за декујусове дугове требало да одговара до висине своје наследничке квоте.

Иако је у старијој правној науци постојала дилема, да ли уговорни легатари треба да одговарају за оставиоцеве дугове супсидијерно, тек ако оставиочеви повериоци не би могли да се намире од његових универзалних сукцесора, или заједно са универзалним сукцесорима, сразмерно висини њихових наследних делова,¹³⁷⁹ чини се да би требало прихватити прво гледиште.

Наследник би могао да избегне плаћање постојећих и будућих дугова оставиоца само ако би дао негативну наследну изјаву, у ком случају би се применила фикција да он никада није ни био именован за наследника.¹³⁸⁰

¹³⁷⁷ P. Piotet, 53.

¹³⁷⁸ Cass. civ. 1re, 13 févr. 1968, *Bull. civ.* I, no 60, наведено према: P. Malaurie, L. Aynès, 372, фн. 16. Слично и F. Terré, Y. Lequette, 445.

¹³⁷⁹ Д. М. Пешуновић, 16.

¹³⁸⁰ R. Cassin, 124.

3. КАКО ДЕЈСТВУЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ДРУГЕ

ПРАВНЕ ПОСЛОВЕ *MORTIS CAUSA*

3.1. Однос уговора о наслеђивању и завештања

Основно правно дејство уговора о наслеђивању састоји се у томе што он, као најјачи основ позивања на наслеђе, има приоритет у односу на сва раније сачињена завештања која се његовим закључењем стављају ван снаге.¹³⁸¹ Прецизније речено, уговором о наслеђивању се опозивају сва пре њега сачињена завештања и чине недејствујућим сви после њега сачињени тестаменти, под условом да се њима ограничавају или укидају права друге уговорне стране или трећег лица које је одређено за наследника. Исто правило се примењује и на касније закључени поклон за случај смрти.¹³⁸² Дакле, завештање којим би уговорни оставилац располагао објектом уговора о наслеђивању не би производило правна дејства и то независно од тога да ли је то учињено пре или после закључења уговора за случај смрти.¹³⁸³

У сваком случају, основна претпоставка да би наступила правна дејства је да је уговор о наслеђивању пуноважан, јер уговор о наслеђивању који је ништав или раскинут не може да производи никаква правна дејства. Такође, наведени правни ефекти наступају само ако би се каснијим тестаментом умањивала или ограничавала уговором утврђена права уговорног наследника, али не и ако би доцнијим завештањем уговорни оставилац побољшао наследноправни положај уговорног наследника.¹³⁸⁴ Може да се закључи да „ако се уговорни оставилац обавезао на основу уговора о наслеђивању, он губи право да на другачији начин располаже својом имовином за случај смрти“, тј. уговором о наслеђивању се раније располагање за случај смрти опозива, а евентуална каснија располагања су

¹³⁸¹ Л. Марковић (1930), 314.

¹³⁸² Пар. 2289 Немачког грађанског законика; М. Reimann, J. Zekoll, 285; В. Hrvatin, 2. Сасвим прецизно говорећи, није забрањено сачињавање новог завештања, нити закључење уговора о наслеђивању са неким другим лицем, након што је закључен уговор за случај смрти. Та каснија располагања за случај смрти су пуноважна, само што не могу да произведу правна дејства ако су у супротности са одредбама претходно закљученог уговора о наслеђивању. W. Kralik, 157.

¹³⁸³ Пар. 2289. ал. 1 Немачког грађанског законика; Параграф 781 Српског грађанског законика: „Но ако преживео другу страну не би на случај смрти не може наредбе чинити“ и параграф 782 Српског грађанског законика: „О оном имању, које није у уговор на случај смрти ушло, може се особито тестаменат правити пуноснажан.“ Слободан Сворцан, *Наследно право*, Краљево 2000, 219; Л. Марковић (1930), 314; Б. Б. Благојевић, 219; L. Michalski, 96; J. Gauthier (1955), 57.

¹³⁸⁴ Д. Ђурђевић (2009), 198.

неважећа ако се њима угрожавају права уговором одређеног наследника, што се процењује обзиром на тренутак смрти уговорног оставиоца.¹³⁸⁵ То је случај ако уговорни оставилац каснијим правним послом за случај смрти тако располаже заоставштином да уговорном наследнику не остане уговорени наследни део, или ако му одреди налоге или легате.¹³⁸⁶

Валтер Цимерман (*Walter Zimmermann*) наводи један интересантан пример из судске праксе: супружници су уговором о наслеђивању једно друго поставили за наследнике, заједничког сина за наследника надживелог супружника, а адвоката А за извршиоца тестамена. Поставило се питање да ли би синовљева права, по основу уговора, била ограничена или умањена, ако би након смрти једног од супружника, надживели брачни друг сачинио завештање којим би супротно уговору о наслеђивању, одредио адвоката Б за извршиоца завештања. Узело се да то не би био случај, али да би могао да буде ако би за извршиоца оставиочеве последње воље најпре био одређен неки рођак, који би затим био замењен лицем које се у оквиру своје професије бави извршењем тестамената, јер би то подразумевало већи хонорар за њега, што би додатно оптеретило сина који је одређен за наследника.¹³⁸⁷

У различитим правним системима су предвиђене различите правне последице ако уговорни оставилац неким правним послом за случај смрти располаже супротно закљученом уговору о наслеђивању. У швајцарском праву уговорни наследник или треће лице (ако је реч о уговору у корист трећег) могу аналогно тужби за заштиту нужног дела да траже поништење сваког тестамена који би био у несагласности са одредбама уговора о наслеђивању, независно од тога да ли би такво завештање било сачињено пре или након закључења уговора о наслеђивању.¹³⁸⁸

Међутим, поменута ограничења важе само за лице које уговором располаже својом заоставштином. Зато је Сворцанова тврдња да „уколико је неки од уговарача написао завештање после закључења овог уговора којим је обухватио заоставштину из уговора, то завештање неће производити правно

¹³⁸⁵ K. H. Gursky, 50; L. Michalski, 97.

¹³⁸⁶ J. Gauthier (1955), 58-59.

¹³⁸⁷ OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 123, наведено према: W. Zimmermann, 126.

¹³⁸⁸ P. H. Steinauer (2006), 318-319; J. Gauthier (1955), 58.

дејство¹³⁸⁹, само условно тачна. Она важи само ако се у конкретном случају ради о реципрочном уговору о наслеђивању. У супротном, ако је такав уговор једностран, лице које је уговорни наследник и које се ни на шта не обавезује уговором о наслеђивању, слободно је да сачини завештање какве год садржине жели. Разуме се, оно не би могло да располаже имовином која је предмет уговора о наслеђивању, јер уговорене ствари и права наследник стиче тек тренутком делације уговорног оставиоца, па би његово располагање таквим правима представљало располагање наследном надом.

Супротно правило важи ако се каснијим правним пословима *mortis causa* унапређује наследноправни положај уговорног наследника.¹³⁹⁰ Тако ће нпр. бити пуноважан тестамент којим уговорни оставилац уговорном наследнику оставља већу наследну квоту, или га ослобађа неког терета који су уговорили, или неку корист коју су стипулисали у корист трећег сада оставља другој уговорној страни, или, ако је уговор био закључен у корист трећег, уговорни оставилац новим завештањем за наследника именује свог сауговорача.¹³⁹¹ У том смислу треба схватити и констатацију Андре Резона (*André Raison*): „Поклон између супружника биће опозван накнадним тестаментом којим се одређује универзални сукцесор.“¹³⁹²

Исто тако, касније завештање ће произвести правно дејство ако дође до кадуцитета уговора о наслеђивању у коме је било уговорено нешто супротно.¹³⁹³ Иако се чл. 1388. ал. 2 Белгијског грађанског законика односи на новоуведени институт *accord successoral mutuel*, њиме се каже да закључени уговор о наслеђивању не лишава права било ког супружника да тестаментом или правним пословима међу живима располаже у корист оног другог, али да не може да га лиши права плодуживања на породичном стану или на покретним добрима, на која се односи члан 915 *bis* Белгијског грађанског законика.

Ипак, и ово, готово универзално правило о приоритету уговора о наслеђивању у односу на друге правне послове за случај смрти, трпи извесне изузетке који су условљени различитим местом које различити правни пореци

¹³⁸⁹ S. Svorcan (2002), 142.

¹³⁹⁰ L. Michalski, 97.

¹³⁹¹ W. Kralik, 157.

¹³⁹² Trib. gr. inst. Nice, 26 février 1980, *J. N.* 1981, art. 56207, p. 917, наведено према: A. Raison, 44.

¹³⁹³ *Ibid.*

дају уговорном наслеђивању. Тестамент има јаче правно дејство у односу на уговор о наслеђивању када је уговорни оставилац овлашћен да једностраном изјавом воље опозове једностране одредбе у уговору о наслеђивању. У тим случајевима, уговорни оставилац може у целини или делимично, завештањем (или једностраном изјавом воље у законом прописаној форми) да опозове уговор за случај смрти, нпр. да изврши ексхередацију уговорног наследника. Оваква могућност (о којој ће бити више речи у наредном поглављу) постоји у немачком и швајцарском праву.

Најзад, „превентивни уговор о наслеђивању“, који је регулисан чланом 93. каталонског Закона о наслеђивању за случај смрти, има за примарни циљ да спречи примену правила законског наслеђивања у случајевима у којима уговорни оставилац нема потомство,¹³⁹⁴ па га је могуће једнострано опозвати сачињавањем новог уговора о наслеђивању или чак тестамена у нотарској форми.¹³⁹⁵

Иако је, упркос наведеним изузецима, уговор о наслеђивању најјачи основ позивања на наслеђе, то не утиче на могућност примене начела паралелног основа позивања на наслеђе. Различити делови заоставштине једног оставиоца могу да се расправљају по различитим основима позивања на наслеђе – уговору, завештању и закону, исто као што једно исто лице, истовремено, може да буде наследник по сва три основа позивања на наслеђе.¹³⁹⁶ Заоставштина која није обухваћена уговором, расправља се на основу завештања, а имовина која није распоређена ни уговором ни тестаментом, расправља се према правилима законског наслеђивања.¹³⁹⁷

У швајцарском праву, ако уговором о наслеђивању није обухваћена целокупна заоставштина уговорног оставиоца, или ако су обухваћена сва права и ствари из његове заоставштине, а он би накнадно стекао нека нова права, ако не би могла тумачењем да се утврди супротна декујусова намера, онај део његове заоставштине, који није предмет уговора, припашће његовим законским

¹³⁹⁴ A. Vaquer-Aloy, 326-327; M. Martínez, 115.

¹³⁹⁵ S. Navas Navarro, 123.

¹³⁹⁶ W. Zankl, 65.

¹³⁹⁷ Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 80. Параграф 782 Српског грађанског законика: „О оном имању, које није у уговор на случај смрти ушло, може се особито тестаменат правити пуноснажан.“

наследницима.¹³⁹⁸ У аустријском праву се на питање, да ли раније сачињено завештање, чије одредбе нису у колизији са касније закљученим уговором о наслеђивању, као најјачим основом позивања на наслеђе, остаје пуноважно, одговорило потврдно. Дилема је настала јер се према пар. 713 Аустријског грађанског законика, каснијим завештањем раније опозива у целини (осим ако у доцнијем завештању тестватор не би изричито одредио супротно), што се објашњава претпостављеном намером завештаоца да заоставштином располаже у целини. Међутим, таква аргументација не може да важи за уговор о наслеђивању, односно не може да се претпостави да је овим правним послом уговорни оставилац желео да располаже целом заоставштином, јер овим уговором он у аустријском праву може да располаже највише са $\frac{3}{4}$ своје заоставштине. Из тог разлога, располагање учињено тестаментом, пре закључења уговора за случај смрти, не губи важност у погледу $\frac{1}{4}$ чисте заоставштине, којом уговорни оставилац није могао да располаже уговором.¹³⁹⁹

Ипак, и у погледу овог питања постоје права која предвиђају другачије решење. Тако у каталонском праву и даље егзистира начело римског права – *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. То значи да, упркос хијерархији правних основа позивања на наслеђе, између уговора о наслеђивању, тестаamenta и законског наслеђивања, у каталонском праву, у складу са наведеним правилом, постоји „међусобна инкомпатибилност.“¹⁴⁰⁰ Она се састоји у томе што је одредбама Каталонског грађанског законика прописано да универзална сукцесија на основу тестаamenta може да наступи само ако завешталац није располагао уговором о наслеђивању (чл. 4П-3.3), односно да се пуноважно закљученим уговором о наслеђивању опозива претходно сачињено завештање, чак и ако би њихове садржине биле међусобно усклађене (чл. 43I-23).¹⁴⁰¹

Језичко тумачење наведених одредаба даје основ за неколико закључака. Прво, обзиром да се уговором о наслеђивању опозива завештање, чак и ако је будући оставилац једним делом заоставштине располагало уговором о наслеђивању, а сасвим другим делом заоставштине тестаментом, део

¹³⁹⁸ Члан 534. алинеја 2. Швајцарског грађанског законика.

¹³⁹⁹ А. Rušnov, 641. Марковић констатује да се и на том месту види дух и утицај теорије природног права, којом је прожет цео текст Аустријског грађанског законика. Б. С. Марковић, 20.

¹⁴⁰⁰ Е. Arroyo i Amayuelas, М. Anderson, 49, 51-52.

¹⁴⁰¹ S. Navas Navarro, 109.

заоставштине којим је тестатор располагао завештањем сматра се нераспоређеним, па он мора поново да га распореди тестаментом, уговором о наслеђивању или поклоном за случај смрти.¹⁴⁰² Чланом 43 I - 23. I Каталонског грађанског законика, даље се прописује да ће располагања за случај смрти, учињена након закљученог уговора о наслеђивању, производити правна дејства само ако је овај уговор превентивни, односно ако за свој основни циљ има да спречи примену правила интестатског наслеђивања. То је појединим ауторима дало основ за тумачење да ће уговором о наслеђивању бити опозвана претходно сачињена завештања, само ако је њиме обухваћена целокупна оставиочева заоставштина. Са друге стране, ако би њиме био обухваћен само део заоставштине, којим није располагано у претходно сачињеном тестаменту, онда према овом гледишту, усклађеност два основа позивања на наслеђе не би требало доводити у питање, јер би то било супротно оставиочевој жељи. Закључује се да је у каталонском праву компатибилност између тестаamenta и уговора о наслеђивању сведена на ситуацију у којој је завештањем располагано делом заоставштине пре него што је закључен уговор о наслеђивању, а не и ако такво завештајно располагање следи након сачињавања уговора.¹⁴⁰³

У погледу односа уговора о наслеђивању и завештања поставља се још једно питање: какве су правне последице ако тестатор у завештању одреди за наследника једно лице, а касније закључи уговор о наслеђивању којим за наследника именује друго лице, које потом умре пре завештаоца (уговорног оставиоца)? Да ли би се сматрало да је сачињавањем уговора завештање опозвано, или би оно ипак могло да произведе правна дејства, пошто је дошло до кадуцитета уговора о наслеђивању? У немачком и у швајцарском праву је овај проблем разрешен тако што би се у оваквим и сличним случајевима кадуцитета уговора о наслеђивању, признала правна дејства завештања.¹⁴⁰⁴

¹⁴⁰² S. Navas Navarro, 109-110.

¹⁴⁰³ S. Navas Navarro, 110-111.

¹⁴⁰⁴ Dirk Olzen, Erbrecht, Berlin – New York 2001, 175, наведено према: Д. Ђурђевић (2009), 197, фн. 73; По правним дејствима, Готје изједначава ову ситуацију са простом супституцијом. J. Gauthier (1955), 25, 59.

3.2. Однос између два или више уговора о наслеђивању

Када су супружници субјекти уговора о наслеђивању, они могу међусобно да закључе и више од једног уговора о наслеђивању, чије се садржине међусобно разликују. У складу са начелом аутономије воље, супружник који је одређен за уговорног наследника, слободан је да закључи са уговорним оставиоцем споразумни раскид уговора о наслеђивању. А имајући у виду правило да ко може више може и мање, нема препрека да се супружник сагласи и са променом свог наследноправног положаја, односно да пристане на умањење своје наследне квоте или на извршење каквог терета. Наравно, уговорни наследник увек може да пристане и на закључење новог уговора којим би се побољшао његов наследноправни положај. Но, овде се поставља друго питање. Иако то није предмет истраживања у овом раду у најужем смислу, кратко ће се представити однос између два или више уговора о наслеђивању, које уговорни оставилац закључује са различитим лицима као другом уговорном страном, односно којима уговорни оставилац именује различите уговорне наследнике.

Када се једанпут закључи уговор о наслеђивању, уговорни оставилац касније закљученим уговором о наслеђивању не може да ограничи, нити да искључи права уговорног наследника из раније закљученог уговора о наслеђивању, односно, он каснијим правним пословима за случај смрти може да располаже само оним стварима и правима која нису обухваћена уговором о наслеђивању. У супротном, нови уговор за случај смрти у оном делу у коме би његов предмет био идентичан са предметом претходно закљученог уговора о наслеђивању, не би производио правна дејства.¹⁴⁰⁵ Речју Лазе Урошевића, уговор за случај смрти је „обострана изјава воље у којој сваки уговарач облигатно декларира другог уговарача за свога наследника на случај његове смрти и *ускрађује себи право да доцније именује другог наследника* (подвукао М. С.).“¹⁴⁰⁶ Који уговор је закључен касније а који раније не би било тешко утврдити, јер је уговор о наслеђивању строго формалан правни посао.

¹⁴⁰⁵ Пар. 2289. ал. 1 Немачког грађанског законика; L. Michalski, 96; Д. М. Пешуновић, 19; Ж. М. Перић (1923), 61; Д. Миљковић, 21.

¹⁴⁰⁶ Л. Урошевић, 583, нап. 1.

Ипак, од овог правила постоји један изузетак. У случају садржинског сукоба два уговора о наслеђивању које би уговорни оставилац закључио са два различита уговорна наследника, каснији уговор би могао да дерогира ранији, ако би такво право уговорни оставилац за себе резервисао кроз неку од одредаба првозакљученог уговора о наслеђивању, али су такве ситуације у пракси изузетно ретке.¹⁴⁰⁷ Исто тако, у случају кадуцитета ранијег уговора о наслеђивању, каснији уговор о наслеђивању би могао да произведе правна дејства.¹⁴⁰⁸

Као што се види, постоји велика разлика у односу између два завештања са једне стране, и у односу уговора о наслеђивању и неког другог правног посла *mortis causa*, са друге стране. У великом броју права, тестаментом се опозива раније састављено завештање само у мери у којој су њихове садржине међусобно супротстављене, иако има и оних правних система у којима се сачињавањем новог завештања оно претходно опозива у целини (нпр. аустријско и шпанско право). Овакво правило не важи за уговор о наслеђивању. Једном закључени уговор за случај смрти има приоритет у односу на сва завештања (независно од тога да ли су састављена пре или после сачињавања уговора о наслеђивању) и у односу на накнадно стипулисане уговоре о наслеђивању, ако би се неким каснијим располагањем за случај смрти погоршавао наследноправни положај уговорног наследника. Тако, ако би једним уговором о наслеђивању уговорни оставилац именовано универзалног наследника, а потом, новим уговором о наслеђивању одредио испорукопримца, касније располагање не би производило правна дејства јер би се њиме умањивала права уговором одређеног наследника.¹⁴⁰⁹

4. КАКО ДЕЈСТВУЈЕ УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У ОДНОСУ НА ПРАВНЕ ПОСЛОВЕ *INTER VIVOS*

4.1. Опште правило

Уговор о наслеђивању је правни посао *mortis causa* или мешовити правни посао, што за собом повлачи две значајне правне последице. Прва је да уговорни оставилац све до своје смрти остаје титулар уговорених ствари и права, а друга, да

¹⁴⁰⁷ Д. М. Пешуновић, 19.

¹⁴⁰⁸ J. Gauthier (1955), 59.

¹⁴⁰⁹ Пример наведен према: К.Н. Gursky, 50.

све до тог момента уговорни наследник не стиче никаква права из оставиочеве заоставштине.¹⁴¹⁰ Све до смрти уговорног оставиоца, уговорни наследник не може да захтева да му се преда заоставштина или неки њен део или неко појединачно право из заоставштине, а правни послови којима би за живота оставиоца уступао, отуђивао, оптерећивао или управљао правима која би по уговору требало да наследи, били би апсолутно ништави, као уговори којима једно лице отуђује наследство коме се нада.¹⁴¹¹ Све што уговорни наследник стиче закључењем уговора о наслеђивању јесте једно евентуално право, једна наследна нада (коју треба разликовати од „права чекања“, које уговорни наследник нема) која не ужива никакву правну заштиту и која тек тренутком смрти уговорног оставиоца прераста у субјективно наследно право уговорног наследника и то само под условом да он надживи уговорног оставиоца, не да̂ негативну наследну изјаву и буде способан и достојан за наслеђивање.¹⁴¹² Другим речима, „друга уговорна страна мора да буде свесна тога, да јој уговор о наслеђивању не пружа никакву правну гаранцију у погледу тога, да ће она као бенефицијар, после смрти лица које врши располагање, стварно из њега извући неку имовинску корист.“¹⁴¹³

Неки аутори изједначавају наследну наду уговорног оставиоца са наследном надом коју има нужни наследник.¹⁴¹⁴ Истиче се да је положај нужног наследника и уговорног наследника утолико сличан што ни један ни други немају никаква права на заоставштини све док је оставилац жив, те да он другим располагањима међу живима или за случај смрти, не би смео да умањује њихова права.¹⁴¹⁵ Каже се и да и један и други после оставиочеве смрти могу да нападају његова располагања којима их је лишио добара, односно дела заоставштине који треба да им припадне. Нужни наследник за то користи суплеторну тужбу, док се

¹⁴¹⁰ F. Terré, Y. Lequette, 443; P. Malaurie, L. Aynès, 373; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 564. Исто важи и за натуралне и цивилне плодове на објекту уговора о наслеђивању, које уговорни наследник стиче тек тренутком оставиочеве смрти. A. Raison, 43.

¹⁴¹¹ Чл. 180. Закона о наслеђивању Србије; W. Kralik, 161; Д. Миљковић, 22; N. Subotić-Konstantinović (1978a), 556.

¹⁴¹² Guide juridique des Français de l'étranger Succession - Donations, *La donation entre époux établie en France produit - elle ses effets à l'étranger?*, février 2011, 1; F. Terré, Y. Lequette, 448; R. Savatier, 505; Д. Ђурђевић (2009), 189-190. Међутим, ни ово правило није без изузетка. У литванском праву уговорни наследник има право чекања на основу кога може да побија располагања уговорног оставиоца којима би он то право наследника могао да угрози. E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 488.

¹⁴¹³ W. Kralik, 162.

¹⁴¹⁴ P. H. Steinauer (2006), 317.

¹⁴¹⁵ J. Gauthier (1955), 72.

наводи да је тужба уговорног наследника, коју би имао право да подигне после оставиочеве смрти ако би он добротним правним пословима отуђио објекат уговора о наслеђивању, „аналогна тужби нужног наследника“.¹⁴¹⁶

Чини се да за овакво поређење ипак нема много основа. За разлику од уговорног наследника, нужни наследник се по правилу не налази у непосредном правном односу са уговорним оставиоцем (то може да буде случај ако су закључили уговор о поклону или уговор о наслеђивању, па је поклонопримац, односно уговорни наследник као нужни наследник добио део заоставштине који је мањи од нужног дела). Даље, нужном наследнику за заштиту својих права увек стоји на располагању тужба, док то право по правилу не припада уговорном наследнику ако би његова наследна нада била изневерена. Изузетак у том смислу предвиђају само они правни системи у којима се уговорном наследнику даје право на накнаду штете, ако би уговорни оставилац добротним правним пословима отуђио предмет уговора о наслеђивању у намери да му нашкоди. Међутим, ако би се поредила наследна нада завештајног и уговорног наследника, нема сумње да је наследна нада уговорног наследника нешто „јача“, јер за разлику од завештања, уговор по правилу не може једнострано да се опозове. Најзад, у намирењу права из оставиочеве заоставштине, нужни наследник има предност у односу на уговорног наследника.

Следствено томе, уговорни наследник по правилу не може своје евентуално будуће субјективно наследно право ни на који начин да обезбеђује, јер га још увек ни нема.¹⁴¹⁷ Неће бити могућа ни укњижба у јавне регистре права уговорног наследника, на основу уговора о наслеђивању, јер је правна природа права наследства таква да оно не може да буде предмет укњижбе.¹⁴¹⁸ Не би било могуће ни обезбеђење права на легирано земљиште, нпр. путем предбележбе о сагласности за преношење власништва на непокретности.¹⁴¹⁹ Из тог разлога, чак ни сагласност уговорног оставиоца да уговорни наследник обезбеди своја права уписом у јавне регистре не би поризводила никакво правно дејство.¹⁴²⁰ Исто важи и за уговорне легатаре, јер се не просуђује њихов однос према уговорном

¹⁴¹⁶ J. Gauthier (1955), 73.

¹⁴¹⁷ Пар. 1252. Аустријског грађанског законика; Ж. М. Перић (1923), 61; Л. Марковић (1930), 312.

¹⁴¹⁸ W. Kralik, 162; J. Gauthier (1955), 64.

¹⁴¹⁹ L. Michalski, 91.

¹⁴²⁰ Д. Матић, 1002. Исто тако је и у немачком праву, Д. Ђурђевић (2009), 189.

оставиоцу, већ право које имају према онератима након смрти уговорног оставиоца, а то је једно лично право.¹⁴²¹

Међутим, ни ово решење није општеприхваћено у упоредном праву. У француском праву, када уговорно наслеђивање настаје посредством брачног уговора, уговорни наследник може и пре оставиочеве смрти да предузме мере обезбеђења у циљу очувања свог евентуалног права, што уз особину неопозивости, овај уговор веома приближава поклону.¹⁴²² Ако су предмет уговора некретнине, према Закону о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, у јавном регистру је могуће уписати „забележбу забране отуђења или оптерећења“ непокретних ствари правним пословима међу живима од стране уговорног оставиоца.¹⁴²³ Најзад, неки аутори сматрају да би уговорни наследник имао право да врши обезбеђење својих права по основу уговора о наслеђивању, ако би уговор био теретан.¹⁴²⁴ Чини се да ово гледиште не може доследно да се брани, јер превиђа да уговор о наслеђивању није облигационоправни уговор. Ако би били уговорени легати, обезбеђење би било извршено на сличан начин као да је реч о уговору о доживотном издржавању. Међутим, поставља се питање на који начин би уговорни наследник то учинио ако би уговором био одређен за универзалног сукцесора? Како би уговорни наследник обезбедио своја права на заоставштину или њеном аликвотном делу, када она може да мења свој састав све до тренутка оставиочеве смрти, јер је то моменат пре кога уговор и не производи правна дејства? Из тог разлога, ако се ради о теретном уговору о наслеђивању, којим је уговорни наследник одређен за универзалног сукцесора, а уговорни оставилац је отуђио целокупну или највећи део заоставштине и уговор оставио без шансе да произведе правна дејства како је стипулисано, уговорном наследнику би требало гарантовати право на реституцију учињеног и датог у висини вредности престаација које је исплатио уговорном оставиоцу, као и право да од његових наследника тражи накнаду штете.

¹⁴²¹ J. Gauthier (1955), 65.

¹⁴²² H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 564.

¹⁴²³ Чл. 127. ст. 3. Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине (Службене новине Федерације БиХ, бр. 80/14), http://www.notaribih.ba/sites/default/files/zakon_o_nasljedjivanju_snfbih_80_14.pdf, приступ остварен 28.6.2015. године. Е. Bikić, М. Povlakić, S. Suljević, М. Plavšić, 488.

¹⁴²⁴ N. Subotić-Konstantinović (1978a), 556-557; N. Stojanović (2003), 177.

Веома је важно нагласити да закључењем уговора о наслеђивању уговорни оставилац начелно не губи право да располаже објектом уговора правним пословима међу живима, што значи да уговорни наследник има права само на оном делу заоставштине уговорног оставиоца који преостане након његове смрти.¹⁴²⁵ Све на шта се уговором оставилац обавезује јесте „да од њега не може одустати без воље друге стране“.¹⁴²⁶ У том смислу, Стојановић закључује да уговор о наслеђивању „уговорног оставиоца само везује, а не и обавезује“.¹⁴²⁷

Будући да све до своје смрти остаје власник уговорених ствари и права, уговорни оставилац може њима да управља и располаже по својој вољи, па и да немарним управљањем или располагањем свесно умањује или исцрпљује своју имовину и тиме предузима акте на штету уговорног наследника, јер уговорни наследник ни на који начин нема право то да спречи.¹⁴²⁸ Уговорни оставилац може правним пословима међу живима да отуђи сва добра из којих се састоји његова имовина, чиме би уговор о наслеђивању само формално остао на снази, али би од њега остала празна љуштура, односно остао би *nudum pactum*.¹⁴²⁹ Зато се оставиочева располагања, праћена намером да уговор о наслеђивању не произведе непосредна имовинскоправна дејства, називају у науци и прећутним опозивом уговора о наслеђивању.¹⁴³⁰

Ипак, то не значи да уговор о наслеђивању након тога не би уопште производио правна дејства, већ би се то односило само на непосредна имовинскоправна дејства. Правне ефекте би произвеле одредбе које би само посредно имале имовинскоправна дејства, као нпр. искључење из права на нужни

¹⁴²⁵ Пар. 781 Српског грађанског законика: „Уговор на случај смрти сматра се као и тестаменат, само што по својој вољи без воље друге стране не може се од њега одустати. Но од имања, којим је ко уговором на случај смрти расположио, остаје он за живота господар. Но ако преживео другу страну не би на случај смрти не може наредбе чинити.“ Члан 1083. Француског грађанског законика; Параграф 1252. Аустријског грађанског законика; Параграф 2286. Немачког грађанског законика; Члан 494. алинеја 2. Швајцарског грађанског законика; чл. 214-218 Закона 2/2006 Галиције; Л. Марковић (1921), 320; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. М. Пешуновић, 14; М. Бартош, 253; W. Zankl, 65; L. Michalski, 91; M. Martínez, 123.

¹⁴²⁶ Д. М. Пешуновић, 14.

¹⁴²⁷ N. Stojanović (2003), 169.

¹⁴²⁸ Л. Марковић (1930), 312-313; Д. М. Пешуновић, 14, 18; L. Michalski, 98; W. Kralik, 162. Једини начин на који би уговорни наследник могао *pro futuro* да се супротстави оваквим располагањима уговорног оставиоца јесте кроз постављање захтева да се он, ако су за то испуњени законски услови, лиши пословне способности, нпр. због расипништва. J. Gauthier (1955), 22.

¹⁴²⁹ Б. Б. Благојевић, 218. А. Rušnov, 639.

¹⁴³⁰ E. Moreau, 60.

део, или клаузуле које не представљају имовинска располагања за случај смрти, као нпр. издавање пуномоћје.

Уговорни оставилац може и да преузима обавезе које ће потом као терети на заоставштини прећи и на његове наследнике, рецимо, ако на кући која је објекат уговора о наслеђивању, установи хипотеку.¹⁴³¹ Најзад, уговорни оставилац може и посредно да умањи предмет уговора о наслеђивању и тако индиректно једнострано опозове своје учињено располагање, ако му се након закључења уговора роди једно или више деце, или он усвоји једно или више деце, или закључи нови брак (у правима у којима круг субјеката уговорног наслеђивања није ограничен на супружнике). На тај начин би се увећала вредност нужног дела сваког од ових лица, а последично и смањила вредност расположивог дела заоставштине.¹⁴³²

Међутим, ако је уговором о наслеђивању једно лице одређено за универзалног сукцесора, нема разлога за ограничавањем уговорног оставиоца у располагању објектом уговора теретним правним пословима, јер ће се такво располагање одразити само на структуру, а не и на вредност његове заоставштине.¹⁴³³ Изузетак од презентованог правила постоји у француском праву у погледу уговорног наслеђивања одређеног брачним уговором. Специфичност ове врсте уговорног наслеђивања у француском праву је у дужности уговорног оставиоца да чак и у случају располагања објектом уговора о наслеђивању теретним правним пословима, докаже потребу за предузимањем једног таквог правног посла.¹⁴³⁴ Редактори Наполеоновог кодекса су очигледно желели да спрече злоупотребе до којих би дошло симуловањем теретних правних послова

¹⁴³¹ W. Zimmermann, 127. Једини изузетак од наведених правила би постојао ако би између супружника био закључен помињани уговор о смеси. На пример, у аустријском праву, уговорно наслеђивање може да буде учињено саставним делом брачног уговора, када се успоставља заједница добара међу живима и уједно се предвиђа да ће тако опредељен објекат уговора наследити надживели супружник или неко треће лице. Истина, ни тада не би било искључено задуживање, али ниједан супружник не би могао да предузима једнострано располагања *inter vivos* која би за предмет имала имовину која се налази у заједници добара. W. Kralik, 162. Међутим, и овде је тешко рећи да је у питању изузетак у правом смислу речи, јер је чињеница ограниченог оставиоцевог располагања правним пословима међу живима условљена тиме што предмет уговора о смеси чине добра која се практично налазе у заједничкој имовини, којом је немогуће располагати за живота без одобрења другог заједничара, јер сви заједничари заједничком имовином управљају и располажу заједнички и споразумно.

¹⁴³² P. H. Steinauer (2006), 318; W. Kralik, 162.

¹⁴³³ F. Terré, Y. Lequette, 443; J. Gauthier (1955), 45.

¹⁴³⁴ J. Maury, 178.

(најчешће уговора о купопродаји или уговора о доживотној ренти), само да би могло да се располаже уговореним добрима.¹⁴³⁵

Дакле, везаност уговорног оставиоца уговором о наслеђивању се по правилу исцрпљује у његовом избору наследника и немогућности именована другог наследника на предмету уговора, али не и у погледу дужности очувања имовине у обиму и у саставу у коме је постојала у тренутку закључења уговора. Све што закључењем уговора о наслеђивању уговорни оставилац гарантује уговорном наследнику јесте једно наследноправно овлашћење, односно, да ће тај уговор бити његов основ позивања на наслеђе.¹⁴³⁶

Ипак, од наведених правила постоје и неки изузеци, када је реч о уговорним испорукама. Ако је стипулисан легат ствари одређених по роду, располагања уговорног оставиоца легираним стварима неће имати негативан утицај на правни положај легатара. Довољно је да је вредност заоставштине довољно велика да онерат, након оставиочеве смрти, може да прибави количину легираних ствари одређених по роду и да их преда испорукопримцу.¹⁴³⁷ Међутим, ако је у питању легат индивидуално одређене ствари, располагање уговорног оставиоца том стварју би довело до кадуцитета легата, осим ако оставилац не би одредио другачије. У том случају би дошло до реалне суброгације, односно, вредност коју би уговорни оставилац добио као накнаду за то што је отуђио легирану ствар, припала би испорукопримцу уместо легиране ствари.¹⁴³⁸

Међутим, све што је речено и што начелно важи у погледу права уговорног оставиоца да слободно располаже објектом уговора о наслеђивању правним пословима међу живима, ипак подразумева и значајна ограничења. Може се рећи да су то изузеци када наследна нада (*emptio spei*) ипак ужива правну заштиту. О њима ће бити речи у наредним редовима.

¹⁴³⁵ F. Terré, Y. Lequette, 444; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565.

¹⁴³⁶ J. Gauthier (1955), 35, 45.

¹⁴³⁷ J. Gauthier (1955), 51-52.

¹⁴³⁸ J. Gauthier (1955), 53. Готје сматра да је свако неопозиво отуђење легиране ствари „нужно инкомпатибилно са уговорном испоруком“. J. Gauthier (1955), 55.

4.2. Ограничење условљено теретном правном природом уговора о наслеђивању

Први изузетак постоји када је уговор о наслеђивању теретни правни посао.¹⁴³⁹ Уговорни наследник који извршава обавезе према уговорном оставиоцу се налази у незавидној ситуацији, јер не може да учини ништа ако уговорни оставилац предузимајући правне послове *inter vivos* умањује своју заоставштину. Он не може да истакне приговор неизвршења оставиочеве уговорне обавезе и да тражи повраћај датог, јер уговор о наслеђивању није облигационоправни уговор, те је оставилац извршио своју престацију чим га је именовано за наследника.¹⁴⁴⁰ Зато различити правни системи пружају уговорном наследнику различита средства заштите у теретним уговорима о наслеђивању.

У мађарском праву уговорни оставилац након закључења уговора више не може да располаже добрима која представљају његов објекат ни правним пословима међу живима, ни правним пословима за случај смрти, независно од тога да ли су у питању теретни или добротини правни послови, из разлога што уговорни оставилац већ од тренутка његовог закључења прима издржавање или ренту од стране уговорног наследника.¹⁴⁴¹ Стога, уговорни наследник има право да уписом у јавне регистре обезбеди стицање субјективног наследног права које би му припало на основу уговора за случај смрти.¹⁴⁴² Слично решење постоји у праву Галиције, ако уговор о наслеђивању производи правна дејства *inter vivos* (тренутком закључења). Тада уговорни оставилац губи право да располаже добрима која се обавезао да пренесе на наследника, а ако би поступио супротно тој обавези, уговорни наследник би имао право да тражи њихов повраћај након оставиочеве смрти.¹⁴⁴³

Ако би уговор о наслеђивању био теретан, не значи да би уговорни наследник, који испуњава или је испунио своју престацију, могао искључиво да

¹⁴³⁹ F. Tassinari, 70; J. Gauthier (1955), 40.

¹⁴⁴⁰ J. Gauthier (1955), 118.

¹⁴⁴¹ Z. Csehi, 187.

¹⁴⁴² N. Stojanović (2003), 177; N. Subotić-Konstantinović (1978a), 556-557. Супротно гледиште заступа Благојевић, који тврди да уговорни наследник не ужива никакву заштиту од располагања објектом уговора о наслеђивању правним пословима међу живима од стране уговорног оставиоца, чак и ако би уговорни наследник имао обавезу да га „чува и негује.“ Б. Б. Благојевић, 214.

¹⁴⁴³ M. Martínez, 123.

захтева неопозивост располагања које је оставилац учинио у његову корист, односно забрану оставиочевог располагања објектом уговора о наслеђивању правним пословима међу живима. Он би могао да истакне и приговор наследницима уговорног оставиоца у погледу онога што је испунио, ако би у тренутку смрти уговорног оставиоца било јасно да је он прећутно опозвао своје располагање или да је оно неизвршиво, односно да не може да произведе правна дејства.¹⁴⁴⁴ Другим речима, дужност уговорног оставиоца или његових наследника да врате оно што је на основу теретног уговора о наслеђивању примљено као противпрестација од стране уговорног наследника, користан су инструмент за ограничење броја случајева у којима би уговорни оставилац желео да реализује своје право о прећутном опозивању *ad nutum*.¹⁴⁴⁵

У швајцарском праву, уговорни наследник, према правилима о правно неоснованом обогаћењу може да тражи повраћај вредности извршених престација ако након оставиочеве смрти дâ негативну наследну изјаву. На тај начин он узрокује кадуцитет уговора о наслеђивању, чиме истовремено оставља без каузе обавезу коју је преузео према уговорном оставиоцу.¹⁴⁴⁶ У швајцарској литератури се истиче да се правна дејства овакве изјаве воље уговорног наследника приближавају једностраном раскиду уговора, али да не могу да се поистовете са њим, јер наследник „раскида“ уговор тек после оставиочеве смрти. Али, управо због тога, уједно се поставља питање, због чега наследнику не би требало дати право на раскид у класичном смислу речи још за оставиочевог живота, почевши од оног тренутка када би декујус почео да умањује своју заоставштину?¹⁴⁴⁷ Аргументује се да би такво решење ишло у прилог правној сигурности, јер не само што уговорни наследник не би морао да настави са извршавањем обавезе која губи свој основ, већ би могао и да предупреди оставиочеву инсолвентност, која би евентуалну каснију наследникову тужбу због правно неоснованог обогаћења могла да учини неизвесном у погледу њених правних дејстава.¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴⁴ F. Tassinari, 70.

¹⁴⁴⁵ F. Tassinari, 81.

¹⁴⁴⁶ J. Gauthier (1955), 118.

¹⁴⁴⁷ J. Gauthier (1955), 118-119.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

4.3. Ограничење располагања предметом уговора предвиђено самим уговором о наслеђивању

Уговорне стране у немачком праву задржавају право да закључе један облигационоправни уговор (тзв. облигационоправни споразум о пропуштању располагања), којим ће се уговорни оставилац обавезати да неће располагати појединим стварима које представљају објекат уговора о наслеђивању. Такав уговор не производи стварноправна дејства, тако да би његова повреда представљала основ за тужбу због пропуштања, односно за накнаду штете против уговорног оставиоца. Права у односу на трећа лица би постојала само ако су се и она на сличан начин уговором обавезала.¹⁴⁴⁹ И у швајцарском праву уговорне стране могу да стипулишу да ће уговорни оставилац имати обавезу да се уздржи од закључења уговора о поклону.¹⁴⁵⁰ Иако је уговорном наследнику заштита од оставиочевих поклона којима располаже објектом уговора о наслеђивању гарантована чл. 494. ал. 3. Швајцарског грађанског законика, то не умањује значај ових клаузула, посебно ако је уговорни наследник преузео обавезу да доживотно издржава уговорног оставиоца или да му плаћа доживотну ренту.¹⁴⁵¹ Идентично решење постоји и у аустријском праву, где је на основу параграфа 364 Аустријског грађанског законика, могуће у форми јавнобележничког записа уговорити забрану оптерећења и располагања објектом уговора о наслеђивању, која може да буде унешена и у земљишне књиге у погледу конкретне непокретности.¹⁴⁵² Уговорни оставилац је и у предратном српском праву могао уговором о наслеђивању или посебним уговором да се обавезе да неће користити своје право да правним пословима међу живима оптерети или умањи своју имовину или њен део, а ако би поступио супротно тој уговорној одредби, уговорни наследник је могао своје право да заштити тужбом.¹⁴⁵³

Решењем каталонског права је постављена обрнута хипотеза. Док је у другим правима могуће уговорити да декујус неће моћи да располаже објектом

¹⁴⁴⁹ L. Michalski, 92; D. Leipold, 202; K.H. Gursky, 51.

¹⁴⁵⁰ P. Piotet, 52; J. Gauthier (1955), 67; P. H. Steinauer (2006), 318.

¹⁴⁵¹ J. Gauthier (1955), 68-69.

¹⁴⁵² W. Kralik, 162-163.

¹⁴⁵³ Поткрепљујући овај свој аргумент, Пешуновић наводи и одлуку Касационог суда бр. 4053 из 1868. године, којом је суд поништио уговор о купопродаји имања уговорног оставиоца, за које се он уговором о наслеђивању обавезао да га неће отуђити. Д. М. Пешуновић, 14-15.

уговора о наслеђивању правним пословима међу живима, у каталонском праву је, код реципрочних уговора о наслеђивању, потребно добити изричиту сагласност другог уговарача за располагање *inter vivos* оним добрима која чине објекат уговора о наслеђивању.¹⁴⁵⁴ Слично решење постоји у шпанској покрајини Арагон, где се у погледу уговора о наслеђивању у ужем смислу, предвиђа дужност уговорног оставиоца да добије одобрење од лица у чију корист је уговором располагао, да би уговореним добрима, након закључења уговора о наслеђивању, могао пуноважно да располаже неким новим правним пословима међу живима (члан 79 Закона 1/1999 Закона о наслеђивању за случај смрти).¹⁴⁵⁵ Ова правила не важе ако је уговор закључен у корист трећег лица, када у случају да нешто друго није уговорено, уговорни оставилац задржава право да располаже објектом уговора (чл. 82 и 83 Закона 1/1999 Закона о наслеђивању за случај смрти).¹⁴⁵⁶

Пуноважност оваквих одредаба не треба доводити у питање, јер су оне последица слободе уговарања, те су могуће и код других правних института – нпр. код уговора о доживотном издржавању.¹⁴⁵⁷ Ако је уговорном оставиоцу дато право, да уз сагласност другог уговарача за себе, у уговору, резервише овлашћење да може да га раскине једностраном изјавом воље, онда би требало омогућити и уговорном наследнику, да уз сагласност уговорног оставиоца, предвиди да декујус неће имати право да предузима правне послове *inter vivos* којима би располагао објектом уговора о наслеђивању. То проистиче из начела равноправности уговорних страна. Ипак, у француској литератури се истиче да одредба уговора о наслеђивању, којом би се оставилац обавезао да неће располагати целокупном својом имовином теретним правним пословима, не би производила правна дејства, јер би представљала забрањени уговор о будућем наследству и била би супротна јавном поретку.¹⁴⁵⁸

¹⁴⁵⁴ S. Navas Navarro, 123.

¹⁴⁵⁵ M. Martínez, 119.

¹⁴⁵⁶ M. Martínez, 120.

¹⁴⁵⁷ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 487-488.

¹⁴⁵⁸ Cass. Civ. 5. Juill. 1928, D. P. 1929. 1. 43., наведено према: F. Terré, Y. Lequette, 443, фн. 3.

4.4. Немогућност располагања објектом уговора о наслеђивању добротиним правним пословима

Лице које уговором именује свог наследника је само начелно овлашћено да правним пословима *inter vivos* отуђи права која су уговорена у корист уговорног наследника. То без сумње важи за све теретне правне послове, али не и за све добротине правне послове, јер је у упоредном праву усвојено схватање према коме би поклони, које би уговорни оставилац учинио са злом намером, у циљу да спречи стицање права уговорног наследника по сопственој смрти, могли да буду поништени на захтев уговорног наследника.¹⁴⁵⁹ У том смислу је положај уговорног наследника сличан правном положају нужног наследника, с тим што њему не стоји на располагању право на редукцију поклона које је учинио оставилац, већ право на накнаду штете.

У немачком праву, према правилима о правно неоснованом обogaћењу, може да се тражи повраћај поклона у року од три године од тренутка отварања заоставштине, ако је уговорни оставилац учинио поклоне трећем лицу у намери да оштети, односно нашкоди уговорном наследнику, тј. ако је постојала тзв. „намера негативног утицаја“. Ово право, које не улази у заоставштину, настаје тек тренутком делације, јер је то моменат од кога је могуће утврдити тачан састав заоставштине, тј. онога шта ће наследити уговорни наследник.¹⁴⁶⁰ Намера негативног утицаја се претпоставља када уговорни оставилац нема доживотни лични интерес за располагањем које је учинио, већ се његово „располагање учињено за живота показује као правна злоупотреба, када се има у виду обавезност уговора о наслеђивању.“¹⁴⁶¹ При томе се уобичајени и пригодни поклони не сматрају даровима које би требало подвести под пар. 2287 Немачког грађанског законика. Приликом просуђивања који се поклони имају сматрати уобичајеним и пригодним, требало би узети у обзир све околности одређеног

¹⁴⁵⁹ О. Антић (1986), 513; А. Röthel, 165. Слично схватање су заступали и старији српски аутори, сматрајући да је овај принцип важио и у нашем предатном праву. Андра Ђорђевић образложење за овакав став проналази у пар. 303 и 565 СГЗ и аналогiji са условима за подизање паулијанске тужбе. А. Ђорђевић (1903), 64. Таквом образложењу се противио Пешуновић, аргументујући да завешталац није дужник, а наследник није поверилац да би овакве паралеле могле да се повлаче. Д. М. Пешуновић, 17.

¹⁴⁶⁰ Пар. 2287 Немачког грађанског законика; L. Michalski, 97; D. Leipold, 199.

¹⁴⁶¹ L. Michalski, 97.

случаја, а то ће рећи укупност мотива, имовинско стање уговорног оставиоца и степен блискости уговорног оставиоца и поклонопримца.¹⁴⁶² С друге стране, под поклонима треба подразумевати и добročина располагања која су учињена у вези са браком и „такозвана неименована давања међу брачним друговима.“¹⁴⁶³

У немачкој правној књижевности се истиче да је према ставовима израженим у ранијој судској пракси, воља уговорног оставиоца да негативно утиче на положај уговорног наследника морала да буде доминантнија у односу на његову намеру да погодује поклонопримца. Међутим, ово рестриктивно тумачење пар. 2287 НГЗ је напуштено прихватањем „доктрине продубљивања ништавости“, јер се показало да понекада и чинећи поклон са намером да угрози уговорног наследника, уговорни оставилац једнако жели да хонорише поклонопримца.¹⁴⁶⁴ Зато је, према овој доктрини, за примену пар. 2287 НГЗ довољно да је уговорни оставилац поклоном пренео „значајне делове своје имовине“ неком трећем лицу уместо уговорном наследнику, а све из намере да то треће лице неадекватно погодује насупрот уговорном наследнику и то без постојања доживотног личног интереса уговорног оставиоца за тим.¹⁴⁶⁵ У том смислу се одлучујућом сматра „процена мотивације“ декујуса, јер је за примену пар. 2287 Немачког грађанског законика потребна злоупотреба права располагања.¹⁴⁶⁶

Према примеру који се наводи у литератури, оправдан интерес уговорног оставиоца не постоји ако би он уговором одредио за наследника једно лице, па се потом посвађао са њим и решећи да га казни, поклонио значајан део онога што чини предмет уговора неком трећем лицу.¹⁴⁶⁷ Савезни суд Немачке је у једној пресуди стао на становиште да приликом узимања у обзир доживотног интереса, треба размотрити и промену чињеничног стања након закључења уговора о наслеђивању, због које би интерес, услед кога је учињено располагање, био вредан признања.¹⁴⁶⁸ У једној другој пресуди, узело се да приликом разматрања промена које су наступиле након закључења уговора о наслеђивању, треба

¹⁴⁶² L. Michalski, 98. У том смислу, чак и поклони мањег значаја које уговорни оставилац учестало чини, могу да буду индикација за постојање намере негативног утицаја. J. Gauthier (1955), 41.

¹⁴⁶³ K.H. Gursky, 50.

¹⁴⁶⁴ L. Michalski, 98; D. Leipold, 200-201.

¹⁴⁶⁵ Доживотни лични интерес би нпр. постојао у случају испуњења неке моралне обавезе или прибављања за себе доживотног издржавања или неге. L. Michalski, 98; D. Leipold, 201.

¹⁴⁶⁶ D. Leipold, 201.

¹⁴⁶⁷ K.H. Gursky, 50.

¹⁴⁶⁸ L. Michalski, 98.

прихватити и да интерес који је постојао пре закључења уговора о наслеђивању може да оправда поклоне који негативно утичу на права уговорног наследника, што је најчешће случај када једно лице жели себи да обезбеди бригу и негу у старости. Тако, ако једно лице поклони кућу, да би осигурало или побољшало бригу за себе у старости, сматра се да постоји његов доживотни лични интерес.¹⁴⁶⁹ Међутим, интерес уговорног оставиоца не би постојао ако би он након закључења уговора нпр. дошао до закључка да ће неком његовом законском наследнику припасти недовољан део наследства, па би то пожелео да исправи поклонима, или ако би чињењем поклона желео да уједначи имовинскоправни положај својих потомака.¹⁴⁷⁰

Може се закључити да намера уговорног оставиоца да изврши негативан утицај не постоји „онда када су покретачки мотиви оставиоца, имајући у виду овако дате околности, по процени непристрасног посматрача, такви да их лице које је погодовано уговором о наслеђивању мора прихватити и пристати на свој лошији положај“, што ће рећи да није неопходно да намера негативног утицаја буде „лајтмотив“ за давање поклона.¹⁴⁷¹

Према ставу немачке судске праксе, активну легитимацију за подизање тужбе, због правно неоснованог обogaћења, услед постојања негативног утицаја, имају сва лица која су одређена за уговорне наследнике. Ако је учињени поклон дељив, сваки од њих је легитимисан у сразмери са величином свог наследничког удела, а ако је поклон недељив, онда су овлашћени сви заједнички.¹⁴⁷² Међутим, уговорни наследник може и да се одрекне заштите која му стоји на располагању на основу пар. 2287 НГЗ, и то у форми јавнобележничког записа, као да закључује уговор о одрицању од наследства.¹⁴⁷³

Тужбом због правно неоснованог обogaћења из пар. 2287 Немачког грађанског законика, уговорни наследник захтева од суда да му се преда државина, односно врате поклоњене ствари и досуди право својине на стварима које представљају објекат уговора о наслеђивању. Међутим, висина тужбеног

¹⁴⁶⁹ L. Michalski, 98; W. Zimmermann, 129.

¹⁴⁷⁰ D. Leibold, 201.

¹⁴⁷¹ BGH 83, 44 = NJW 1982, 1100; BGH 59, 343/350; BGH 66, 8/13, наведено према: W. Zimmermann, 129.

¹⁴⁷² L. Michalski, 99.

¹⁴⁷³ W. Zimmermann, 128.

захтева је ограничена на обим негативног утицаја на његово оправдано очекивање које је имао као уговорни наследник. У том смислу, ако је поклонопримац истовремено нужни наследник уговорног оставиоца, тужба уговорног наследника због правно неоснованог обогаћења је ограничена само на онај део заоставштине који преостане након намирења поклонопримца као нужног наследника, јер до висине износа на који би поклонопримац имао право као нужни наследник, поклон и не може да угрози оправдана очекивања уговорног наследника.¹⁴⁷⁴

У поступку против поклонопримца као туженог, уговорни наследник мора да докаже намеру негативног утицаја уговорног оставиоца, а даровани мора детаљно да предочи које су околности подстакле уговорног оставиоца да му учини поклон и да на тај начин докаже постојање декујусовог личног интереса за тим поклонима.¹⁴⁷⁵ То значи и да поклонопримац може да истакне приговор да није дошло до правно неоснованог обогаћења.¹⁴⁷⁶ При томе, вредност поклона није од значаја.¹⁴⁷⁷ Ако би уговорни наследник доказао да постоје предуслови да ово своје право оствари, он би имао и право да захтева од поклонодавца да му дâ информације о поклонима које му је учинио уговорни оставилац. Ако би поклонопримац знао за намеру негативног утицаја на права уговорног наследника, он би према пар. 819 НГЗ био дужан да врати примљени поклон од тренутка сазнања за такву намеру уговорног оставиоца.¹⁴⁷⁸

Код мешовитог поклона, објекат уговора о наслеђивању не би морао да буде враћен ако код предмета уговора преовлађује особина накнаде, јер се тада уговорном наследнику плаћа разлика у новчаној вредности. Са друге стране, ако би се поклон састојао у животном осигурању, уговорни наследник би могао да захтева само вредност уплаћених премија.¹⁴⁷⁹ Примена пар. 2287 НГЗ не би могла да буде искључена јер је уговорни наследник дао неформалну сагласност на поклон који је уговорни оставилац учинио трећем лицу, већ би било потребно да

¹⁴⁷⁴ L. Michalski, 99; K.H. Gursky, 50.

¹⁴⁷⁵ BGH NJW 1986, 1755; OLG Köln ZEV 2000, 106, наведено према: W. Zimmermann, 129.

¹⁴⁷⁶ D. Leipold, 199.

¹⁴⁷⁷ W. Zimmermann, 129.

¹⁴⁷⁸ L. Michalski, 99.

¹⁴⁷⁹ L. Michalski, 99; D. Leipold, 199, фн. 39.

је то учинио у форми нотарски оверене изјаве, аналогно прописима за одрицање од наследства.¹⁴⁸⁰

На заштиту уговорних легатара се примењује пар. 2288. ал. 1. Немачког грађанског законика, што значи да у случају када уговорни оставилац уништи, оштети или склони легирану ствар у намери да нашкоди уговорном легатару, наследник има дужност, да у мери у којој не може да преда легирану ствар, исплати испорукопримцу новчану вредност те ствари. Доживотни интерес за отуђење легиране ствари може да буде признат уговорном оставиоцу само ако се једино могао остварити отуђењем те ствари и када се намеравана сврха није могла остварити на неки други начин. Намера негативног утицаја управо постоји када уговорни оставилац отуђи или уништи легирану ствар имајући на уму да накнада не представља адекватну замену за легирану ствар која не може да буде предата уговорном легатару.¹⁴⁸¹ Ако би уговорни оставилац отуђио или оптеретио ствар која представља објекат уговора, са намером да угрози права уговорног легатара, наследник би био дужан да прибави отуђену ствар или да уклони оптерећење. Ако би уговорени предмет био оптерећен или отуђен путем поклона, уговорни легатар би у мери, у којој не би могао да добије надокнаду од наследника, могао против поклонопримца да подигне тужбу због правно неоснованог обогаћења.¹⁴⁸² Ако би уговорни оставилац продао легирану ствар са намером да нанесе штету уговорном испорукопримцу, наследник би морао легатару да исплати вредност те ствари, јер се узима фикција да се новац добијен њеном продајом налази у заоставштини.¹⁴⁸³

Не може се рећи да ова решења не наилазе на замерке у савременом немачком праву. Уговорни оставилац, након закључења уговора о наслеђивању, најчешће чини поклоне у корист новог супружника или регистрованог партнера, а као што је показано, према актуелној немачкој судској пракси, њихова пуноважност се признаје само када се процени да уговорни оставилац за тим има интерес током свог живота. То је по правилу случај, ако је поклон који чини заправо противуслуга поклонопримцу за нешто што је он њему већ учинио, нпр. ако се бринуо и старао о њему или га је неговао.¹⁴⁸⁴ По мишљењу Ретела (*Röthel*),

¹⁴⁸⁰ D. Leipold, 202.

¹⁴⁸¹ L. Michalski, 100; D. Leipold, 202.

¹⁴⁸² Пар. 2288. ал. 2. Немачког грађанског законика.

¹⁴⁸³ W. Zimmermann, 130.

¹⁴⁸⁴ A. Röthel, 165-166.

оваква пракса треба да буде измењена јер „води фиктивној аргументацији.“¹⁴⁸⁵ На крају, треба још једном подвући да се правила овог института примењују искључиво на поклоне које учини уговорни оставилац, а не и на теретна располагања објектом уговора о наслеђивању. У таквим случајевима заштита уговорног наследника није ни потребна, обзиром да постоји претпоставка да добијени новац улази у састав заоставштине уместо продате ствари.¹⁴⁸⁶

У француском праву се истиче да се парадокс поклона будућих ствари састоји у томе „што је то један правни посао који практично не служи ничему“.¹⁴⁸⁷ Наиме, код ове врсте уговорног наслеђивања, за разлику од оне посредством брачног уговора, уговорни оставилац задржава право „прећутног опозива именована“ (*la révocation tacite de l'institution*), тј. слободу да располаже свим својим добрима (па и оним која представљају објекат уговора о наслеђивању), како теретним, тако и добротиним правним пословима, како правним пословима *inter vivos*, тако и оним *mortis causa*.¹⁴⁸⁸ Другим речима, уговорни оставилац задржава могућност да, формалном изјавом воље, завештањем или поклоном које ће му сачинити нотар, посредно опозове поклон будућих ствари у корист надживелог супружника (уговорног наследника), што ову врсту уговора о наслеђивању у правним дејствима скоро сасвим изједначава са завештањем, али по мишљењу француских правних писаца уједно отвара и питање њене сврсисходности.¹⁴⁸⁹ Временски нелимитирано право на опозив оваквих поклона од стране једног супружника води порекло још из римског права, где дарови између брачних другова нису производили правна дејства, ако не би били потврђени каснијим тестаментом поклонодавца, што је требало да представља потврду да поклон није био мотивисан претераним брачним афекцијама које би умањиле дародавчеву разборитост. У складу са тим, правило о опозивости има за циљ да заштити поклонодавца који би поклон учинио из „брачне страсти“, а потом због тога зажалио.¹⁴⁹⁰

¹⁴⁸⁵ A. Röthel, 166.

¹⁴⁸⁶ W. Zimmermann, 128.

¹⁴⁸⁷ J. Maury, 184.

¹⁴⁸⁸ Чл. 1096. ал. 1. Француског грађанског законика; Закон од 26. маја 2004. године. F. Terré, Y. Lequette, 448; P. Julien, 107.

¹⁴⁸⁹ J. Maury, 184; F. Terré, Y. Lequette, 447; P. Julien, 106-107; A. Toulemon, 117; R. Savatier, 500.

¹⁴⁹⁰ H. Dyson, 282, 335.

Међутим, другачија правила важе за уговорно наслеђивање које се у француском праву врши посредством брачног уговора. Најпре, треба рећи да су његова правна дејства идентична независно од тога ко су његови субјекти.¹⁴⁹¹ То значи да уговорни оставилац задржава право да располаже предметом уговора теретним правним пословима међу живима, а доброделим само ако је реч о уобичајеним поклонима или награђним поклонима, а поједини аутори овде убрајају и поклоне учињене из милосрђа.¹⁴⁹² На добрима уговорног оставиоца постоји законска хипотека као гаранција да ће он испунити своју уговорну обавезу. Међутим, уговорни наследник може позивом на законску хипотеку на предмету уговора да заштити своја права само према лицима која су уговорена добра од оставиоца стекла доброделим правним пословима, али не и према хипотекарним повериоцима или лицима на која је он пренео ствари које су објекат уговора теретним правним пословима.¹⁴⁹³ Када би оставилац располагао уговореним добрима неким новим доброделим правним послом, уговорни наследник би могао да затражи њихову редукцију, али само у мери у којој је дошло до умањења његових права предвиђених брачним уговором и то тек након оставиоцеве смрти, јер је у питању правни посао *mortis causa*.¹⁴⁹⁴ Међутим, када је уговором одређена универзална сукцесија на аликвотном делу заоставштине, веома је тешко одредити обим имовине којом оставилац може да располаже, па је потребно дефинисати имовинску масу на којој ће се израчунати вредност аликвотног дела, а то је могуће тек отварањем наслеђа, сабирањем преосталих добара у тренутку делације и оних која су раније отуђена.¹⁴⁹⁵ С друге стране, када је реч о сингуларној сукцесији, нпр. ако је одређен износ новца који треба да припадне уговорном испорукопримцу, уговорни оставилац може да располаже добрима из своје имовине само ако у њој остави добра макар у једнакој вредности са вредношћу уговорног легата.¹⁴⁹⁶

У швајцарском праву, уговорни наследник такође не може ништа да учини ако би уговорни оставилац теретним правним послом отуђио заоставштину или

¹⁴⁹¹ Чл. 1093. Француског грађанског законика. F. Terré, Y. Lequette, 447.

¹⁴⁹² Чл. 1083. Француског грађанског законика. A. Raison, 23; R. Savatier, 506.

¹⁴⁹³ A. Raison, 24.

¹⁴⁹⁴ F. Terré, Y. Lequette, 445; J. Maury, 178.

¹⁴⁹⁵ F. Terré, Y. Lequette, 444.

¹⁴⁹⁶ Cass. civ. 1er févr. 1914, D:P: 1914.1.73, note de Loynes, наведено према: F. Terré, Y. Lequette, 443, фн. 5.

њен део која је уговорена у његову корист. Изузетак од тог правила постоји ако би он, у намери да изигра права уговорног наследника, закључио један симуловани уговор о купопродаји, којим би прикривао поклон, а којим би трећем лицу даровао добра која чине објекат уговора о наслеђивању. Ако би у том случају уговорни наследник могао да докаже да је располагање уговорног оставиоца симуловано, оно би могло да се поништи.¹⁴⁹⁷ Али, ако би оставилац добротним или мешовитим правним пословима (нпр. мешовитим поклоном) располагао објектом уговора о наслеђивању, уговорни наследник или треће лице (ако би уговор био закључен у корист трећег) имао би право да тужбом (слично тужби нужног наследника у случају повреде права на нужни део), затражи поништење таквог правног посла и право на реституцију ствари и (или) накнаду штете. По мишљењу Готјеа, ова тужба у швајцарском, као и у немачком праву, представља тужбу због правно неоснованог обogaћења.¹⁴⁹⁸

Право на тужбу за поништење оваквих правних послова је лично право уговорног наследника или легатара, јер се оно везује за квалитет наследника или испорукопримца, а не чињеницу да је једно лице уговорна страна. Зато наследник или легатар право на тужбу стиче тренутком оставиоачеве смрти, али и због тога што до тог тренутка не може да се утврди да ли је уопште настала штета за наследника, а још мање колики је њен износ.¹⁴⁹⁹ Следствено томе, право на тужбу нема друга уговорна страна, већ само треће лице, ако је уговор о наслеђивању закључен у корист трећег. Такву тужбу бенефицијар из уговора о наслеђивању подиже против бенефицијара из добротиног правног посла *inter vivos* или *mortis causa*, којим је уговорни оставилац располагао на његову штету.¹⁵⁰⁰ Ова могућност представља значајну разлику у правној природи уговора о наслеђивању и облигационоправних уговора, јер за разлику од наследноправних уговора, код

¹⁴⁹⁷ J. Gauthier (1955), 19.

¹⁴⁹⁸ Међутим, то није једино правно средство које стоји на располагању уговорном наследнику. Ако уговорни оставилац не би пренео добра на поклонпримца, већ би то морао да учини уговорни наследник, или ако би уговорни легатар био оптерећен сублегатом, он би могао да истакне приговор на извршење такве чинидбе. J. Gauthier (1955), 77-78.

¹⁴⁹⁹ Чл. 494. ал. 3. Швајцарског грађанског законика. P. H. Steinauer (2006), 319; J. Gauthier (1955), 46, 63, 66. Изузетак би евентуално могао да се прихвати у погледу права уговорног легатара. J. Gauthier (1955), 68.

¹⁵⁰⁰ J. Gauthier (1955), 79-80.

облигационоправних остаје начело да уговор обавезује и производи правна дејства само између контрахената.¹⁵⁰¹

Тужбом се тражи поништење располагања уговорног оставиоца која су у колизији са располагањима у уговору о наслеђивању, при чему уговорни наследник не мора да тражи поништење таквог правног посла (*inter vivos* или *mortis causa*) у целини, већ може да захтева од суда и да изврши редукцију располагања тако да оно буде у сагласности са одредбама уговора о наслеђивању.¹⁵⁰² Захтев за поништењем ће пратити и захтев за реститутцијом и накнадом штете. Ако отуђено добро није претрпело никакве промене, поклонопримац је дужан да га врати у стању и у вредности у којој је било на дан отварања заоставштине. Ако је он добро отуђио теретним правним послом, дужан је да исплати његову новчану вредност, према ценама на дан отварања заоставштине, а ако је био несавестан, као и ако је својом кривицом причинио штету на добру, биће и дужник накнаде штете уговорном наследнику. Међутим, тужени не одговара за случајну пропаст ствари или за њену експропријацију, као ни за умањење вредности ствари које је последица њене редовне употребе.¹⁵⁰³ Ако је био савестан (што ће бити случај када није знао нити је могао знати да је правни посао на основу кога је хонорисан од стране уговорног оставиоца у супротности са уговором о наслеђивању који је декујус претходно закључио), вратиће само износ користи које је стекао у тренутку отварања заоставштине. Ако је био несавестан, вратиће у целини примљена добра, или добра која се налазе у његовој имовини уместо примљених добара.¹⁵⁰⁴

Ако уговорни наследник сазна да је уговорни оставилац учинио поклон који је инкомпатибилан са уговором о наслеђивању, он је овлашћен да о томе одмах у званичној форми обавести поклонопримца. Након таквог обавештења, поклонопримац не би могао да се позива на сопствену савесност у поступку у коме би га после оставиочеве (поклонодавчеве) смрти тужио уговорни наследник.¹⁵⁰⁵ Одлука коју суд доноси поводом ове тужбе и којом поништава

¹⁵⁰¹ J. Gauthier (1955), 77.

¹⁵⁰² J. Gauthier (1955), 80.

¹⁵⁰³ J. Gauthier (1955), 83-84.

¹⁵⁰⁴ J. Gauthier (1955), 84.

¹⁵⁰⁵ J. Gauthier (1955), 66.

оставиочево располагање има конститутивни карактер.¹⁵⁰⁶ Обећање којим би се уговорни наследник обавезао уговорном оставиоцу да неће тражити поништење поклона које би овај чинио, а којима би располагао објектом уговора о наслеђивању, било би ништаво.¹⁵⁰⁷

Ипак, уговорни оставилац би и по закључењу уговора о наслеђивању могао уговореним правима да располаже добротним правним пословима, али само ако би то чинио савесно и у циљу побољшања сопственог правног и материјалног положаја, односно, ако његова располагања не би била мотивисана тиме да се уговорном наследнику нанесе штета. Друга могућност је да је право на предузимање добротних правних послова изричито задржао за себе. Наиме, у швајцарској доктрини и судској пракси искристалисао се један оригиналан став, према коме ни добротни правни послови *inter vivos* које би предузео уговорни оставилац, а који би имали за предмет иста она добра која су предмет уговора о наслеђивању, не би били недопуштени ако би он право на предузимање оваквих располагања за себе изричито резервисао у уговору о наслеђивању или у неком другом правном послу.¹⁵⁰⁸ Међутим, ако би супротно томе, уговорни оставилац закључивао правне послове да би намерно онемогућио једно лице да му припадне уговорени део заоставштине или нека ствар или право, уговорни наследник би после оставиочеве смрти своја права остваривао на основу реалне суброгације, односно кроз накнаду штете.¹⁵⁰⁹

Најзад, најригидније је решење каталонског права. Према члановима 79-83 Закона о наслеђивању за случај смрти, на основу „једноставног“ уговора о наслеђивању, уговорни оставилац не само што губи право да располаже уговореним добрима у корист трећих лица добротним правним пословима *inter vivos*, већ и располагање теретним правним пословима оваквим добрима може под условима предвиђеним законом да буде окарактерисано као преварно понашање уговорног оставиоца.¹⁵¹⁰ Његов антипод представља решење аустријског права, које је најнеповољније по уговорног наследника, јер њему после оставиочеве смрти не стоји на располагању никакво средство за заштиту наследне наде, макар

¹⁵⁰⁶ J. Gauthier (1955), 75.

¹⁵⁰⁷ J. Gauthier (1955), 44-45.

¹⁵⁰⁸ J. Ghandchi Schmid, 101.

¹⁵⁰⁹ P. Piotet, 52.

¹⁵¹⁰ M. Martínez, 114.

декујус за живота чинио добротине правне послове, па и поклоне за случај смрти, са очигледном намером да умањи његова права и интересе. Чак ни у том случају уговорни наследник не би имао право да тражи накнаду штете и морао би да се задовољи наслеђивањем ствари и права која би преостала у заоставштини.¹⁵¹¹

Може се закључити да између германског (немачког и швајцарског) и романског (француског) решења у погледу правних дејстава уговорног наслеђивања нема суштинских разлика. Међутим, док би у француском праву уговорни наследник, у одсуству клаузуле о опозивости, могао да тражи поништење сваког поклона (осим уобичајених и наградних поклона) који би учинио уговорни оставилац, а којим би се умањивао уговорени део заоставштине у његову корист, у немачком праву би уговорни наследник могао да тражи поништење таквих поклона само ако би их уговорни оставилац учинио доложно, односно у намери да на тај начин закључени уговор о наслеђивању сведе на обичну љуштину.¹⁵¹² Слично је и када оставилац располаже предметом уговорног легата, односно, за могућност поништења уговора од стране уговорног наследника је у француском праву предвиђен објективни критеријум, док је у немачком и швајцарском праву прихваћен субјективни критеријум, јер је потребно да се утврди да је уговорни оставилац предузео добротине правне послове са намером да угрози правни положај уговорног наследника.¹⁵¹³ Пошто лице које располаже предметом уговора о наслеђивању остаје његов власник све до своје смрти, приступ немачког и швајцарског права је правичнији, али тежи за доказивање. Оно што је заједничко за схватања у свим наведеним правима јесте да уговорни оставилац мора да извршава уговор о наслеђивању, као уосталом и сваки други уговор, у доброј вери. Ризик који у погледу обима и вредности заоставштине коју ће наследити прихвата уговорни наследник, не значи да се тиме оправдава евентуално несавесно и злонамерно понашање од стране уговорног оставиоца.¹⁵¹⁴

¹⁵¹¹ W. Kralik, 162.

¹⁵¹² Пар. 2287 Немачког грађанског законика.

¹⁵¹³ J. Gauthier (1955), 129.

¹⁵¹⁴ J. Gauthier (1955), 39. О томе Стојановић и Антић кажу следеће: „Нико не може да се позива на било какво право на основу посла *mortis causa* све до тренука смрти лица које га је предузело, одн. једне уговорне стране... Разуме се, код уговора (нпр. уговор о наслеђивању) стране уговорнице морају за живота поштовати општа начела уговорног права (нпр. непоштовање

4.5. Решење *common law*

Правна природа уговорног наслеђивања у енглеском праву доводи до другачијих правних последица, које могу да буду двојаке у зависности од тога шта је предмет уговора. Ако би уговорни оставилац након закључења уговора (којим би се обавезао да сачини завештање одређене садржине у корист свог сауговорача) располагао тачно одређеним стварима које представљају предмет уговора, наследник би одмах имао право да затражи судску заштиту својих права (накнаду штете), јер уговор више не би могао да се изврши у делу у коме је располагао уговореним добрима.¹⁵¹⁵ Уговорна страна којој се други уговорач обавезао да ће сачинити завештање одређене садржине не мора да чека његову смрт да би штитило своја права, јер ови уговори у *common law* имају облигационоправни катактер. Њима се једно лице обавезује да сачини завештање одређене садржине, што значи да њихова правна десјтва настају још за живота уговорних страна. Зато повреда уговорних обавеза наступа оног часа када је лице располагало на начин који је супротан претходно закљученом уговору који опредељује садржину завештања.¹⁵¹⁶

Ако контрахент не би отуђио уговорене ствари и права, али би умро као инсолвентан, друга уговорна страна би могла да наследи само оно што би евентуално преостало у његовој заоставштини. Међутим, ако би се он уговором обавезао да ће његово доброчино располагање у односу на наследника произвести правна дејства, он би повредио своју уговорну обавезу, ако би умањио своју заоставштину, тако да она не би била довољна да наследнику припадне оно што је уговорено. У том случају би наследник, након оставиочеве смрти, у вредности уговорених добара, имао правни положај повериоца у односу на његову заоставштину.¹⁵¹⁷

С друге стране, ако би уговором било предвиђено да ће оставилац оставити целу своју заоставштину или њен аликвотни део свом сауговорачу, па би располагао добрима која представљају предмет уговора током свог живота, лице

уговорних обавеза –отуђивање ствари које су обухваћене уговором и сл. – може довести до права на раскид уговора и накнаду штете).“ Д. Д. Стојановић, О. Б. Антић, 332.

¹⁵¹⁵ R. Kerridge (2009), 97; J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 99.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*

¹⁵¹⁷ R. Kerridge (2009), 97-98; J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 99.

коме се уговором обавезао да ће га завештањем одредити за универзалног сукцесора не би имало право на судску заштиту својих права због неизвршења уговорне обавезе оставиоца, осим ако уговором то изричито не би било предвиђено.¹⁵¹⁸ Разлог томе је што предмет уговора у том случају може прецизно да буде одређен тек тренутком смрти оставиоца и након исплате дугова на заоставштини и трошкова сахране, чиме наследник преузима ризик оставиоцеве инсолвентности.¹⁵¹⁹

5. УГОВОР О НАСЛЕЂИВАЊУ У КОРИСТ ТРЕЋЕГ ЛИЦА

5.1. Упоредноправни преглед

У највећем броју правних система уговор о наслеђивању може да се закључи и у корист трећих лица. Уговорним странама је најшира слобода у том смислу дата у немачком праву, чак до те мере да је у литератури истицано да једино немачко право, у правом и пуном смислу речи, допушта закључење уговора о наслеђивању у корист трећих лица.¹⁵²⁰ Када у овом правном поретку уговор о наслеђивању у корист трећег закључују вереници, супружници или лица из регистрованих заједница, његова правна дејства су слична правним дејствима заједничког тестаментa. Према пар. 2280 Немачког грађанског законика, ако је реципрочним уговором одређено да заоставштина после смрти надживелог уговарача треба да припадне заједничком детету или неком трећем лицу, или да легат треба да буде извршен након смрти надживеле уговорне стране, сматраће се да заоставштина представља јединствену целину. То значи да ће у случају сумње, треће лице бити наследник само оне уговорне стране (брачног друга или регистрованог партнера) који је дуже живео, али не и накнадни наследник, односно фидеикомисар уговорне стране која је прва умрла.¹⁵²¹

Међутим, у литератури се истичу и другачија становишта. Ако би субјекти уговора о наслеђивању одредили за наследника неко треће лице, не мора се нужно тумачити да би се половина права тог трећег лица заснивала на располагању

¹⁵¹⁸ R. Kerridge (2009), 97.

¹⁵¹⁹ R. Kerridge (2009), 98.

¹⁵²⁰ Д. Миљковић, 13.

¹⁵²¹ К.Н. Gursky, 54.

једног уговарача, а друга половина на располагању другог уговарача, већ да је њихова вероватна намера била да уговорена права у корист трећег терете како имовину једног, тако и имовину другог уговарача у целини. Из тога би проистекло да трећи стиче сва права смрћу прве уговорне стране, али да је њихова предаја одложена до тренутка смрти друге уговорне стране.¹⁵²² То значи да би у случају да трећи не надживи другу уговорну страну, права која је већ наследио тренутком смрти прве уговорне стране, тренутком делације другог уговарача прешла на његове наследнике. Међутим, ако би намера уговорних страна била да бенефицијар стекне само права из заоставштине надживелог уговарача, предуслов, да би он постао наследник, јесте да надживи обе уговорне стране.¹⁵²³ У немачком праву се у корист трећих најчешће уговара премија животног осигурања, или једно лице закључује уговор са банком на основу кога трећи има право да, након његове смрти, подигне новац са његових штедних улога.¹⁵²⁴

У аустријском праву (пар. 602. и 1249. Аустријског грађанског законика), контрахенти у уговору о наслеђивању могу да буду искључиво супружници, односно од 1817. године и вереници, ако касније ступе у брак, али ова лица могу да закључе и уговор о наслеђивању у корист трећих, а то ће најчешће бити њихова деца.¹⁵²⁵ Неки аутори (*Anders*) су такав уговор у аустријском праву окарактерисали као уговор који се састоји из два правна посла, при чему правни посао између супружника има карактер уговора, док располагање у корист трећег лица има правну природу завештања, па је стога увек опозиво.¹⁵²⁶ Међутим, ако би супружници у брачном уговору стипулисали одредбу којом би целу своју заоставштину или њен аликвотни део оставили неком трећем лицу, у старијој литератури је постојао став да се такво располагање не би сматрало као уговор о наслеђивању у корист трећег, већ као завештање.¹⁵²⁷

Круг субјеката који посредством брачног уговора именују наследника је у француском праву много шири од супружника. Овом приликом подсећамо да је тумачећи чл. 1082. ал. 1. Француског грађанског законика, Касациони суд још

¹⁵²² С. Бранковић, 6.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ Р. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 142.

¹⁵²⁵ Л. Марковић (1930), 308; N. Stojanović (2003), 167.

¹⁵²⁶ Anders, Grundriss der Erbrecht, 40, наведено према: Д. Миљковић, 11, фн. 13.

¹⁵²⁷ А. Rušnov, 638.

крајем 19. века утврдио да за наследнике брачним уговором, директно и непосредно, могу да буду одређена деца супружника, па чак и она која још не би била рођена у тренутку закључења уговора.

Новина у каталонском праву, предвиђена IV књигом Каталонског грађанског законика, која је ступила на снагу 1. јануара 2009. године, састоји се у томе што је сада могуће закључити уговор о наслеђивању у корист трећег лица, које не мора да буде део породице ниједног од контрахената, па чак може да буде и правно лице. Ипак, потенцијални круг самих уговорних страна је остао ограничен на чланове исте породице (то не морају нужно да буду супружници или будући супружници или њихови потомци и преци, већ то могу да буду и ванбрачни партнери или побочни сродници).¹⁵²⁸

У српском позитивном праву су апсолутно ништави и уговори о наслеђивању у корист трећих лица.¹⁵²⁹ Међутим, нашој судској пракси је након доношења Српског грађанског законика био познат уговор о наслеђивању у корист трећег, који се често закључивао посредством брачног уговора, односно, уговора о смеси. У једном уговору који су 21. јула 1861. године у Београду закључили Никола Станисављевић и Марија Миладиновић, уговорне стране су предвиделе да ће сву покретну и непокретну имовину како једног, тако и другог будућег супружника, најпре у једну имовинску заједницу удружити, а потом ту имовину заједно уживати и њоме управљати. Затим су уговорили да ће надживели супружник бити њен плодуживалац („у случају смрти: ако ја пре умрем, да она над свима добрима нашим господарити има и од њи уживати; тако исто, ако би она пре умрла, да ја на сва добра сопствена господар будем и са њима уживам“), да би после смрти надживелог супружника дефинитивни наследник постао син Николе Станисављевића, Ђорђе Станисављевић („после наше смрти све наследити има мој син Ђорђе Н. Станисављевић... он је један на сва наша добра

¹⁵²⁸ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 66-67; S. Navas Navarro, 107.

¹⁵²⁹ „Према правним правилима имовинског права, уговор у корист трећег лица може се закључивати само правним послом међу живима. Међутим, ако један од сауговарача своја права из уговора преноси на треће лице тек за случај своје смрти, то је онда правни посао за случај смрти, а не правни посао међу живима, а да би тај правни посао био пуноважан, мора да испуњава форму тестаментa. Друга је ситуација код уговора о осигурању живота“, Врховни суд Србије, Гж. 3339/71, наведено према: Svetislav R. Vuković, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, obrascima, registrom pojmova i prilogom*, Beograd 2007, 205.

наследник, и то онда кад ми обоје у вечност ступимо“).¹⁵³⁰ Отуда и не чуди Матићево сведочанство да се у пракси уговором за случај смрти највећи део заоставштине најчешће остављао потомцима или сродницима како једног, тако и другог супружника, а не другом супружнику као уговорној страни.¹⁵³¹

Ипак, треба рећи да се у правним системима у којима је круг субјеката уговора о наслеђивању ограничен, на ове уговоре у корист трећих лица гледа са подозрењем. Разлози за то се састоје у аргументацији да би уговарањем легата у корист трећих лица циљ ограничења могао да буде изигран, нарочито ако би вредност испоруке била несразмерно велика, рецимо ако би легатима био распоређен вредносно најзначајнији део заоставштине.¹⁵³²

5.2. Правна природа и правна дејства

Правна природа уговора о наслеђивању у корист трећих лица је потпуно различита од правне природе облигационоправних уговора у корист трећих лица. Док уговор за случај смрти у корист трећег сва правна дејства производи смрћу уговорног оставиоца, уговори у корист трећег међу живима се извршавају и производе правна дејства још за живота уговорних страна.¹⁵³³ Када се закључује уговор о наслеђивању у корист трећег, он своје субјективно наследно право стиче тек тренутком смрти уговорног оставиоца, а до тада он нема чак ни право потраживања из оваквог уговора.¹⁵³⁴ Све док је уговорни оставилац жив, судбина уговора о наслеђивању, односно да ли ће уговор произвести правна дејства или ће га уговорне стране опозвати или изменити, зависи само од контрахената и треће лице на то не може ни на који начин да утиче, нити то може да спречи.¹⁵³⁵ У том смислу, у швајцарској литератури се истиче да се у облигационом односу налазе само уговорни оставилац и његов сауговарач, односно да уговорни оставилац има обавезу само према другој уговорној страни. Све до декујусове смрти, треће лице има само наследну наду, да би након смрти уговорног оставиоца имало правни

¹⁵³⁰ Живети у Београду 1851-1867, документа управе града Београда, 572.

¹⁵³¹ Д. Матић, 1001.

¹⁵³² Е. Bikić, М. Povlakić, S. Suljević, М. Plavšić, 489.

¹⁵³³ N. Stojanović (2003), 167.

¹⁵³⁴ Ј. Марковић (1930), 308.

¹⁵³⁵ *Ibid.*

положај наследника или испорукопримца.¹⁵³⁶ Уговорна страна која закључује овакав уговор иступа у своје име, не мора да заступа треће лице које је одређено за наследника, нити мора да доказује мотиве и интерес за закључење овог уговора.¹⁵³⁷ То „није уговор са трећим, већ уговор за трећег“, јер контракт има за циљ да се једном лицу посредно (јер оно ни на који начин, нити лично нити преко заступника учествује у закључењу уговора) установе извесна наследна права.¹⁵³⁸

Када је уговор о наслеђивању закључен у корист трећег, он нема право да тражи раскид уговора. Он није уговорна страна, његова воља није била потребна као елемент сагласности воља да би уговор могао да настане, па није од утицаја ни на могућност његовог престанка.¹⁵³⁹ Дакле, уговорне стране би сасвим слободно, без сагласности трећег лица могле да раскину уговор за случај смрти у корист трећег, при чему би једино било потребно да то учине у форми која се тражи и за закључење уговора.¹⁵⁴⁰ Ако би уговором о наслеђивању треће лице било одређено за бенефицијара, онда, након смрти друге уговорне стране, раскид више не би био могућ, нити би могли да га траже његови наследници, али би бенефицијар могао да одбије користи које су уговорне за њега.¹⁵⁴¹ Изузетак је предвиђен у немачком праву. Ако би уговором о наслеђивању уговорном оставиоцу било дато право да једностраном изјавом воље раскине уговор (опозове корист за треће лице), он би у складу са параграфом 2297. Немачког грађанског законика, то своје право могао да реализује завештањем чак и после смрти свог сауговорача. Такође, треће лице, у форми јавнобележнички обрађеног записа, увек може да дâ сагласност на неко касније располагање којим се његова права ограничавају или искључују.¹⁵⁴²

¹⁵³⁶ Р. Н. Steinauer (2006), 316. Супротно је предвиђено чл. 149. ст. 1. Закона о облигационим односима.

¹⁵³⁷ Л. Марковић (1930), 308.

¹⁵³⁸ Д. Миљковић, 14.

¹⁵³⁹ Nevenka Subotić-Konstantinović, *Ugovor o doživotnom izdržavanju*, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći (ur. Svetislav Ristić)*, Beograd 1978, 528; W. Kralik, 156; L. Michalski, 100; D. Leipold, 195; J. Ghandchi Schmid, 103. Изузетак представља право шпанске покрајине Наваре, где се за пуноважност уговора о наслеђивању у корист трећег лица захтева и сагласност трећег. М. Martínez, 125. Исто тако, у старијој српској литератури је постојао став, да ако би био закључен уговор у корист трећег и то са његовом сагласношћу, онда би за раскид уговора морала да се тражи и сагласност трећег, „пошто је и он својим пристанком постао једна уговорна страна.“ Д. М. Пешуновић, 15.

¹⁵⁴⁰ N. Stojanović (2003), 172.

¹⁵⁴¹ J. Ghandchi Schmid, 102.

¹⁵⁴² Пар. 2348. и 2352. Немачког грађанског законика; L. Michalski, 101.

Међутим, ако би треће лице одбило наследна права која су уговорена у његову корист, чини се да супротно правилима облигационог права,¹⁵⁴³ не би требало резоновати да заоставштина или неки њен део припада сауговорачу уговорног оставиоца, већ да се има расправити према правилима завештајног или законског наслеђивања, осим ако из самог уговора не би проистицало супротно. Разлог томе лежи у правној природи уговора о наслеђивању, односно у чињеници да је уговор о наслеђивању строго лични правни посао, чију садржину може да уреди само оставилац у сагласности са наследником, те да супротно резновање не би било у складу са његовом последњом вољом.

Из чињенице да се наследна права уговарају у корист трећег лица, не би требало извући погрешан закључак да се на тај начин једна уговорна страна прећутно одриче права наслеђивања или права на нужни део.¹⁵⁴⁴ При томе, случај када једно лице за живота преноси на друго лице одређена добра, а стицалац се обавезује да ће та добра, у тренутку смрти преносиоца, пренети на неко треће лице, не представља уговор о наслеђивању у корист трећег лица, већ правни посао *inter vivos*. Исто тако, уговором о наслеђивању не би могла да се врше искључиво негативна располагања, којима би трећим лицима били наметани само терети.¹⁵⁴⁵

У *common law*, извршење уговора о наслеђивању у корист трећег лица, осим уговорача, начелно може да тражи и трећи, али су уговорне стране овлашћене да то право ограниче или учине зависним од испуњења одређених услова.¹⁵⁴⁶ Треће лице које се уговором о наслеђивању именује за наследника мора да буде одређено или одредиво, али не мора да буде рођено у тренутку закључења уговора. Уговорне стране не могу да измене или одузму користи предвиђене уговором у корист трећег, ако је оставилац био свестан да се трећи ослонио на уговорно обећање или је од њега основано могло да се очекује да предвиди да ће се трећи ослонити на уговор и да се он заиста и ослонио.¹⁵⁴⁷

Ако лице које се обавезало свом сауговорачу да ће оставити одређене користи неком трећем лицу не би испунило своју обавезу, онда би накнаду штете имали право да траже како његов сауговорач, тако и треће лице (мада се у

¹⁵⁴³ В. Чл. 152. Закона о облигационим односима.

¹⁵⁴⁴ W. Kralik, 156.

¹⁵⁴⁵ W. Kralik, 158.

¹⁵⁴⁶ J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 104.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

енглеској теорији поставља питање оправданости давања оваквог права бенефицијару, обзиром да он није дао *consideration*).¹⁵⁴⁸ Уговорни оставилац може према трећем лицу и на његов захтев за извршењем уговора да истакне све приговоре које би могао да истакне и према другом уговарачу да је он истакао такав захтев, али и приговоре које би могао да истакне према трећем лицу када би он био уговорна страна у уговору о наслеђивању.¹⁵⁴⁹ Као што се види, правна природа уговора о наслеђивању у корист трећег лица је у *common law* другачија од правне природе ове врсте уговорног наслеђивања у европско-континенталним правима, што је последица чињенице да уговорно наслеђивање у енглеском праву заправо има облигационоправну природу.

6. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ И ПРАВА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА. СЛОБОДНА ЧЕТВРТИНА

У науци не постоји јединствен став у погледу одговора на питање да ли предмет уговора о наслеђивању улази у обрачунску вредност заоставштине и да ли из те вредности могу да се намире нужни наследници. Антић истиче да уговорно наслеђивање не само да има јачу правну снагу у односу на завештајно и законско наслеђивање, већ да уговору о наслеђивању „ни нужни наследни ред не може противречити“, односно да нужни наследници не могу да остварују своја права, чак и ако би уговором о наслеђивању њихово право на нужни део било потпуно или делимично повређено.¹⁵⁵⁰ Слично становиште заступа Кашћелан када каже да „оно што представља објекат уговора о наслеђивању не улази у састав заоставштине... а самим тим ни нужни наследници не могу бити намирени“, па закључује да би то у изузетним случајевима могло да има за последицу да ће лица, којима оставилац ништа није оставио, бити корисници социјалне помоћи, односно да ће бити „на терету државног буџета“.¹⁵⁵¹

У прилог наведене аргументације говори решење мађарског права. Обзиром на теретну правну природу уговора о наслеђивању у мађарском праву,

¹⁵⁴⁸ R. Kerridge (2009), 98.

¹⁵⁴⁹ J. G. Ross Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 104.

¹⁵⁵⁰ О. Антић (1986), 512, 513.

¹⁵⁵¹ Б. Кашћелан, 185, фн. 4.

односно, имајући у виду обавезу уговорног наследника да доживотно издржава оставиоца или да му плаћа доживотну ренту, све оно што је предмет овог уговора не улази у обрачунску вредност заоставштине, нити се у односу на објекат уговора може намирити вредност нужног дела нужних наследника. Другим речима, нужни наследник не може тужбом од уговорног наследника да захтева новчану противвредност нужног дела, нити може да тражи редукацију располагања учињених уговором, чак и ако је оставилац располагао целокупном заоставштином.¹⁵⁵² Заштита нужних наследника представља један од мотива забране уговора о наслеђивању у Шпанском грађанском законнику.¹⁵⁵³

Ипак, превагу је изгледа однело супротно гледиште, да се на уговорно наслеђивање примењују иста ограничења као и на завештајно наслеђивање. Оно је ограничено како принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, тако и правом нужних наследника на редукацију уговорних располагања или на новчану противвредност нужног дела, ако је уговором о наслеђивању прекомерно располагао заоставштином.¹⁵⁵⁴ Нужни наследници имају право да тужбом против уговорног наследника намире вредност свог нужног дела, односно да траже да им се вредност нужног дела намири у потпуности или да се допуни до вредности која им припада.¹⁵⁵⁵ Међутим, клаузуле у уговору за случај смрти којима је прекорачен расположиви део заоставштине и извршена повреда нужног дела нису апсолутно ништаве, већ рушљиве. Суд не води рачуна о повреди права на нужни део *ex officio*, па до умањења располагања учињених у корист уговорног наследника или исплате новчане противвредности нужног дела неће доћи, ако то тужбом не буду захтевали нужни наследници. Редукација оваквих располагања се има извршити у истој сразмери према свим оним лицима у чију корист је уговорни оставилац располагао и тако повредио право на нужни део нужних наследника.¹⁵⁵⁶

¹⁵⁵² Z. Csehi, 187.

¹⁵⁵³ I. H. Alonso, 101.

¹⁵⁵⁴ Lj. Kadić, 66.

¹⁵⁵⁵ Д. Матић, 1011-1012; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 96; Б. Б. Благојевић, 219; М. Бартош, 253; Н. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 566. Никетић тврди да би у случају да су супружници закључили уговор о наслеђивању на штету своје деце, изузетно од правила да то могу само уговорне стране, и деца имала право да траже раскид овог уговора. Г. Никетић, 419.

¹⁵⁵⁶ Члан 525. Швајцарског грађанског законика.

Нужни наследници имају предност у намирењу из заоставштине како у односу на завештајне, тако и у односу на уговорне наследнике.¹⁵⁵⁷ У том смислу, заштита права нужних наследника представља једну од значајних врлина уговорног наслеђивања.¹⁵⁵⁸ Дакле, закључењем уговора о наслеђивању, нужним наследницима не може да буде ускраћено право на нужни део, осим ако се они са тим не би сагласили,¹⁵⁵⁹ али би се онда радило о негативним уговорима о наслеђивању, који нису предмет анализе у овом раду.

Право на заштиту нужног дела и на редукцију прекомерног располагања заоставштином уговором за случај смрти или на новчану противвредност нужног дела, гарантовано је нужним наследницима у француском (чл. 913-914. Француског грађанског законика), аустријском (пар. 1254. Аустријског грађанског законика), немачком (пар. 2303. Немачког грађанског законика), швајцарском праву (чл. 481. Швајцарског грађанског законика), каталонском праву (чл. 387-391 Закона о наслеђивању за случај смрти – Закон 40/1991) и арагонском праву, у коме је колективни нужни део установљен само у корист потомака и износи половину вредности оставиочевих добара.¹⁵⁶⁰ У немачком праву, нужни део оставиочевог потомка, супружника и родитеља износи $\frac{1}{2}$ од висине наследног дела који би добили као законски наследници.¹⁵⁶¹ У француском праву, расположиви део заоставштине износи $\frac{1}{2}$ када оставилац иза себе остави само једно дете, $\frac{1}{3}$ када остави двоје деце, а $\frac{1}{4}$ ако иза себе остави троје или више деце.¹⁵⁶² Ако оставилац не би имао потомке, већ само супружника, од кога у тренутку смрти не би био разведен, његов расположиви део заоставштине би износио $\frac{3}{4}$.¹⁵⁶³ Оставилац који нема потомство и надживелог супружника, слободно може да располаже целом својом заоставштином, било правним пословима међу живима, било правним пословима за случај смрти.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁵⁷ Л. Марковић (1930), 315.

¹⁵⁵⁸ N. Stojanović (2003), 177.

¹⁵⁵⁹ Andrea Bonomi, Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011, 35.

¹⁵⁶⁰ M. Martínez, 117-118; Д. Мицковић, А. Ристов (2011), 72.

¹⁵⁶¹ Пар. 2303. Немачког грађанског законика.

¹⁵⁶² Чл. 913. ал. 1. Француског грађанског законика.

¹⁵⁶³ Чл. 914 - 1. Француског грађанског законика.

¹⁵⁶⁴ Чл. 916. Француског грађанског законика.

Према пар. 2079. Немачког грађанског законика, нужни наследници могу да траже поништење располагања, ако уговорни оставилац није ништа оставио нужном наследнику који је био жив у тренутку његове делације, или ако му је постојање нужног наследника било непознато када је сачињавао своје располагање, или се нужни наследник родио или му је припало право на нужни део тек након што је уговорни оставилац сачинио своје располагање. Поништење не би било могуће, ако би се могло закључити да би оставилац учинио идентично располагање и при познавању свих околности конкретног случаја.

Ако би у француском праву уговорни оставилац поклоном будућих ствари премашио расположиви део своје заоставштине, његови потомци би могли да захтевају поништење таквих поклона, независно од тога „да ли их је брачни друг добио преко посредника или симулацијом неког другог правног посла.“¹⁵⁶⁵ Ако би уговорни оставилац прекорачио вредност расположивог дела заоставштине, чинећи добротине правне послове, најпре би дошло до смањења располагања учињених завештањем и каснијим поклонима, па тек онда оних која су учињена поклоном будућих ствари између супружника.¹⁵⁶⁶ Изузетак од наведених правила постоји у случају користи које би један од супружника стекао на основу брачног уговора, јер се оне не сматрају поклонима. То значи и да таква добротина располагања не би била подложна редукацији због повреде права на нужни део нужних наследника, изузев, ако би оставилац имао децу којој надживели супружник није други родитељ.¹⁵⁶⁷

У аустријском праву, према пар. 1253. Аустријског грађанског законика, постоји још једно ограничење у погледу располагања заоставштином путем брачног уговора, односно, уговора о наслеђивању. То је институт *reiner Viertel*, којим се императивном одредбом налаже оставиоцу да уговором мора да остави нераспоређену бар $\frac{1}{4}$ своје заоставштине, не би ли њоме могао да располаже тестаментом. То је такозвана „слободна четвртина“. Ова $\frac{1}{4}$ мора да остане сасвим слободна, тј. не сме да буде оптерећена никаквим теретом, дугом, нити нужним

¹⁵⁶⁵ Чл. 1099. Француског грађанског законика. N. Stojanović (2003), 168-169. Стојановић у наведеном чланку у фусноти 28 на страници 169 наводи и случај из француске судске праксе у коме се истиче задатак суда да испита да ли је уговор о купопродаји између једног супружника и ванбрачне ћерке његове супруге заправо симуловани уговор о поклону који се чини преко посредника, односно у овом случају, његове супруге (Civ. Ire, 24. Janv.).

¹⁵⁶⁶ R. Savatier, 506; P. Julien, 109.

¹⁵⁶⁷ Чл. 1527. Француског грађанског законика; F. Ferran, 48.

делом неког од нужних наследника, што значи да може да се располаже највише са $\frac{3}{4}$ бруто вредности заоставштине.¹⁵⁶⁸

Слободна четвртина се израчунава тако што се од активе заоставштине одузме њена пасива (у коју се сврставају како дугови оставиоца у тренутку смрти, тако и дугови који настају услед оставиочеве смрти, нпр. трошкови сахране, али не и дугови који настану после оставиочеве смрти, као ни трошкови оставинског поступка, нити порез на наслеђе) и вредност нужног дела нужних наследника, али не и легати, па се тако добијени износ подели са четири.¹⁵⁶⁹ Терети које уговорни оставилац одреди уговорном наследнику, а који би превазилазили бруто вредност $\frac{3}{4}$ заоставштине, не би производили правна дејства у мери у којој би њихова вредност прекорачивала бруто вредност $\frac{3}{4}$ заоставштине.¹⁵⁷⁰ Према схватању у литератури, нужни део супружника је обухваћен заоставштином која се преноси уговором о наслеђивању, па не може да умањи слободну четвртину.¹⁵⁷¹

Завешталац може овом $\frac{1}{4}$ да располаже тестаментом како жели, али не буде ли њоме располагао завештањем, она ће припасти његовим законским, а не уговорним наследницима. Међутим, завешталац може тестаментом поново да именује за наследника свог супружника, кога је претходно одредио и за уговорног наследника на $\frac{3}{4}$ заоставштине.¹⁵⁷² Дакле, $\frac{1}{4}$ заоставштине свакако мора да буде остављена за завештајна располагања. Ако би уговорни оставилац ипак обухватио ову квоту уговором, у жељи да и тим делом располаже у корист супружника, располагање којим је она обухваћена уговором о наслеђивању ће бити третирано као завештање, те ће стога бити опозиво. Другим речима, чак и када би уговорни оставилац располагао целом заоставштином у корист уговорног наследника, уговор би производио правна дејства само до висине од $\frac{3}{4}$ оставиочеве заоставштине.¹⁵⁷³ Једини изузетак од наведених правила, када би уговорни оставилац могао уговором да располаже целом заоставштином у корист свог

¹⁵⁶⁸ W. Zankl, 65-66; W. Kralik, 158-159; H. Hausmaninger, 257. Изузетак од тог правила би постојао само у случају ако је вредност оставиочевих дугова толико велика да и наследник коме припада чиста четвртина мора из вредности те $\frac{1}{4}$ да их надокнади.

¹⁵⁶⁹ W. Kralik, 158.

¹⁵⁷⁰ W. Kralik, 160.

¹⁵⁷¹ W. Zankl, 66.

¹⁵⁷² W. Zankl, 66; A. Bonomi (2003), 44.

¹⁵⁷³ W. Zankl, 66; A. Bonomi (2003), 44.

супружника, постојао би онда када би дугови на заоставштини били једнаки њеној активи.¹⁵⁷⁴

Ипак, код овог института постоји један други проблем, који се састоји у томе што контрахенти, код уговора о наслеђивању, у тренутку његовог закључења, не могу поуздано да знају колико износе актива и пасива заоставштине, а самим тим и колика је вредност слободне четвртине, јер то може тачно да се утврди тек часом смрти уговорног оставиоца. Из тог разлога, ако би уговорне стране желеле да се међусобно чвршће „вежу“ уговором о наслеђивању, саветује се да оставилац располаже целом заоставштином у корист уговорног наследника, свесно пристајући на ризик да уговор у обиму располагања слободном четвртином остане неважећи.¹⁵⁷⁵

У литератури се објашњавају и разлози оваквог ограничења. Изгледа да је законодавац желео да спречи да један супружник, наговорен од стране оног другог или од стране трећих лица, или допуштајући да његове емоције према брачном другу надвладају разум, занемари своје правне и моралне обавезе према најближим сродницима.¹⁵⁷⁶ Дакле, *ratio legis* „слободне четвртине“ је очување слободе тестирања уговорног оставиоца, али и „очување легитимних наследноправних очекивања његових најближих сродника“.¹⁵⁷⁷

¹⁵⁷⁴ W. Kralik, 159.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ A. Rušnov, 640.

¹⁵⁷⁷ W. Zankl, 65; W. Kralik, 158.

IX ПРЕСТАНАК УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

1. УВОД

Начелно говорећи, уговор о наслеђивању може да престане раскидом и поништењем. У швајцарском праву се општа правила облигационог права која се односе на престанак уговора, а која су регулисана чланом 7. Швајцарског грађанског законика, примењују и на уговор о наслеђивању.¹⁵⁷⁸ Слично правило је постојало у предратном српском праву, јер је овај уговор могао да престане или споразумним раскидом, на основу новоизражене сагласности воља уговорних страна, или из општих законом предвиђених разлога за раскид било ког уговора.¹⁵⁷⁹

Међутим, оваква решења нису општеприхваћена у упоредном праву. Специфична правна природа уговорног наслеђивања, посебно када је реч о теретним уговорима, узроковала је многа одступања од општих правила о раскиду облигационоправних уговора. Из тог разлога се у многим правним порецима (нпр. у швајцарском, немачком или француском) не говори о једностраном раскиду, већ о једностраном „одустанку“ или „опозиву“ уговорног наслеђивања. То је, са једне стране, последица разликовања једностраних и двостраних одредаба у уговору о наслеђивању, а са друге стране, консеквенца неких схватања да уговор о наслеђивању може да буде само добротин правни посао, што подразумева да се евентуална обавеза уговорног наследника да уговорном оставиоцу извршава престације *inter vivos*, сматра засебним правним послом у односу на уговор за случај смрти. Зато и не чуди коришћење термина као што су „одустанак“ или „опозивање“ (*rücktritt, la révocation*), јер се под њима подразумева престанак уговорног наслеђивања на основу једнострано изражене воље уговорног оставиоца, који јесте по свом смислу ближи раскиду, али у строгом смислу не може да се подведе под стандардне појмове раскида и поништаја уговора који су иманентни облигационоправним уговорима.

¹⁵⁷⁸ J. Gauthier (2006), 360.

¹⁵⁷⁹ Пар. 783 СГЗ: „Који би с уговором на случај смрти незадовољан био, онај мора, ако довољно узрока има, онако на уништење његово поступати, као и код других уговора.“ Ж. М. Перић (1923), 61.

Еклатантан пример за то предстаља разликовање тренутка до кога је могуће конзумирати право на раскид облигационоправних и наследноправних уговора. Једна уговорна страна може да се користи правом на раскид облигационоправног уговора само за живота другог уговарача. У погледу тренутка до кога је могуће раскинути уговор о наслеђивању, већинско мишљење у науци је да је и тај тренутак омеђен смрћу једне од уговорних страна.

Међутим, постоје и другачија гледишта, те Гандши Шмитова прави фину дистинкцију у зависности од тога која је уговорна страна надживела ону другу. По њеном мишљењу, нема сумње да тренутком смрти уговорног оставиоца уговор о наслеђивању почиње да производи правна дејства и да га више није могуће ни модификовати ни раскинути.¹⁵⁸⁰ Међутим, ако би најпре умро оставиочев сауговарач, она прави разлику да ли је то лице уговорни наследник, или лице које је дало обећање да прихвата уговорно располагање оставиоца *mortis causa* у корист неког трећег лица. Ако би сауговарач уједно био уговорни наследник, уговор би, по чл. 515. ал. 1. Швајцарског грађанског законика, његовом смрћу престао да производи правна дејства по сили закона, осим ако странке не би уговором предвиделе нешто друго у том случају, нпр. вулгарну супституцију.¹⁵⁸¹ Ако би била предвиђена супституција, постоји гледиште по коме би у погледу супститута наступила персонална суброгација, тј. да би он ступио у права института који је био одређен за уговорног наследника и, у складу са чл. 513. ал. 1. Швајцарског грађанског законика, био овлашћен да у мери у којој је то могао институт, тражи раскид уговора о наслеђивању.¹⁵⁸²

Гандши Шмитова је мишљења да би и уговори о наслеђивању којима се одједном уређује судбина неколико заоставштина (нпр. супружници закључе реципрочни уговор о наслеђивању, али остављају извесна права и својој деци) могли да буду раскидани након смрти уговорног оставиоца на основу заједничке сагласности, али и споразума свих уговорних страна и бенефицијара о начину на који ће се распоредити заоставштина.¹⁵⁸³ Слично томе, параграфом 2297. Немачког грађанског законика, уговорном оставиоцу је остављена могућност да, у

¹⁵⁸⁰ J. Ghandchi Schmid, 102.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² *Ibid.*

¹⁵⁸³ J. Ghandchi Schmid, 103.

форми завештања, одустане од уговора о наслеђивању и после смрти другог контрахента.

Са друге стране, уговор о наслеђивању може да се поништи из свих општих разлога из којих је могуће поништити сваки уговор, у ком смислу је разлика између поништења наследноправних и облигационоправних уговора много мања од разлике између раскида, тј. одустанка од ове две врсте уговора.¹⁵⁸⁴ Апсолутно ништави су симуловани уговори за случај смрти, затим они чији су предмет или кауза супротни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, али су се у судској пракси и науци искристалисали и многобројни примери ништавости појединих одредаба у уговору о наслеђивању. Уговор ће бити поништен и у ситуацијама грубе повреде правила о потребној способности за закључење уговора, ако нису испуњени формални услови који се траже за његову пуноважност, или ако је на страни неког од уговарача постојала нека од мана воље.¹⁵⁸⁵ О пуноважности уговорног наслеђивања посебно треба водити рачуна када до њега долази посредством брачних уговора. Како се правне последице закључења брачног уговора по правилу рефлектују и на децу супружника (иако деца нису уговорне стране), то „друштво мора сачувати суштину брака и обезбедити одговарајућу заштиту деце од неразумних располагања њихових родитеља.“¹⁵⁸⁶

У складу са предметом и циљем истраживања, у овом поглављу ће бити речи само о специфичностима престанка уговорног наслеђивања, без дубље анализе општих правила о раскиду и поништењу уговора.

2. СПОРАЗУМНИ РАСКИД УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Уговорне стране не могу једнострано, једна без сагласности друге, да мењају нити да опозивају уговор о наслеђивању. Док је тестамент као једнострани правни посао увек могуће једнострано изменити или опозвати, „уговор о наслеђивању везује дефинитивно и може бити измењен само са пристанком друге

¹⁵⁸⁴ Параграф 783. Српског грађанског законика: „Који би с уговором на случај смрти незадовољан био, онај мора, ако довољно узрока има, онако на уништење његово поступати, као и код других уговора“. Л. Марковић (1930), 315; Л. Урошевић, 584 нап. 1.

¹⁵⁸⁵ Р. Н. Steinauer (2006), 370.

¹⁵⁸⁶ Н. Тешић, 296.

стране“, чак и ако је закључен у корист трећег лица, јер се сагласност трећег за раскид не тражи.¹⁵⁸⁷ Како споразумни раскид заправо представља нови уговор, којим се сагласношћу воља истих уговорних страна ставља ван снаге њихов претходно закључени уговор о наслеђивању, то је и за закључење новог контракта потребно испунити све опште услове који се траже за настанак било ког уговора за случај смрти.

Споразумни раскид уговора је предвиђен параграфом 2290 Немачког грађанског законика. Лица која су закључила уговор о наслеђивању могу пре смрти било кога од њих да одустану од контракта, сагласношћу воља, израженом у новом уговору, који мора да буде закључен у форми јавнобележнички обрађене исправе, као и иницијални уговор који раскидају. Одустанак од уговора није могућ након смрти било које од уговорних страна. У португалском праву, именовање наследника или испорукопримца, посредством брачног уговора који је закључен између будућих супружника, може споразумно да буде опозвано (раскинуто) само до тренутка закључења брака. Али, споразумним раскидом увек може да престане правно дејство брачног уговора, којим је треће лице именovalo за наследника једног од супружника. Ако је треће лице одређено за наследника од стране једног од супружника, располагање може да буде опозвано како сагласношћу воља уговорних страна, тако и једнострано, под условом да се треће лице сагласило са располагањем у брачном уговору и да је лице које га је именovalo за наследника задржало за себе право на опозив.¹⁵⁸⁸ У француском праву би споразумни раскид уговора био могућ само у случају измене брачноимовинског режима и то на начин који је предвиђен чланом 1397. Француског грађанског законика.¹⁵⁸⁹

Странке морају лично да раскину овај уговор, али уговорном оставиоцу није потребна сагласност законског заступника ако је ограничено пословно способан. Уговорном наследнику који није истовремено и уговорни оставилац у реципрочном уговору о наслеђивању и који је ограничено пословно способан, потребна је сагласност његовог законског заступника и старатељског суда за за

¹⁵⁸⁷ Пар. 781 и 782. Српског грађанског законика; М. Константиновић (1982), 469; Л. Марковић (1921), 319; А. Ђорђевић (1903), 64; Д. М. Пешуновић, 15; Д. Аранђеловић, М. Беговић, 95; Ж. М. Перић (1923), 61.

¹⁵⁸⁸ Ferreira Pinto, Portugal, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002, 417.

¹⁵⁸⁹ F. Terré, Y. Lequette, 446.

раскид уговора. Ако су уговорне стране вереници или супружници, за пуноважност споразумног раскида није потребна сагласност старатељског суда.¹⁵⁹⁰ Споразумним раскидом уговора о наслеђивању или коришћењем права на једнострани раскид, осим ако нешто друго не би било уговорено, престаје важност и једностраних располагања у уговору о наслеђивању. У свему осталом, за једнострана располагања важе правила параграфа 2085. Немачког грађанског законика.¹⁵⁹¹

Под имплицитно или прећутно опозивање уговора о наслеђивању, подводи се случај када иста лица закључе нови уговор о наслеђивању, различите садржине, у односу на уговор за случај смрти који су претходно закључили.¹⁵⁹² Тако је у каталонском праву уговор о наслеђивању начелно неопозив, јер се закључује као саставни део брачноимовинског режима, али може да буде измењен (опозван) сачињавањем новог уговора о наслеђивању.¹⁵⁹³

Међутим, иако је уговор о наслеђивању строго формални правни посао, став по коме је за његов споразумни раскид потребан паралелизам форми, није једногласно прихваћен у правној књижевности. Могло би да се аргументује, по узору на облигационоправне уговоре, да су настанак и престанак уговора два акта са различитим правним последицама, што за консеквенцу има и то да се различити интереси уговарача, у различитој мери, штите у једном или у другом случају, те да у зависности од сврхе форме потребне за закључење уговора, треба оценити да ли је за његов споразумни раскид потребна идентична форма као и за његов настанак, или до њега може да дође и неформално.¹⁵⁹⁴ Међутим, у одсуству изричитог решења у Српском грађанском законнику, у нашој предратној науци је ипак било присутно гледиште да „форма одустанка од уговора о наслеђу на случај смрти“ треба да прати исту форму која је потребна за закључење уговора.¹⁵⁹⁵ Став о потреби паралелизма форми за настанак и споразумни престанак уговора о наслеђивању постоји и у аустријском праву, па Кралик (*Kralik*) истиче да „уговор о наслеђивању нарочито не може да буде опозван на основу неформалне

¹⁵⁹⁰ Пар. 2290. ал. 2 и 3. НГЗ. L. Michalski, 100-101; W. Zimmermann, 135; K. H. Gursky, 53.

¹⁵⁹¹ L. Michalski, 105.

¹⁵⁹² L. Michalski, 100; P. Piotet, 58; P. H. Steinauer (2006), 362; J. Марковић (1930), 316.

¹⁵⁹³ A. Vaquer-Aloy, 326.

¹⁵⁹⁴ S. Perović (1964), 109.

¹⁵⁹⁵ Д. М. Пешуновић, 15; Д. Миљковић, 26.

сагласности друге уговорне стране са изјавом последње воље лица које врши располагање.¹⁵⁹⁶ Док према општим правилима швајцарског уговорног права, за споразумни раскид или једностранни опозив уговора није потребно испунити никакву посебну форму, уговор о наслеђивању може споразумно да се раскине само у писаној форми праћеној потписима уговарача, а једнострано да се опозове у било којој форми завештања.¹⁵⁹⁷ Паралелизам форми је потребан и у случају споразумног одустанка од само једног дела уговора или модификовања дела његове садржине.¹⁵⁹⁸ Међутим, у случају опозивања опозива, односно опозивања уговора о наслеђивању којим је опозван првобитно закључени уговор, а којим уговорне странке враћају правно дејство првоопозваним одредбама, потребно је закључити уговор о наслеђивању у редовној форми, односно у форми потребној за сачињавање јавног тестаментa.¹⁵⁹⁹

На основу параграфа 2292. Немачког грађанског законика, раскид уговора о наслеђивању чије су уговорне стране супружници или партнери из регистроване заједнице, могућ је и њиховим доцнијим заједничким завештањем, чак и ако би два лица најпре закључила уговор о наслеђивању, а потом ступила у брак. Да би уговор поново производио правна дејства, није довољно да заједнички тестамент буде једнострано опозван, већ је неопходно да супружници или партнери из регистроване заједнице сагласном изјавом воља опозову заједничко завештање.¹⁶⁰⁰ Уговор о наслеђивању може да буде измењен или опозван заједничким тестаментом и у аустријском праву, али само под условом ако је завештање сачињено у форми јавнобележнички обрађеног записа.¹⁶⁰¹ Оваква могућност је превиђена и чланом 85.2. Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти шпанске покрајине Арагон, а исто становиште је у предратном српском праву заступао Пешуновић.¹⁶⁰²

Слично правило се у немачком праву примењује на раскид уговорног располагања којим су одређени налози и легати. Уговорно одређени легати и

¹⁵⁹⁶ BayObLG/Баварски виши покрајински суд / 28.10.1974 BayObLGZ 1974, 401, OLG Hamm 27.2.1974 OLGZ 1974, 378 = DnotZ 1974, 628 = NJW 1974, 1977 = FamRZ 1974, 389 = JuS 1974, 737, наведено према: W. Kralik, 164.

¹⁵⁹⁷ Члан 513. Швајцарског грађанског законика; J. Gauthier (2006), 360; P. Piotet, 58.

¹⁵⁹⁸ J. Ghandchi Schmid, 102.

¹⁵⁹⁹ P. Piotet, 58; P. H. Steinauer (2006), 362.

¹⁶⁰⁰ Аналогија из пар. 2257. и 2258. Немачког грађанског законика. L. Michalski, 101.

¹⁶⁰¹ W. Kralik, 164.

¹⁶⁰² M. Martínez, 121; Д. М. Пешуновић, 15.

налози могу да буду опозвани од стране уговорног оставиоца и тестаментом, али је за пуноважност таквог опозива потребно да на њега претходну или накнадну сагласност, у форми јавнобележничког записа, да и друга уговорна страна (што не мора бити уговорни наследник). Једном дата, сагласност је неопозива.¹⁶⁰³ Ипак, и поред тога, уговор о наслеђивању би могао поново да произведе правна дејства, ако би уговарач који је дао сагласност на тестамент, дао нову сагласност за опозив завештања.¹⁶⁰⁴

Почевши од 1.8.2002. године, по узору на завештање, у немачком праву и уговор о наслеђивању који садржи само располагања за случај смрти, може да буде опозван тако што би уговорне стране лично и заједнички повукле оригиналну исправу на којој је сачињен из службеног или нотарског депозита. Службено лице је дужно да уговараче обавести о правним последицама повлачења уговора из депозита и да констатује на документу да их је на то упозорило, као и датум и место повлачења уговора.¹⁶⁰⁵ Оригинална исправа на којој је сачињен уговор о наслеђивању мора да буде враћена уговарачима, а уговорни оставилац је обавезан да је прими лично, без могућности да буде заступан.¹⁶⁰⁶ Правна дејства повлачења исправе се састоје у томе да се све једностране и двостране одредбе у уговору о наслеђивању сматрају опозваним.¹⁶⁰⁷ Право на враћање уговора се гаси смрћу једне уговорне стране. Ако би уговор о наслеђивању поред наредби за случај смрти садржао и неко располагање међу живима, нпр. давање пуномоћја, онда би упркос повлачењу исправе из службеног или нотарског депозита, уговор и даље остао на снази.¹⁶⁰⁸

3. ЈЕДНОСТРАНИ ОДУСТАНАК ОД УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

3.1. Општа правила

Начелно говорећи, уговор о наслеђивању не може да се раскине једностраном изјавом воље, што је последица чињенице да је реч о двостраном

¹⁶⁰³ Пар. 2291. Немачког грађанског законика.

¹⁶⁰⁴ L. Michalski, 101.

¹⁶⁰⁵ Пар. 2256. и пар. 2300. Немачког грађанског законика.

¹⁶⁰⁶ К. Н. Gursky, 53.

¹⁶⁰⁷ Пар. 2256. ал.1, пар. 2290 ал. 2. и пар. 2300. ал. 2. Немачког грађанског законика. К. Н. Gursky, 53.

¹⁶⁰⁸ К. Н. Gursky, 53.

правном послу. То важи како за уговорног оставиоца, који би евентуално желео да искористи ово право да би могао да располаже заоставштином на другачији начин, тако и за уговорног наследника, који може да да негативну наследну изјаву после оставиочеве смрти, али не може за оставиочевог живота да одустане од уговора без његове сагласности.¹⁶⁰⁹ Ипак, од овог правила постоје и неки значајни изузеци, пре свега у немачком и швајцарском, али и у француском праву, али је за све ове правне системе значајно то што се у њима не говори о „једностраном раскиду“, већ о „једностраном одустанку“ или о „једностраном опозивању“ уговора. Разлог томе треба тражити у неколико околности.

Прво, уговор о наслеђивању није облигационоправни уговор, па га у неким правима није могуће раскинути ни ако нпр. уговорни наследник не би испуњавао стипулисане обавезе према уговорном оставиоцу. Друго, у немачком и у швајцарском праву се прави разлика између једностраних и двостраних одредаба у уговору о наслеђивању, што је важно јер једностране одредбе имају правну природу завештања, па се од њих једноставно може одустати једностраном изјавом воље. Слично правило, само засновано на другачијој правној логици и другачијој правној природи уговорног наслеђивања, постоји у француском праву и правима која су се развијала под његовим утицајем. Ту уговорно одређење наследника увек може да се опозове под истим условима под којима је могуће опозвати поклон, док је уговорно именовање наследника путем поклона будућих ствари опозиво у сваком тренутку, чак и без потребе да уговорни оставилац (поклонопримац) образложи разлоге свог одустанка од уговора. Најзад, разлози из којих се може опозвати уговорно наслеђивање само делимично одговарају основима из којих је могуће једнострано раскинути облигационоправне уговоре, а и када таква подударност постоји, поступак опозива уговора о наслеђивању би могао да се упореди само са једностраним вансудским раскидом облигационоправних уговора, који опет, не познају сва права.

Независно од разлога за једнострани раскид, односно опозивање (одустанак) уговора о наслеђивању од стране уговорног оставиоца (то може да буде један од три случаја: ако је он уговором за себе задржао право на опозив, ако

¹⁶⁰⁹ Пар. 781 Српског грађанског законика: „Уговор на случај смрти сматра се као и тестаменат, само што по својој вољи без воље друге стране не може се од њега одустати“. Ж. М. Перић (1923), 61; Б. Б. Благојевић, 218; С. Сворцан (2000), 219.

је уговорни наследник својим понашањем остварио услов да буде искључен из права на нужни део и ако није извршавао преузете обавезе према уговорном оставиоцу), да би оваква изјава воље произвела правно дејство, потребно је да се према пар. 2296. ал. 2. Немачког грађанског законика, испуне два услова. Први је да о томе буде упућено обавештење другој уговорној страни док је жива, а други, да таква изјава буде учињена лично и у форми нотарски обрађеног записа, при чему се уговарачу доставља изворник или његов препис, а не копија или дупликат. Иако то није обавезно, препоручљиво је, зарад лакшег доказивања, навести и разлог одустанка. У обиму у коме је овлашћен да опозове уговор о наслеђивању, уговорни оставилац је овлашћен да то учини и у форми завештања и након смрти друге уговорне стране, уз нужне модификације, када је реч о одустанку, због неиспуњења уговорених престација међу живима од стране уговорног наследника, или његовог понашања које представља разлог за разбаштињење.¹⁶¹⁰ Потребно је да разлог одустанка постоји у тренутку сачињавања завештања и неопходно је да буде наведен у самом завештању.

Најзад, обзиром да је реч о личном праву, „смрћу оставиоца губи се право на одустанак.“¹⁶¹¹ У нашој предратној судској пракси се такође искристалисао став да је право на раскид уговора строго лично право уговорних страна, којим нису могли да се користе њихови наследници: „прописом пар. 783. Грађ. Зак., како се из самог текста његовог види, може се послужити само један од уговарача, муж или жена, а никако наследник раније умрлог супруга, јер је право за нападање тог уговора, односно на опозивање поклона учињеног тим уговором, који се, како пар. 781. Грађ. Зак. каже "сматра као и тестаменат", искључно везано за личност дотичног супруга, дародавца и не може се од стране другог лица ни вршити.“¹⁶¹²

Међутим, када располагања имају уговорно, не значи да имају и узајамно дејство, у смислу да их један уговарач не би учинио ако их не би учинио и онај други.¹⁶¹³ Ипак, ако би се радило о узајамном уговору о наслеђивању, одустанком од уговора једне уговорне стране, аутоматски би престала да производе правна

¹⁶¹⁰ Пар. 2297. Немачког грађанског законика; W. Zimmermann, 133.

¹⁶¹¹ L. Michalski, 105.

¹⁶¹² Одлука Апелационог суда бр. 2668 од 26.3.1898. године на примедбе III одељења Касационог суда бр. 2075 од 9.3.1898. године, *Бранич 7/1898*, 242-243.

¹⁶¹³ W. Zimmermann, 122.

дејства располагања које је учинила друга уговорна страна, односно, дошло би до опозивања уговора у целини.¹⁶¹⁴

Последице раскида, тј. једностраног одустанка од уговора о наслеђивању у Арагону се састоје у враћању добара уговорном оставиоцу и отпадању каузе евентуалних обавеза уговорног наследника које би имао према уговорном оставиоцу (чл 87-88 Закона 1/1999 о наслеђивању за случај смрти).¹⁶¹⁵

3.2. Могућност опозивања гарантована законом

Поводом могућности једностраног опозивања уговора о наслеђивању од стране уговорног оставиоца, у немачком праву треба разликовати уговорна располагања од једностраних располагања. У уговору о наслеђивању, уз макар једно пуноважно уговорно располагање (које му даје карактер уговора), може да буде одређено и једнострано располагање за случај смрти, које би могло да чини и садржину завештања. Значај њиховог разликовања се састоји у томе што је уговорним располагањима оставилац везан и не може да их опозове једностраном изјавом воље, док једностраним располагањима није везан и увек може слободно да их опозове, као да је реч о завештању.¹⁶¹⁶

Својство уговорног располагања, у уговору о наслеђивању, могу да имају само именоване наследника, одређивање легатара или постављање налога, док сва остала располагања и наредбе по слову Немачког грађанског законика морају да имају правну природу једностраних располагања.¹⁶¹⁷ Именоване наследника, одређивање испорукопримца или постављање налога *може* (подвукао М. С.) да има карактер уговорног располагања, јер су уговорне стране слободне да одлуче и другачије, али ако нису изричито определиле правну природу оваквог располагања, она ће бити утврђена тумачењем уговора о наслеђивању.¹⁶¹⁸ У немачкој науци и судској пракси су дефинисани критеријуми на основу којих може да се процени да ли су именоване наследника, одређење легата и налога уговорно одређени или нису. Прво, узеће се да ове одредбе имају уговорни

¹⁶¹⁴ Пар. 2298. ал. 1. Немачког грађанског законика.

¹⁶¹⁵ М. Martínez, 121.

¹⁶¹⁶ Пар. 2299 Немачког грађанског законика; М. Reimann, J. Zekoll, 285.

¹⁶¹⁷ Пар. 2278 ал. 2. и пар. 2299. ал. 1. Немачког грађанског законика; S. Edenfeld, 242.

¹⁶¹⁸ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 135.

карактер када год је то изричито одређено у уговору, а у супротном, анализом интересних позиција уговорних страна, биће утврђено да ли су желеле да задрже слободу опозивања.¹⁶¹⁹ Друго, истиче се да би правне послове преноса заоставштине на сауговарача начелно требало третирати као да су стране желеле да им дају уговорну правну природу.¹⁶²⁰ Даље, ако су контрахенти располагали у корист трећег лица, одредба ће имати уговорну природу „ако једна уговорна страна има интерес у том обавезивању друге стране.“¹⁶²¹ У пракси је примећено да у уговорима који закључују супружници који немају деце и који једно друго одређују за искључиве наследнике, а рођаке неког од њих за наследнике надживелог супружника, „сваки супружник по правилу има природни интерес да зна да је осигурао преношење заоставштине на своје рођаке.“¹⁶²² Из тог разлога би, у одсуству другачијег разлога за тумачење, требало узети да располагања у корист сопствених рођака имају једнострану, а она која су сачињена у корист другог супружника и његових рођака, уговорну природу.¹⁶²³ Ипак, ако у конкретном случају ниједан од критеријума не би могао да се примени, у случају сумње узеће се да располагања имају уговорни карактер.¹⁶²⁴

На једнострана располагања у уговору о наслеђивању (нпр. постављање извршиоца тестаментa, искључење или лишење једног лица из права на нужни део) се у свему примењују правила која важе за завештање, па како немају уговорно обавезујуће дејство, за њихов раскид важе правила о опозивању тестаментa. Међутим, оваква располагања могу да престану да производе правна дејства и на основу уговора којим би контрахенти одустали од уговорних располагања у уговору о наслеђивању. Ако би уговорни оставилац искористио своје право на једнострану опозив уговора, онда за случај да није намеравао другачије, ни његова једнострана располагања у уговору неће производити правна дејства.¹⁶²⁵

Слично решење постоји у швајцарском праву, где су неке одредбе уговора о наслеђивању једностране и увек опозиве од стране уговорног оставиоца по

¹⁶¹⁹ W. Zimmermann, 125.

¹⁶²⁰ BGH NJW 1989, 2885; BGH NJW-RR 2003, 293, наведено према: W. Zimmermann, 125.

¹⁶²¹ BayObLG FamRZ 1997, 911/2; FamRz 1999, 1236, наведено према: *Ibid.*

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ *Ibid.*

¹⁶²⁴ P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 135.

¹⁶²⁵ Пар. 2299. Немачког грађанског законика; S. Edenfeld, 48.

одредбама самог закона, које имају императивни карактер. За разлику од билатералних (двостраних), једностране одредбе уговора о наслеђивању суштински представљају завештајне одредбе, па су подвргнуте правилима завештајног права. Реч је о постављању извршиоца завештања, оснивању фондације, искључењу из права на нужни део и опозивању свог ранијег располагања.¹⁶²⁶ Са друге стране, билатералне (двостране) одредбе у уговору о наслеђивању се односе на именовање наследника или легатара, одређивање супституције или налога, постављање правила о деоби заоставштине, о реалној или идеалној колацији и на наредбе о редоследу редукције добротиних располагања.¹⁶²⁷ Конверзија двостраних одредаба у уговору о наслеђивању у једностране, у швајцарском праву није могућа.¹⁶²⁸

У швајцарској правној књижевности се истиче да би једнострано опозиве одредбе, којима се ставља ван снаге цео уговор или један његов део, требало у самом уговору изричито одредити као такве, а по могућности их и издвојити у посебан део уговора.¹⁶²⁹ Ипак, у одсуству изричитог одређења појединих клаузула уговора о наслеђивању као једностраних, тумачењем уговора би се дао одговор на питање да ли су оне једнострано опозиве или нису.¹⁶³⁰ У делу швајцарске правне науке и према пракси Федералног суда, постоји претпоставка да одредбе у уговору о наслеђивању нису једностране (једнострано опозиве), односно да су двостране и да имају обавезујућу снагу за странке, јер се полази од тога да их странке нису случајно учиниле саставним делом свог уговора. Ово гледиште се у другом делу швајцарске доктрине критикује, јер се сматра да је оно супротно циљу и смислу уговора о наслеђивању. Аргументује се да је обавезујућа снага одредаба у наследном праву неуобичајена и изузетна (а изузетке треба тумачити уско), па Гандши Шмитова закључује да ово питање треба решити истражујући и тумачећи интересе уговорних страна који су их определили да закључе уговор о наслеђивању.¹⁶³¹

¹⁶²⁶ P. Piobet, 51; J. Ghandchi Schmid, 100.

¹⁶²⁷ P. Piobet, 51.

¹⁶²⁸ P. H. Steinauer (2006), 380.

¹⁶²⁹ J. Ghandchi Schmid, 101.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ J. Ghandchi Schmid, 101-102.

3.3. Једнострани раскид уговора на основу придржаја права на одустанак

Параграфом 2293. Немачког грађанског законика је предвиђено да уговорни оставилац може једностраном изјавом воље да раскине уговор о наслеђивању, ако је то право резервисао за себе самим уговором. Међутим, такозвани „придржај права на одустанак“ би требало пажљиво разликовати од „придржаја права на измене“. Задржавањем права на измене могуће је једнострано сачињавање другачијих располагања за случај смрти, те се у обиму у коме је задржано право на измене, од самог почетка спречава обавезујуће дејство уговора о наслеђивању.¹⁶³²

Са друге стране, придржај права на одустанак не утиче на обавезност уговора све док одустанак не буде био изјављен у складу са неопходном формом.¹⁶³³ То је строго лично право уговарача које се не преноси на наследнике. Оно може да се односи само на поједина, а не на сва располагања у уговору, јер ако би уговорни оставилац имао право да једностраном изјавом воље измени или опозове сва уговорна располагања, онда тај правни посао не би представљао уговор о наслеђивању, већ тестамент.¹⁶³⁴ Ако би уговорни оставилац искористио уговором резервисано право на одустанак у двостраном уговору, онда би то довело до опозивања уговора у целини, осим ако уговорници не би уговорили нешто друго. Код узајамних уговора о наслеђивању, уговорни оставилац, који је уговором за себе резервисао право на одустанак, има право на опозив до тренутка смрти свог сауговарача. Истина, он би и након смрти свог сауговарача могао тестаментом да опозове своје располагање, али само ако би се одрекао користи које му припадају на основу уговора.¹⁶³⁵ Није потребно да се преживели уговарач одрекне и једностраних располагања, већ само уговорних, а ако није било уговорних располагања, онда одрицање није могуће.¹⁶³⁶ Наравно, све ово важи само у случају да уговорници нису предвидели нешто друго.¹⁶³⁷

¹⁶³² L. Michalski, 102.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ W. Zimmermann, 131; L. Michalski, 94.

¹⁶³⁵ Пар. 2298. ал. 2. Немачког грађанског законика.

¹⁶³⁶ L. Michalski, 103.

¹⁶³⁷ Пар. 2298. ал. 3. Немачког грађанског законика.

Придржај права на одустанак је могуће уговорити и прећутно или под условом или роком и понекада га је тешко разлучити од уговора о наслеђивању који се закључује под раскидним условом (нпр. код клаузуле поновног венчања). У случајевима неиспуњења или неуредног испуњења обавеза уговорног наследника, услов да би уговорни оставилац могао да искористи придржано право на одустанак, може да буде његова обавеза да претходно достави опомену наследнику да престане са повредом својих контрактуалних обавеза.¹⁶³⁸

Једнострани раскид уговора о наслеђивању од стране уговорног оставиоца могућ је и у правима Арагона и Галиције, ако је та могућност изричито предвиђена уговором и ако он своје право на раскид реализује у форми јавне исправе.¹⁶³⁹

Схватање да је и у предратном српском праву уговорни оставилац у самом уговору могао за себе да задржи право на једнострани раскид уговора о наслеђивању, заступали су Пешуновић и Благојевић.¹⁶⁴⁰ Матић и Миљковић нису негирали такву могућност, али су сматрали да би придржавањем права на раскид од стране само једног уговарача уговор о наслеђивању био конвертован у завештање, док би последица резервисања тог права од стране оба контрахента, довела до конверзије уговора за случај смрти у заједнички тестамент.¹⁶⁴¹ Полазећи од двоструке правне природе уговора о наслеђивању, Аранђеловић је сматрао да се његов уговорни елемент, којим се оставилац обавезивао да неће опозвати уговор, могао ставити ван снаге само новим уговором (који је могао да буде и неформалан) између њега и наследника, те да је тек након тога уговорни оставилац дефинитивно стицао право да у једној од прописаних форми опозове уговор, односно тестаменталну компоненту уговора којом је именовано одређено лице за наследника.¹⁶⁴² Аранђеловићев став се суштински не разликује од гледишта других аутора, изузев што је по његовом мишљењу било потребно закључити и један додатни споразум између уговорног оставиоца и уговорног наследника, који је нпр. у немачком праву инкорпорисан већ у иницијалном уговору о наслеђивању.

¹⁶³⁸ L. Michalski, 102.

¹⁶³⁹ M. Martínez, 121, 123.

¹⁶⁴⁰ Д. М. Пешуновић, 15; Б. Б. Благојевић, 218.

¹⁶⁴¹ Д. Матић, 1003-1004; Д. Миљковић, 25.

¹⁶⁴² Д. Аранђеловић, М. Беговић, 97.

Наша предратна судска пракса је потврдила изнешене ставове. У спору који је настао у вези са уговором о смеси и наслеђу који су М. и Б. закључили 16.11.1929. године, пресудом Окружног суда у Крагујевцу, По. 25/37 од 28.1.1937. и пресудом II грађанског већа Касационог суда Рев. Бр. 2027/38 од 18.2.1939. године која је потом уследила, признато је да „кад је код уговора о заједници и наслеђу једна страна задржала право да може једнострано раскинути уговор, она то не мора тражити преко суда, већ може учинити и у тестаменту.“¹⁶⁴³ Дакле, свака уговорна страна је имала право да уговором о наслеђивању за себе задржи право да једнострано одустане од уговора. Правна дејства раскида су наступала одмах након што би такву изјаву воље учинила уговорна страна којој је то право било гарантовано, било неким правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, док је евентуална судска одлука у спору који би настао тим поводом имала само декларативни карактер.¹⁶⁴⁴ Придржавање права на једнострану опозив уговора о наслеђивању у самом уговору, било је могуће и у међуратном војвођанском праву.¹⁶⁴⁵

Чињеница да је уговор о наслеђивању, који се закључује као саставни део брачног уговора у француском праву начелно неопозив, понекада обесхрабрује не само будуће супружнике да једно друго на овај начин одреде за наследнике, већ и notare да им саветују овакво располагање, јер знају да би у случају развода такво именовање наследника остало неопозиво.¹⁶⁴⁶ Зато су нотари почели да уводе у брачне уговоре „клаузуле о опозивости уговорног наслеђивања“ (*clauses de révocabilité*), на основу којих оставилац задржава право да располаже објектом уговора о наслеђивању.¹⁶⁴⁷ Иако је по мишљењу старијих аутора пуноважност оваквих одредаба спорна, јер је у супротности са главним циљем брачних уговора, „да се новозаснованој породици обезбеди имовина“, а што је немогуће без

¹⁶⁴³ Т. М. Ивановић, 172. Како превентивни уговор о наслеђивању има за циљ да се његовим сачињавањем отклоне правила законског наслеђивања, њега је у каталонском праву могуће једнострано опозвати и сачињавањем нотарског тестаментa. S. Navas Navarro, 123.

¹⁶⁴⁴ Т. М. Ивановић, 172-173.

¹⁶⁴⁵ Н. Стојановић (2008), 72.

¹⁶⁴⁶ F. Ferran, 50, 51. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565. По мишљењу ових аутора, неопозивост уговорног наслеђивања до кога долази посредством брачног уговора је његова велика предност, јер се на тај начин породици која се тек заснива гарантује сигурност. H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 567.

¹⁶⁴⁷ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 565.

неопозивости оваквих уговора,¹⁶⁴⁸ данас више нема дилеме да су ове клаузуле, које се у литератури називају и *les clauses résolutoires*, допуштене и све чешће коришћене у пракси, чиме је и принцип неопозивости озбиљно доведен у питање.

3.4. Одустанак од уговора због неизвршења обавезе уговорног наследника

Ако би уговор о наслеђивању био теретан, односно, ако би се уговорни наследник обавезао да доживотно издржава и стара се о уговорном оставиоцу или да му плаћа доживотну ренту (тзв. „уговор о наслеђивању са накнадом“ у немачком праву), па не би извршавао уговорне обавезе, у старијој литератури постоји схватање да би уговорни оставилац могао једностраном изјавом воље да раскине уговор о наслеђивању.¹⁶⁴⁹ Право на једнострано одустанак дато је уговорном оставиоцу и параграфом 2295. Немачког грађанског законика, под условом да је уговорни наследник престао да испуњава своје обавезе (доживотно издржавање или доживотна рента) пре смрти уговорног оставиоца. Ово овлашћење уговорног оставиоца заснива се на претпоставци да је он пристао да једно лице уговором именује за свог наследника баш зато што се оно обавезало да га до краја живота издржава или да му пружа неке друге услуге. Онога часа када уговорни наследник престане да извршава своје обавезе, нестаје и кауза због које је уговорни оставилац именовано другог уговарача за свог наследника, а то је наследнику морало да буде познато још у часу настанка уговора.¹⁶⁵⁰

Међутим, посебну анализу заслужује начин на који у овом случају може да се реализује право на одустанак у немачком праву. Дешава се дакле, да након закључења уговора о наслеђивању, друга уговорна страна престане да извршава обавезе према уговорном оставиоцу на које се обавезала посебним облигационим уговором или самим уговором за случај смрти. Уговорни оставилац не би закључио уговор о наслеђивању са неким лицем да је знао да оно неће испуњавати обавезе које је уговором преузело на себе, односно, да је могао да предвиди његово касније понашање. Зато он стиче право на одустанак од уговора из пар. 2295. Немачког грађанског законика, ако би обавеза уговорног наследника

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ Б. Б. Благојевић, 218.

¹⁶⁵⁰ D. Leipold, 195; L. Michalski, 103.

из било ког разлога отпала. Неиспуњење или лоше испуњење обавезе само по себи не доводи до њеног „отпадања“, али може да послужи уговорном оставиоцу као основ да се он ослободи уговора којим се уговорни наследник обавезао да га издржава или му плаћа ренту, тако што ће споразум о обавези наследника да издржава оставиоца бити раскинут споразумно, или услед накнадне немогућности испуњења, или наступања раскидног услова, или услед придржаног права на одустанак.¹⁶⁵¹ Тек тада уговорни оставилац стиче право да путем лично дате и нотарски оверене једностране изјаве воље одустане од уговора о наслеђивању, чиме отпада и обавеза уговорног наследника и последично наступа неважност уговорног одређења наследника.¹⁶⁵² Описани правни механизам представља последицу доминантног схватања у немачкој науци, према коме у теретном уговору о наслеђивању заправо постоје два независна правна посла, од којих један представља уговорно одређење наследника, а други обавезу наследника да издржава уговорног оставиоца, али и схватања да та два правна посла чине правно јединство.¹⁶⁵³ Раскидом облигационог уговора, настаје правни основ за једнострану одустанак уговорног оставиоца, заснован на пар. 2295. Немачког грађанског законика. Ако би уговорни оставилац одустао од уговора о наслеђивању из овог разлога, уговорни наследник би у складу са пар. 812 Немачког грађанског законика имао право на повраћај онога што је дао или учинио.¹⁶⁵⁴ Идентична правна дејства са претходно описаним би наступила ако би уговор о наслеђивању био закључен под раскидним условом, при чему би престанак испуњавања обавеза уговорног наследника представљао наступање раскидног услова. Тада би уговор о наслеђивању престајао да производи правна дејства и без одустанка од стране уговорног оставиоца.¹⁶⁵⁵

Значајна карактеристика уговора о наслеђивању у немачком праву је и то што би уговорни оставилац имао једно додатно право, да путем лично дате и нотарски оверене изјаве, упућене уговорном наследнику, побија и исходује поништење именована наследника због постојања заблуде о мотиву.¹⁶⁵⁶ Ова

¹⁶⁵¹ D. Leipold, 196; L. Michalski, 103.

¹⁶⁵² OLG Karlsruhe FamRZ 1997, 1180 (Fn. 71), наведено према: D. Leipold, 206.

¹⁶⁵³ L. Michalski, 104.

¹⁶⁵⁴ L. Michalski, 103.

¹⁶⁵⁵ W. Zimmermann, 132.

¹⁶⁵⁶ D. Leipold, 196-197.

могућност се заснива на гледишту о одвојеној правној судбини уговора о именовану наследника, као наследноправног уговора, са једне стране, и уговора о доживотном издржавању или уговора о доживотној ренти, као облигационоправног уговора, са друге стране. Ипак, иако је реч о два одвојена акта, и упркос наводима да обавеза уговорног наследника не чини конститутивни елемент уговора о наслеђивању, наводи се и да сваки од ова два акта представља мотив за предузимање оног другог.¹⁶⁵⁷ Може се дакле рећи, да иако између располагања за случај смрти и обавезе уговорног наследника према уговорном оставиоцу не постоји однос размене као у синалагматичним облигационоправним уговорима, мотив уговорног оставиоца да другу уговорну страну именује за наследника је то што се она обавезује да га издржава, односно, мотив уговорног наследника због кога издржава оставиоца или плаћа му ренту је то што га он именује за наследника.¹⁶⁵⁸ Ако уговорни наследник не би извршавао своје обавезе, уговорни оставилац би, у складу са пар. 2078. ал. 2. и пар. 2281. Немачког грађанског законика, могао да поништи уговор о наслеђивању због постојања заблуде о мотиву, односно погрешног веровања да ће се уговорни наследник понашати на одговарајући начин. Рок за поништење износи годину дана од дана сазнања за заблуду и односи се само на уговорна располагања, јер једнострана располагања могу да се опозову као да је реч о завештању.¹⁶⁵⁹

У аустријској правној књижевности се не негира могућност да уговорни наследник преузме на себе извршавање неке обавезе према оставиоцу, нпр. да га доживотно издржава, чува или негује, али се такође наводи да то не мења чињеницу да уговор о наслеђивању остаје добротин правни посао. Из тог разлога, не би било могуће раскинути уговор о наслеђивању позивањем на пар. 918. Аустријског грађанског законика. Међутим, могуће је задржати право на раскид посебном одредбом у самом уговору о наслеђивању, или предвидети да је уговор закључен под раскидним условом, чије дејство наступа оног тренутка када наследник престане да изршава своје обавезе према уговорном оставиоцу.¹⁶⁶⁰ Као што се види, концепција аустријског права о једностраном одустанку (раскиду) од

¹⁶⁵⁷ J. Gauthier (1955), 102-103.

¹⁶⁵⁸ J. Gauthier (1955), 103.

¹⁶⁵⁹ D. Leipold, 197.

¹⁶⁶⁰ W. Kralik, 164.

уговора о наслеђивању, веома је слична приступу немачког права по истом питању, али то није једино могући *modus operandi* у упоредном праву.

Чланом 514. Швајцарског грађанског законика је прописано да у теретном уговору о наслеђивању, уговорни оставилац може у складу са одредбама Швајцарског законика о облигацијама да одустане од уговора, ако уговорни наследник не би испунио своје уговором одређене обавезе.¹⁶⁶¹ Дакле, супротно решењу које постоји у немачком и аустријском праву, лице коме на основу уговора о наслеђивању припадају права која се извршавају међу живима, имају право да у складу са одредбама облигационог права раскину уговор, ако им та права не би била испуњена или им не би било гарантовано њихово извршење.¹⁶⁶²

Такав приступ се темељи на следећим разлозима. Иако у швајцарској доктрини постоји гледиште да само уговорни наследник на себе преузима обавезу, у смислу правила облигационог права, док уговорни оставилац само располаже за случај смрти именујући (по правилу неопозиво) свог сауговорача за наследника, уговорни оставилац ипак испуњава једну престацију и постаје поверилац уговорног наследника који је дужан да извршава престације међу живима. С друге стране, каже се да уговорни наследник није ни поверилац, нити је титулар на неком стварном праву. Он је само титулар једне наследне наде, односно наследничког наслова, који му оставља могућност да уз испуњење законом прописаних услова стекне заоставштину, њен аликвотни део, или тачно одређене ствари и права из заоставштине.¹⁶⁶³ Ипак, оно што уједињује ове две престације, од којих је једна наследноправна а друга облигационоправна, јесте кауза уговора о наслеђивању, односно заједнички циљ уговорних страна, који овај уговор приближава синалагматичним уговорима и тако оставља простор за примену облигационоправних правила.¹⁶⁶⁴

Међутим, уговорном оставиоцу стоје на располагању још два могућа начина на које он може да оствари свој интерес за изласком из теретног уговора о наслеђивању у коме уговорни наследник не испуњава своје уговорне обавезе. Он може да стипулише за себе право, да под одложним условом, који би наступио

¹⁶⁶¹ M. Reimann, J. Zekoll, 286; J. Ghandchi Schmid, 102.

¹⁶⁶² J. Gauthier (2006), 363.

¹⁶⁶³ J. Gauthier (1955), 107.

¹⁶⁶⁴ J. Gauthier (1955), 111.

неизвршавањем обавеза уговорног наследника, једностраном изјавом воље раскине уговор, али може да закључи уговор и под раскидним условом, чије би се наступање састојало у престанку извршавања наследникових уговорних обавеза.¹⁶⁶⁵

Концепција швајцарског права је прихваћена и у мађарском праву, али према мишљењу које постоји у мађарској теорији и пракси, уговор о наслеђивању не би могао да се раскине ако би уговорни оставилац одбијао пријем издржавања или месечне ануитете из доживотне ренте.¹⁶⁶⁶ Слично гледиште, поводом уговора о доживотном издржавању постоји у нашој судској пракси,¹⁶⁶⁷ па су судови раскидали уговоре због промењених околности, чак и када је прималац променом места пребавилишта и успостављањем заједнице живота са лицима са којима до тада није живео, а која су потом преузимала обавезу његовог даљег издржавања, онемогућавао даваоца из уговора о доживотном издржавању да извршава своје уговорне обавезе.

Овакво гледиште је неприхваљиво. У складу са аргументацијом коју смо износили у неким нашим претходним радовима, одбијање пријема издржавања или месечне ренте од стране уговорног оставиоца - примаоца издржавања, треба сматрати неизвршењем његове уговорне обавезе, која би морала да резултује правом уговорног наследника - даваоца издржавања, да затражи раскид уговора о наслеђивању због неизвршења. Наиме, обавеза уговорног оставиоца у теретном уговору о наслеђивању требало би да се састоји у томе да омогући уговорном наследнику да несметано извршава престације на које се обавезао.¹⁶⁶⁸ Дакле, чини се да би и уговорном наследнику требало признати право на раскид (одустанак) од уговора у случају неизвршења оставиочевих обавеза. У том смислу, у швајцарском праву није искључена могућност, да у теретном уговору о наслеђивању, и уговорни оставилац има обавезу да изврши неке престације *inter vivos*. У случају њиховог неизвршења, поверилац има избор између захтева да

¹⁶⁶⁵ J. Gauthier (1955), 88-90.

¹⁶⁶⁶ Z. Csehi, 187.

¹⁶⁶⁷ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1860/1, од 9.5.2002. године, Судска пракса, 6/2003, Београд 2003, 24; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2201/02, од 11.9.2002. године, Судска пракса 1/2003, Београд 2003, 26.

¹⁶⁶⁸ Miloš Stanković, *Prestanak ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu*, *Pravni život* 10/2011, 562, 570, фн. 67.

дужник изврши своју обавезу и захтева за раскидом уговора, а у сваком случају му припада право на накнаду штете.¹⁶⁶⁹

Ако уговорни наследник грубо не поштује обавезе и терете које је преузео, уговорни оставилац може једностраном изјавом воље, датом у форми јавне исправе, да одустане од уговора о наслеђивању и у правима шпанских покрајина Арагона и Галиције.¹⁶⁷⁰

3.5. Раскид због могућности ексхередације

Уговорни оставилац може једностраном изјавом воље да раскине уговор о наслеђивању ако су се на страни уговорног наследника стекли разлози за искључење из права на нужни део. У немачком и у швајцарском праву се на једнострана располагања у уговору о наслеђивању, у која се убраја и искључење или лишење наследника из права на нужни део, у потпуности примењују правила која важе за завештање, па могу да произведу правна дејства и само једном изјавом воље. Чињенично стање које представља основ за искључење из права на нужни део мора да се стекне након закључења уговора о наслеђивању.¹⁶⁷¹ У оваквим случајевима, изјава о одустанку мора да буде дата лично од стране уговорног оставиоца и за њу је потребна нотарска овера, а уговорном наследнику мора да буде достављен изворник или препис оригиналне потврде (који се у правном саобраћају сматра једнаким оригиналу).¹⁶⁷²

Ако је уговорни наследник преминуо, уговорни оставилац може уговорна располагања да опозове у форми завештања, а прималац изјаве је тада месно надлежни оставински суд. У том случају, уговорни оставилац у завештању мора прецизно да наведе наследникове чинидбе које представљају основ за искључење из права на нужни део.¹⁶⁷³ Ако уговорни оставилац не би имао сазнање о некој релевантној чињеници у тренутку закључења уговора, нпр. о наследниковом понашању које представља разлог за ексхередацију, могао би на основу пар. 2281.

¹⁶⁶⁹ P. Piobet, 53.

¹⁶⁷⁰ M. Martínez, 121, 123.

¹⁶⁷¹ Чл. 513. ал. 2. Швајцарског грађанског законика. У старијој швајцарској правној књижевности се аргументовало да је могућа и „превентивна ексхередација“ уговорног наследника, али не и уговорног легатара. J. Gauthier (1955), 93.

¹⁶⁷² L. Michalski, 105; W. Zimmermann, 145.

¹⁶⁷³ W. Zimmermann, 133.

Немачког грађанског законика да тражи поништење закљученог уговора о наслеђивању позивањем на заблуду.¹⁶⁷⁴ Уговор може да се поништи у року од једне године од тренутка од кога је уговорни оставилац сазнао за заблуду, а право на поништај се гаси смрћу уговорног оставиоца.¹⁶⁷⁵

Слично решење постоји у аустријском праву. Каже се да уговорни оставилац не може једнострано да раскине уговор о наслеђивању, ако се на страни уговорног наследника стекне неки од разлога за разбаштињење, али да декујус може да тражи поништење уговора позивањем на постојање заблуде.¹⁶⁷⁶

У случају понашања уговорног наследника или легатара које представља основ за искључење из права на нужни део, уговор о наслеђивању се у швајцарском праву опозива једностраном изјавом воље коју уговорни оставилац мора да да у форми завештања, а ако је реч о теретном уговору, о том акту мора да буде обавештен и уговорни наследник.¹⁶⁷⁷ Према Швајцарском грађанском законнику, за пуноважност ексхередације је потребно да уговорни наследник или легатар, након закључења уговора о наслеђивању, прибегне понашању које је разлог за искључење из права на нужни део, при чему такво понашање мора да буде усмерено према самом уговорном оставиоцу. То је важно, јер код завештајног наслеђивања разлог за ову наследноправну санкцију наступа ако наследник учини теже кривично дело не само према оставиоцу, већ и према неком њему блиском лицу, или ако грубо занемари извршење законских обавеза према оставиоцу или његовој породици.¹⁶⁷⁸ Може да се закључи да су разлози за искључење идентични и код завештајног и код уговорног наслеђивања, али да је код уговорног наслеђивања важно да они буду уперени према самом оставиоцу, а не и према њему блиским лицима или члановима породице, како је то случај код завештајног наслеђивања. Међутим, за разлику од немачког права, у швајцарској науци се аргументује да је за разлику од завештајног наслеђивања, разлог искључења препоручљиво али не и нужно навести у уговору о наслеђивању, јер одсуство таквог прецизирања не повлачи за собом неважност ексхередације.¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷⁴ L. Michalski, 103.

¹⁶⁷⁵ Пар. 2283. ал. 1 и ал. 2 Немачког грађанског законика; L. Michalski, 105; W. Zimmermann, 146.

¹⁶⁷⁶ W. Kralik, 165.

¹⁶⁷⁷ Чл. 513. ал. 3 Швајцарског грађанског законика. Р. Н. Steinauer (2006), 363.

¹⁶⁷⁸ Чл. 477. и чл. 513. ал. 2. Швајцарског грађанског законика.

¹⁶⁷⁹ Р. Н. Steinauer (2006), 363.

У швајцарском праву, уговорни оставилац има овлашћење да једностраном изјавом воље измени садржај уговора о наслеђивању, ако би се на страни уговорног наследника стекао неки од разлога који би у нашем праву под одређеним условима довео до лишења права на нужни део. На пример, ако би супружник, који је именован за уговорног наследника био презадужен, уговорни оставилац би могао уговорена добра да распореди на једнаке делове између деце која су се већ родила и деце која тек треба да се роде уговорном наследнику.¹⁶⁸⁰

Уговорни оставилац би у случају понашања уговорног наследника које представља разлог за недостојност или за искључење из права на нужни део, могао једностраном изјавом воље у форми јавне исправе, да раскине уговор о наслеђивању и у правима Арагона и Галиције.¹⁶⁸¹ У каталонском праву, уговор за случај смрти може да буде опозван и ако су њиме за наследнике одређена деца супружника, а постоји неки од разлога за њихово разбаштињење.¹⁶⁸²

Када је уговорни наследник показивао грубу неблагодарност према уговорном оставиоцу, или својим поступцима испунио неки од разлога за искључење из права на нужни део, уговор о наслеђивању се могао једнострано опозвати и у међуратном војвођанском праву.¹⁶⁸³ Слично решење је предвиђено чл. 131. ст. 2. Закона о наслеђивању у Федерације Босне и Херцеговине: „Ако су након закључења уговора о наслеђивању на страни једне уговорне стране испуњене претпоставке за искључење из наслеђивања или и прије тога, а друга уговорна страна за то није знала, друга уговорна страна може у законом прописаној форми извршити искључење из наслеђивања, чиме се сматра да је извршила опозив својих располагања у уговору о наслеђивању, осим ако приликом искључења изричито не одреди да се искључење не односи на дио обухваћен уговором о наслеђивању.“

У француском праву не постоји институт искључења из права на нужни део, па следствено, не постоји ни ова могућност за једнострану одустанак од уговора о наслеђивању. Међутим, по својој суштини и домашајима, у овом

¹⁶⁸⁰ J. Gauthier (1955), 92.

¹⁶⁸¹ M. Martínez, 123. Интересантно је да у правима ових шпанских покрајина, супротно већинском решењу у упоредном праву, недостојност за наслеђивање уговорног наследника не повлачи за собом престанак правних дејстава уговора о наслеђивању по сили закона, већ отвара могућност уговорном оставиоцу да једностраном изјавом воље опозове уговор.

¹⁶⁸² A. Vaquer-Aloy, 326.

¹⁶⁸³ Н. Стојановић (2008), 72.

правном систему исто правно дејство производи могућност опозивања поклона због неблагодарности поклонопримца (наследника), а о којој ће више речи бити у следећој тачки.

3.6. Опозив уговора о наслеђивању из разлога из којих може да се опозове и уговор о поклону

Карактеристичне врсте уговорног наслеђивања у правима која су настала под утицајем Наполеоновог кодекса, условиле су и специфичан начин на који се оно може опозвати.

У француском праву, једна од суштинских разлика између постављања наследника путем брачног уговора и посредством поклона будућих ствари, састоји се у томе што је постављање наследника путем брачног уговора начелно неопозиво, док је именовање наследника путем поклона будућих ствари увек опозиво. Опозивост уговора закључених између супружника представља манифестацију јавног поретка у овој сфери, те уговарање да ће, и поред изричите законске одредбе чл. 1096. ал. 1. Француског грађанског законика, узајамни или једностранни поклони супружника за време брака бити неопозиви, не би производило правно дејство.¹⁶⁸⁴ Из тог разлога, уговорни оставилац нема чак ни обавезу да образложи или наведе мотиве због којих опозива поклон будућих ствари. Довољно је да се једноставно предомислио.¹⁶⁸⁵

Међутим, чињеница да се поклоном будућих ствари именује наследник, не мења околност да овај институт у француском праву задржава правну природу поклона. Из тог разлога је његов опозив могућ и из свих разлога из којих се може опозвати уговор о поклону међу живима.¹⁶⁸⁶ Уговорни оставилац (поклонодавац) може право на опозив да користи и после престанка брака са наследником (поклонопримцем), независно од разлога из кога је брак престао, али и после наследникове смрти. Међутим, право на опозив поклона будућих ствари је строго лично право уговорног оставиоца које престаје његовом смрћу, што значи да

¹⁶⁸⁴ R. Savatier, 500.

¹⁶⁸⁵ A. Toulemon, 117; F. Ferran, 51-52.

¹⁶⁸⁶ Члан 955. Француског грађанског законика.

његови наследници нити могу да се користе овим правом у његово име, нити ово право могу да наследе.¹⁶⁸⁷

У старијој белгијској доктрини се истицало да опозив поклона будућих ствари може да буде учињен изричито и прећутно. За изричит опозив није законом била предвиђена форма, па је могао да буде реализован било у форми нотарски обрађеног акта, било у форми јавног, мистичног или својеручног завештања. С друге стране, прећутни опозив је претпостављао оставиочево располагање предметом уговора о наслеђивању другим правним пословима, којима га је остављао без имовинскоправних дејстава.¹⁶⁸⁸

За опозивост именована наследника путем уговора о поклону будућих ствари између супружника, наводе се бројни аргументи. Истиче се да би „великодушнији“ супружник или могао да зажали због те своје особине ако не би могао да опозове овакво располагање, или да би се устручавао да учини овакав поклон, чиме би пропустио прилику да додатно учврсти заједништво и хармонију у породици.¹⁶⁸⁹ Наводи се и да би евентуална неопозивост учињених поклона за време брака нарушила „равнотежу добара“ у брачноимовинском режиму.¹⁶⁹⁰ Зато су неки аутори чак склони да кажу како је „правило о опозивости дефинитивно најзначајније и најоригиналније од свих правила која су посвећена поклонима између супружника.“¹⁶⁹¹

Са друге стране, иако начелно неопозиво, уговорно наслеђивање које настаје посредством брачног уговора је могуће опозвати из истих разлога као и обичан уговор о поклону, што ће рећи, због неблагодарности или због неизвршења наложених услова, али не и због накнадног рођења детета.¹⁶⁹² У случају неиспуњења наложених услова, опозив могу да траже само оставиочеви наследници и то тек после његове смрти, јер све до тренутка делације наследник не стиче никаква права, па нема ни обавезу да изврши неки терет.¹⁶⁹³ Њихово неиспуњење може да се састоји у непоштовању неке забране коју је поклонодавац (уговорни оставилац) предвидео уговором, нпр. да поклонопримац краће време не

¹⁶⁸⁷ R. Savatier, 501; P. Julien, 107; F. Terré, Y. Lequette, 447.

¹⁶⁸⁸ E. Moreau, 59.

¹⁶⁸⁹ R. Savatier, 499.

¹⁶⁹⁰ P. Julien, 106.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

¹⁶⁹² Чл. 1096. ал. 3. Француског грађанског законика; É. Roig, 26; A. Raison, 26-27.

¹⁶⁹³ F. Terré, Y. Lequette, 445.

отуђи предмет поклона.¹⁶⁹⁴ Као што престација учињена од стране једног уговарача остаје без основа када своју уговорену престацију не изврши друга уговорна страна, на исти начин учињени поклон остаје без каузе, односно „губи свој разлог постојања“, ако поклонопримац не би испунио терет на који се обавезао поклонодавцу.¹⁶⁹⁵ Чини се да би се иста правна дејства постигла и када би се неизвршење ових „терета“ посматрало као наступање раскидног услова.

Због незахвалности, поклон може да буде раскинут ако је поклонопримац (уговорни наследник) учинио једну од три законом наведене радње: ако је покушао да лиши живота поклонодавца (уговорног оставиоца), ако је одговоран за окрутно понашање, озбиљне преступе или грубе увреде према уговорном оставиоцу, или ако одбија да га издржава.¹⁶⁹⁶ Уговорни оставилац може да истакне захтев за опозив због незахвалности у року од годину дана од дана од кога је наследник предузео неку радњу која по закону представља акт незахвалности, или у року од годину дана од дана од кога је могао да сазна за такав акт. Овакав захтев не би могао да постави уговорни оставилац према наследницима уговорног наследника, нити би наследници уговорног оставиоца захтев за опозив могли да истакну против уговорног наследника, осим ако у последњем случају тужбу није подигао уговорни оставилац, или ако је умро пре истека рока од једне године од учињеног акта незахвалности.¹⁶⁹⁷

3.7. Неформално опозивање

Под неформалним опозивањем завештања подразумева се акт којим завешталац одузима правна дејства тестаменту, али не у форми тестаamenta, већ на неки други начин. Неформално изричито опозивање представља цепање, уништење, прецртавање или неки сличан поступак завештаоца, који он предузима са намером опозивања завештања. Неформално прећутно опозивање је идентично са ситуацијама у којима пада легат индивидуално одређене ствари, односно, може се састојати у располагању или уништењу легиране ствари од стране самог

¹⁶⁹⁴ E. Moreau, 60.

¹⁶⁹⁵ J. Gauthier (1955), 99.

¹⁶⁹⁶ Чл. 955. Француског грађанског законика.

¹⁶⁹⁷ Чл. 957. Француског грађанског законика.

тестатора, али ће наступити и када објекат испоруке пропадне после завештаочеве смрти без ичије кривице.¹⁶⁹⁸

За разлику од опозивања завештања, у швајцарском праву за опозив уговора о наслеђивању није довољно уништити или исцепати писмено на коме је он сачињен, осим ако након тога више не би било могуће утврдити његову садржину.¹⁶⁹⁹ Ако је реч о уговорном легату, он ће, као и да је одређен завештањем, бити опозван ако уговорни оставилац вољно или невољно уништи легирану ствар.¹⁷⁰⁰

4. АПСОЛУТНА НИШТАВОСТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

4.1. Ништавост уговора о наслеђивању у целини

За апсолутну ништавост уговора о наслеђивању важе идентична правила као и за апсолутну ништавост сваког другог правног посла. Њега ће погодити ова санкција најпре ако су његови предмет или кауза супротни општим начелима на којима је заснована једна правно уређена друштвена заједница, односно, ако су у колизији са генералном клаузулом ништавости, која се у српском позитивном праву изражава кроз супротност принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.¹⁷⁰¹ Генерална клаузула ништавости, односно, формулација којом се на општи начин ограничава слобода уговарања, различито је одређена у најзначајнијим грађанскоправним кодификацијама. С једне стране, то се чини кроз „јавни поредак и добре обичаје“ (Француски грађански законик, Српски грађански законик, Општи имовински законик за Црну Гору и швајцарски Законик о облигацијама), а са друге стране само кроз „добре обичаје“ (Немачки грађански законик, Аустријски грађански законик).¹⁷⁰²

¹⁶⁹⁸ О. Антић (2014), 323-324.

¹⁶⁹⁹ Р. Н. Steinauer (2006), 362.

¹⁷⁰⁰ Р. Н. Steinauer (2006), 361, 364.

¹⁷⁰¹ Чл. 103. ст. 1. Закона о облигационим односима; Чл. 155. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁷⁰² Слободан Перовић, Установа јавног поретка у савременом уговорном праву, *Правни живот*, 1/1976, 11. Међутим, садржина појмова добрих обичаја и јавног поретка није нужно различита. У аустријском праву добри обичаји чине саставни део јавног поретка, па им је тумачењем дата чак идентична садржина. Разлику између ова два појма треба наћи у природи противправности једног правног посла. Повреду добрих обичаја треба ограничити на случајеве када се уговором задире у полни и породични живот појединца, а у свим другим случајевима када је садржина уговора у супротности са правним начелима и моралним схватањима у друштву, треба узети да се ради о

Примера ради, у мађарском праву уговор о наслеђивању може да буде поништен због несагласности његове каузе са јавним поретком, што ће бити случај ако приликом његовог закључења није било алеаторности. Пример за то је уговор који би био закључен непосредно пред смрт уговорног оставиоца који је уједно и прималац издржавања, уз услов да је то било познато даваоцу издржавања (уговорном наследнику), који би и закључио уговор знајући да ће кратко трајати, а он стећи несразмерно вредна материјална добра у односу на вредност престација које ће испунити оставиоцу.¹⁷⁰³ Ипак, према једној одлуци мађарског Врховног суда, овакав уговор је пуноважан чак и ако је закључен непосредно пред смрт уговорног оставиоца за коју је било извесно да ће ускоро наступити услед природе болести од које је декујус боловао, ако је уговор закључен на његову иницијативу и ако му је уговорни наследник пружио уговорено издржавање, бригу и пажњу.¹⁷⁰⁴

Предратна српска судска пракса је стајала на становишту да уговор о наслеђивању није могао да буде поништен само из разлога што је закључен неколико дана пред смрт уговорног оставиоца.¹⁷⁰⁵ И нашој у савременој судској пракси постоји став према коме кратко трајање уговора о доживотном издржавању не представља *per se* доказ о несавесности уговорних страна.¹⁷⁰⁶ Да би уговор о доживотном издржавању у савременом српском праву могао да буде поништен, потребно је да је сазнање о скорој примаочевој смрти било искључиви, или бар главни мотив даваоца за закључење уговора. То значи да уговор неће бити поништен чак и ако је трајао краће времена и ако није било алеаторности, али под условом да се давалац издржавања у дужем временском периоду пре закључења уговора фактички старао и издржавао примаоца који је био слабог материјалног стања, или ако је сâм прималац инсистирао на закључењу

повреди јавног поретка. Драгољуб Стојановић, Слобода уговарања и јавни поредок, *Архив за правне и друштвене науке*, 3/1968, 393.

¹⁷⁰³ Z. Csehi, 188. Слично решење постоји у српском праву у погледу уговора о доживотном издржавању, Чл. 203. Закона о наслеђивању Србије.

¹⁷⁰⁴ ВН 2002.267., наведено према: Z. Csehi, 188.

¹⁷⁰⁵ Пресуда првостепеног суда за Варош Београд бр. 22.190. од 15.11.1897. године, *Бранич* 7/1898, 240.

¹⁷⁰⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4772/01, наведено према: S. R. Vuković, 294; Решење Окружног суда у Ваљевоу, Гж. Бр. 248/03 од 6.2.2003. године, наведено према: С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић. Слично: Пресуда Општинског суда у Ужицу П. 737/04 од 31.3.2006. године и Пресуда Окружног суда у Ужицу Гж. 1197/06, од 24.7.2006. године, наведено према: С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 287-288.

уговора.¹⁷⁰⁷ Чини се да би наведена правила сходно могла да се примене и на теретни уговор о наслеђивању у будућем српском праву.

Санкција апсолутне ништавости погађа уговор о наслеђивању и када је повређен неки од суштинских принципа наследног права. Још је у предратном српском праву постојао став да уговор мора да буде јасан и опредељен и да у њему, у складу са чл. 536. Српског грађанског законика, мора јасно да буде изражена воља уговарача.¹⁷⁰⁸ Ако уговорни оставилац уопште није имао вољу да располаже својом заоставштином, уговор о наслеђивању ће бити непостојећи, јер му фали један од конститутивних елемената да би уопште настао, о чему суд треба да донесе деклараторну пресуду. До тога може доћи у неколико случаја, од којих сваки представља пример када воља уговорног оставиоца није била озбиљна, стварна или није била уперена на нешто што је могуће остварити. Прво, ако уговорни оставилац закључи уговор под дејством физичке принуде, односно неодољиве силе. Друга могућа ситуација је када на страни уговорног оставиоца постоји ментална резервација, односно свесна несагласност између његове унутрашње и изјављене воље, када је он свестан да не жели оно што изјављује (нпр. закључује уговор у шали) и трећа, када контрахенти симулују уговор о наслеђивању.¹⁷⁰⁹

Правила Швајцарског законика о облигацијама која се односе на поништење симулованих уговора, примењују се и на уговор за случај смрти.¹⁷¹⁰ Како се у мађарском праву уговорни наследник обавезује да издржава уговорног оставиоца у накнаду за то што га он уговором одређује за свог наследника, све оно што је предмет уговора не улази у обрачунску вредност заоставштине, нити из те вредности могу да се намире нужни наследници. Из тог разлога је овај

¹⁷⁰⁷ Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4263/02, од 14.11.2002. године, Судска пракса 4/2003, 19-20; Пресуда Врховног суда Србије Рев. 702/02 од 16.5.2002. године, Судска пракса 11-12/2002, 23. „Тужбени захтев није основан упркос чињеници што је од закључења уговора о доживотном издржавању протекло само 38 дана. Наиме, у конкретном случају се ради о тако закљученом уговору, који је само утврдио стање које је постојало раније више година. Према томе, иза уговора није стајала каква друга недозвољена намера туженог.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3826/94). Слично: Пресуда Општинског суда у Ужицу П. 737/04 од 31.3.2006. године и Пресуда Округног суда у Ужицу Гж. 1197/06, од 24.7.2006. године, наведено према: С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 288-289. Детаљније: М. Stanković (2011), 580-581

¹⁷⁰⁸ Пресуда Округног суда за округ београдски бр. 1092 од 28.2.1932. године, Бранич 7-8/1934, 440.

¹⁷⁰⁹ Р. Н. Steinauer (2006), 368-369.

¹⁷¹⁰ J. Gauthier (2006), 361.

уговор погодан инструмент за изигравање правила о нужном наслеђивању. Стога, суд на захтев правно заинтересованих лица може да поништи симуловани уговор о наслеђивању, ако утврди да уговорни наследник није испуњавао уговорене обавезе према уговорном оставиоцу.¹⁷¹¹

У тачки 2.2. седмог поглавља показано је да недостатак способности за закључење уговора о наслеђивању води његовој ништавости у упоредном праву. Уговорна неспособност оставиоца по правилу води поништају уговора у целини.¹⁷¹² Међутим, уговор о наслеђивању који је ништав јер уговорни оставилац није имао потребну способност за његово закључење, може да буде конвертован у неку од форми јавних завештања.¹⁷¹³ Како је уговор о наслеђивању строго лични правни посао, то ће бити поништен и онда када га уговорни оставилац закључи преко заступника (уговорног или законског), или када уговорни оставилац повери трећем лицу право да одреди садржај уговора, односно његовог наследника или легатара. Исто тако, оне одредбе уговора за случај смрти које, по слову Швајцарског грађанског законика, могу да буду само једностране, биће ништаве *ex lege* ако им се уговором да двострани карактер.¹⁷¹⁴

Сматра се ништавим и уговор о наслеђивању који није закључен у складу са законом прописаном формом.¹⁷¹⁵ Међутим, у литератури се истиче да постоје случајеви у којима би доследно инсистирање на поштовању форме представљало повреду начела савесности и поштења, односно да такве повреде не би требало безизузетно узимати у обзир. То би примера ради, био случај када би једна уговорна страна злонамерно одвратила ону другу од потребе да испуни прописану форму, рецимо, ако би је преварила о нужности придржавања форме или би је принудила да закључе уговор не поштујући форму.¹⁷¹⁶ Стога су у старијој белгијској литератури постојала настојања да се у случају незнатног непоштовања

¹⁷¹¹ Z. Csehi, 188.

¹⁷¹² P. H. Steinauer (2006), 378.

¹⁷¹³ P. H. Steinauer (2006), 380.

¹⁷¹⁴ P. Piotet, 61.

¹⁷¹⁵ Пар. 125. Немачког грађанског законика; Чл. 520. Швајцарског грађанског законика. F. Fetten, 51.

¹⁷¹⁶ D. Leipold, 191. Слично схватање постоји у српском праву. Стојановић сматра да упорно инсистирање на ништавости правних послова услед непоштовања прописане форме, може не само бити неправично, већ може „под одређеним околностима представљати злоупотребу права.“ Драгољуб Стојановић, Злоупотреба права у облигационим односима, Злоупотреба права, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш 1996, ур. Радмила Ковачевић – Куштримовић, 101.

форме суду да право да процени да ли је формални недостатак таквог значаја да треба да води ништавости уговора.¹⁷¹⁷

Обзиром на наведена гледишта, искристалисао се став да је једна од последица правила *favor negotii* о тумачењу уговора о наслеђивању и могућност његове конверзије. То значи да ће уговор о наслеђивању који није пуноважан, по сили закона бити конвертован у други правни посао за чију су пуноважност испуњени законски услови, а чије закључење би уговорници желели да су знали за његову пуноважност, односно да је уговор који закључују ништав.¹⁷¹⁸ У швајцарској науци се истиче, да уговор о наслеђивању који је ништав због недостатка форме, може да се конвертује у јавну форму завештања, док брачни уговор, који је ништав из истих разлога, може да се конвертује у уговор о наслеђивању.¹⁷¹⁹ Чини се да би исто правило било могуће применити и у српском праву на основу аналогне примене члана 106. Закона о облигационим односима.

Могућност конверзије уговора о наслеђивању, у случају да је то у складу са правом вољом уговорног оставиоца, предвиђена је и пар. 1250 Аустријског грађанског законика. Обзиром да уговор о наслеђивању мора да има исте елементе као и завештање, уговорна располагања могу да буду конвертована у завештајна располагања, ако би уговору недостајао неки од предуслова за његово обавезујуће дејство.¹⁷²⁰ Међутим, у аустријској науци и судској пракси се наводе и случајеви када конверзија није могућа. То ће бити онда када уговор закључују вереници, па уговорни оставилац умре пре закључења брака или након што брак буде разведен, па уговор о наслеђивању уопште не произведе или престане да производи правна дејства.¹⁷²¹ Параграфом 1253 Аустријског грађанског законика, изричито је искључена конверзија уговора за случај смрти у завештање и када је уговорни оставилац располагао уговором са више од $\frac{3}{4}$ заоставштине. Тада ће слободна четвртина припасти законским наследницима.¹⁷²²

Ипак, чињеница да је јавни бележник овлашћен и обавезан да учествује у поступку сачињавања уговора о наслеђивању, требало би да у великој мери

¹⁷¹⁷ E. Moreau, 56.

¹⁷¹⁸ P. Piotet, 60.

¹⁷¹⁹ P. H. Steinauer (2006), 380.

¹⁷²⁰ W. Kralik, 163.

¹⁷²¹ *Ibid.*

¹⁷²² *Ibid.*

умањи могућност његове неважности, јер је задатак нотара да делује превентивно и предупреди потенцијалне спорове. Али, ако се уговор за случај смрти ипак поништава због недостака форме, то ће по правилу довести до његовог поништаја у целини.¹⁷²³

4.2. Ништавост појединих одредаба у уговору о наслеђивању

Поводом питања утицаја ништавости појединих одредаба у уговору о наслеђивању на пуноважност уговора у целини, требало би узети да ништавост неке одредбе уговора повлачи за собом ништавост целог уговора само ако он не може да опстане без ништаве одредбе или ако је она била одлучујућа побуда за сачињавање уговора о наслеђивању. Ово правило је прихваћено у швајцарском праву, па се истиче да је у случају мана воље, неморалности или недопуштености појединих одредаба, потребно утврдити које су одредбе обухваћене недостацима воље, јер ће само оне бити поништене, под условом да не може да се докаже да без њих оставилац не би сачинио ни друге одредбе.¹⁷²⁴ Судбина уговорних располагања која нису непосредно обухваћена одустанком, решава се према пар. 2085. Немачког грађанског законика, што значи да неважност појединих одредаба у уговору доводи до неважности и преостале садржине уговора, једино ако може да се претпостави да уговорни оставилац не би стипулисао остале одредбе без оних одредаба које не производе правна дејства. У страниј литератури се, на основу искустава из судске праксе, наводи велики број различитих ништавих одредаба у уговору о наслеђивању, од којих ће неке бити презентоване у наредним редовима.

Санкцијом апослутне ништавости су најпре погођене одредбе које су у супротности са императивним одредбама закона или их је немогуће извршити. Примера ради, то је испорука ствари којима уговорни оставилац није могао слободно да располаже, модалитет у уговору чија садржина није у складу са законом, располагање чији је предмет објективно немогуће испунити и то већ у тренутку закључења уговора (нпр. легирани аутомобил је већ у тренутку настанка контракта био уништен), као и све оне одредбе које имају за циљ да се њима

¹⁷²³ P. H. Steinauer (2006), 378.

¹⁷²⁴ P. H. Steinauer (2006), 378.

располаже на начин који није допуштен у односном праву (на пример уговорна, тј. двострана одредба којом би се у швајцарском праву основала задужбина).¹⁷²⁵

Могло би се рећи да посебну групу оваквих одредаба чине клаузуле које ограничавају слободу наследника у вези са браком и породицом. У старијој науци се истицало да не би била недопуштена одредба у уговору о наслеђивању којом би његова пуноважност била условљена чињеницом да се уговорном наследнику након закључења уговора не роди дете.¹⁷²⁶ У француској и белгијској пракси је било често закључивање уговора о наслеђивању под раскидним условом, да надживели супружник не закључи нови брак, нарочито код уговора о смеси (када је супружник наслеђивао право доживотног плодуживања на заједничким добрима, доживотну ренту, или право становања у заједничкој кући). Пуноважност уговора зависила је од тога да ли је циљ оваквог модалитета био да се заштити надживели супружник и да се осигура имовинскоправни положај оставиоцеве (заједничке) деце, односно да се задрже добра у оставоцевој породици, уместо да се увећава имовина надживелог брачног друга и његовог новог супружника, или је он био последица оставиоцевих каприца, љубоморе и жеље да супружника и постхумно „веже за себе“.¹⁷²⁷ Један од критеријума које су белгијски судови узимали у обзир, била је и старост надживелог супружника.¹⁷²⁸ Како одредба о забрани поновног ступања у брак надживелог супружника није била неморална сама по себи, терет доказивања да је она супротна добрим обичајима и јавном поретку лежао је на ономе ко је захтевао њено поништење.¹⁷²⁹

Резон (*Raison*) сматра да овакве одредбе имају правну природу раскидног услова, а не рока, из разлога што је евентуални будући брак надживелог супружника будућа неизвесна околност.¹⁷³⁰ Оваква уговорна клаузула неће производити ретроактивно дејство само ако би то било изричито предвиђено уговором о наслеђивању. У том случају, уговор о наслеђивању (поклон будућих ствари) би престајао да производи правна дејства тренутком закључења новог брака од стране надживелог супружника, али би и то било могуће само ако би

¹⁷²⁵ P. H. Steinauer (2006), 370.

¹⁷²⁶ E. Moreau, 47.

¹⁷²⁷ E. Moreau, 48-49; A. Raison, 24-25 .

¹⁷²⁸ E. Moreau, 49.

¹⁷²⁹ A. Raison, 25.

¹⁷³⁰ A. Raison, 25.

предмет уговора било плодуживање или рента. У супротном, ступањем у нови брак надживелог супружника, његов претходно закључени уговор о наслеђивању би ретроактивно престао да производи правна дејства, а дужност на повраћај би се односила само на главну ствар, али не и на плодове.¹⁷³¹

Следећу групу недозвољених углавака чине они који се односе на ограничавање уговорног наследника у неким његовим правима. Недопуштеним се начелно сматрају одредбе у уговору којима уговорни оставилац брани уговорном наследнику да отуђује оно што ће наследити, јер су такве одредбе у несагласности са начелом слободног промета добара, односно, њима би се са једне стране установљавала фидеикомисарна супституција, а са друге стране би се незаконито ограничавала уговорна способност надживелог супружника. Ипак, белгијска судска пракса је била мање ригидна, па је допуштала овакве услове ако би били релативни, односно ако би само временски лимитирано ограничавали могућност располагања уговорног наследника, а при томе су уговорни оставилац, уговорни наследник или треће лице за тим имали озбиљан интерес („из разлога младих година, неискуства или расипништва“). С друге стране, ако би ови услови били апсолутни, односно временски неограниченог трајања, сматрани су недопуштеним. Суд их је поништавао и када су били установљавани на временски јако дуг период или до краја живота уговорног наследника, јер се то није могло правдати ни интересом уговорног оставиоца, нити интересом трећег лица.¹⁷³²

Чини се да је овакво разликовање оправдано и да би могло да нађе примену и у српском праву, јер иако је код нас забрањена фидеикомисарна супституција, допуштени су модалитети (услови и рокови) на које се сходно примењују њена правила, ако се на тај начин не стварају „добра мртве руке.“ Сличан принцип је у белгијском праву примењиван и у погледу забране да се на наслеђеним добрима установи хипотека.¹⁷³³ Недозвољен је и услов којим се уговорни наследник обавезује да се уздржи од пописа и процене заоставштине, ако би то била његова законска обавеза или би му то било од користи, што ће увек бити случај када конкурише на наслеђе са другим лицима у односу на која има право да затражи

¹⁷³¹ A. Raison, 25.

¹⁷³² E. Moreau, 51-52.

¹⁷³³ E. Moreau, 53.

примену мере за очување и обезбеђење заоставштине.¹⁷³⁴ Најзад, апсолутно ништава би била и одредба у уговору о наслеђивању која би обавезивала уговорног наследника да станује на одређеном месту, јер би се тиме ограничавале његове основне слободе.¹⁷³⁵

Недопуштена је и одредба у уговору о наслеђивању којом се стипулише да ће нотар који је сачинио уговор касније спровести оставински поступак. Штавише, аргументује се да би пристанком да унесе такву одредбу у уговор за случај смрти, јавни бележник компромитовао достојанство јавнобележничке професије и да би требало да сноси дисциплинску одговорност.¹⁷³⁶

5. РЕЛАТИВНА НИШТАВОСТ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

5.1. Мане воље

Према пар. 2078. Немачког грађанског законика, располагање у уговору о наслеђивању може да буде поништено у обиму у коме је уговорни оставилац имао погрешну представу о садржају своје изјаве воље или ако није имао намеру да да изјаву онакве садржине какву је дао, а може се узети да не би изјавио вољу на тај начин да је знао све околности случаја. Исто ће бити ако је уговорни оставилац сачинио располагање руковођен погрешним очекивањем да ће се нека околност догодити или да се неће догодити, или ако је изјавио вољу под дејством принуде.

Одредбе Швајцарског законика о облигацијама које се односе на мане воље примењују се на правни положај уговорног наследника. С друге стране, на правни положај уговорног оставиоца се примењују одредбе којима Швајцарски грађански законик у члану 469. регулише мане воље.¹⁷³⁷ У швајцарском праву, билатералне одредбе у уговору о наслеђивању могу најпре да буду поништене због заблуде о изјави, када се садржина изјаве воље уговорног оставиоца разликује од онога што је он заиста желео да изјави. Ова врста заблуде може да се односи на правну природу располагања, на предмет уговора, личност бенефицијара или на обим доброчиног располагања. Међутим, ако са сигурношћу

¹⁷³⁴ E. Moreau, 47-48.

¹⁷³⁵ E. Moreau, 54.

¹⁷³⁶ E. Moreau, 54-55.

¹⁷³⁷ J. Gauthier (2006), 362.

може да се утврди права воља уговорног оставиоца, ове одредбе ће бити тумачене у складу са таквом његовом вољом.¹⁷³⁸ Да би нека од мана воље могла да доведе до поништења уговора о наслеђивању, потребно је утврдити узрочну везу између заблуде, претње или преваре и изјаве воље дате под њиховим дејством.¹⁷³⁹

У швајцарском праву ће заблуда о мотивима уговорног оставиоца бити узета у обзир само ако се односи на чињенице које је он у доброј вери сматрао битним елементом уговора.¹⁷⁴⁰ Заблуда о мотиву се јавља када уговорни оставилац располаже својом заоставштином на основу погрешне представе о стварности, која може да се односи на неко право или на прошле, садашње или будуће чињенице. Заблуда о мотиву ће бити узрок поништења уговора само ако се односи на битан елемент уговора (посебно ако је реч о теретним уговорима), или ако је испровоцирана долозним понашањем друге уговорне стране (у ком случају је заправо реч о превари).¹⁷⁴¹ Међутим, ниједна одредба уговора о наслеђивању неће бити ништава само због чињенице што је мотив, који је био њен *spiritus movens*, супротан принудним прописима или добрим обичајима. Потребно је да сама одредба буде недопуштена, односно незаконита или супротна добрим обичајима, или да је таква њена недозвољена садржина била жељена или макар прихваћена од стране уговорног оставиоца.¹⁷⁴²

У немачком праву заблуда о мотиву може да буде релевантна за поништење (побијање) уговора о наслеђивању од стране уговорног оставиоца, а као карактеристични примери се наводе „изневерено очекивање уговорног оставиоца у погледу понашања уговорног наследника након закључења уговора о наслеђивању“ или „у погледу хармоничног живота у браку са уговорним наследником.“¹⁷⁴³ Поништење уговора о наслеђивању због постојања заблуде о мотиву у немачком праву има најзначајнију примену када уговорни наследник не испуњава обавезу доживотног издржавања или плаћања доживотне ренте уговорном оставиоцу, коме тада стоји на располагању овлашћење да поништи

¹⁷³⁸ Чл. 469. ал 3. Швајцарског грађанског законика; P. H. Steinauer (2006), 194.

¹⁷³⁹ J. Gauthier (1955), 95.

¹⁷⁴⁰ J. Gauthier (2006), 362.

¹⁷⁴¹ P. Piötet, 63; P. H. Steinauer (2006), 195.

¹⁷⁴² P. H. Steinauer (2006), 374.

¹⁷⁴³ D. Leipold, 196.

уговор, јер је погрешно веровао да ће се уговорни наследник понашати на одговарајући начин.

У аустријској литератури се истиче да разбаштињење уговорног наследника неће довести до тога да уговор о наслеђивању не производи правна дејства, али да постојање основа за ову наследноправну санкцију може након смрти уговорног оставиоца да доведе до оспоравања уговора о наслеђивању по основу заблуде о мотиву.¹⁷⁴⁴

Ако би уговорни оставилац закључио овај контракт под менталном резервацијом, то не би утицало на његову пуноважност, осим ако би уговорни наследник био свестан менталне резерве на страни уговорног оставиоца, али тада би се заправо радило о превари.¹⁷⁴⁵ Претња може да буде разлог за поништење само ако је узроковала оправдан страх за неко правно заштићено добро уговорне стране или њој блиског лица.¹⁷⁴⁶

5.2. Активна легитимација

Захтев за поништење уговора због мана воље могу да истакну уговорни оставилац и друга правно заинтересована лица, тј. наследници и легатарии чији би се наследноправни положај поправио поништењем одређене одредбе или уговора у целини. Довољно је да тужбу поднесе само једно правно заинтересовано лице, не поставља се захтев за супарничарством, али је потребно да на страни тужених буду одређена сва лица „која извлаче директну корист на штету тужиоца на основу оних одредаба чије се поништење тражи“.¹⁷⁴⁷ Уговорни оставилац овакав захтев мора да истакне у форми лично дате и нотарски оверене изјаве коју је дужан да упути другој уговорној страни, или оставинском суду ако је реч о располагању у корист трећег лица, а саговорач уговорног оставиоца је већ умро. Сагласност законског заступника није потребна оставиоцу који је ограничено пословно способан.¹⁷⁴⁸ Међутим, његово право на поништај је ограничено на уговорна располагања, јер једнострана располагања може да опозове

¹⁷⁴⁴ W. Zankl, 66.

¹⁷⁴⁵ Д. М. Пешуновић, 12.

¹⁷⁴⁶ P. Piobet, 63; P. H. Steinauer (2006), 192, 195.

¹⁷⁴⁷ P. H. Steinauer (2006), 372-373.

¹⁷⁴⁸ Пар. 2281. и 2282. Немачког грађанског законика; K.H. Gursky, 52.

једностраном изјавом воље.¹⁷⁴⁹ Остала лица која су овлашћена да траже поништење то могу да учине и без испуњења неких посебних елемената форме, али тек после смрти уговорног оставиоца.¹⁷⁵⁰ Трећа лица могу да побијају уговор о наслеђивању само док то може и уговорни оставилац, што ће рећи да губе ово право истеком рока, или чињеницом да је уговорни оставилац потврдио пуноважност уговора о наслеђивању.¹⁷⁵¹ Уговор може да се поништи у року од једне године од дана од када је уговорни оставилац сазнао за мане воље, односно од дана од кога је престала принуда. Право на поништај се гаси смрћу уговорног оставиоца.¹⁷⁵²

У швајцарском праву није потребно прецизирати како би уговорна страна располагала у одсуству неке од мана воље, довољно је учинити вероватним да у одсуству заблуде, преваре или претње она не би изјавила вољу на начин на који је то учинила. Оног тренутка када уговорни оставилац схвати да је изјавио вољу под утицајем заблуде или преваре, односно онда када престану дејства принуде којима је изложен, он може да опозове једностране одредбе у уговору о наслеђивању, као да је реч о завештању. Уговорни оставилац може једнострано да опозове и цео уговор о наслеђивању ако га је у целини закључио под утицајем мана воље, али само у периоду од годину дана од када је открио да је био под утицајем заблуде или преваре, односно у року од годину дана од дана од када је престао да буде под утицајем принуде, јер ће у супротном наступити конвалидација. Овакав једнострано опозив не мора да буде учињен у некој посебној форми, али је потребно да то буде учињено пре смрти уговорног оставиоца, на начин да о опозиву буде обавештена друга уговорна страна, иначе он неће производити правна дејства.¹⁷⁵³ Не само да у складу са добрим обичајима уговорни наследник има право да зна каква је правна судбина уговора у коме је и он уговорна страна, већ би у супротном, ако би се радило о теретном уговору о наслеђивању, он могао да настави са испуњавањем своје уговорне обавезе, не

¹⁷⁴⁹ D. Leipold, 197.

¹⁷⁵⁰ W. Zimmermann, 145.

¹⁷⁵¹ Пар. 2284. Немачког грађанског законика; D. Leipold, 197; K.H. Gursky, 52.

¹⁷⁵² Пар. 2283. ал. 1 и ал. 2 Немачког грађанског законика; L. Michalski, 105; W. Zimmermann, 146.

¹⁷⁵³ Члан 469. став 2 Швајцарског грађанског законика; P. H. Steinauer (2006), 196-197.

знајући да је уговор опозван, што би касније довело до примене правила о правно неоснованом обогаћењу уговорног оставиоца.¹⁷⁵⁴

Међутим, ако би уговорни оставилац умро, а да није опозвао располагање за случај смрти које је учинио под дејством мана воље, њега би било могуће поништити у складу са чланом 519. ал. 1. тач. 2. Швајцарског грађанског законика, тј. као располагање које „није израз слободне воље.“ Тужбу за поништење би у том случају, према чл. 519. ал. 2. Швајцарског грађанског законика, могло да подигне свако правно заинтересовано лице (наследник или легатар), али би тужилац морао да докаже не само постојање мане воље, већ и њено каузално дејство на садржину изјављене воље уговорног оставиоца. Ако би тужба била усвојена и располагање поништено, декујусова заоставштина би се расправила као да уговор о наслеђивању никада није био закључен.¹⁷⁵⁵ Објективни рок за поништење износи 10 година од проглашења уговора о наслеђивању, односно 30 година ако је тужени несавестан, што ће бити случај ако је он пре истека рока од 10 година знао или морао знати за разлог рушљивости.¹⁷⁵⁶

Тужба ће бити упућена саговорачу уговорног оставиоца све док је жив, односно, након његове смрти, оставинском суду.¹⁷⁵⁷ У швајцарском праву, тужба може да се подигне против сваког лица које је на основу рушљивог уговора стекло повољнији наследноправни положај од онога који би имало да уговор није релативно ништав. Ако тужилац успе са својим захтевом, то ће у складу са пар. 141. Немачког грађанског законика довести до поништења оспореног уговорног располагања. У швајцарском праву тужилац је овлашћен да тражи поништење и само неких одредаба уговора, а суд је дужан да се креће у границама тужбеног захтева, при чему ће пресуда коју ће донети бити конститутивна.¹⁷⁵⁸ Пресуда којом се поништавају одредбе уговора о наслеђивању има ретроактивно дејство, што значи да ће се заоставштина распоредити као да поништена одредба никада није ни била стипулисана.¹⁷⁵⁹

¹⁷⁵⁴ J. Gauthier (1955), 95-96.

¹⁷⁵⁵ P. H. Steinauer (2006), 197.

¹⁷⁵⁶ P. Piöet, 61.

¹⁷⁵⁷ K.H. Gursky, 52.

¹⁷⁵⁸ P. Piöet, 61.

¹⁷⁵⁹ P. H. Steinauer (2006), 378.

Уговорни оставилац који има уговорну способност, може на основу пар. 2284. Немачког грађанског законика, да конвалидира рушљив уговор о наслеђивању (да га „потврди“), тако што ће се одрећи права на његово поништење, што је могуће учинити и путем конклюдентних радњи. Наравно, предуслов је да је уговорни оставилац знао за постојање разлога за поништење.¹⁷⁶⁰

Смисао поништења уговора о наслеђивању од стране оставиоца је његова тежња да поврати слободу располагања својом заоставштином, или да узме у обзир постојање нових нужних наследника.¹⁷⁶¹

5.3. Лезија

Како се у швајцарском праву општа правила о престанку уговора примењују и на уговор о наслеђивању, у науци се поставило питање да ли је уговор о наслеђивању могуће поништити због лезије. Готје је, бавећи се овим питањем, истакао да му нису познати такви случајеви у судској пракси, али је истовремено анализирао да ли би и под којим условима пред судовима могли да се појаве овакви спорови, па ће се у наредним редовима презентовати његово гледиште по овом питању.

Готје у расправи полази од услова које је потребно кумулативно испунити да би могао да се примени члан 21. Швајцарског законика о облигацијама, који регулише питање лезије. Објективни услов је да је у тренутку закључења уговора могуће утврдити очигледну несразмеру у престацијама, а субјективни, да је могуће доказати да је једна уговорна страна одлучила да закључи лезионарни уговор услед тога што је друга уговорна страна злоупотребила њено стање нужде, или њену лакомисленост или неискуство.¹⁷⁶² Обзиром на захтеве форме које треба испунити за закључење овог контракта, он сматра да тешко може доћи до злоупотребе лакомислености или неискуства једне уговорне стране, али да је могуће да се злоупотреби њено стање нужде, што је случај када се уговарач у тренутку закључења уговора налази у некој невољи (која може да буде економске, али и личне, породичне или политичке природе), некој стресној ситуацији или у

¹⁷⁶⁰ BayObLG 1954, 77, наведено према: W. Zimmermann, 145.

¹⁷⁶¹ W. Zimmermann, 146.

¹⁷⁶² J. Gauthier (2006), 365.

стању страха. Суштина је да контрахент пристаје да закључи уговор који је штетан по њега, као мање зло у односу на невољу која му прети.¹⁷⁶³

Разлика у годинама, животном искуству и богатству која неретко постоји између супружника, а услед које у реципрочном уговору о наслеђивању располажу различитом вредношћу заоставштине једно у корист другог, неће се сматрати као „очигледна несразмера престација којом једна уговорна страна искоришћава положај оне друге“. Из тог разлога, каже се да поништење уговора о наслеђивању због лезије није од великог значаја када супружници закључују реципрчни уговор о наслеђивању. Вредност заоставштине коју сваки од њих оставља оном другом и иначе не може да буде позната пре смрти, те од тога да ли ће се она повећати или смањити зависи и то да ли ће један супружник добити еквивалентну престацију од стране другог супружника, односно, друге уговорне стране. Зато је у погледу различитих вредности престација уговорног оставиоца и уговорног наследника немогуће поредити позитивни уговор о наслеђивању са другим синалагматичним уговорима облигационог права, па је и тешко замислити да би на реципрчне уговоре о наслеђивању могла да се примењују правила о лезији, резонује Готје.¹⁷⁶⁴ Зато Вајмар сугерише да је уместо теретног уговора о наслеђивању целисходније закључити купопродају са оброчним отплатама цене под одложним роком, где би продавац задржао право плодуживања на објекту уговора све до своје смрти, а потом га пренео на купца.¹⁷⁶⁵

Готје изводи закључак да уговор о наслеђивању по правилу може да се поништи због лезије само ако је теретан, а не и ако је доброчин.¹⁷⁶⁶ Али, и у оним, ретким случајевима у пракси у којима би поништење теретног уговора о наслеђивању због лезије ипак било могуће, до њега ће доћи било пре, било после смрти уговорног оставиоца, тужбом која ће имати за последицу доношење конститутивне пресуде коју је могуће истаћи према свим заинтересованим лицима, а нарочито према свим наследницима, повериоцима и дужницима.¹⁷⁶⁷ По његовом мишљењу, правни основ за поништење уговора о наслеђивању због

¹⁷⁶³ *Ibid.*

¹⁷⁶⁴ J. Gauthier (2006), 365-366.

¹⁷⁶⁵ Peter Weimar, *Berner Kommentar*, Berne 2000, (n. 21), no 16, p. 92, наведено према: J. Gauthier (2006), 366.

¹⁷⁶⁶ J. Gauthier (2006), 366.

¹⁷⁶⁷ J. Gauthier (2006), 367.

лезије може да буде и чл. 519. ал. 1. Швајцарског грађанског законика, односно чињеница да располагање за случај смрти није израз слободне воље уговорног оставиоца. Стога, пре своје смрти тужбу може да поднесе и сам уговорни оставилац, као уговорна страна која није обавезана уговором јер је жртва лезије, а после оставиоачеве смрти тужбу могу да поднесу и његови наследници, позивајући се на поменути члан 519. Швајцарског грађанског законика.¹⁷⁶⁸ Тужба мора да буде поднета у субјективном року од годину дана од дана сазнања за располагање и за разлог ништавости, а у објективном року од десет година од смрти уговорног оставиоца.¹⁷⁶⁹

5.4. Повреда права на нужни део

Ако је уговорним располагањем уговорног оставиоца повређен нужни део његових нужних наследника, они имају право да тужбом против уговорног наследника траже намирење вредности свог нужног дела у целини или допуну до вредности нужног дела који им припада. Међутим, одредбе у уговору о наслеђивању којима декујус прекорачује расположиви део заоставштине нису апсолутно ништаве, већ рушљиве, пошто до умањења располагања у корист уговорног наследника, или до његове обавезе да исплати новчану противвредност нужног дела, долази само ако то тужбом буду захтевали нужни наследници. Како је о овом питању више речи било у шестом одељку осмог поглавља, то се на овом месту неће понављати претходна излагања.

¹⁷⁶⁸ J. Gauthier (2006), 368.

¹⁷⁶⁹ Чл. 521. ал. 1. Швајцарског грађанског законика.

X УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ - PRO ET CONTRA

1. УВОД

Једно од најдискутованијих питања, не само поводом уговорног наслеђивања, већ и у домаћем наследном праву уопште, јесте оно које се односи на изношење аргумената за и против уговорног наслеђивања. Ова полемика у српској правној књижевности траје практично од завршетка Другог светског рата, када је уговор о наслеђивању проглашен непожељним институтом у нашем позитивноправном поретку, што је, разуме се, било праћено и одговарајућим објашњењима. Интересантно је међутим, да су изношени разлози, којима је правдана одбојност према овом институту, врло ретко продубљеније анализирани, односно, да су уз готово незнатне модификације веома дуго само понављани, попримајући временом малтене својство аксиома. Тек у последње време аутори одступају од овог обрасца и чини се да поново почиње да преовлађује позитиван став према овом основу позивања на наслеђе.

Аргументи *pro et contra* логично представљају последњи и одлучујући корак у анализи уговорног наслеђивања, који претходи дефинисању предлога о положају и статусу овог контракта у будућем српском наследном праву. Након што су сагледани сви релевантни аспекти ове правне установе, има простора да се на основу продубљене анализе ставова различитих аутора, домаћих и страних, али и указивањем на практичне предности и недостатке уговорног наслеђивања у правним системима у којима је оно допуштено, да нимало једноставан одговор на постављену дилему. Иако аутор овог рада заступа начелан став о неопходности уговорног наслеђивања, у складу са научном методологијом и објективношћу, учиниће се покушај да се презентују најзначајнији аргументи заговорника и противника уговорног наслеђивања и да се у погледу сваке изнешене тврдње отвори одговарајућа научна полемика. Из тог разлога, ово поглавље је подељено на две целине, па се у првој излажу аргументи за, а у другој против ове правне установе. Међутим, то не треба схватити сасвим дословно, јер ће се указивањем на предности и мане сваког појединачног аргумента, кроз цело поглавље заправо водити расправа о предностима и недостацима уговора за случај смрти.

Аргументација која ће се износити, поред свог значаја на макроплану, где треба да помогне редакторима Преднацрта Грађанског законика Републике Србије приликом опредељивања о поновном увођењу уговора о наслеђивању у српско право, има своју вредност и на микроплану. Свако лице, приликом предузимања било ког правног посла, па и заључења уговора о наслеђивању, мора да одмери позитивне и могуће негативне консеквенце које такво располагање носи са собом, односно да процени предности и недостатке различитих модалитета располагања заоставштином. Иако је врлине и мане уговорног наслеђивања могуће објективизовати кроз анализу аргумената који се истичу *pro et contra*, увек треба имати у виду и појединачне прилике и околности конкретног случаја, што значи да оно што вреди за једно или чак највећи број лица, не значи да истовремено представља аргумент у погледу свих лица. Из тог разлога ће се кроз тврдњу, да у складу са савременим тенденцијама у наследном праву, које подразумевају планирање распореда заоставштине, свакоме треба да буде дата шанса да својом заоставштином располаже на начин на који сам сматра да је најподеснији за њега, бранити и став да уговорно наслеђивање има неупоредиво више предности него недостатака и да баш због тога, као и због проширивања аутономије воље које оно подразумева, треба допустити његову реafirмацију у српском праву.

2. АРГУМЕНТИ У КОРИСТ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

2.1. Увод

Уговорно наслеђивање није у несагласности ни са једним фундаменталним начелом наследног права. Њиме је могуће одредити како универзалног, тако и сингуларног сукцесора; њиме се обезбеђују принципи универзалности и равноправности у наслеђивању на исти начин као да је реч о завештајном наслеђивању; њиме се не негира начело *ipso iure* наслеђивања и оно је такође ограничено правима нужних наследника у случају прекомерног располагања уговорног оставиоца. Истина, уговорно наслеђивање би довело до укидања начела ограничености основа позивања на наслеђе, али би зато допринело проширењу начела паралелног основа позивања на наслеђе, како формално тако и суштински. Свако лице би у складу са проширеном аутономијом воље која би му била

гарантована, али и својим потребама, могло да се определи да ли ће заоставштином располагати уговором о наслеђивању или завештањем, или чак паралалено и уговором и завештањем, па можда остављајући и „слободан“ део заоставштине за законско наслеђивање, наравно, све на различитим деловима своје заоставштине.¹⁷⁷⁰ Најутемељеније критике на рачун овог основа позивања на наслеђе усмерене су ка томе да се слободом уговорног располагања негира начело слободе завештања, али ни оне нису без недостатака. О овом питању, биће више речи у делу рада у коме ће се анализирати аргуменати који се истичу против уговорног наслеђивања.

2.2. Афирмација начела аутономије воље

Начело аутономије воље, уз начело савесности и поштења које представља његов коректив, јесте једно од два фундаментална начела целокупног грађанског права. Начело уговорног располагања заоставштином је еманација овог темељног приватноправног начела, али и потврда и проширење слободе сваког лица да уреди наследноправне последице своје смрти онако како њему највише одговара. По мишљењу наших аутора, поновним увођењем уговора о наслеђивању у српско право, не само да би била проширена слобода правних субјеката да према својим потребама уређују наследноправне последице смрти, већ би то допринело и већем степену правне сигурности.¹⁷⁷¹ „Уговори о наслеђивању су резултат развијенијих животних и правних потреба, они су и последица консеквентнијег схватања тестаторове слободе у располагању заоставштином.“¹⁷⁷²

Чињеница да се многим уговорима који су допуштени и у српском позитивном праву имплицитно остварују иста или врло слична правна дејства која производе и уговори о наслеђивању, такође доводи у питање оправданост њихове забране и намеће питање да ли формални разлози треба да се нађу испред суштинских? Стога, нису ретки правни писци који истичу да је увођење брачних уговора у правне поретке некадашњих социјалистичких држава у контрадикцији са и даље важећом забраном уговора о наслеђивању у овим правним системима.

¹⁷⁷⁰ Lj. Kadić, 64-65.

¹⁷⁷¹ N. Stojanović (2003), 177.

¹⁷⁷² Д. Миљковић, 4.

Разлог томе је, што се по мишљењу ових аутора, у брачним уговорима могу препознати елементи уговора о наслеђивању, односно, што се слични аргументи могу користити за или против како једне, тако и друге врсте уговора.¹⁷⁷³ Зато се наводи и да би реафирмација уговорног наслеђивања у земљама транзиције била у складу са реафирмацијом приватне својине у овим државама, што би свеукупно допринело проширењу оквира аутономије воље правних субјеката.¹⁷⁷⁴

Новине у наследним правима Француске, Белгије и Италије и увођење нових института, иако различитих по својој суштини и домаћајима, имају и неке заједничке карактеристике. Они по својој правној природи представљају негативне наследноправне уговоре, којима се наследницима даје овлашћење да се унапред одрекну неких будућих права која им закон гарантује (у Италији у циљу настављања породичног бизниса, у Француској у циљу јачања аутономије воље завештаоца, а у Белгији у циљу заштите деце из претходних веза). Али, баш из тог разлога се у страниј литератури тврди да се на тај начин „јача приватна аутономија завештаоца и његових наследника“, јер им се допушта да одустану од диспозитивних правила законског наслеђивања и тиме на флексибилнији начин уреде распоред своје заоставштине.¹⁷⁷⁵

Међутим, у правној књижевности се износе и потпуно супротни аргументи, да се уговорним наслеђивањем ограничава и начело аутономије воље и начело слободе завештања. Зато ће о односу аутономије воље, као врховног начела, и начела слободе завештања и слободе уговарања као његових еманација, детаљније бити речи у одељку у коме ће се презентовати расправа поводом аргумената који се износе против уговора о наслеђивању.

2.3. Правни инструмент који доприноси планирању распореда заоставштине

Овај аргумент проистиче из претходног и представља његово продубљење, у складу са најновијим тенденцијама које постоје у упоредном наследном праву. Под „планирањем наслеђивања“, у литератури се подразумева уређивање

¹⁷⁷³ Lj. Kadić, 56. О предмету брачног уговора и о посредним правним дејствима која овај институт производи, а која су идентична оним која производи уговор о наслеђивању, било је речи у четвртом одељку петог поглавља дисертације.

¹⁷⁷⁴ E. Bikić, M. Povlakić, S. Suljević, M. Plavšić, 484.

¹⁷⁷⁵ A. Braun (20126), 473.

преласка ствари и права за случај смрти, са једне генерације на другу, што обухвата и начине да се избегне атомизација добара (посебно породичних предузећа и пољопривредних газдинстава) која улазе у састав заоставштине и избегавање плаћања сувишних пореза у границама закона. „Планирање заоставштине“, чији је циљ максимизација ефеката и успешности процеса наслеђивања, узроковало је већ помињану „контрактуализацију наследног права“, па наследноправни уговори, уз стандардну употребу завештања, представљају додатно средство за успешно остваривање распореда заоставштине.¹⁷⁷⁶

Али, планирање распореда заоставштине представља много више од једноставног сачињавања завештања или уговора о наслеђивању и обухвата читав систем мера и правних инструмената којима се на целовит начин, обзиром на све релевантне гране приватног права, уређује лични и имовински положај након смрти једног лица.¹⁷⁷⁷ Зато се и у правним системима, у којима је уговор о наслеђивању у начелу забрањен (попут француског), истичу приговори да је таква начелна забрана „једна од најглавнијих препрека за планирање наслеђивања“ и распоређивања имовине за случај смрти.¹⁷⁷⁸ Иако међународно-приватноправни аспект није у фокусу анализе у овом раду, треба указати на Препоруку Европске комисије од 14.10.2009. године,¹⁷⁷⁹ у контексту да су одредбе које она садржи фаворизујуће према пуноважности уговора о наслеђивању, што такође може да буде од утицаја на реформу унутрашњег материјалног права и преиспитивање забране ових уговора у правним системима у којима они још увек нису допуштени.¹⁷⁸⁰

Уговор о наслеђивању даје могућност правним субјектима да још за свог живота трајно уреде наследноправне последице своје смрти.¹⁷⁸¹ Он је за то

¹⁷⁷⁶ Pramodita Sharma, James J. Chrisman, Jess H. Chua, Succession Planning as Planned Behaviour: Some Empirical Results, *Family Business Review*, vol. XVI, 1/2003, 3; S. Van Erp, 4

¹⁷⁷⁷ P. R. Bornhauser, 1.

¹⁷⁷⁸ A. Braun (20126), 464.

¹⁷⁷⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, COM (2009) 0157 final.

¹⁷⁸⁰ Примера ради, према члану 18 (I) наведене Препоруке, пуноважност уговора о наслеђивању ће се процењивати према праву које би било меродавно за расправљање заоставштине у тренутку када је уговор закључен, а ако уговор не би био пуноважан према овом праву, онда ће се његова пуноважност процењивати према праву које би се примењивало на расправљање заоставштине у тренутку смрти уговорног оставиоца. A. Bonomi (2011), 34-38.

¹⁷⁸¹ N. Scortegagna Kavčnik, 910.

нарочито погодан правни инструмент када будући оставилац жели да располаже породичном компанијом и избегне њену деобу. Планирање наслеђивања породичних предузећа подразумева формални процес у коме се управљање преноси са једне генерације на другу, што у привредама које се у великој мери ослањају на оваква предузећа има за последицу позитиван утицај и на шире економске прилике.¹⁷⁸² С друге стране, потомак власника или акционара оваквог предузећа, лакше ће одлучити да настави породични бизнис ако је за наследника одређен уговором о наслеђивању него тестаментом, јер завештање будући оставилац увек може једнострано да опозове.¹⁷⁸³

Повећана флексибилност и шире могућности у планирању наследноправних последица смрти, потребни су и због измењених социјалних и биолошких прилика које су одлика 21. века. Родитељи више не обезбеђују децу примарно кроз трансфер добара за случај смрти, већ кроз инвестирање у њихово образовање и школовање. Повећан ниво друштвеног богатства и дужи људски век имају за последицу да деца постају наследници својих родитеља у четвртој или чак петој деценији живота, када су већ увелико добро финансијски ситуирани и професионално остварени. Стога, уговор о наслеђивању може да буде добро средство трансгенерацијског или другачијег прилагођавања распореда заоставштине који је најпримеренији конкретним околностима.¹⁷⁸⁴

2.4. Побољшање наследноправног положаја оставиоцевог супружника

У правним системима у којима је законски наследноправни положај супружника нешто слабији (нпр. у Француској и грађанскоправним системима нормираним по узору на Наполеонов кодекс), као институти којима се то компензује служе завештање, брачни уговор (кроз уговарање заједнице добара), али и уговорно наслеђивање.¹⁷⁸⁵ У француском праву и правним порецима који следе његову традицију, уговорно именовање надживелог супружника за наследника има за циљ да му кроз користи и приходе неопходне за живот

¹⁷⁸² P. Sharma, J. J. Chrisman, J. H. Chua, 1.

¹⁷⁸³ N. Scortegagna Kavčnik, 910.

¹⁷⁸⁴ A. Braun (20126), 477; S. Van Erp, 8.

¹⁷⁸⁵ W. Pintens (2013), 13-14; J. Maury, 184; C. Renault Brahinsky, 51; Y. Favier, 31.

гарантује довољна материјална средства по престанку брака.¹⁷⁸⁶ Из тог разлога, супружници најчешће закључују реципрочне уговоре о наслеђивању, јер у тренутку њиховог настанка не може да се зна који ће супружник надживети оног другог и стећи уговорена добра.¹⁷⁸⁷ Уз све то, у правној књижевности се истичу аргументи да је у смислу обвезивања и сигурности, „психолошки утицај на супружнике много јачи“ када закључе уговор о наслеђивању, него када сачине завештање.¹⁷⁸⁸

Прихватљива је Ђурђевићева аргументација да уговор о наслеђивању може да пружи „извесност у погледу имовинскоправног положаја“ надживелог супружника и у српском праву, посебно када се он јавља као законски наследник у другом наследном реду, где не постоји међусобна дужност издржавања између припадника овог наследног реда, а институт повећања наследног дела супружника није постигао жељена дејства у пракси.¹⁷⁸⁹ Уговорним наслеђивањем може да се оствари још један важан правно-политички задатак. Заједничка имовина, према члану 171. став 1. Породичног закона Србије, представља имовину коју су супружници стекли радом за време трајања брачне заједнице. Ефективно учешће једног супружника у стицању заједничке имовине може да буде далеко мање од радног ангажмана другог супружника, односно постоји могућност да настане несразмера између уложеног рада и вредности удела који настаје деобом заједничке имовине.¹⁷⁹⁰ Уговором о смеси, којим се предвиђа стварање имовинске заједнице између супружника и прописује да ће тако одређену имовину наследити надживели супружник, могуће је отклонити овакве неправичности у сваком конкретном случају.

¹⁷⁸⁶ F. Terré, Y. Lequette, 447; F. Ferran, 53; *La donation entre époux établie en France produit-elle ses effets à l'étranger*, 1.

¹⁷⁸⁷ Чл. 1091. Француског грађанског законика; *La donation entre époux établie en France produit-elle ses effets à l'étranger*, 1.

¹⁷⁸⁸ J. Maury, 184.

¹⁷⁸⁹ Д. Ђурђевић (2009), 202. Из тог разлога, имајући у виду савремене тенденције у упоредном праву, анахроно делује аргумент Дујмова да у савременим правима није потребно побољшавати наследноправни положај и имовинско стање супружника, јер су брачни другови данас изједначени у правима и обавезама. L. Дијмов, 103-104.

¹⁷⁹⁰ С. Панов (2014), 329-342.

2.5. Уговор о наслеђивању доприноси правној сигурности и стварању извесности у поретку сукцесије

Од свих основа позивања на наслеђе, једино се уговорно наслеђивање сматра извесним наслеђивањем.¹⁷⁹¹ Несумњиво, положај наследника је најсигурнији у режиму контрактуалног наслеђивања, јер за разлику од завештаоца, уговорни оставилац не може без сагласности друге уговорне стране да раскине или измени своје располагање *mortis causa*. На тај начин се даје допринос правној сигурности, подстиче се промишљеност и храброст лица да преузму одговорност за расподелу своје заоставштине и предупређују се могући каснији спорови око деобе заоставштине, који су код нас чести. Ограничење уговорног оставиоца у могућности да располаже објектом уговора о наслеђивању правним пословима *mortis causa*, односно, његова везаност закљученим уговором о наслеђивању која се заснива на „социјално утемељеним очекивањима“ најближих чланова оставиоачеве породице,¹⁷⁹² представља додатну сигурност за правни положај уговорног наследника.¹⁷⁹³

У нашој науци се наводи да сигурност у поретку сукцесије између генерација није могуће остварити тестаментом, већ само уговором о наслеђивању, а да је та сигурност нарочито важна када један или више потомака раде у породичном предузећу и бивају припремани од стране предака да их наследе.¹⁷⁹⁴ Зато се Ђурђевић залаже за увођење уговора о наслеђивању у српско право, који би се закључивао између једног лица и чланова његове породичне заједнице који са њим заједно живе и привређују, а у погледу имовине која представља њихову заједничку својину.¹⁷⁹⁵ Он сматра да би на тај начин лице, које је у јавном регистру често означено као власник имовине која као заједничка својина припада целој породичној заједници (јер је радом у њој стечена), било спречено да је отуђује правним пословима *mortis causa*, чиме би била употпуњена заштита

¹⁷⁹¹ Д. М. Пешуновић, 4-5.

¹⁷⁹² Д. Ђурђевић (2009), 209.

¹⁷⁹³ Д. Миљковић, 21.

¹⁷⁹⁴ Д. Ђурђевић (2009), 203.

¹⁷⁹⁵ Д. Ђурђевић (2009), 208.

чланова породичне заједнице, јер оваквом имовином иначе не може самостално да се располаже правним пословима *inter vivos*.¹⁷⁹⁶

У прилог претходног излагања говори и могућ практичан пример. У српском праву је, за разлику од немачког права, забрањен уговор о куповини наслеђа (параграф 2371. Немачког грађанског законика). Међутим, није немогуће замислити да би и у српском праву сличне, а допуштене правне последице, могле да се постигну кроз два одвојена правна посла. Рецимо, будућем оставиоцу коме је новац хитно потребан, новчани износ у приближној вредности, целине или дела заоставштине, може да позајми неко друго лице. Ако би њихов договор био такав да ће зајмопримац вратити новац у форми легата, несумњиво је да би правни положај зајмодавца био неупоредиво сигурнији ако би одредба о легату била саставни део уговора, него ако би била саставни део завештања.

Везивање уговорног оставиоца уговором о наслеђивању је некада и њему самом у интересу. Иако чињеница да је закључен уговор о наслеђивању не значи да уговорни наследник мора да се прихвати наследства у оставинском поступку, сагласност воља која је неопходна за настанак уговора носи са собом многе бенефите. Најпре, сагласност уговорног наследника са расподелом заоставштине уговорног оставиоца претпоставља мање спорова поводом пуноважности уговора о наслеђивању у односу на спорове о пуноважности завештања.¹⁷⁹⁷ Завештање настаје и производи правна дејства без икаквог учешћа неке друге воље, а често завештајни наследник и не зна да је именован за наследника и колика му је наследна квота додељена, све до тренутка проглашења завештања. Чињеница да уговорни наследник не може да не буде свестан околности да је одређен за наследника, значајно доприноси правној извесности. Сагласност уговорног наследника на настанак уговора о наслеђивању не значи да он мора да остане при датој речи и у оставинском поступку, али је значајна са моралног аспекта и претпоставља да неће бити много наследника који ће се предомишљати. Нека права, попут каталонског или арагонског, иду и корак даље у гарантовању сигурности оставиочевог уговорног располагања, па ускраћују могућност

¹⁷⁹⁶ Д. Ђурђевић (2009), 209.

¹⁷⁹⁷ Незадовољство неког лица тиме што није постало наследник, или величином наследног дела који му је припао, наравно није разлог за неважност завештања, али је у пракси примећено да је управо то најчешћи мотив за изналагање разлога за материјалну или формалну (не)пуноважност завештања.

уговорном наследнику да да негативну наследну изјаву.¹⁷⁹⁸ Дакле, закључењем уговора за случај смрти, уговорни оставилац постаје готово сигуран да ће се његова заоставштина заиста распоредити онако како је он то желео, много више него код завештајног или законског наслеђивања, када „прелиминарну“ сагласност са распоредом заоставштине или није могуће дати, или она у српском праву не производи допуштена правна дејства.

Уговорни оставилац ће имати интерес да се обавезе и када жели да обезбеди за себе или за неко треће лице доживотно издржавање или плаћање доживотне ренте од стране уговорног наследника, што не би било могуће ако се и сам не би обавезао према њему, а то се може само уговором о наслеђивању.¹⁷⁹⁹

Уговор о наслеђивању има предности у односу на завештање. У немачкој литератури се наводи да је „обзиром на суштину брака, уговор о наслеђивању који оставиоца обавезује, погоднији за веренике и брачне другове од заједничког тестаментa“, из ког разлога „закон предвиђа за уговоре о наслеђивању између вереника и брачних другова шире олакшице, и проглашава применљивим извесне прописе о заједничком тестаменту.“¹⁸⁰⁰ Завештање има своју „тамну страну“, која омогућава тастатору да користећи се његовом једностраном опозивошћу, понекада условљава и уцењује лица које је одредио за наследнике, стављајући им у изглед да ће искористити своје право на ревокацију када год се они не буду понашали на начин на који он то жели.¹⁸⁰¹ Треба подсетити и да су елементи форме *ad solemnitatem*, која је неопходна за пуноважност уговора о наслеђивању, односно активно учешће судије или нотара у његовом настанку, а који нису неопходни за све завештајне форме, још једна предност уговорног наслеђивања. Оваква форма значајно умањује могућност да се располаже за случај смрти под утицајем мана воље (што је рецимо, веома тешко доказати код својеручног завештања) и искључује спорове око аутентичности садржине завештања (што је нпр. могуће како код својеручног, тако и код усменог завештања).

¹⁷⁹⁸ M. Martínez, 115, 119.

¹⁷⁹⁹ P. H. Steinauer (2006), 311; P. Gottwald, D. Schwab, E. Büttner, 134.

¹⁸⁰⁰ K. H. Gursky, 54.

¹⁸⁰¹ Д. Ђурђевић (2009), 207. У средњовековном немачком праву, завештање је чак било забрањено, јер се сматрало да се њиме нарушавају права наследника, те се добрима за случај смрти располагало уговором о наслеђивању. С. Шаркић (1999), 172.

Уговор о наслеђивању има предности и у односу на облигационоправне уговоре који производе наследноправна дејства. Оне су наспрам уговора о доживотном издржавању, као једног од најчешћих правних послова у нашој пракси, двоструке. Прво, уговором о наслеђивању се штите права нужних наследника.¹⁸⁰² Друго, за разлику од даваоца из уговора о доживотном издржавању, уговорни наследник, као оставиочев универзални сукцесор, у потпуности одговара за дугове оставиоца. Чак и ако би уговором о доживотном издржавању било стипулисано да ће давалац издржавања исплатити примаочеве дугове, то ће се увек односити само на дугове који постоје у тренутку закључења уговора, а не и на оне који би накнадно настали, јер давалац издржавања није примаочев универзални сукцесор.¹⁸⁰³ Зато је констатовано, да се није довољно водило рачуна о последицама које ће произвести замена уговора о наслеђивању могућношћу прешироког закључења уговора о доживотном издржавању, што је у пракси довело до проблематичних решења.¹⁸⁰⁴

Може се закључити да уговор о наслеђивању представља потпунији институт у односу на завештање, јер пружа двоструку сигурност, како уговорном оставиоцу, тако и уговорном наследнику. Она је гарантована начелном једностраном неопозивошћу уговора за случај смрти, што то не ограничава уговорног оставиоца да у складу са промењеним приликама коригује своју вољу, изражену приликом закључења уговора, и посредно, располагањем међу живима, лиши уговор правних дејстава или их ограничи. Но, ни ова декујусова слобода није апсолутна, већ је ограничена начелом савесности и поштења, јер је показано да би правни послови које би оставилац предузимао са намером да изигра оправдана очекивања уговорног наследника, нарочито у теретном уговору о наслеђивању, могла после његове смрти да буду поништена. Једном речју, правна извесност, која се постиже у пресеку начела аутономије воље и начела савесности и поштења, израженија је код контрактуалног, него код завештајног наслеђивања.

¹⁸⁰² N. Stojanović (2003), 177.

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ S. Marković (1978), 33.

2.6. Средство економске и социјалне политике

Помало неочекивано, показало се да уговор о наслеђивању, истина у модификованом облику у односу на онај каквим га познаје традиционална доктрина, може да буде делотворно средство економске и социјалне политике. Разлог због кога је Европска комисија још 7. децембра 1994. године донела препоруку којом је од држава чланица захтевала да олакшају пренос малих и средњих предузећа са једне на другу генерацију, јесте намера да се тиме спречи ликвидација правних лица и спречи раст незапослености.¹⁸⁰⁵ У Европској унији постоји око 17 милиона породичних предузећа, у којима је запослено око 100 милиона људи и која чине отприлике 60% целокупног бизнис сектора у овој заједници, при чему међу 100 најуспешнијих компанија у ЕУ, свака четврта представља породично предузеће.¹⁸⁰⁶ Испоставило се да је ове резултате могуће постићи како мерама компанијског и пореског права, тако и либералнијим односом према уговорима о наслеђивању.¹⁸⁰⁷

Смисао италијанског *patto di famiglia* састоји се у очувању стабилности и континуитета пословања породичних предузећа, који се постиже тако што њихов власник или акционар преноси својину или акције на једног или више потомака за које сматра да су најспособнији да наставе породични бизнис, али истовремено водећи рачуна о правима нужних наследника, који ако желе добијају накнаду од стране лица којима се предузеће или његов удео уступа.¹⁸⁰⁸ Слично решење постоји у каталонском праву, где у циљу олакшавања управљања компанијама од стране чланова породице или трећих лица, уговор о наслеђивању може да садржи специјални документ као додатак споразуму, тзв. „протокол о породичном предузећу“.¹⁸⁰⁹ Уговором о наслеђивању је могуће успешно регулисати питање наслеђивања малих породичних предузећа и у немачком праву, нарочито када уговорни оставилац има више деце.¹⁸¹⁰ За разлику од располагања породичном

¹⁸⁰⁵ A. Verbeke, Y. H. Leleu, 344.

¹⁸⁰⁶ S. N. Navarro, 113.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ A. Braun (20126), 472.

¹⁸⁰⁹ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 67.

¹⁸¹⁰ Roland Klause, Family Business Succession Planning in Germany – Strategies for Intergenerational Transfer in a Globalized world, *Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family*

компанијом „Берлинским тестаментом“, где деци и даље стоји на располагању могућност да затраже право на нужни део и тиме ипак доведу у питање наставак породичног бизниса, захваљујући концепцији уговора о наслеђивању, овај проблем може да се превазиђе. То се чини тако што оставилац уговором чини обавезујући распоред својих добара, што уз комбинацију са одрицањем деце од права на нужни део на будућој заоставштини, омогућава да пренос породичне компаније произведе правна дејства.¹⁸¹¹

Због чега је уговор о наслеђивању најпогоднији правни посао за остваривање ових циљева, или бар, зашто је погоднији од завештања? Приликом поређења делотворности уговора и завештања за пренос породичних предузећа у каталонском праву, значајна пажња се придаје економском аспекту последица једног, односно другог правног посла. Иако економске последице, односно трошкови одлучивања о томе ко ће бити наследник неког лица зависе и од врсте породичног предузећа у конкретном случају, какав год да је избор наследника у питању, он нужно обухвата „информационе трошкове“, који подразумевају ресурсе који треба да се уложе у доношење одлуке о томе које лице или која лица треба да буду наследници или легатари.¹⁸¹² Наравно, што породично предузеће има сложенију организациону структуру, овакви трошкови ће бити већи јер подразумевају прикупљање информација, преговоре са више потенцијалних кандидата које власник предузећа има у виду као потенцијалне наследнике који би најефикасније наставили да управљају компанијом, а некада чак и сагласност појединих породичних органа, односно органа у компанији, на избор наследника и предложене стратегије развоја од стране (су)власника.¹⁸¹³ То су све такозвани трансакциони трошкови избора наследника.

У пракси, власник своје породично предузеће или један његов део ретко још за живота преноси на лице које одабере за наследника, већ он много чешће презентује том лицу стратешки план развоја предузећа и ставља му у изглед да ће на њега пренети својину над предузећем, не би ли на тај начин утицао на његово будуће понашање и на лојалност према компанији. Међутим, интересантно је да

Businesses in Comparative Perspective, edited by Isabell Stamm, Peter Breitschmid, Martin Kohli, Zurich - Basel – Geneva 2011, 304.

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² S. Navas Navarro, 118, 124.

¹⁸¹³ S. Navas Navarro, 119-120.

се у литератури констатује да је домашај оваквог утицаја већи ако наследник има наследну наду (односно, ако је одређен за наследника) на основу тестаментa, него на темељу уговора о наслеђивању, а ако већ стиче права на основу уговора, да је онда ефекат много већи када је уговорна страна, него ако је реч о уговору у корист трећег.¹⁸¹⁴ Према мишљењу ових аутора, аргументи за ову тврдњу се проналазе управо у ономе што би, на први поглед, могло да изгледа као предност уговора о наслеђивању. Чињеница да овај контракт део својих правних дејстава може да произведе још за живота онога ко располаже заоставштином, односно да је овај правни посао једнострано неопозив, може да делује контрапродуктивно, јер је уговорни наследник сигурнији у свој правни положај у односу на завештајног наследника. Лице уговором одређено за сукцесора у вођењу породичног бизниса може да промени свој однос према компанији, да покаже незаинтересованост према њеном напретку, па чак и извесну незахвалност према будућем оставиоцу (наравно, не у мери која би била основ за опозив уговора, односно за искључење из наследства).¹⁸¹⁵

Друго, сâм власник породичне компаније може, након именована наследника, да промени своје жеље и циљеве, што значи, да би складу са свим могућим ризицима, требало да унесе у уговор одредбе које би му омогућиле да опозове своје располагање. То опет повећава трансакционе трошкове приликом закључења уговора о наслеђивању, у смислу високе цене прикупљања информација о свим могућим ризицима и догађајима који би омогућили једнострано опозивање уговора. Једино што би као алтернатива стајало на располагању будућем оставиоцу јесте могућност споразумног раскида уговора, али и то захтева сагласност свих уговарача, што опет подразумева да они буду информисани о тој могућности и да се са њом сагласе, а то значи нове економске трошкове.¹⁸¹⁶ То указује да је завештање као једнострано опозив правни посао погодније за располагање породичним предузећем, јер олакшава и убрзава прилагођавање распореда заоставштине у складу са завештаочевим промењеним жељама и не подразумева обавезу обавештавања именованог наследника о

¹⁸¹⁴ S. Navas Navarro, 120-121.

¹⁸¹⁵ S. Navas Navarro, 121.

¹⁸¹⁶ Међутим, треба рећи да ни ово није универзално правило. За разлику од каталонског права, у праву Арагона промењене околности представљају разлог за раскид уговора већ по самом закону. S. Navas Navarro, 122.

опозивању, што значи и веће уштеде у односу на уговор о наслеђивању.¹⁸¹⁷ Другим речима, иако је овде првенствено реч о превентивним уговорима о наслеђивању, корист од њиховог закључења је мања од трошкова који нужно прате њихов настанак. Дакле, завештање је правни посао који обезбеђује највећу корист уз најмање трошкове, премда се, гледајући само из угла правника, завештањем и превентивним уговором о наслеђивању постижу једнаки циљеви и ефекти у располагању породичним предузећем.¹⁸¹⁸

Међутим, са друге стране, да би породично предузеће наставило да послује са успехом, није довољна само жеља његовог власника за тим, па чак ни његова процена које ће лице најуспешније наставити да води посао. Потребна је и сагласност, односно жеља одабраног наследника за тим, која може да буде изражена само у форми уговора.¹⁸¹⁹ Због тога, власник предузећа не сме да буде препуштен никаквој неизвесности, тј. он још за свог живота мора да буде свестан сагласности лица које сматра најпозванијим да настави са вођењем породичног предузећа. Иако то лице након његове смрти може да ускрати сагласност у оставинском поступку, таква опција је више теоријски него практично могућа.

У литератури посвећеној породичном бизнису, каже се да „ефекти стратешких потреба бизниса треба да имају предност у односу на користи појединих чланова породице.“¹⁸²⁰ Међутим, неретко је став породице према томе ко треба да настави да води породични бизнис опредељујући за одлуку. Наиме, показало се да породичне компаније лакше одолевају променама економских прилика, прилагођавању у коришћењу нових технологија и учешћу у тржишној утакмици, него поремећеним међупородичним односима, изазваним преношењем капитала са једне генерације на другу. Подршка и поверење, које остали чланови породице треба да имају у лице које ће наставити да води породични бизнис, је толико важан фактор, да се чак истиче да је као критеријум значајнији од максималног профита предузећа који би можда био остварен ако би неки други члан породице, који ужива мање поверење, наставио да руководи породичном

¹⁸¹⁷ S. Navas Navarro, 124-125.

¹⁸¹⁸ S. Navas Navarro, 123, 125.

¹⁸¹⁹ P. Sharma, J. J. Chrisman, J. H. Chua, 5.

¹⁸²⁰ Robert H. Brockhaus, Family Business Succession: Suggestions for Future Research, *Family Business Review*, Volume 17, Issue 2/2004, 166.

компанијом.¹⁸²¹ Стога, неодговорно и неблаговремено планирање распореда овог дела заоставштине, извесно води повећаним пореским издацима, а понекада и умањењу капитала, подели компаније, нарушеним породичним односима и обесмишљавању труда и рада које је оставилац за живота улагао у породични бизнис.¹⁸²² Таква врста споразума и нужност вишестране сагласности иманентна је само уговору, па је то аргумент више за допуштено уговора о наслеђивању.

У том смислу, уговор о наслеђивању у каталонском и неким другим правима сада има развојну функцију и ипак се показује као најефикаснији правни инструмент у планирању распореда заоставштине, посебно када се ради о њеном трансгенерацијском преносу.¹⁸²³

3. АРГУМЕНТИ ПРОТИВ УГОВОРНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

3.1. Супротност јавном поретку и добрим обичајима

Аргументација да је уговор о наслеђивању правни посао који је супротан добрим обичајима, па да би сходно томе требало да буде погођен санкцијом апсолутне ништавости, има своје корене још у римском праву. Временом се мењало само образложење којим је поткрепљивана ова тврдња, али је начелан став, о несагласности овог контракта са моралом, остао лајт мотив његове забране у многим правима. У француској науци се истицало да је сам предмет уговора о наслеђивању супротан добрим обичајима (*adversus bonos mores*), јер се односи на смрт лица чија је заоставштина предмет, односно објекат уговора, што је по већинском мишљењу подразумевало жељу наследника да декујус што пре нестане (*votum mortis captandae*).¹⁸²⁴ И у белгијском праву се уговори о наслеђивању, као уговори који за предмет имају будућа права, сматрају супротним јавном поретку и услед тога, начелно ништавим, иако и белгијско право познаје сличне изузетке од ове забране као и француско право.¹⁸²⁵ Став о супротности ових уговора јавном поретку утицао је да они не буду прихваћени ни у Шпнаском грађанском

¹⁸²¹ R. H. Brockhaus, 167.

¹⁸²² R. Klause, 299-300.

¹⁸²³ E. Arroyo i Amayuelas, M. Anderson, 65-67; S. Navas Navarro, 107, 115-117.

¹⁸²⁴ H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, 554; G. Lepointe (1958), 469; M. Grimaldi, 337.

¹⁸²⁵ A. Verbeke, 199.

законику.¹⁸²⁶ Идентични разлози послужили су и за начелан став да је уговор о наслеђивању, као правни посао супротан добрим обичајима, ништав у јужноафричком праву, изузев ако се предузима у форми поклона за случај смрти или завештајних одредби у предбрачном уговору.¹⁸²⁷ Најзад, и домаћи аутори су често били склони да уговор за случај смрти дефинишу кроз устаљену синтагму да се њиме „шпекулише смрћу“, те да је као такав био „супротан социјалистичком моралу“.¹⁸²⁸

Изнешена аргументација се не чини довољно добром. Пре свега, стање упоредног законодавства и праксе, савремене тенденције у наследном праву и све израженије тежње за планирањем распореда заоставштине, у 21. веку чине третирање уговора о наслеђивању, као института супротног јавном или породичном моралу, добрим обичајима, па и цивилизацијским нормама, сасвим анахроним¹⁸²⁹ и логички недоследним. Грималди исправно констатује да би онда сваки начин уређења наследноправне сукцесије, независно од тога да ли је заснован на закону или на завештању, могао да се протумачи као да се њиме „призива смрт“.¹⁸³⁰

Да би се испитала тврдња о супротстављености уговора о наслеђивању добрим обичајима, односно „социјалистичком моралу“, пре свега треба дефинисати појам како добрих обичаја, тако и јавног поретка, што су питања којима се у српској науци највише бавио професор Слободан Перовић. Добри обичаји представљају свест једне друштвене средине која није непосредно правно санкционисана, али се огледа у осећају правичности у правном и друштвеном промету и животу уопште.¹⁸³¹ Богишићевим речима, то су „она правила обичне љуцкоте и правичности, на покоравање којима власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна свијест свагда осуђује оне који та правила престапају“.¹⁸³² Да би се у примени моралних норми и добрих обичаја постигао

¹⁸²⁶ S. Cámara Lapuente, 295.

¹⁸²⁷ M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 7, 214.

¹⁸²⁸ Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81; S. Marković (1978), 33; B. Ajzner, 105. Да ова аргументација није специјалност нашег права, даје нам доказа и шпанска литература, Espejo Lerdo de Tejada, Manuel, La sucesión contractual en el Código Civil, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla 1999, наведено према: M. Martínez, 109.

¹⁸²⁹ Y. Favier, 29.

¹⁸³⁰ M. Grimaldi, 316.

¹⁸³¹ Слободан Перовић, *Правно-филозофске расправе*, Београд 1995, 348.

¹⁸³² Чл. 785. Општег имовинског законика за Црну Гору.

компромис између захтева за правичношћу, с једне стране, и захтева правне сигурности, са друге стране, потребно је принципе правног и моралног поретка примењивати кроз конкретне институте, односно кроз призму правила о забрањености предмета и циља уговора.¹⁸³³ Може се констатовати да је приликом анализе услова потребних за настанак уговора о наслеђивању показано да предмет и циљ овог правног посла не могу *per se* бити супротни добрим обичајима, односно, да се недопуштеност предмета и циља уговора за случај смрти има процењивати као да је реч о било ком другом уговору. На овој позицији стоји и енглеско право, у коме се наследноправни уговори (иако се под тим углавном подразумевају уговори о садржини завештања и заједничка завештања, којима се у енглеском праву даје уговорна правна природа) не сматрају супротним јавном поретку, а ако би неки овакав уговор и био поништен због супротности јавном поретку, разлог томе би била његова садржина или мотиви из којих је настао, а не постојање било каквог општег начела према коме су уговори о наслеђивању супротни добрим обичајима или јавном поретку.¹⁸³⁴

Међутим, за добре обичаје се потпуно легитимно може рећи и да представљају само један аспект јавног поретка.¹⁸³⁵ Установа јавног поретка није једном и апсолутно дата, непроменљива и окамењена, већ је променљива и у времену и у простору, пошто се састоји од друштвених норми које на општи начин манифестују политичка, економска и социјална схватања, опредељења и стремљења конкретне друштвене заједнице у једном времену.¹⁸³⁶ Јавни поредак се мења не само у различитим друштвеним системима, него и у једном истом друштву.¹⁸³⁷ Може се констатовати да је јавни поредак у сфери уговора „скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које се у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати“.¹⁸³⁸ Дакле, то су принципи економске организације једног друштва, затим принципи који проистичу из моралног, филозофског и политичког

¹⁸³³ С. Перовић (1995), 350-351.

¹⁸³⁴ R. Kerridge (2011), 142.

¹⁸³⁵ С. Перовић (1995), 346.

¹⁸³⁶ Слободан Перовић, Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3/1982, 311; Д. Стојановић (1968), 388; С. Перовић (1976), 22-23.

¹⁸³⁷ С. Перовић (1976), 25; С. Перовић (1982), 311, 313.

¹⁸³⁸ С. Перовић (1976), 23; С. Перовић (1982), 312.

опредељена једне заједнице, што значи да се правни поредак не састоји само из позитивноправних, већ и од других правила понашања, пре свега моралних норми, а која сва кумулативно утичу на изглед појма јавног поретка.¹⁸³⁹ Анализирајући овако дефинисан појам јавног поретка у Србији, са једне стране, и појам уговорног наслеђивања, са друге стране, може се закључити да не постоји ниједан конститутивни елемент, нити аспект уговора о наслеђивању који би био у супротности са овако дефинисаним принципима. За ову тврдњу узимамо као аргумент не само чињеницу да се у српском позитивном праву посредна дејства уговорног наслеђивања већ остварују неким институтима, већ и то да професор Перовић, у свом темељном истраживању о забрањеним уговорима, у коме је многе од њих и таксативно навео, ни на једном једином месту није поменуо уговор о наслеђивању.¹⁸⁴⁰

У контексту ове расправе, треба подсетити и да је Врховни суд Хрватске 1956. године донео једну веома занимљиву одлуку, у којој је навео да треба признати важност изјаве последње воље садржане у уговору о наслеђивању, ако она испуњава потребне услове за завештање.¹⁸⁴¹ Очигледно да је и сâм суд констатовао да сама последња воља којом се врши распоред добара за случај смрти није супротна моралу, нити се њоме шпекулише смрћу. А како није реч о суштинском, односно материјалном елементу уговора о наслеђивању који води његовој недопуштености, могло би да се постави питање да ли то онда значи да је сама форма у којој се закључује уговор о наслеђивању супротна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима? Изгледа да би давање потврдног одговора на ово питање било заиста апсурдно.

Имајући све наведено на уму, може се прихватити гледиште које је изнешено на више места у литератури, а према коме је забрана уговорног наслеђивања у нашем праву и аргументација која је његову забрану пратила, мање продукт правничког, а више идеолошког приступа овом проблему, јер је овај уговор био забрањен у свим социјалистичким државама.¹⁸⁴² Иако је ово гледиште

¹⁸³⁹ С. Перовић (1976), 23-24; С. Перовић (1982), 311.

¹⁸⁴⁰ Слободан Перовић, *Забрањени уговори у имовинско-правним односима*, Београд 1975.

¹⁸⁴¹ Пресуда Врховног суда НР Хрватске, Гж. 1769/56 од 11.11.1956. године, Збирка судских одлука, књига I, свеска 3/1956, 105.

¹⁸⁴² О. Антић (2014), 41, фн. 73; Lj. Kadić, 68-69; N. Scortegagna Kavčnik, 904.

критиковано у једном делу правне књижевности,¹⁸⁴³ чини се да се оно може успешно бранити. Југословенска судска пракса се у периоду од 1947-1950 године готово у потпуности ослањала на Тезе за предпројекат закона о наслеђивању, које је сматрала директивама за суђење, а Тезе су у огромној мери рађене по узору на својетско наследно право, које је такође забрањивало уговор о наслеђивању.¹⁸⁴⁴

3.2. Неодређеност предмета уговора

Уговор о наслеђивању је критикован из разлога што у тренутку његовог закључења, предмет уговора није прецизно одређен.¹⁸⁴⁵ Истицана је и примедба да путем уговора за случај смрти може да се изврши „везивање“ права својине на непокретностима.¹⁸⁴⁶ О првој примедби је већ расправљано у седмом поглављу дисертације. Ни други аргумент није без недостатака, јер је у осмом поглављу указано да уговорни оставилац задржава право да располаже објектом уговора правним пословима међу живима.

3.3. Неопозивост уговора о наслеђивању - ограничење аутономије воље – ограничење слободе завештања

Једна од најчешћих замерки која се ставља уговорном наслеђивању јесте да се овим институтом сужава или потпуно укида слобода завештања. Одатле се последично извлачи закључак да се уговорним наслеђивањем ограничава аутономија воље уговорног оставиоца, а како је разлог свему томе једнострана неопозивост уговора о наслеђивању, која се такође излаже критици, то ће сва три наведена аргумента, због своје повезаности, бити анализирана у истом одељку.

Није мали број аутора који истичу да се уговором о наслеђивању увек ограничава слобода завештања када једно лице неопозиво располаже својом заоставштином или неким њеним делом. Слобода завештања може да постоји само када је једно лице овлашћено да једностраном изјавом воље, до краја живота,

¹⁸⁴³ Д. Ђурђевић (2009), 200.

¹⁸⁴⁴ Nikola Gavella, Nasljedno pravno uređenje kao integralni dio pravnog poretka SFRJ – povodom tridesetogodišnjice stupanja na snagu ZON, *Zbornik PFZ 35 (4)/1985*, 380-381.

¹⁸⁴⁵ M. Martínez, 109.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*

слободно располаже својим добрима *mortis causa*.¹⁸⁴⁷ Очување слободе завештања и остављање овлашћења оставиоцу да измени или опозове своје располагање за случај смрти, главни су разлози због којих је овај уговор забрањен у француском праву и у правима настајалим по узору на Француски грађански законик, као што су шпанско или италијанско право, али, са друге стране, и јужноафричко право.¹⁸⁴⁸ У словеначкој науци такође постоји схватање да једном лицу мора да буде омогућено да слободно располаже својим добрима све до своје смрти, а пошто уговор о наслеђивању у томе везује уговорног оставиоца, јер не може једнострано да га опозове, овај институт није допуштен.¹⁸⁴⁹ У том смислу је чак и Уставни суд Словеније, у одлуци U-I-123/94 коју је донео 9. јула 1994. године, изнео гледиште да уговори о наслеђивању нису у складу са уставом Словеније, јер су неморални и јер би се противили уставом гарантованим правима и слободама човека. Аргументовало се да би њиховим закључењем уговорни оставилац себе везао у погледу могућности даље измене свог располагања за случај смрти, а он у тренутку закључења уговора не може да зна какав ће бити састав његове заоставштине у тренутку његове делације. Такође, наведено је да законодавац треба да се определи за један од два могућа основа вољног наслеђивања, а да се словеначки определио за тестамент.¹⁸⁵⁰ Чак је и Врховни суд Србије у једној одлуци изразио схватање да је уговор о наслеђивању у супротности са начелом слободе располагања имовином за случај смрти.¹⁸⁵¹

У домаћој правној науци је још Константиновић, у образложењу Теза за предпројект закона о наслеђивању, истицао да поред законског и завештајног наслеђивања, „уговор о наслеђивању не одговара данас никаквој потреби.“¹⁸⁵² Он је био мишљења да би се гарантовањем права на закључење уговора о наслеђивању укинула слобода завештања, јер је тестамент као једнострани правни посао увек могуће изменити или опозвати, „док уговор о наслеђивању везује

¹⁸⁴⁷ D. Hutchinson (1989), 1-2, 4; D. Hutchinson (1983), 231.

¹⁸⁴⁸ A. Bonomi (2003), 40; I. H. Alonso, 101; M. Martínez, 109; F. Tassinari, 66; M J de Waal, M C Schoeman-Malan, 213.

¹⁸⁴⁹ N. Scortegagna Kavčnik, 906.

¹⁸⁵⁰ N. Scortegagna Kavčnik, 906-907.

¹⁸⁵¹ Решење Врховног суда Србије Гзз-174/50, Збирка судских одлука I, бр. 174, наведено према: S. Marković (1978), 33.

¹⁸⁵² M. Константиновић (1982), 469.

дефинитивно и може бити измењен само са пристанком друге стране.¹⁸⁵³ И у савременој науци се наводе исти аргументи о немогућности промене воље декујуса у погледу распореда заоставштине, након закључења уговора о наслеђивању, уз закључак да би склапањем уговора уговорни оставилац самоограничио своју слободу, што би могло да доведе до „комерцијализације“ наслеђивања, а што све заједно не би било у складу са моралом и добрим обичајима.¹⁸⁵⁴ Због тога ће поједини аутори констатовати да уговор за случај смрти представља институт којим се ограничава располагање имовином уопште.¹⁸⁵⁵ Из начелне немогућности једностраног одустанка од овако закљученог уговора, чак и у ситуацијама када би се након његовог настанка битно промениле околности које су определиле једну или обе уговорне стране да га закључе, поједини аутори поентирају да се тиме доприноси „заробљавању воље“ оних који се уговором о наслеђивању обавезују, тј. да „уговор, уместо да буде инструмент правичности и у складу са вољом лица које распоређује своју заоставштину, постаје инструмент дубоке неправде која тешко погађа то лице“.¹⁸⁵⁶ Најзад, у литератури постоје и радикална гледишта, „да је посве разумљиво што је овај уговор забрањен у нашем праву“, јер уговор о наслеђивању „у великој мери огрничава основне слободе и права грађана, па је као такав супротан уставним одредбама које регулишу слободе и права грађана.“¹⁸⁵⁷

Ипак, наведени аргументи нису без мањкавости. Најпре, треба рећи да је поменута одлука Уставног суда Словеније наишла на критику и у словеначкој литератури. Аргументовано је да ни у упоредном праву не постоји начело искључивости између тестаментa и уговора о наслеђивању, већ да ова два института могу паралелно да егзистирају, тако да би требало свакоме допустити да у сваком случају самостално одлучи како ће располагати својим правима, било правним пословима међу живима, било правним пословима за случај смрти, уз

¹⁸⁵³ М. Константиновић (1982), 469; Исто тако: Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81; О. Антић (1986), 513. На схватање да се уговорима о наслеђивању ограничава слобода завештања, са позивањем на пар. 2289 НГЗ, може се наићи и у литератури на немачком језику. S. Edenfeld, 242; L. Michalski, 91.

¹⁸⁵⁴ N. Gavella, V. Belaj, 421; N. Scortegagna Kavčnik, 905-906.

¹⁸⁵⁵ L. Dujmov, 103.

¹⁸⁵⁶ S. Svorčan (2002), 143. О везаности уговором о наслеђивању и када се промене околности након закључења уговора, аргумент се износи и у Нацрту Савезног закона о наслеђивању из 1955. године. Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81.

¹⁸⁵⁷ С. Сворчан (2000), 219.

подразумевајући услов, да сам сноси последице свог избора. Најзад, истакнуто је да су промењене околности, па и оне које уговорници у тренутку закључења правног посла нису могли да предвиде, нешто што прати сваки правни посао, али да то не значи да правни послови не треба да се предузимају, посебно због могућности раскида уговора због промењених околности.¹⁸⁵⁸

Чини се да гледиште о уговору о наслеђивању, као правном послу који ограничава аутономију воље уговорног оставиоца, апсолутизује принцип слободe завештања и стога неминовно намеће претходно питање: шта је у ствари слобода завештања? Као да се заборавља да је начело слободe завештања само еманација једног општијег начела, начела аутономије воље, које уз начело савесности и поштења представља једно од два најзначајнија и најопштија начела грађанског права. На исти начин на који слобода тестирања представља дериват начела аутономије воље, дериват овог принципа представља и начело слободe уговарања, с тим, што се прво односи на једнострану правни посао са дејством за случај смрти (тестамент), док се друго односи на двострану правни посао, који по правилу производи правна дејства само за случај смрти, иако део правних дејстава може да произведе и међу живима (уговор о наслеђивању).

Овакав став није непознат у иностраној литератури. Наводи се да је начело слободe завештања „усмерено на преостале две кључне одлике грађанског друштва заснованог на приватној аутономији: слободи уговарања и заштити приватне својине.“¹⁸⁵⁹ Ако се то има у виду, може се рећи да се слобода завештања често мистификује и узима као вредност по себи, да се њен значај продубљује аргументима ван сфере права, пре свега психолошким и социолошким, нарочито истицањем да се њеним очувањем сузбија nelaгодност због очекиване смрти, односно да она гарантује старијим људима могућност да и даље демонстрирају и реализују своје жеље и задрже свест о томе да нису постали бескорисни чланови друштва.¹⁸⁶⁰ Друго, овакви аргументи олако полазе од тога да уговорни оставилац уговором обухвата целокупну заоставштину, што је погрешно. Оним њеним делом којим није располагао, он у складу са начелом

¹⁸⁵⁸ N. Scortegagna Kavčnik, 907-908.

¹⁸⁵⁹ Reinhard Zimmermann, Preface, *Freedom of Testation/Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012, VII; D. Hutchinson (1983), 239.

¹⁸⁶⁰ M. Grimaldi, 338-340.

паралелног основа позивања на наслеђе може да располаже како доцнијим уговором о наслеђивању, тако и завештањем, исто као што опредељивање њене правне судбине после своје смрти може да препусти нормама законског наслеђивања.¹⁸⁶¹

Не треба посебно истицати да је визура у којој се наследно право посматра као какав изолован систем, без додира са другим деловима грађанског права, а нарочито са његовим општим делом и општим начелима, сасвим погрешна. То неминовно води погрешним закључцима, према којима се слобода завештања и слобода уговарања посматрају као конкурентска и искључујућа, уместо као равноправна и допуњујућа начела, која зависно од појединачних прилика, потреба и жеља једног оставиоца, треба да омогуће да он своју заоставштину распореди сходно својим афинитетима и на начин који у конкретном случају сматра најбољим. Доказ да начело слободе уговарања и начело слободе завештања могу равноправно да егзистирају у наследном праву, без да једно угрожава друго, даје Аустријски грађански законик у параграфу 1253, регулишући институт „*reiner Viertel*“. О коегзистенцији уговора и завештања као равноправних инструмената у планирању расподеле заоставштине говоре и искуства из америчке правне науке и праксе: “Уговор довољно личи на завештање да једно повремено може да замени оно друго; завешталац може да користи и једно и друго као средство за планирање распореда заоставштине.”¹⁸⁶² Најзад, енглески аутори истичу да њихови судови никада нису сматрали наследноправне уговоре уговорима којима се ограничава начело слободе завештања, уз ограду, да би енглески правник у сукобу начела слободе завештања и слободе уговарања увек дао предност овом другом принципу.¹⁸⁶³ Ако се зна да се у енглеском праву наследноправним уговорима превасходно сматрају уговори о садржини завештања, онда мислимо да аргументација коју износе острвски правници тим пре мора да важи за позитивне уговоре о наслеђивању, који су предмет истраживања у овом раду. С друге стране, чини се да није без значаја ни аргумент да се у наследноправним системима који припадају германском правном кругу даје приоритет слободи

¹⁸⁶¹ Lj. Kadić, 66.

¹⁸⁶² A. J. Hirsch, 2193.

¹⁸⁶³ R. Kerridge (2011), 142.

уговорног опредељења наследника у односу на слободу тестирања, за разлику од романских система, у којима се предност даје слободи завештања.¹⁸⁶⁴

У супротном, ако би се слобода завештања схватила у свом најширем смислу, као „право једног активно завештајно способног лица да располаже тестаментом својом имовином онако како жели“, онда би се дошло до парадоксалног, али логички консеквентног закључка, да и сваки правни посао *inter vivos* који би завешталац предузео, вређа слободу завештања, јер тестамент и располагања која се њиме врше производе правна дејства само у погледу оних права која је завешталац поседовао у тренутку своје смрти.¹⁸⁶⁵ Тако на пример, ако једно лице претходно прода или поклони свој аутомобил, природно је да касније не може истим тим аутомобилом да располаже завештањем. У том смислу, исправан је нешто рестриктивнији начин на који треба схватити и дефинисати слободу завештања, тј. као „слободу или овлашћење једног лица да располаже тестаментом оним предметима који су преостали у његовој имовини (заоставштини) у тренутку његове смрти“.¹⁸⁶⁶

Треба подсетити и да је ограничење слободе једностраног опозивања уговорног располагања за случај смрти релативизовано на више начина. Прво, како је реч о правном послу *mortis causa*, уговорни оставилац све до своје смрти остаје начелно слободан да располаже *inter vivos* стварима које представљају објекат овог уговора, што се у белгијској доктрини назива „прећутним опозивом“ уговора о наслеђивању.¹⁸⁶⁷ Друго, у појединим правима контрахенти у самом уговору могу да предвиде могућност једностране опозивости уговора о наслеђивању. То је подстакло поједине италијанске ауторе на аргументацију да је теза о доживотној везаности уговорног оставиоца располагањем које је учинио у уговору о наслеђивању логички неодржива, јер оставилац на основу самог уговора може да задржи овлашћење да раскине уговор са дејством *ad nutum*.¹⁸⁶⁸ Треће, ограничење слободе тестирања које настаје услед закључења уговора о наслеђивању, по правилу има за циљ да се заштите интереси уговорног наследника. То значи да уговорни оставилац каснијим тестаментом не сме да

¹⁸⁶⁴ J. Gauthier (2006), 361.

¹⁸⁶⁵ D. Hutchinson (2007), 231-232.

¹⁸⁶⁶ D. Hutchinson (2007), 232.

¹⁸⁶⁷ E. Moreau, 59.

¹⁸⁶⁸ F. Tassinari, 66.

ограничи, нити да умањи права уговорног наследника, али да може да их увећа.¹⁸⁶⁹

Чак и ако би се изнешени аргументи оставили по страни, када је реч о ограничењима слободе завештања, обзиром на њихово порекло, важно је разликовати такозвана „спољашња ограничења“, која су физичким лицима наметнута без њихове сагласности јер су прописана законом (на пример, ограничења постављена условима за стицање и поседовање активне завештајне способности, ограничења у погледу дозвољене садржине тестамена или она која су прописана правилима о нужном наслеђивању), од такозваних „унутрашњих“, или „ограничења која једно лице само себи одређује“, а чије најтипичније примере представљају уговор о наслеђивању и заједничко завештање.¹⁸⁷⁰

Закључујући уговор о наслеђивању, будући оставилац свесно, на основу сопствене аутономије воље себи намеће рестрикције, јер овај основ позивања на наслеђе, као најјачи по својим правним дејствима, увек има приоритет у односу на све тестаменте, било да су закључени пре или после овог уговора, али и у односу на било који касније закључени уговор о наслеђивању. Нема сумње да се спољашња и унутрашња ограничења не могу изједначавати, јер није исто да ли до њих долази независно од воље лица у питању, или она имају основ управо у реализацији аутономије воље правног субјекта. Ако има основа да законодавна регулатива, односно прва врста ограничења евентуално буде предмет критичког преиспитивања, то не важи и за другу врсту лимитирања. Наиме, управо би преиспитивање аутономије воље једног лица и у оним случајевима када она не би била супротна принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, представљало њено додатно и непотребно ограничење, ограничење у пуном смислу те речи. Оно би манифестовало патерналистички однос државе и фактички, све рестрикције у слободи одлучивања физичких лица изместило на терен воље законодавца, не остављајући правним субјектима баш никакву слободу. Другим речима, права ограничења проистекла из воље законодавца била би блажа од ових неправих ограничења, која би за разлику од првих, подразумевала два степена за реализацију, вољу будућег оставиоца, а потом и вољу законодавца, што би био својеврстан парадокс. Савремена права се зависно

¹⁸⁶⁹ Д. Ђурђевић (2009), 198.

¹⁸⁷⁰ А. Braun (2012a), 59.

од степена правног, културног и политичког развоја народа који их стварају разликују само у погледу нормирања спољашњих ограничења. То, са једне стране, зависи од одмеравања интереса самог лица које чини располагање за случај смрти и његове тежње да му се у том смислу остави што шира слобода, а са друге стране, од правила правичности, породичне и друштвене солидарности, социјалне правде и слободне циркулације добара, којима треба да се штите како интереси самог завештаоца, тако и интереси чланова његове породице и шире заједнице.¹⁸⁷¹

Дакле, ако је руководеће начело грађанског, па и наследног права слобода, онда та слобода подразумева и супсумира у себи и могућност да једно лице себе ограничи у неком праву, односно да преузме неку обавезу. Уређење правне судбине заоставштине једног лица није област јавног права, да би постојало оправдање за мешање законодавца и давање приоритета једном принципу у односу на други, односно резона да је законодавац тај који је способан и позван да више и боље води рачуна о интересима оставиоца од њега самог. „У супротном, штитимо оставиоца пред њим самим, из чега проистиче претерано патерналистички однос државе према оставиоцу.“¹⁸⁷²

Најзад, када се критикује начелна једнострана неопозивост уговора о наслеђивању, изгледа да се у великој мери превиђају интереси уговорног наследника у случајевима када закључени уговор о наслеђивању има теретну правну природу. Тада, како се то наводи у литератури, има оправдања за једнострану неопозивост уговора о наслеђивању, јер се и уговорни наследник обавезао да све до смрти уговорног оставиоца испуњава престације у његову корист, а то не би учинио ако не би био сигуран да ће му припасти одређена добра након декујусове смрти.¹⁸⁷³ Једнострана неопозивост даје сигурност и уговорном наследнику који треба да се припрема да након оставиочеве смрти настави са руковођењем породичним предузећем или пољопривредним газдинством, а такву гаранцију је могуће постићи само уговорним наслеђивањем.

На основу свега реченог, може се извести неколико закључака. Циљ уговора о наслеђивању је да се њиме веже уговорни оставилац, али и надживели супружник, као уговорни наследник. Везивање уговорног оставиоца не

¹⁸⁷¹ A. Braun (2012a), 61.

¹⁸⁷² N. Scortegagna Kavčnik, 909.

¹⁸⁷³ J. Ghandchi Schmid, 100-101; J. Gauthier (1955), 100.

подразумева његово ограничавање ни у чему. Напротив, то је проширење оставиочеве слободе, да баш онако како он жели, зависно од конкретне ситуације, уреди распоред заоставштине. Суштина сваког уговора и јесте да се уговорне стране међусобно обавезују ако то желе, јер нема уговора без обвезивања. Сваки уговор је обвезивање. Значи ли то онда да је сваки уговор потенцијално опасан јер се њиме уговорне стране обавезују? Чини се, да се логика којом се критикује уговор о наслеђивању због обвезивања уговорног оставиоца и његове једностране неопозивости не заснива на начелу савесности и поштења, већ сасвим супротно томе. Такав резон је у својој суштини неправни, јер има тенденцију да штити онога ко је несавестан или је склон предомишљању. Свако је слободан да се свакога дана обавезује уговором, јер је то његово право којим може да се користи и треба да му буде дата могућност да се тим правом користи. Дакле, допуштањем уговорног наслеђивања слобода се не сужава, већ се шири домен аутономије воље, тј. управо његова забрана представља ограничење начела аутономије воље. То је суштина запажања Рајнхарда Цимермана (*Reinhard Zimmermann*), који вели да уговор о наслеђивању и заједничко завештање, иако су забрањени у многим правним системима, могу и треба да буду схваћени као средства “за проширење завештаочеве слободе да одлучи како жели да располаже заоставштином”¹⁸⁷⁴.

3.4. Несигурност правног положаја уговорног наследника

Да се уговорно наслеђивање често критикује противречним аргументима, сведочи и схватање, које је по својој суштини потпуно супротно претходно изнешеном. Обзиром да је уговор о наслеђивању правни посао за случај смрти, уговорни оставилац може да располаже објектом уговора правним пословима међу живима. Из тог разлога, поједини аутори извлаче закључак да је главни недостатак овог основа позивања на наслеђе то што уговорни наследник све до смрти уговорног оставиоца нема никакву гаранцију да ће заиста добити било шта из заоставштине, односно да располажући уговореним стварима и правима,

¹⁸⁷⁴ R. Zimmermann (2012), VIII.

уговорни оставилац може да умањи или сасвим потроши своју имовину и тако изневери наследну наду уговорног наследника.¹⁸⁷⁵

Оваква аргументација је тешко брањива јер за основ има погрешну почетну премису. Њени следбеници уговор за случај смрти третирају као уговор који сва своја правна дејства производи за живота уговорних страна, па из тога извлаче закључак да је неприхватљиво да једна уговорна страна буде у неизвесности да ли ће она друга своју обавезу уопште испунити. Овде је међутим, реч о једном специфичном контракту, уговору *mortis causa*, код кога се обавеза уговорног оставиоца састоји само у именовању једног лица за наследника, па је он извршава већ самим закључењем уговора. Он нема обавезу да не располаже објектом уговора правним пословима *inter vivos* (осим ако супротно не би било изричито уговорено), нити да сачува одређени део заоставштине који треба да припадне уговорном наследнику. То није облигационоправни, већ наследноправни уговор. Наследна нада не ужива никакву правну заштиту, па у складу са тим ни права уговорног наследника не би ни у ком случају била повређена тиме што би уговорни оставилац за живота отуђио ствари или права која би требало да припадну наследнику моментом декујусове делације.

Друго, завешталац такође може да опозове своје завештање, па и неформално прећутно (*ademptio legati*), тако што ће уништити или располагати индивидуално одређеном стварју коју је претходно завештао неком лицу, па нам није познато да је неко до сада изложио критици овај елемент правне природе завештања, односно да се као негативна особина тестамена истиче неизвесност да ли ће потенцијални наследник или испорукопримац заиста и наследити оно што му је завештано или легирано.¹⁸⁷⁶ Чињеница да је уговор двострани, а завештање једнострано правни посао, ништа не мења у том смислу, јер уговорна страна закључењем уговора само даје сагласност на сопствено именовање за наследника и ништа више од тога. Међутим, дајући сагласност на закључење уговора о наслеђивању, уговорни наследник има у виду правну природу правног посла за чији настанак даје сагласност, па са тим у вези он прећутно пристаје и на могућност да уговорни оставилац располаже објектом уговора правним пословима међу живима. Поступајући на описани начин, уговорни оставилац не

¹⁸⁷⁵ Б. Б. Благојевић, 214; D. Micković, A. Ristov (2013), 453.

¹⁸⁷⁶ Слично: N. Stojanović (2003), 176-177.

предузима нити забрањену, нити преварну радњу, осим ако оваква располагања не врши долозно према наследнику, са примарном намером да од уговора остави празну љуштуру, у ком случају ће уговорни наследник свакако моћи да заштити чак и своју наследну наду. Али, начелно говорећи, одмеравајући погодности и недостатке, потенцијалну корист и штету, али водећи рачуна и о сигурности која је већа на основу уговорног него на основу завештајног наслеђивања, оба уговарача пристају и на ризике и на трансакционе трошкове које носи уговор о наслеђивању.

Исто тако, једно лице може тестаментом да буде именовано за наследника, али уз одређене модалитете какви су услов, рок или налог, што у случају њиховог неиспуњења, често и без икаквог утицаја самог наследника (нпр. казуални услови), доводи до тога да ова лица ипак не стекну субјективно наследно право.¹⁸⁷⁷ По мишљењу неких аутора, када завешталац постави једно лице за наследника или легатара под одложним условом, он у ствари чини понуду за закључење уговора, која почиње да производи правна дејства тренутком завештаоачеве смрти.¹⁸⁷⁸ Ово гледиште, према коме би испуњењем услова наследник или легатар давао сагласност на понуду изражену у завештању, могло би по нашем мишљењу евентуално да важи само за потестативне услове. Но, независно од тога, положај завештајног наследника очито није ништа сигурнији од положаја уговорног наследника, односно, правни положај једног субјекта не треба процењивати обзиром на поделу правних послова на једностране и двостране, већ водећи рачуна да ли се у конкретном случају ради о правном послу међу живима или правном послу за случај смрти. Имајући у виду овај закључак, још теже може да се брани аргументација да уговорно наслеђивање не пружа никакву сигурност уговорном наследнику обзиром да он може да умре пре уговорног оставиоца, услед чега уговор неће произвести правна дејства,¹⁸⁷⁹ јер је то карактеристика и завештања, па и уговора о доживотном издржавању.

Критика о несигурности правног положаја уговорног наследника има своје оправдање само ако је у датом случају уговор о наслеђивању теретни правни посао, односно ако би уговорни наследник у замену за уговорену заоставштину

¹⁸⁷⁷ Lj. Kadić, 67-68.

¹⁸⁷⁸ A. J. Hirsch, 2194.

¹⁸⁷⁹ L. Michalski, 91.

имао обавезу да уговорног оставиоца издржава све до његове смрти или да му плаћа доживотну ренту.¹⁸⁸⁰ То је став и Тасинарија (*Tassinari*), који је мишљења да ако је уговор о наслеђивању добротин, “не постоји ниједан мотив због кога би требало ставити интерес наследника испред интереса оставиоца.”¹⁸⁸¹ Ипак, да и у оваквим уговорима постоје механизми за заштиту наследника, показано је у тачки 4.2. осмог поглавља дисертације.

3.5. Уговор о наслеђивању компликује односе у наследничкој заједници и генерише конфликте између наследника

Још један у низу аргумената против уговорног наслеђивања састоји се у томе да он компликује наследноправне односе после смрти уговорног оставиоца, нарушава односе у наследничкој заједници и води конфликтима између наследника, што све проузрокује скупе и дуготрајне судске спорове.¹⁸⁸²

Ова тврдња није утемељена на искуству и одговарајућој пракси, што је и немогуће без поновног увођења уговора о наслеђивању у наше право. Осим тога, изгледа да су спорови који се јављају поводом расправљања и деобе заоставштине много више одраз сложености наследноправне материје, али и правне културе и нивоа правне свести у нас, него што су последица закључења појединих правних послова. Спорови се јављају и приликом сачињавања завештања и закључења многих уговора – нпр. уговора о доживотном издржавању, уговора о уступању и расподели имовине за живота или уговора о поклону.¹⁸⁸³ Једино у чему постоји разлика јесу разлози због којих долази до спорова, односно, разликују се правни основи на којима правно заинтересована лица темеље захтеве од суда да поништи један или други основ позивања на наслеђе или уговор о доживотном издржавању.¹⁸⁸⁴ Најзад, ако се угао гледања на овај проблем постави из визуре интереса будућег оставиоца, односно његове жеље да га наследе лица која ће по његовој процени на савеснији или бољи начин наставити да искоришћавају

¹⁸⁸⁰ N. Stojanović (2003), 177.

¹⁸⁸¹ F. Tassinari, 69.

¹⁸⁸² Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81; Б. Б. Благојевић, 214; N. Stojanović (2003), 176; D. Micković, A. Ristov (2013), 453.

¹⁸⁸³ N. Stojanović (2003), 177.

¹⁸⁸⁴ Д. Ђурђевић (2009), 207.

његову имовину, онда није без основа тврдња да ће „породична солидарност можда бити боље остварена ако наследници не буду једнако третирани“.¹⁸⁸⁵

Имајући све наведено на уму, у савременој науци се износе потпуно супротни аргументи у односу на оне који би требало да поткрепе тврдњу да уговор о наслеђивању компликује односе у наследничкој заједници и генерише сукобе између наследника. „Комисија за израду Грађанског законика (Републике Македоније – прим. М.С.) сматра да ће се увођењем уговора о наслеђивању између брачних другова, као и забраном да брачни партнери скључују уговор о издржавању спречити злоупотребе које се јављају у пракси и да ће се омогућити већа слобода субјеката у сфери наслеђивања и већи степен правне сигурности.“¹⁸⁸⁶

3.6. Могућност недопуштеног утицаја на вољу уговорног оставиоца од стране трећих лица

Из чињенице да је уговор о наслеђивању двострани правни посао, Сворцан изводи необичан закључак: „То значи, при распоређивању своје заоставштине видан је утицај воље трећих лица. Та чињеница, сама по себи, јасно говори да воља лица које распоређује своју заоставштину није изражавана самостално и потпуно слободно при сачињавању овог правног посла, а ово представља озбиљно ограничење слободе располагања својом заоставштином.“¹⁸⁸⁷

Аутор изгледа превиђа да је сваки уговор консензус, судар супротстављених (и правних) интереса, који своју златну средину, баланс и компромис налази у сагласности воља уговарача, чијим постизањем и настаје уговор.¹⁸⁸⁸ Ако би се прихватило ово гледиште, сваком уговору, а не само уговору о наслеђивању, била би иманентна критика коју износи Сворцан. Она је стога излишна, не само јер полази од премисе која је супротна начелу савесности и поштења, по којој код сваког уговора *a priori* постоји недопуштени утицај друге

¹⁸⁸⁵ A. Braun (20126), 478.

¹⁸⁸⁶ D. Misković, A. Ristov, 455. Слично: Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 19.

¹⁸⁸⁷ S. Svorcan (2002), 142-143. Слична аргументација је превагнула приликом доношења Шпанског грађанског законика у 19. веку и утицала је да уговор о наслеђивању не буде допуштен у овом праву. S. Cámara Lapuente, 294.

¹⁸⁸⁸ M. В. Орлић, 13-14.

уговорне стране, већ и зато што би у случају да такав утицај заиста постоји, сваки уговор, па и уговор о наслеђивању, био поништен услед постојања мана воље.

3.7. Погоршање животног и правног положаја уговорног оставиоца

Још на једном месту Сворцан износи тврдње са којима не можемо да се сложимо. Он наводи да „постојање уговора може навести лице коме треба да припадне заоставштина по уговору да предузме бројне недозвољене радње према будућем оставиоцу, па чак и да директно организује његово убиство, да би што пре присвојило имовину из уговора... Од овог уговора има користи само лице коме се уступа заоставштина. Поставља се питање да ли правни поредак има разлога да на овакав начин обезбеђује ово лице. Оно бестеретно стиче имовину, па нека се постара да својим понашањем према будућем оставиоцу то заслужи, а не да му правни систем обезбеди такав правни посао на основу кога ће бити сигурно да имовину добија без обзира на то како се понашало после закључења уговора.“¹⁸⁸⁹ Слична запажања су износили још неки аутори, па су већ помињани појам „шпекулисања смрћу“ изједначавали са наводним инспирисањем уговорног наследника да умишљајно лиши живота оставиоца да би стекао уговорену заоставштину.¹⁸⁹⁰

Ако би се прихватиле наведене тврдње, консеквентно би се наметнуо закључак да свака врста сукцесије за случај смрти носи са собом могућност да наследник, супротно начелу савесности и поштења, убрза стицање свог субјективног наследног права. Изнешене критике не би били поштеђени ни завештајни, ни законски наследник. Али, изгледа да се овде превиђа правило које постоји још од римског права - да нико не може да извлачи корист из својих недопуштених радњи. Понашање на које се позивају аутори, као на аргумент због кога не би требало допустити уговор о наслеђивању, санкционисано је у свим правним системима и у свим гранама права, па би овакво лице било недостојно за наслеђивање, баш као да се ради о завештајном или законском наслеђивању. Све и када се не би стекли разлози за недостојност у конкретном случају, наше право

¹⁸⁸⁹ S. Svorcan (2002), 144.

¹⁸⁹⁰ Lj. Kadić, 68.

предвиђа широк правни стандард за искључење из права на нужни део,¹⁸⁹¹ па би и та санкција стајала на располагању оставиоцу према коме би се потенцијални уговорни наследник огрешио о правне и моралне норме. Најзад, критика која подразумева да из овог контракта корист извлачи само уговорни наследник, је критика свих добротних правних послова којима је иманентно да једна страна добија корист за коју не даје никакву противнакнаду другој страни. Међутим, она је неоснована и због постојања теретних уговора о наслеђивању, као и због случајева у којима и уговорни оставилац има користи из овог контракта.

Сворцан износи и једну тачну констатацију, да форма настанка уговора о наслеђивању искључује његову тајност, али закључује да то може да изазове негативне последице по уговорног оставиоца, јер би лица која би била разочарана његовим располагањем могла да промене свој однос према њему.¹⁸⁹² Слична „критика“ важи у погледу било ког јавног облика завештања, али то не значи да су ови облици завештања од мање користи физичким лицима. Функције форме, а посебно доказна, упозоравајућа и усмеравајућа, говоре управо супротно – да јавност закључења уговора о наслеђивању представља његову врлину.

3.8. Реликт феудалног права

Чест аргумент против уговора о наслеђивању, посебно у нашој старијој науци, био је да овај институт представља реликт феудалног права, који је кроз одрицање од наслеђа потенцијалног наследника још пре оставиочеве смрти, имао за циљ да очува неподељеност породичног феуда и да утврди редослед позивања на наслеђе понекада и у неколико наредних генерација (породични фидеикомис).¹⁸⁹³ Истицано је и да се кроз форсирање начела примогенитуре у наслеђивању, које се несметано постизало наследноправним уговорима, доприносило концентрацији богатства и капитала у рукама само једног лица.¹⁸⁹⁴

Недостатак овог гледишта је у томе што оно узима за пример само негативне, а не и позитивне уговоре о наслеђивању, за чије се поновно увођење у

¹⁸⁹¹ Чл. 61. ст. 1. Закона наслеђивању Србије.

¹⁸⁹² S. Svorcan (2002), 144.

¹⁸⁹³ Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954, 81; М. Константиновић(1982), 469; L. Dujmov, 103; D. Micković, A. Ristov (2013), 453; B. Ajzner, 105, фн. 6.

¹⁸⁹⁴ A. Braun (20126), 478.

српско право ми залажемо. Друго, овај аргумент има релативну вредност, јер полази од гледишта да уговорно наслеђивање води порекло из феудалних права, што се показало нетачним. Чак и када би се пренебрегао његов развој до средњег века, поставља се питање, због чега је онда у нашем послератном праву уговор о наслеђивању замењен другим институтом феудалног права - уговором о доживотном издржавању, који не нормирају неке од најзначајнијих грађанскоправних кодификација, управо зато што је сматран карактеристичним институтом феудалног права.¹⁸⁹⁵ Најзад, показано је да концентрација економски вредних добара у рукама једног лица не мора нужно да буде лоша, већ да то може да буде и пожељан правно-политички циљ, ако ће у конкретном случају уситњавање пољопривредног земљишта или деоба предузећа значити и мање приходе или умањен обим производње.¹⁸⁹⁶

¹⁸⁹⁵ О. Антић (2014), 347; N. Stojanović (2003), 177.

¹⁸⁹⁶ А. Braun (20126), 478.

XI УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ПРЕМА ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. УВОД

Једна од најзначајних промена које су предложене Преднацртом грађанског законика Републике Србије уопште, а не само у материји наследног права, тиче се увођења уговора о наслеђивању у српско право. Иако је предвиђено да уговор о наслеђивању треба да буде најјачи основ позивања на наслеђе, решење нормирано Преднацртом оставило је многа питања поводом овог института отвореним, јер су позитивном уговору о наслеђивању посвећена свега четири члана Преднацрта (чланови 181-184).¹⁸⁹⁷ На овом месту навешће се садржај поменутих чланова Преднацрта у интегралном облику:

„Уговор о наслеђивању

Члан 181.

Уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом саговорнику, може се закључити само између супружника.

Уговор о наслеђивању се може закључити у корист деце једног или другог супружника, њихове заједничке деце, њихових усвојеника или других потомака.

Услови пуноважности уговора

Члан 182.

Уговор је пуноважан само ако су се са његовим закључењем сагласили сви потомци саговорника који ће по закону бити позвани да их наследе.

Ако неки потомак није дао сагласност за закључење уговора о наслеђивању, може је дати накнадно.

¹⁸⁹⁷ Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 26-27.

Уговор је пуноважан и ако потомак који није дао сагласност умре пре супружника као саговорника или се одрекне наслеђа или је недостојан а не остави потомство.

Алтернатива: Претходни члан се мења тако да гласи:

Уговор је пуноважан и ако се са његовим закључењем није сагласио неки од потомака саговорника који би по закону био позван да их наследи.

Облик
Члан 183.

Уговор мора бити сачињен у писменој форми и оверен од судије који је дужан да пре овере прочита странкама уговор и нарочито их упозори да имовина која је предмет уговора не улази у њихову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници.

У супротном, уговор је ништав.

Судија на самом уговору потврђује да су те радње учињене.

Уговор може сачинити и јавни бележник у облику јавно-бележничког записа, уз упозорење и последице предвиђене у овом члану.

Предмет уговора
Члан 184.

Уговор може обухватити заоставштину уговорника или њен део.“

Дакле, основна идеја редактора Преднацрта састоји се у томе да уговор о наслеђивању могу да закључе само супружници, при чему би били овлашћени да то учине и у корист трећег лица, али је круг трећих као бенефицијара ограничен

на децу супружника (при чему није нужно да то буду њихова заједничка деца), њихове усвојенике и друге потомке. Тако постављена концепција уговора о наслеђивању истовремено би подразумевала забрану закључења уговора о доживотном издржавању између брачника.¹⁸⁹⁸

Циљ овог поглавља је да се анализира уговор о наслеђивању на начин на који је предвиђен у Преднацрту грађанског законика Републике Србије, те да се на основу расправе која је презентована у претходном делу рада, понуде нека алтернативна решења и допуне, који би по мишљењу аутора допринели јаснијем, конзистентнијем и бољем регулисању овог важног института наследног права.

2. ПОЈАМ, ВРСТЕ И ПРАВНА ПРИРОДА

Појам уговора о наслеђивању је дефинисан на начин на који се то уобичајено чини у литератури и у кодификацијама које опредељују појам и садржину овог института. Полазећи од његовог предмета, као елемента који га одређује и најзначајније разликује од облигационоправних уговора, редактори су га у чл. 181/IV Преднацрта формулисали као „уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом сауговорнику“.

Из тога недвосмислено проистиче да овај уговор може да буде основ за универзалну сукцесију, али се из текста Преднацрта нигде не види да ли би уговор за случај смрти могао да буде основ и за сингуларну сукцесију. Ипак, два аргумента се могу изнети у прилог позитивног одговора на ову дилему. Први се заснива на језичком тумачењу. Из члана 181. четврте књиге Преднацрта, којим је дефинисан појам уговора о наслеђивању, као и из члана 184. којим је опредељен његов предмет, види се да уговорни оставилац уговорном наследнику може да остави „своју заоставштину или њен део“. Нема разлога да се под „делом заоставштине“ подразумева само њен аликвотни део, одређен обзиром на целину заоставштине, јер њен саставни део чине и тачно одређене ствари и права. Други аргумент проистиче из логичког тумачења. Ако се зна да онај ко може више може и мање, то значи да онај ко може да остави свом сауговорачу заоставштину или њен аликвотни део, исто може и у погледу тачно одређене ствари или права.

¹⁸⁹⁸ Чл. 181. и чл. 199. четврте књиге Преднацрта грађанског законика Републике Србије. Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 87, 92-93.

Ипак, чини се да би могућност сингуларне сукцесије на основу уговора о наслеђивању требало посебно нагласити, или посебним ставом, или у оквиру првог става члана 181/IV Преднацрта.¹⁸⁹⁹

Преднацртом је нормиран само облик једностраног уговора о наслеђивању, али остаје спорно да ли би супружници могли да закључе и двострани, односно реципрочни уговор о наслеђивању.¹⁹⁰⁰ Наше мишљење је да би брачницима то требало омогућити, како због чињенице да Преднацрт само за њих резервише могућност да закључују овај контракт, тако и због тога што је самим текстом речено да супружници могу да хоноришу трећа лица, односно своју децу или усвојенике. Уговор о наслеђивању би своју најкориснију примену могао да има баш у оним ситуацијама у којима би брачни другови стипулисали да ће заоставштину како једног, тако и другог наследити њихови потомци, али да ће до смрти надживелог супружника, он бити доживотни плодуживалац на заоставштини оног који је раније преминуо. Такво располагање би значајно поједноставило правне односе и умањило трошкове који би настајали ако би оба брачна друга морала засебним завештајним располагањима да врше овакве наредбе. Уосталом, у литератури се као једна од најзначајнијих предности уговора о наслеђивању у односу на уговор о доживотном издржавању, узима то да за разлику од ове друге врсте уговора, постоје и једностране и реципрочне уговоре о наслеђивању.¹⁹⁰¹

На основу одредаба Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, веома је тешко одредити правну природу уговора о наслеђивању који би требало да заживи у српском праву. По нашем мишљењу, томе умногоме доприноси то што изгледа као да се редактори нису дефинитивно одредили које правно-политичке циљеве овај институт треба да остварује у српском праву. У свега четири члана која су посвећена уговору за случај смрти, видљиви су обриси утицаја чак четири различита правна система који су вероватно инспирисали редакторе Преднацрта грађанског законика Републике Србије. Основна

¹⁸⁹⁹ Ово прецизирање је пропустио да учини и босански законодавац, па се у члану 127. став 2. Закона о наслеђивању БиХ каже да „уговором може бити обухваћена цијела имовина или њен дио, садашња као и будућа имовина“.

¹⁹⁰⁰ У босанском праву ове дилеме нема, јер се у члану 127. став 1. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ, каже да се „уговором о наслеђивању уговорне стране међусобно одређују за наследнике или једна страна другу одређује за свог наследника што ова страна прихвата.“

¹⁹⁰¹ Д. Ђурђевић (2009), 204.

концепција уговора о наслеђивању која је постављена у члану 181. Преднацрта, сведочи да су законописци за свој узор у великој мери имали уговорно наслеђивање које настаје на основу брачног уговора у француском праву, те да су желели да га вежу за уређење брачноимовинског режима за случај смрти.

Међутим, већ у наредном члану, предвиђајући у једној од алтернатива дужност уговарача да добију сагласност свих потомака који би били позвани да их наследе, редактори приближавају овај контракт италијанском *patto di famiglia* и шпанском *protocol familial*, који за свој превасходни циљ имају да олакшају и учине извеснијим и успешнијим пренос породичних предузећа са једне генерације на другу. То тешко да је била идеја редактора, већ и по месту које је овај институт заузео у Преднацрту грађанског законика. Осим тога, нужност постојања овакве сагласности је иманентна уговору о уступању и расподели имовине за живота, који је облигационопавни уговор. Стога, не само да се не види разлог прописивања обавезе уговарача да прибаве сагласност својих потомака да би могли пуноважно да закључе овај уговор, већ би то било супротно правној природи уговора о наслеђивању, као строго личног правног посла за случај смрти. Нормирањем овакве дужности, потомцима уговарача би се дала могућност да давањем или ускраћивањем сагласности на садржину уговора посредно утичу и на то шта ће бити стипулисано, што не само да би уговорним странама одузело уговору о наслеђивању иманентну слободу креације наследноправних последица смрти, већ би, чини се, деловало и одвраћајуће на лица да прибегавају овој врсти располагања *mortis causa* и да „се врате“ завештању. Из наведених разлога, требало би усвојити другу алтернативу, предвиђену чланом 182/IV Преднацрта, према којој за пуноважност овог уговора не треба тражити сагласност потомака уговарача који би били позвани да их наследе као њихови интестатски сукцесори.

Предвиђајући чланом 183. ст. 1/IV дужност судије или јавног бележника да странке „упозори да имовина која је предмет уговора не улази у њихову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници“, а у вези са чланом 192/IV прописаном забраном да супружници закључују уговор о доживотном издржавању, српско право се у великој мери приближава мађарском решењу, које разлику између уговора о доживотном издржавању и уговора о наслеђивању заснива према тренутку у коме давалац издржавања (уговорни

наследик) стиче стипулисана добра и поставља као примарни правно-политички циљ овог института његову социјалну функцију. Међутим, оно што ствара забуну јесте чињеница да се у Преднацрту нигде не говори о евентуалној могућности да овај уговор буде теретан (иако би то било корисно),¹⁹⁰² односно да супружник који је одређен за уговорног наследника буде обавезан да доживотно издржава, стара се и брине о уговорном оставиоцу, или да му плаћа доживотну ренту. Ако то не би било могуће, односно, ако на тај начин не би било могуће приближавање уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, оваква одредба не би одговарала једном доброчином правном послу, какав би у том случају био уговор о наслеђивању.

За који год приступ да се определи српски законодавац, чл. 183. ст. 1. /IV би свакако требало кориговати у двоструком смеру. Најпре, текст у коме се каже да је овлашћено лице дужно да упозори уговараче да „имовина која је предмет уговора...“ није конзистентан ни са чл. 181. ст. 1. /IV, ни са чланом 184. који носи маргинални наслов „предмет уговора“, а у коме се каже да „уговор може обухватити заоставштину уговорника или њен део“. Прво, имовина не може да буде предмет уговора, јер саставни део имовине чине и лична права која нису подобна да се нађу у правном промету. Друго, предмет уговора о наслеђивању свакако мора да буде заоставштина, јер је уговор о наслеђивању наследноправни, а не облигационоправни уговор. Сходно томе, требало би другачије нормирати правни положај нужних наследника уговорних страна. Доследно решењу Српског грађанског законика и највећег броја упоредних права, треба заузети став да уговором о наслеђивању не могу да буду повређена права нужних наследника и да они имају право да тужбом траже допуну или намирење свог нужног дела у целини.

Истини за вољу, уговор за случај смрти би у српском праву могао да се развија и у сасвим другачијем правцу. Начелно би било могуће заузети и гледиште да све оно што је предмет уговора не улази у састав заоставштине и да из те вредности не може да буде намирен нужни део нужних наследника. Међутим, то би проузроковало два нова проблема. У варијанти у којој се за закључење уговора не би тражила сагласност потомака контрахената, а за шта се

¹⁹⁰² Наташа Стојановић, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LXII/2012, 203.

залаже аутор ових редова, увођење уговора о наслеђивању у српско право би остало мртво слово на папиру, јер би промене које би са собом донело његово увођење биле козметичке, а не и суштинске. То би заправо био посебно издвојен и новим именом назван уговор о доживотном издржавању који закључују супружници. Али, ако би се за располагања уговорних страна тражила сагласност потомака сауговорача, што би у опцији да из предмета уговора о наслеђивању не могу да се намире нужни наследници уговорника било логично, онда би уговор о наслеђивању српског права заправо био негативни, а не позитивни уговор о наслеђивању, те би се по својој правној природи и правним дејствима приближио *accord successoral mutual* белгијског права.

На основу свега изреченог, са сигурношћу се може закључити само да уговор о наслеђивању, на начин на који је предложен у српском праву, представља двострани, строго формални и каузални правни посао, а да ће у зависности од алтернатива за које ће се Комисија одредити, бити добротан или теретан, мешовит или правни посао *mortis causa* и евентуално, строго лични правни посао. Такође, уговор о наслеђивању српског права ће бити именовани, индивидуални уговор *intuitu personae*, а остаје отворено питање да ли ће бити само комутативан или евентуално и алеаторан.

3. СУБЈЕКТИ УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

3.1. Круг субјеката и уговорна способност

Према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, уговорне стране у уговору о наслеђивању могу да буду само супружници. Овај предлог је наишао на одобравање у литератури, јер се сматра да се тиме „може смањити број спорова после отварања наслеђа једног од супружника“.¹⁹⁰³ Законом о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине предвиђено је слично, али ипак нешто комплексније решење. Њиме је предвиђено да је круг субјеката овог контракта ограничен на садашње или будуће супружнике, као и на ванбрачне

¹⁹⁰³ Н. Стојановић (2012), 202.

партнере, при чему је пуноважност уговора који закључују будући супружници условљена тиме да брак заиста буде закључен.¹⁹⁰⁴

Чини се да би Комисија требало да прошири круг субјеката уговора за случај смрти на начин на који је то учињено Законом о наслеђивању у Федерацији БиХ. На тај начин би се пре свега, адекватно довели у везу брачни уговор и уговор о наслеђивању, односно, ова два института би представљала два међусобно комплементарна инструмента за планирање брачноимовинског режима, како *inter vivos*, тако и *mortis causa*. Разлог томе је чињеница што према члану 188. Породичног закона, „имовинске односе на постојећој или будућој имовини, супружници или будући супружници могу да уреде брачним уговором“. Будућим супружницима, односно вереницима, требало би сматрати лица која су матичару пријавила намеру за закључење брака.¹⁹⁰⁵ Са друге стране, иако ванбрачни партнери не улазе у круг законских наследника у српском праву, они несметано могу завештањем да одређују једно друго за наследника. Исто тако, ванбрачна заједница је према одредбама српског породичног законодавства сасвим изједначена са браком у погледу имовинскоправних дејстава,¹⁹⁰⁶ па обзиром да ванбрачни партнери могу да закључују брачне уговоре, требало би им дати могућност и да закључују уговоре о наслеђивању, посебно ако би нужни наследници уговорних страна задржавали право на нужни део.

На тај начин би се српски законодавац сасвим доследно определио за романски модел уговорног наслеђивања, али се чини да би онда у том правцу требало да учини још један корак. Начело економичности и уштеде трансакционих трошкова, налагало би да се супружницима остави могућност да и посредством брачног уговора предвиде располагања иманентна уговорном наслеђивању. То значи да би (будућим) супружницима требало омогућити да у једном истом правном послу регулишу не само своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини, већ и имовинске односе на заоставштини. Како се у литератури наводи да под *будућом имовином* треба схватити или „имовину која ће сигурно настати“, или „имовину која ће по редовном току ствари

¹⁹⁰⁴ Чл. 126. ст. 1. и ст. 2. Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине. D. Softić Kadenić, 41; E. Bikić, M. Povelakić, S. Suljević, M. Plavšić, 489.

¹⁹⁰⁵ С. Панов (2014), 357.

¹⁹⁰⁶ Чл. 4. ст. 2. и чл. 191. ст. 2. Породичног закона.

вероватно настати“ или „имовину која ће можда, са великим степеном неизвесности настати“,¹⁹⁰⁷ то се појам будуће имовине и према српским позитивноправним прописима сасвим приближава појму заоставштине, који може да се одреди и као будућа имовина, чији се састав одређује у тренутку смрти (будућег) супружника, а која је подобна за правни промет *mortis causa*. Друго, показано је да се зависно од предмета брачног уговора, већ према правилима Породичног закона може имплицитно располагати заоставштином, па се не види разлог због кога не би требало нормирати и експлицитно располагање заоставштином посредством брачног уговора. Најзад, према изменама Породичног закона из 2015. године и брачни уговор се закључује у форми солемнизоване јавнобележничке исправе,¹⁹⁰⁸ па уговорне стране не би биле привилеговане у погледу формалних елемената за закључење брачног уговора, у односу на уговор о наслеђивању.

Резолуцијом Европског парламента о једнаким правима за хомосексуалце у Европској заједници од 8.2.1994. године, затражено је од држава чланица ЕУ да предузму потребне мере „ради обезбеђења једнаког третмана свим грађанима Европске заједнице без обзира на њихову сексуалну оријентацију“, односно истиче се да се ускраћивање свих правних дејстава хомосексуалним заједницама, укључујући и могућност ступања у брак, третира као злоупотреба.¹⁹⁰⁹ Како Преднацртом нигде није прецизирано да само супружници који су у Србији закључили брак могу да закључе овај уговор, поставља се питање да ли би овлашћено лице било дужно да закључи уговор о наслеђивању супружницима истог пола, који су закључили брак у некој од држава које су легализовале истополне бракове? Не улазећи овом приликом у систематско тумачење будућег Грађанског законика и Закона о забрани дискриминације,¹⁹¹⁰ чини се да би истополни супружници, од којих је бар један страни држављанин, могли само условно да стичу субјективна наследна права на основу уговора о наслеђивању, односно да би уговори код којих је бар једно лице страни држављанин, били

¹⁹⁰⁷ S. Panov (2009), 896-897.

¹⁹⁰⁸ Чл. 188. ст. 2. Породичног закона.

¹⁹⁰⁹ О. Цвејић Јанчић, Јединствено породично право Европе – Сан или јава савремене Европе?, *Правни живот* 9/2004, 879-880.

¹⁹¹⁰ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 22/2009.

условно дејствујући.¹⁹¹¹ Пошто наслеђивање представља један од начина за стицање права својине, то би страни држављанин могао да буде уговорни наследник на покретним стварима које би биле објекат уговора без ограничења, док би непокретне ствари могао да наслеђује само у случају постојања реципроцитета, односно, ако би и српски држављанин могао да наслеђује непокретности у странчевој држави.¹⁹¹²

Ако се прихвати решење Преднацрта, неће се постављати питање потребе постојања пословне способности уговорних страна, јер чином судске диспенсације и закључењем брака оне стичу потпуну и општу пословну способност.¹⁹¹³ Питање пословне способности уговорних страна неће се постављати ни ако се прихвати решење према коме би уговорно располагање за случај смрти било могуће учинити у оквиру брачног уговора, а субјекти брачног уговора би били „будући супружници“, који су нпр. малолетници, односно лица која немају потпуну пословну способност. У том случају, и сâм брачни уговор би производио правна дејства под одложним условом, чије би се наступање везивало за тренутак закључења брака,¹⁹¹⁴ а закључењем брака би и лица која су до тада била делимично пословно способна стекла пуну пословну способност на основу судске диспенсације.

Ако се прихвати Преднацртом предложени модел уговорног наслеђивања, требало би имати у виду да брак један од супружника може да закључи преко пуномоћника. То значи да би ову могућност требало допустити и у погледу уговора о наслеђивању, али би по узору на немачко и швајцарско право могућност вољног заступања требало ограничити само на оног супружника који је уговорни наследник. У том случају би угледањем на француско право и аналогно правилима за закључење уговора о доживотном издржавању, требало узети да пуномоћје мора да буде дато у истој форми која се тражи за закључење уговора о

¹⁹¹¹ Параграф 423 Српског грађанског законика: „Кад, како, и који инострани житељи наследити добра српскога житеља могу, оснива се на политичким одношајима са страним државама, и по тима ће се наследства оваква одређивати и судити.“

¹⁹¹² Чл. 826 Закона о основама својинскоправних односа („Службени лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Службени гласник РС“, бр. 115-2005).

¹⁹¹³ С. Панов (2014), 97. Чл. 126. ст. 3. Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине прописано је да је „уговор о наслеђивању строго особни акт који могу закључити само потпуно пословно способне особе.“

¹⁹¹⁴ С. Панов (2014), 358-359. Исто решење постоји у француском праву. F. Ferran, 72. Некадашњи супружници, чији је брак престао, свакако не могу да закључе брачни уговор. В. Рајтић, 106.

наслеђивању.¹⁹¹⁵ Тада би јавни бележник најпре био дужан да утврди да ли једно лице има пуномоћје, а потом и да исправе на основу којих је то утврдио приложи јавнобележничком запису.¹⁹¹⁶

3.2. Поређење предложеног модела уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању

Ако се прихвати реинтеграција уговора о наслеђивању у српско право, то ће значити истовремену забрану даљег закључивања уговора о доживотном издржавању између супружника. Иако смо мишљења да ово решење заслужује апсолутну подршку, у нашој судској пракси и литератури се већ пола века износе дијаметрално супротна становишта о допуштености и сврсисходности могућности да супружници буду уговорне стране у уговору о доживотном издржавању.

Судска пракса је најпре имала негативан став према закључивању уговора о доживотном издржавању између супружника, сматрајући га супротним „суштини брака.“¹⁹¹⁷ Међутим, већ крајем шездесетих година прошлог века је наступила прекретница за прихватање супротног гледишта, коју је иницирала пресуда Врховног суда Југославије Гз-62/67 од 26. 12. 1967. године.¹⁹¹⁸ Из анализе релативно новије судске праксе такође проистиче закључак да је уговор о доживотном издржавању закључен између супружника пуноважан. У једној одлуци, Окружни суд у Зрењанину је стао на становиште да такав уговор није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, као и да није искључен у имовинским односима између брачних другова. У образложењу пресуде, између осталог је истакнуто и следеће: „Иако су основним начелима брака брачни другови дужни да се међусобно помажу и узајамно издржавају, не може се искључити могућност да се обавеза издржавања прецизира и појача уговором о доживотном издржавању. Ово због тога што

¹⁹¹⁵ Dragan Šiljkut, Postupak ovjere ugovora o doživotnom izdržavanju i poslovna sposobnost ugovarača, *Pravni život*, 1/1990, 130.

¹⁹¹⁶ Дејан Ђурђевић, Јавнобележнички акти, *Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер)*, Београд 2005, 139.

¹⁹¹⁷ Одлука Врховног суда Србије, Гж. 92/64, наведено према: Слободан Сворцан, *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*, Краљево 1999, 139.

¹⁹¹⁸ Наведено према: Коста Месаровић, Закључивање уговора о доживотном издржавању између брачних другова, *Југословенска адвокатура*, 1-2/1968, 74.

стицање и губитак права на издржавање између брачних другова зависи од одређених околности за време трајања брака или после његовог развода, а право на издржавање на основу уговора о доживотном издржавању од тих околности не зависи.¹⁹¹⁹

Аргументи у прилог допуштености уговора о доживотном издржавању између брачника презентовани су и у правној књижевности. Пре свега, истиче се да нашим позитивноправним прописима није изричито забрањено закључење уговора о доживотном издржавању између брачних другова, те да је *a contrario* овакво стипулисање допуштено. Даље, наводи се да су супружници слободни да по својој вољи располажу својом посебном имовином, па и у циљу закључења уговора о доживотном издржавању, те да у томе нема ничега неморалног ни противзаконитог, јер се супружници не одричу унапред права која су им гарантована Породичним законом. Најзад, по мишљењу ових аутора, закључењем уговора о доживотном издржавању један супружник, поред законских, стиче и уговорне обавезе према другом супружнику, које не супституишу, већ по квалитету и квантитету превазилазе обим дужности који је прописан породичноправним законодавством, те да стога оне не само да нису противне моралном поимању брака, већ учвршћују и оплемењују брак, ангажовањем које је веће од оног које је прописано законом.¹⁹²⁰ Полазећи од ове аргументације, неки правни писци ће закључити да су обавеза законског издржавања, предвиђена породичноправним прописима, и обавеза уговорног издржавања, предвиђена наследноправним прописима, комплементарне.¹⁹²¹ У прилог томе се додаје да је однос поверења и поуздања посебно важан код овог уговора, а да је такав однос превасходно изражен између супружника, односно да алеаторност у мањој мери изазива негативне последице када се уговор о доживотном издржавању закључује између супружника.¹⁹²² Закључиће се да пружање неге у болести и старости, као једну од основних обавеза даваоца издржавања, најбоље и најпотпуније може да

¹⁹¹⁹ Пресуда Окружног суда у Зрењанину број Гж. 975/98, од 30.04.1999. године, Судска пракса, 1/2000, Београд 2000, 30-31, наведено према: Оливер Антић, Дејан Ђурђевић, *Приручник за Наследно право*, Београд 2009, 280-281.

¹⁹²⁰ Слободан Сворцан, *Наследна права брачног и ванбрачног партнера*, Краљево 1999, 141- 142; Хамди Вранићи, *Положај супружника у наследном праву, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 1993. године*, 153; J. Vidić, 187-188; 141-142; К. Месаровић, 75.

¹⁹²¹ С. Сворцан (1999), 141.

¹⁹²² Р. Суџум, *Уговори између супруга*, 1975, 97, наведено према: С. Сворцан (1999), 139.

пружи брачни друг као давалац издржавања, јер он не само да гаји посебан емотивни однос према примаоцу, већ супружници живе у заједници живота, што доприноси томе да нега буде стална и благовремена.¹⁹²³

Ипак, у литератури се истичу и неки тешко брањиви разлози у прилог уговора о доживотном издржавању које закључују супружници. Сворцан каже: „Законска обавеза издржавања увек, по мало, личи на милосрђе које чини лице на коме она лежи. Милосрђе, колико год да се чини са вољом, ствара извесне тегобе за лице према коме се чини, некад веће, некад мање. За испуњење обавезе издржавања из уговора о доживотном издржавању прималац издржавања даје накнаду, па се субјективно много боље осећа и сасвим је комотан при стављању захтева. Он са задовољством даје своју имовину за обезбеђење своје егзистенције.“¹⁹²⁴

Најпре, нејасно је како једна императивна законска обавеза може да се изједначава са милосрђем, које увек подразумева добровољност. Друго, обавеза законског издржавања јесте дужност моралног карактера, утолико што брак није само законом, већ и моралом уобличена заједница мушкарца и жене, која треба да је заснована на обавези њиховог поштовања и помагања, утемељена на њиховој љубави, те обавеза издржавања једног супружника, од стране оног другог, представља природну садржину таквог односа. Најзад, не зна се на основу којих критеријума и истраживања Сворцан извлачи начелни закључак о nelaгодности супружника према коме онај други испуњава и законску и моралну обавезу. Ако се уз то још има у виду да се квантитет и квалитет, односно висина како законског, тако и уговорног издржавања увек одређује обзиром на потребе примаоца и могућности давоаца издржавања, спорно је како једно исто лице има могућност да испуњава уговорну (насталу на основу диспозиције), а нема могућност да извршава императивну законску обавезу издржавања. Плаћање издржавања кроз давање накнаде која је својствена само уговорном а не и законском издржавању, доводи до изигравања императивних породичноправних прописа и управо на тај начин једног од супружника од равноправног субјекта у браку преводи у објекат искоришћавања и злоупотреба. Отуда ни на који начин не можемо да се сагласимо са још једним Сворцановим утиском: „Честе су ситуације

¹⁹²³ С. Сворцан (1999), 141.

¹⁹²⁴ С. Сворцан (1999), 142-143.

у животу да је један брачни друг, због болести, или дубоке старости, непокретан и да га пази и пружа му комплетну негу његов брачни друг. У оваквим случајевима правила морала налажу да брачни друг који пружа негу буде максимално награђен за свој огроман труд. Закључење уговора о доживотном издржавању је најпогоднији и најпоузданији начин за награђивање таквог брачног друга. Овде закључење уговора знатно побољшава односе у брачној заједници. Прималац се осећа срећним и задовољним што може да награди свог брачног друга који се око њега толико стара и толико жртвује, а давалац осећа велико задовољство што добија награду за свој труд, и уједно, признање и захвалност за такво понашање.¹⁹²⁵

Чини се да је у пракси управо супротно ономе што тврди Сворцан. Имајући на уму чињеницу да старијим људима некада више недостаје пажња, фамилијарна атмосфера, окружење и сигурност у „јесени животног доба“, него средства за издржавање, Славко Марковић је још пре четири деценије предложио да се по узору на мађарско право и у нашем праву допусти супружницима и сродницима да међусобно закључују уговоре о наслеђивању и издржавању, којима би уједно регулисали све имовинске односе, како у вези са издржавањем, тако и са наслеђивањем.¹⁹²⁶ Он наводи и следеће: „На тај начин престала би потреба да се издржавање старијих обезбеђује једним алеаторним (дакле, уговором на срећу) уговором, чији је шпекулантски карактер увидела читава наша јавност, само не и законодавци, па су тај фамозни уговор о доживотном издржавању поново наметнули у законе о наслеђивању. Чини нам се, да ништа не пада теже старијим људима, већ да у старе дане „купују“ једним трговачким уговором своје издржавање, и то чак са сродницима, или брачним другом као купцима имања. Шта је онда са законском обавезом издржавања?“¹⁹²⁷

Имајући у виду ове и сличне аргументе, не чуди што је у Нацрту Закона о наслеђивању из 1995. године постојала и следећа одредба: „Ништав је 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.“ Ипак, она није нашла место у

¹⁹²⁵ С. Сворцан (1999), 144.

¹⁹²⁶ S. Marković (19786), 89.

¹⁹²⁷ S. Marković (19786), 89.

коначном тексту закона, јер се прихватила аргументација да није спроводљива у пракси.¹⁹²⁸ Зато је Закон о наслеђивању Републике Српске отклонио сваку дилему и изричито допустио могућност закључења овог уговора од стране лица која су дужна међусобно да се издржавају по закону.¹⁹²⁹

У делу наше правне науке наводе се и другачији аргументи, да закључење уговора о доживотном издржавању не би требало дозволити између брачних другова. Каже се да између њих већ постоји обавеза међусобног издржавања која проистиче из породичноправних прописа, а која за разлику од уговорне, не подразумева противчинидбу издржаваног супружника. Полазећи од тога, истиче се да је овакав уговор супротан самој суштини брака.¹⁹³⁰ Други разлог се заснива на аргументацији да се оваквим уговорима посредно „рестаурирају“ и уводе у правну праксу уговори о наслеђивању, јер уговор о доживотном издржавању између супружника „суштински представља остављање будуће оставине или њеног дела сауговорнику“.¹⁹³¹ Овакво становиште *prima facie* није исправно, јер је уговор о доживотном издржавању облигационоправни уговор, док је уговор о наслеђивању наследноправни уговор, што подразумева и све друге разлике између ова два контракта. Међутим, велики број симулованих уговора о наслеђивању који су закључивани између супружника, без истинске потребе за бригом, негом и издржавањем примаоца, а у циљу изигравања правила нужног наслеђивања, заправо је дао потврду Месаровићевим речима.

Иако не треба занемарити социјалну функцију уговора о доживотном издржавању у нашем наследноправном уређењу, где овај контракт представља „начин да се невоље усамљених појединаца, старца и болесника ублаже или уклоне њиховим уговорним придруживањем заједници, туђој породици,“¹⁹³² чињеница је да из наведених разлога уговор о доживотном издржавању у пракси често супституише уговор о наслеђивању и то на негативан начин. Он служи да се једно лице практично одреди за наследника, тако што ће се на њега пренети сва, или најзначајнија права другог лица, с том разликом што давалац издржавања

¹⁹²⁸ О. Антић, З. Балиновац, 507.

¹⁹²⁹ Чл. 139. ст. 1. тач. 3 Закона о наслеђивању Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 1/2009).

¹⁹³⁰ К. Месаровић, 76.

¹⁹³¹ К. Месаровић, 75-76.

¹⁹³² Mihailo S. Stupar, Socijalna funkcija nasleđivanja i njegovo pravno regulisanje – povodom novog Zakona o nasleđivanju, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1955, 386.

неће бити одговоран за дугове примаоца и што из предмета уговора неће моћи да се намире нужни наследници. Услед тога се у литератури сусреће став да законодавства на простору бивше Југославије нису доследна, јер иако начелно забрањују уговорно наслеђивање, она прећутно одобравају врсту уговорног одређивања наследника која се постиже уговором о доживотном издржавању и уговором о уступању и расподели имовине за живота.¹⁹³³

Све то значи да уговор о наслеђивању који закључују супружници има предности у односу на уговор о доживотном издржавању који закључују исти субјекти. Уговорни наследник, као универзални сукцесор, добија заоставштину у целини или њен идеални део, те одговара за дугове уговорног оставиоца, док са друге стране, давалац издржавања добија права тачно одређена у уговору о доживотном издржавању, и пошто није универзални сукцесор, не одговара за дугове примаоца издржавања осим ако није другачије уговорено. Из овога произлази још неколико несумњивих предности уговора о наслеђивању. С једне стране, њиме се у потпуности штите повериоци оставиоца, јер чак и ако би уговором о доживотном издржавању било предвиђено да ће давалац издржавања исплатити примаочеве дугове, то се увек односи само на дугове који су постојали у тренутку закључења уговора, а не и на оне који би накнадно настали, баш зато што давалац издржавања није примаочев универзални сукцесор.¹⁹³⁴ Истовремено, спречава се злоупотреба коју може да проузрокује несавесни и презадужени прималац издржавања, који у намери да ослободи наследника обавезе исплате његових дугова, са њим може да закључи уговор о доживотном издржавању (евентуално би поверилац, уз дуготрајне и скупе спорове, своје право могао да исходи Паулијанском тужбом), што код уговора о наслеђивању није могуће.

Упркос закључењу уговора о доживотном издржавању, прималац издржавања неретко посеже за отуђењем уговорених ствари и права.¹⁹³⁵ То отвара могућност обема уговорним странама да изиграју поверење оне друге, те може да се догоди да преживели уговарач „буде лишен накнаде за услуге, помоћ, рад и сл. које је чинио умрлом контрагенту за време његовог живота и за које је према

¹⁹³³ А. Ристов, 94.

¹⁹³⁴ N. Stojanović (2003), 177.

¹⁹³⁵ Зоран Гичић, Правно дејство једностраног отуђења имовине која је обухваћена уговором о доживотном издржавању, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 1/1966, 22.

уговору требало да наследи његову имовину.¹⁹³⁶ Чињеница је да уговорни оставилац такође задржава право да располаже објектом уговора правним пословима међу живима, али исто тако, ако је уговор о наслеђивању теретни, уговорним наследницима стоје на располагању различита средства за заштиту наследне наде. Исто тако, док се уговорима о наслеђивању може располагати и заједничком имовином супружника (уговори о смеси), то није могуће уговором о доживотном издржавању.¹⁹³⁷

Најзад, уговором о доживотном издржавању је могуће изиграти права нужних наследника, док то уговором о наслеђивању није могуће учинити. Чини се да би се изменом предвиђеном Преднацртом, из правног промета елиминисао велики број симулованих уговора о доживотном издржавању, који за циљ имају или заобилажење правила о нужном наслеђивању или избегавање правила о одговорности наследника за дугове оставиоца. Уз то, треба рећи да није увек лако доказати да је један уговор о доживотном издржавању симулован, што доводи до других и скувих судских спорова.¹⁹³⁸

Имајући у виду све наведене аргументе, решење по коме би супружницима било дозвољено да закључују уговор о наслеђивању, али им не би било допуштено да закључују уговор о доживотном издржавању, представљало би квалитативни помак. Оно би допринело правној сигурности, економичности и проширивању аутономије воље, гарантовањем могућности супружницима да *in concreto* распореде заоставштину на начин који сматрају најцелисходнијим.

4. ПРЕДМЕТ И КАУЗА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Чланом 184. четврте књиге Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, којим је регулисан предмет уговора о наслеђивању, предвиђено је да „уговор може обухватити заоставштину уговорника или њен део“.¹⁹³⁹ Чини се да упркос правилном одређењу предмета уговора за случај смрти, овај члан у

¹⁹³⁶ З. Гичић, 23.

¹⁹³⁷ „Уговором о доживотном издржавању, прималац издржавања не може располагати делом породичне стамбене зграде која је у моменту закључења уговора припадала другом, у том моменту преминулом брачном другу“, Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2938/05 од 25. 5. 2006. године, наведено према: С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 262-263.

¹⁹³⁸ D. Micković, A. Ristov, 453-454.

¹⁹³⁹ Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 88.

номотехничком смислу представља вишак и непотребно оптерећење Преднацрта, јер понавља формулацију чл. 181. ст. 1./IV у којој се каже да је уговор о наслеђивању „уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом саговорнику.“¹⁹⁴⁰

На основу текста Преднацрта може да се закључи да предмет уговора о наслеђивању чине како наслеђивању подобне ствари и права на којима је уговорни оставилац титулар у тренутку настанка уговора, тако и овакве ствари и права која ће стећи након закључења уговора о наслеђивању, што одговара правној природи овог контракта. Преднацртом би требало изричито уредити могућност да предмет уговора буду тачно одређене ствари и права, иако је показано да је такво тумачење могуће и на основу постојећих формулација чланова 181/IV и 184/IV Преднацрта. Међутим, у циљу отклањања евентуалних спорова у судској пракси, изричито би требало прописати да је правни положај уговорног легатара еквивалентан положају који има испорукопримац одређен завештањем, односно да он тренутком смрти уговорног оставиоца стиче само потраживање према његовим универзалним сукцесорима.

Иако се, по свему судећи, српски законодавац определио за романски модел уговорног наслеђивања, ипак би било корисно по узору на швајцарско и немачко право направити разлику између двостраних и једностраних одредаба у уговору о наслеђивању. То би подразумевало и да се изричито предвиди решење према коме би и уговором о наслеђивању било могуће одредити све модалитете које је већ могуће одредити завештањем, допустити располагања у добротине и општекорисне сврхе и именовање извршиоца последње воље, али и једнострану ексхередацију уговорног наследника.¹⁹⁴¹

Иако је у уводном делу овог поглавља указано да начин на који је постављен институт уговорног наслеђивања у Преднацрту грађанског законика може да подразумева потпуно различите правно-политичке циљеве, систематским тумачењем ипак може да се дође до одговора који је то примарни циљ који би овом установом имао да се оствари. Чини се да је то, са једне стране,

¹⁹⁴⁰ Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 87.

¹⁹⁴¹ Могућност једностраног опозива уговора о наслеђивању у случају када су на страни било ког уговарача испуњене претпоставке за искључење из права на нужни део, предвиђена је чл. 131. ст. 2. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ.

учвршћивање брачноимовинског режима, а са друге стране, отклањање даљих изигравања каузе која настају када супружници закључују уговор о доживотном издржавању. Дакле, уговор о наслеђивању јесте примарно наследноправни инструмент и најјачи основ позивања на наслеђе, али је, када се доведе у корелацију са брачним уговором, и инструмент породичног права, којим супружници треба да уређују своје имовинске односе и *inter vivos* и *mortis causa*. У том смислу, на трагу Српског грађанског законика, требало би изричито допустити закључење уговора о смеси, као посебне врсте реципрочних уговора о наслеђивању, којима супружници располажу својом заједничком имовином за случај смрти.

Чињеница да уговор о наслеђивању који ће закључивати супружници треба да стави тачку на даље злоупотребе којих је у пракси било и сувише када су уговор о доживотном издржавању закључивали брачници, не значи да редактори Преднацрта треба *a priori* да одбаце могућност да предвиде и теретни уговор о наслеђивању, који би подразумевао обавезу уговорног наследника да доживотно издржава и брине се о уговорном оставиоцу или да му плаћа доживотну ренту (у ком случају би уговором требало тачно предвидети у чему се састоји обавеза уговорног наследника). На тај начин би се проширио домен аутономије воље који се гарантује брачним друговима, али се уз предвиђање, да њихови нужни наследници задржавају право на нужни део, не би изгубили ефекти забране закључивања уговора о доживотном издржавању између ових лица. Алеаторност теретног уговора о наслеђивању гарантовала би правну сигурност и извесност положаја нужних наследника уговорних страна и истовремено би деловала одвраћајуће на супружнике који би уговор о доживотном издржавању закључили са превасходним мотивом да изиграју правила нужног наслеђивања, а тек онда имајући на уму и евентуалну потребу једног од њих за издржавањем.

5. ФОРМА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Чланом 183. Преднацрта Грађанског законика Републике Србије предвиђена је, под претњом ништавости, форма јавне исправе за закључење уговора о наслеђивању, при чему су као овлашћена лица за сачињавање уговора

одређени судија основног суда или јавни бележник.¹⁹⁴² Имајући у виду наше залагање, да закључењем уговора о наслеђивању не смеју да буду угрожена права нужних наследника, требало би задржати обавезу овлашћеног органа да уговорне стране упозори на правне последице закљученог уговора, али би смисао и текст члана 183. став 1. требало изменити тако, да овлашћено лице буде обавезано да упозори супружнике да ствари и права (а не имовина, како је то наведено у Преднацрту), чија предаја представља предмет уговора, улазе у састав заоставштине и да закључењем уговора не могу да буду повређена права њихових нужних наследника. Такође, чини се да би у складу са најновијим изменама Закона о јавном бележништву и Закона о наслеђивању из 2015. године, којима је надлежност за закључење уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању поверена нотарима, који сада ове уговоре сачињавају у форми јавнобележнички оверене (солемнизоване) исправе, слично правило требало применити и на уговор о наслеђивању. То значи да би уговор о наслеђивању могао да сачини било који јавни бележник, независно од његовог службеног подручја,¹⁹⁴³ у његовој канцеларији или „изван јавнобележничке канцеларије ако је учеснику због болести или старости тешко да приступи јавном бележнику или ако за то постоје други оправдани разлози.“¹⁹⁴⁴ Уговор о наслеђивању би био апсолутно ништав ако би поступало неко друго лице уместо судије, нпр. судијски приправник, судијски сарадник или референт.¹⁹⁴⁵ Искључива надлежност нотара за састављање уговора о наслеђивању је пракса у упоредном праву, а идентично решење је предвиђено чланом 128. Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине.¹⁹⁴⁶

Јавнобележнички запис је „исправа коју о правним пословима и изјавама воље странака за њих саставља јавни бележник, у законом прописаној форми, са посебним садржајем и уз поштовање посебних правила поступања, и која, захваљујући томе, стиче својство јавне исправе.“¹⁹⁴⁷ Предност уговора о

¹⁹⁴² Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 88.

¹⁹⁴³ Аргумент из чл. 165. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку ("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 и 55/2014 и 6/2015).

¹⁹⁴⁴ Чл. 166. ст. 1. и ст. 2. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁴⁵ О. Антић (1986), 517.

¹⁹⁴⁶ Детаљније: D. Softić Kadenić, 41.

¹⁹⁴⁷ Д. Ђурђевић (2005б), 108-109.

наслеђивању, закљученог у облику јавнобележничког записа, састоји се у чињеници да га сачињава јавни бележник као лице од јавног поверења, које је дужно да води рачуна о правој вољи уговорних страна, да превентивно делује и отклони евентуалне будуће судске спорове тако што ће се старати да закључени уговор буде пуноважан, да његова садржина одговара изјављеној вољи уговорних страна и тако што ће уговорницима објаснити његове правне последице.¹⁹⁴⁸ Стога, ако нотар услед незнања или грубе непажње не би предузео све потребне формалне радње, због чега уговор о наслеђивању не би био пуноважан, он би био дужан да надокнади штету лицима која нису постала наследници, услед тога што уговор није пуноважан из формалних разлога. Као лица којима су делегирана јавна овлашћења и која уживају посебно поверење и поуздање, нотари су одговорни за материјалну и за формалну пуноважност правних послова у чијем састављању учествују у вршењу овлашћења која су им поверена.

Чланом 84. Закона о јавном бележништву прописана је садржина јавнобележничког записа, што би се односило и на уговоре о наслеђивању. Јавнобележнички запис се обавезно састоји из следећих елемената: имена и презимена јавног бележника, изјаве да поступа у својству јавног бележника и ознаке његовог седишта; генералија (име и презиме, адреса, ЈМБГ) уговорних странака или пуномоћника једне од њих као и сведока, преводиоца и тумача ако су учествовали у поступку сачињавања уговора; податке о начину на који је јавни бележник утврдио идентитет уговарача или њихових пуномоћника, сведока, преводиоца, тумача и других учесника ако су учествовали у поступку; текста садржине уговора; означења исправа које се прилажу јавнобележничком запису, као што су пуномоћја и изводи из матичних књига (у овом случају извода из матичне књиге венчаних); датума, а евентуално и часа, као и места где је састављен јавнобележнички запис, ако се саставља ван јавнобележничке канцеларије; изјаву да су странке и други учесници, ако је то потребно, и ако су учествовали у поступку поучени о садржини и правним последицама заљученог уговора, као и да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале;

¹⁹⁴⁸ Д. Ђурђевић (2005б), 109.

потписе странака, пуномоћника, тумача и других учесника, као и потпис, печат и штамбил јавног бележника.

Приликом сачињавања уговора о наслеђивању у форми јавнобележничког записа, требало би захтевати истовремено присуство оба уговарача или евентуално једног супружника и пуномоћника другог супружника.¹⁹⁴⁹ Супружници би свој брачни статус морали да докажу изводом из матичне књиге венчаних. Овлашћење пуномоћника да заступа једног од супружника, нотар би био дужан да утврди увидом у пуномоћје, које је дужан да копира и да копију приложи јавнобележничком спису.¹⁹⁵⁰ Пре отпочињања поступка, јавни бележник би најпре морао да утврди идентитет учесника. Српско право је прихватило такозвани „систем везаног утврђивања идентитета“, што значи да је законом унапред утврђен тачно одређен круг начина на које нотар може да утврди идентитет једног лица.¹⁹⁵¹ Он то чини увидом у јавну исправу са фотографијом (лична карта, пасош, возачка дозвола или други службени документ са фотографијом) уговорне стране, а ако то из неког разлога не би било могуће, онда саслушањем два сведока идентитета чија се истоветност утврђује увидом у јавну исправу са фотографијом.¹⁹⁵² Јавни бележник не може да буде сведок идентитета у поступку у коме сачињава јавнобележнички запис.¹⁹⁵³ Поступак утврђивања идентитета уговорних страна од стране јавног бележника је детаљније регулисан Јавнобележничким пословником.¹⁹⁵⁴ Јавни бележник је дужан да сведоке идентитета саслуша појединачно, без присуства других учесника у поступку и да их, осим имена и презимена уговорних страна, пита и за неке друге елементе

¹⁹⁴⁹ Velibor Korać, *Notarska forma ugovora*, *Pravni život* 12/2011, 93. Захтев да оба уговарача истовремено присуствују када нотар сачињава уговор о наслеђивању, захтева се и у немачком праву. M. Reimann, J. Zekoll, 285.

¹⁹⁵⁰ Д. Ђурђевић (2014), 146.

¹⁹⁵¹ За критику овог става и аргументацију у прилог система отвореног утврђивања идентитета, видети: Dejan Đurđević, *Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave*, *Pravni život* 12/2011, 73-77.

¹⁹⁵² Чл. 168. ст. 1. и ст. 2. и чл. 169. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку. У правима у којима је то могуће, ако судија утврђује идентитет уговарача тако што га лично познаје, постоји став да то нужно не подразумева да су судија и уговорна страна пријатељи, да се мање или више редовно виђају, па чак ни да „знају један за другог“. S. Cámara Lapuente, 86. Ако би у прва два случаја овакав став и могао да се брани, заиста остаје нејасно како би то нотар могао да утврди идентитет једног лица на основу личног познанства, ако њих двојица нису свесни постојања једно другог.

¹⁹⁵³ D. Đurđević (2011), 72.

¹⁹⁵⁴ Чл. 168. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

њиховог грађанскоправног идентитета, које ће касније проверити саслушањем самих контрахената.¹⁹⁵⁵

Да би могао да се утврди идентитет лица уз помоћ јавне исправе са фотографијом, неопходно је да постоји сличност између власника јавне исправе и његове фотографије на исправи, што неће бити случај ако је фотографија веома стара или ако се изглед њеног имаоца драстично променио.¹⁹⁵⁶ Међутим, овде треба поступати са пажњом, јер је у литератури истакнут став да важност службене исправе није предуслов за утврђивање идентитета учесника у поступку, односно да је нотар дужан да прихвати и јавну исправу са фотографијом чија је важност истекла, јер је „важност службене исправе релевантна само за вршење права које је повезано са њеним постојањем, али не и за могућност да та исправа служи као доказно средство у нотарском поступку.“¹⁹⁵⁷ Изузетак постоји за лица која сачињавањем правног посла, у форми јавнобележничког записа, погоршавају свој правни положај, те се њихов идентитет може утврдити само увидом у важећи службени документ. Правни положај поклонодавца не сматра се позицијом лица које чини лошијим свој правни положај, јер се његов идентитет може утврдити и на основу јавне исправе са фотографијом чија је важност истекла.¹⁹⁵⁸ Чини се да би правна правила која важе за субјекте уговора о поклону требало требало аналогно применити и на субјекте уговорног наслеђивања. С друге стране, ако би се јавном исправом служило лице које је у међувремену променило лично име, каже се да ће јавни бележник прихватити и такву јавну исправу, ако њен ималац поседује и одговарајућу исправу која доказује промену личног имена.¹⁹⁵⁹

Јавни бележник ће одбити да сачини исправу ако лице на један од законом предвиђених начина није у стању да докаже свој идентитет, или ако сâм јавни бележник, на основу једног од законом предвиђених начина утврђивања истоветности уговарача, није стекао уверење да је заиста реч о лицу које се на одређени начин представља. То значи да нотар мора да води рачуна о истинитости исказа сведока идентитета.¹⁹⁶⁰ У правној књижевности је начињена

¹⁹⁵⁵ Д. Ђурђевић (2014), 141.

¹⁹⁵⁶ D. Đurđević (2011), 67.

¹⁹⁵⁷ D. Đurđević (2011), 73.

¹⁹⁵⁸ Д. Ђурђевић (2014), 140-141.

¹⁹⁵⁹ D. Đurđević (2011), 73.

¹⁹⁶⁰ Члан 170. Закона о ванпарничном поступку *in fine*; D. Đurđević (2011), 72.

важна разлика обзиром на разлоге због којих јавни бележник није прописно утврдио идентитет уговарача. Ако би нотар пропустио да на законом одређен начин утврди идентитет странке јер се она лажно представила, такав нотарски акт би био апсолутно ништав. Али, ако би до пропуста јавног бележника дошло не зато што се учесник лажно представио, већ зато што нотар није утврдио његов идентитет у складу са законом, такав правни посао неће бити апсолутно ништав, али ни нотарска исправа неће имати карактер јавне исправе.¹⁹⁶¹ Најзад, ако би јавни бележник утврдио идентитет странке на начин који је утврђен законом али би пропустио да то констатује у нотарском акту, та чињеница не би имала никаквог утицаја на пуноважност тог акта и сачињеног правног посла.¹⁹⁶²

Након што утврди идентитет уговорних страна, нотар ће бити дужан да испита да ли су испуњени законски услови за закључење уговора о наслеђивању у облику јавнобележничког записа. То ће подразумевати његову обавезу да испита да ли уговорници имају законом предвиђену способност за закључење уговора о наслеђивању (потпуну и општу пословну способност), а потом да ли на страни уговорних странака постоји *animus contrahendi*.¹⁹⁶³ У случају сумње, посебно о душевном и физичком стању супружника, јавни бележник је овлашћен да захтева да му се презентује налаз и мишљење лекара одговарајуће струке на наведене околности, што значи да није пресудно да ли је неком лицу, судским путем, одузета пословна способност, већ утисак који је нотар стекао на основу непосредног контакта са странкама.¹⁹⁶⁴ Другим речима, сваки пут када овлашћено лице изрази сумњу да ли је један од уговарача способан да схвати правне последице уговора који закључује, оно је дужно да затражи мишљење од стране судског вештака или надлежног органа. У супротном, нотар је по једном становишту овлашћен да одбије да сачини уговор.¹⁹⁶⁵ Према другом схватању, он је овлашћен да одбије сачињавање јавнобележничког записа само ако је сигуран да уговарач нема пословну способност, док је у случају сумње дужан да састави

¹⁹⁶¹ D. Đurđević (2011), 79-80.

¹⁹⁶² D. Đurđević (2011), 81.

¹⁹⁶³ Члан 167. став 1. Закона о ванпарничном поступку. Оливер Антић, Улога нотара у наследноправним уговорима, *Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер)*, Београд 2005, 317. У науци постоји гледиште да је обавеза поступајућег органа и да укаже странкама на могућност поништаја уговора у одсуству правнорелевантне воље за његово закључење. D. Šiljkut, 131.

¹⁹⁶⁴ D. Šiljkut, 129; M. Ignjatović, 492.

¹⁹⁶⁵ E. Moreau, 25; M. Ignjatović, 492.

запис, али и да на исправи констатује чињенице које су му дале повод за сумњу.¹⁹⁶⁶ Отуда, наши аутори истичу да је у немачком праву, нотар дужан да приликом сачињавања уговора о наслеђивању констатује све релевантне чињенице, чак и ако би претходно утврдио да уговорне стране имају потребну способност за закључење уговора.¹⁹⁶⁷ При томе, за поступање јавног бележника није довољно мишљење вештака неуропсихијатријске струке да је једно лице способно да закључује правне послове уопште, већ да је способан да схвати садржај и правне последице закључења уговора о наслеђивању.¹⁹⁶⁸

Након тога, јавни бележник ће сачинити јавнобележнички запис по казивању уговорних странака, трудећи се да што верније (ако је могуће – служећи се њиховим речима) унесе смисао и суштину њихових изјава воље у писмено, водећи при томе рачуна да уговорне одредбе буду јасне и недвосмислене. У циљу избегавања евентуалних спорова, он је дужан да уговорним странама поставља и одговарајућа питања, не би ли што прецизније пренео и формулисао њихову вољу.¹⁹⁶⁹ Ако уговорници инсистирају да се у уговор унесу одредбе које су нејасне, неразумљиве или двосмислене, нотар ће их посаветовати да ове одредбе прецизирају.¹⁹⁷⁰ Ако би они изричито инсистирали да такве одредбе постану саставни део њиховог уговора, он ће их унети у текст записа, стављајући напомену да их је поучио о недостацима недовољно прецизних одредаба, потреби да их другачије формулишу, као и да их је упозорио на могућу ништавост таквих клаузула, али да су странке упркос томе остале при захтеву да се те одредбе унесу у уговор.¹⁹⁷¹ Ако би се уговорне стране противиле да јавни бележник унесе у текст уговора упозорење које им је дао, он ће одбити да сачини исправу.¹⁹⁷²

Јавни бележник мора да води рачуна да садржина уговора о наслеђивању буде у складу са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, па ће бити овлашћен да решењем одбије сачињавање уговора о наслеђивању који би био противан овим правним стандардима или би био симулован.¹⁹⁷³ На тај начин

¹⁹⁶⁶ Д. Ђурђевић (2014), 145-146.

¹⁹⁶⁷ Д. Ђурђевић (2014), 146, фн. 695.

¹⁹⁶⁸ Е. Moreau, 25.

¹⁹⁶⁹ Чл. 171. ст. 2. Закона о ванпарничном поступку; Д. Ђурђевић (2005б), 140; V. Korać, 98.

¹⁹⁷⁰ Чл. 172. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁷¹ Е. Moreau, 47; V. Korać, 98-99; D. Šiljkut, 133.

¹⁹⁷² Чл. 172. ст. 4. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁷³ Чл. 172. ст. 1 и ст. 2. Закона о ванпарничном поступку.

јавни бележник доприноси правној сигурности и остварује улогу превентивног судског органа, предупредујући евентуалне судске спорове око поништења таквог уговора у парничном поступку.¹⁹⁷⁴ Ако би један или оба уговарача инсистирала на модалитету (нпр. услови) уговора о наслеђивању чија је пуноважност сумњива, али чије уношење у уговор је од интереса за једну или обе уговорне стране, јавни бележник, према мишљењу страних аутора, не би смео да одбије да сачини овакав уговор, већ би крајњу оцену о пуноважности требало да остави суду.¹⁹⁷⁵ Домаћи правни писци сматрају да је нотар овлашћен да састави уговор, али не и ништаву одредбу коју су странке одбиле да изоставе или је нису измениле тако да постане пуноважна. Ако би уговор ипак био сачињен, пуноважност ништаве одредбе би могла да се побија у парничном поступку.¹⁹⁷⁶

Ако су уговорници у стању да прочитају и потпишу уговор, закључен у форми јавнобележничког записа, садржину исправе ће им прочитати нотар или неко друго лице, премда су овлашћени да и сами прочитају исправу коју им је нотар по њиховом казивању сачинио. Ако се сагласе са њеном садржином, они ће усмено изјавити да је њихова воља верно и у потпуности унета у текст исправе, а потом ће исправу потписати.¹⁹⁷⁷ У науци постоји недвосмислен став да читање уговора у целини представља конститутивни и незамењиви елемент форме сачињавања јавнобележничког записа без кога је он апсолутно ништав.¹⁹⁷⁸ Исто тако, каже се да је потребно да контрахенти изричито, а не конклюдентим радњама признају сачињени јавнобележнички запис, што подразумева да потврде да је њихова изјава воље не само тачно, већ и потпуно, без изостављања било чега што су они желели, унешена у јавнобележнички запис.¹⁹⁷⁹ Према „начелу непосредности“ уговорницима ће се прочитати садржај воље коју су изјавили са изворника јавнобележничког записа.¹⁹⁸⁰

¹⁹⁷⁴ Zoran Ćirić, Nataša Stojanović, Neke dileme oko poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju, *Pravni život* 10/2002, 613; О. Антић, З. Балиновац, 518.

¹⁹⁷⁵ E. Moreau, 47.

¹⁹⁷⁶ D. Šiljkut, 132.

¹⁹⁷⁷ Чл. 173. ст. 1, ст. 2. и ст. 3. Закона о ванпарничном поступку. Уговорници би морали лично, непосредно и изричито да потврде да је њихова воља на исправан начин унешена у изворник, што значи да одобравање путем техничких и телекомуникационих средстава није допуштено. Дејан Б. Ђурђевић, Признање нотарског записа, *Анали Правног факултета* 1/2012, 181-182.

¹⁹⁷⁸ Д. Ђурђевић (2014), 153.

¹⁹⁷⁹ Д. Б. Ђурђевић (2012), 178.

¹⁹⁸⁰ Д. Б. Ђурђевић (2012), 180-181.

Међутим, пре него што потпишу уговор, јавни бележник је дужан да уговорне стране упозори на правне последице уговора о наслеђивању који закључују и да на исправи констатује да су уговорне стране разумеле и прихватиле дејства уговора.¹⁹⁸¹ Када је реч о поучавању странака о правним последицама закљученог уговора, у литератури се разликује тзв. „опште подучавање“ од „посебног подучавања“. За разлику од општег подучавања, које подразумева дужност нотара да у записник унесе садржај изјављене воље контрахената на потпун, јасан и прецизан начин, држећи се што је могуће више формулација које су они користили и указујући им на последице спорова који би могли да настану услед инсистирања на непрецизним језичким конструкцијама, посебно подучавање о правним последицама уговора зависи од сваког конкретног уговора који се закључује.¹⁹⁸² Да би се успешно оствариле функције и циљеви и општег и посебног поучавања, јавни бележник најпре треба да „разјасни право чињенично стање“, да „утврди праву намеру странака“, па тек онда да „пучи странке о домањају правног посла“ који закључују.¹⁹⁸³ Када је реч о уговору о наслеђивању, под тим се подразумева његова обавеза да укаже уговорницима да тај правни посао служи за располагање заоставштином и именовање наследника, али да располагања која представљају предмет уговора о наслеђивању могу да буду редукована од стране њихових нужних наследника.¹⁹⁸⁴ Након што на исправи констатује да су предузете све потребне радње и пошто се потпишу супружници, исправу ће потписати и нотар и отиснути свој печат и штамбил.¹⁹⁸⁵

Смисао целог овог поступка, који Ђурђевић назива „рекогницијом“, састоји се, с једне стране, у томе да странка провери да ли је њена воља верно унета у јавнобележнички запис и да се након што то утврди потпише, чиме се небориво узима да је садржај јавнобележничког записа идентичан ономе што су уговорници изјавили.¹⁹⁸⁶ Са друге стране, сви ови поступци које предузима јавни

¹⁹⁸¹ Чл. 172. ст. 1. Закона о ванпарничном поступку; D. Šiljkut, 132.

¹⁹⁸² V. Когаћ, 98-99.

¹⁹⁸³ Д. Ђурђевић (2014), 81-88.

¹⁹⁸⁴ E. Mogauc, 27. Супротно решење, према коме предмет уговора не улази у састав заоставштине, те се из њега не могу намирити нужни наследници, прописано је чл. 183. ст. 1./IV Преднацрта Грађанског законика Републике Србије. Чланом 128. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ нормирано је да је „обавеза нотара да странке пучи о свим наслеђноправним последицама уговора о наслеђивању, као и могућностима његовог раскида или опозива.“

¹⁹⁸⁵ Чл. 173. ст. 4. Закона о ванпарничном поступку; O. Антић (2005), 315.

¹⁹⁸⁶ Д. Б. Ђурђевић (2012), 161.

бележник „представљају најважнију демаркациону линију између нотарског записа и јавно оверене исправе.“¹⁹⁸⁷

Поступак се разликује ако једна или обе уговорне стране имају неке физичке недостатке, као и зависно од тога какви су недостаци у питању, што је нотар у сваком конкретном случају дужан да утврди на основу изјава уговарача или слободне оцене изведених доказа.¹⁹⁸⁸ Нису битни разлози због којих такви недостаци постоје, као ни то да ли су трајног или привременог карактера, важно је само да постоје у моменту сачињавања јавнобележничког записа.¹⁹⁸⁹ Ако супружник не може да говори или не може да чује, у поступку сачињавања исправе учествоваће, поред јавног бележника, и један позвани сведок. Разлика се састоји у томе што уговорна страна која не чује мора сама да прочита, призна и потпише текст исправе у присуству ових лица, док ће уговарачу који не може да говори исправа бити прочитана, а онда ће је он у присуству нотара и сведока признати климањем главе или на други несумњив начин, и потом је потписати.¹⁹⁹⁰ Према схватању које постоји у нашој литератури, јавни бележник је дужан да својим активним понашањем учини све што је потребно да би странка која не чује заиста прочитала изворник јавнобележничког записа, тј. неће бити довољно да јој „само омогући да прочита исправу.“¹⁹⁹¹ Ако уговорна страна није у стању да чита или пише услед слабости, неписмености или неког другог разлога, сачињена исправа биће јој прочитана у присуству нотара и два позвана сведока, након чега ће је она признати и потписати.¹⁹⁹²

Уговарачу који не чује, а не може ни да чита јер је слабост, неписмен или из неког другог разлога, исправа ће бити прочитана преко тумача, у присуству јавног бележника и два позвана сведока. Сведоци могу да буду само она лица која познају језик на коме је сачињена исправа и који могу да се споразумеју са оваквом уговорном страном.¹⁹⁹³ Није неопходно да јавни бележник разуме тумача, нити оно што он изјављује, већ да посредством његовог учешћа схвати уговараче

¹⁹⁸⁷ Д. Б. Ђурђевић (2012), 172.

¹⁹⁸⁸ Д. Ђурђевић (2014), 159.

¹⁹⁸⁹ О тзв. „ванредном поступку рекогниције“, видети детаљно: Д. Ђурђевић (2014), 158-166.

¹⁹⁹⁰ Чл. 174. и чл. 175. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁹¹ Д. Ђурђевић (2014), 161.

¹⁹⁹² Чл. 176. Закона о ванпарничном поступку *in fine*.

¹⁹⁹³ Чл. 178. ст. 1. и ст. 2. Закона о ванпарничном поступку.

и садржину њихових изјава воље.¹⁹⁹⁴ Тумач ће својим потписом и печатом на исправи потврдити да је уговарачу верно пренео садржину исправе, као и евентуална објашњења и одговоре јавног бележника.¹⁹⁹⁵ Ако контрахент не говори језик који је у службеној употреби, нужно је да му се у присуству нотара и два позвана сведока исправа прочита преко судског преводиоца. Задатак судског преводиоца је да својим потписом и печатом на исправи потврди да је уговарачу верно пренео садржину исправе, евентуална објашњења и одговоре нотара, из чега проистиче да он мора да познаје како службени језик, тако и језик којим говори уговорна страна.¹⁹⁹⁶

Дакле, задатак сведока, тумача и судског преводиоца је да потврде да су учесници дали изјаву и да садржај прочитаног записника одговара ономе што су уговорне стране изјавиле.¹⁹⁹⁷ Позвани сведок не би смело да буде лице на чији би наследноправни положај могло да одрази сачињавање уговора о наслеђивању, односно то не би смели да буду законски и евентуално завештајни наследници уговорног оставиоца.¹⁹⁹⁸ Ако би се странка у односу на коју је потребно применити ова посебна правила противила њиховој примени, јавни бележник би био овлашћен да одбије сачињавање нотарског записа.¹⁹⁹⁹

Након што све наведене радње буду спроведене, уговорници ће се потписати. Странке морају да се потпишу својеручно, што ће рећи „својом руком писаним словима“, тако да није довољно да им буде само одштампано име на записнику.²⁰⁰⁰ Није важан начин на који ће се једно лице потписати, једино је битно да се на основу потписа несумњиво утврди ко је потписник, а то ће по правилу бити случај ако се лице потпише онако како се иначе потписује у правном промету.²⁰⁰¹ То подразумева да ће се уговорне стране најчешће потписати пуним именом и презименом, али би требало прихватити и потпис који се састоји само из презимена (са или без почетног слова које означава име), а изузетно и само из псеудонима или личног имена, ако би било могуће

¹⁹⁹⁴ E. Moreau, 57.

¹⁹⁹⁵ Чл. 178. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁹⁶ Чл. 177. ст. 1. и ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁹⁷ D. Šiljkut, 128-129.

¹⁹⁹⁸ Чл. 182. ст. 3. тач. 4. Закона о ванпарничном поступку.

¹⁹⁹⁹ Д. Ђурђевић (2014), 159.

²⁰⁰⁰ S. Perović (1964), 65; *Firstpost Homes Ltd v Johnson* (1995) 1 W.L.R. 1567, наведено према: J. G. R. Martyn, S. Bridge, M. Oldham, 100, фн. 100.

²⁰⁰¹ М. Ђурђевић (2005), 258.

индивидуализовати потписника и ако начин на који се потписао не би доводио у сумњу његов *animus contrahendi*.²⁰⁰² У науци не постоји јединствен став поводом потребе да потпис буде читак, посебно због тога што је тешко одредити критеријум на основу кога би се један потпис сматрао нечитким. Стога је усвојено гледиште према коме треба прихватити и нечитак потпис, ако на основу њега може да се утврди лице које се потписало,²⁰⁰³ а то ће код уговора о наслеђивању бити несумњиво могуће, јер је овлашћено лице дужно да претходно утврди идентитет уговорних страна. Потпис се ставља испод текста који се потписује, јер се сматра да се потписник саглашава само са оним делом писмена које се налази изнад његовог потписа и да га ништа од оног што се налази испод његовог потписа не обавезује.²⁰⁰⁴ Све наведене радње у складу са „начелом јединства рекогниције“ морају да се одвијају у временском и просторном континуитету, без икаквих прекида.²⁰⁰⁵

Смисао потписа је вишеструк. Са једне стране, он треба да демонстрира изјаву воље онога ко се потписује и да послужи као доказ да се то лице саглашава са садржином правног посла која се налази изнад потписа. Са друге стране, он има идентификациону улогу, односно треба да посведочи идентитет лица које је дало такву изјаву воље.²⁰⁰⁶ Најзад, каже се, да све док се уговорне стране не потпишу, не може се узети да је настао правни посао, већ да се и даље ради само о његовом нацрту.²⁰⁰⁷

Ако један или оба уговарача не могу да се потпишу, отиснуће на исправи рукознак, а потом ће исправу потписати два пунолетна и пословно способна лица, која ће својим потписом потврдити да отисак прста заиста потиче од странке која је учинила рукознак. Ако супружник не би могао на исправи да стави ни отисак прста, потписаће га један од позваних сведока. У сваком смислу, нотар је дужан да у исправи констатује начин на који су уговорници потписали исправу.²⁰⁰⁸

²⁰⁰² S. Perović (1964), 64.

²⁰⁰³ S. Perović (1964), 65.

²⁰⁰⁴ Д. Ђурђевић (2014), 104.

²⁰⁰⁵ Д. Б. Ђурђевић (2012), 182.

²⁰⁰⁶ Марко Ђурђевић, Нотаријат и уговори, *Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер)*, Београд 2005, 257.

²⁰⁰⁷ Д. Ђурђевић (2014), 104.

²⁰⁰⁸ Чл. 179. Закона о ванпарничном поступку и чл. 68. ст. 6. и 7. Закона о јавном бележничтву („Службени гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014 и 6/2015).

Након уговорних страна, на исправи ће се потписати сведоци, тумач, судски преводац и јавни бележник који уједно отискује печат и штамбиљ, што се сматра овером исправе. Нотар се потписује тек након што на самој исправи констатује да су извршене све потребне радње.²⁰⁰⁹ Он је дужан да у јавнобележнички запис унесе напомену да је судски преводац, односно тумач, тачно и потпуно пренео уговорним странама садржину правног посла који су закључили, као и евентуална питања и одговоре нотара.²⁰¹⁰ Ако би се јавнобележнички запис састојао из више страница, оне ће се означити редним бројем и бројем јавнобележничког списка, а потом се повезати јемствеником, чији ће крајеви бити причвршћени печатним воском или налепницом, а затим оверени печатом јавног бележника.²⁰¹¹ Нотар, странке и евентуално друга лица која су учествовала у поступку, дужни су да потпишу сваку страницу на њеном дну, водећи рачуна да ти потписи не прекривају текст сачињене исправе.²⁰¹²

Уговор о наслеђивању ће по правилу бити закључен на српском језику и на ћириличком писму, као службеном језику и писму по Уставу Републике Србије. Али, ако се уговор сачињава у јединици локалне самоуправе на којој је у службеној употреби и језик националне мањине, нотар је дужан да јавнобележнички запис састави или на српском језику и ћирилици, или на језику и писму националне мањине, или и на српском језику и ћириличком писму и на језику и писму националне мањине, ако би један или оба уговорача то захтевали. Ако једна или обе уговорне стране не разумеју језик на коме је уговор закључен, исправа мора да садржи и клаузулу коју ће потписати уговорници, а на којој ће бити наведено да им је садржина исправе била у целини преведена, а превод достављен у писаној форми.²⁰¹³

²⁰⁰⁹ Чл. 68. ст. 3, 4 и 5. Закона о јавном бележништву; О. Антић (2005), 315. Ако јавни бележник поред свог потписа не би отиснуо и службени печат, то не би проузроковало ништавост правног посла, али би одузело сачињеној исправи својство јавне исправе. Са друге стране, ако свој печат не би отиснуо судски преводац или судски тумач, то за последицу не би имало нити ништавост сачињеног правног посла, нити би одузело сачињеној исправи својство јавне исправе. Д. Ђурђевић (2014), 107.

²⁰¹⁰ Д. Ђурђевић (2014), 165.

²⁰¹¹ Чл. 67. ст. 1. и ст. 2. Закона о јавном бележништву.

²⁰¹² Члан 68. став 1 и 2 Закона о јавном бележништву. У правној књижевности се истиче да је јавни бележник дужан да отисне печат само на последњој страници. Д. Ђурђевић (2014), 110.

²⁰¹³ Чл. 18. ст. 1. и ст. 3. Закона о јавном бележништву; Д. Ђурђевић (2005б), 118. Изузетно, уговор би могао да буде закључен на српском језику и латиничном писму ако је статутом општине или града предвиђена равноправна употреба ћириличног и латиничног писма или ако ће се уговор користити у иностранству. Д. Ђурђевић (2014), 94.

Уговор о наслеђивању ће по правилу бити сачињен механичким или електронским уређајем, дакле на рачунару и штампачу, који ће обезбедити трајност исправе и предупредити њено евентуално фалсификовање. Изузетно, ако сачињавање уговора треба хитно предузети, а наведени уређаји нису доступни, требало би прихватити пуноважност и јавнобележничког записа, сачињеног писаћом машином или читким рукописом, оловком која оставља трајан траг на папиру.²⁰¹⁴

Након сачињавања уговора у облику јавнобележничког записа, фиксирани текст уговора више не може да се мења, нити брише. Ако је потребно да се неки део текста прецрта, то мора да буде учињено тако да део текста који је прецртан остане читљив, при чему је на крају текста потребно прецизирати место у тексту и обим текста који је прецртан. Исто тако, на крају текста исправе се посебно наводе све евентуалне измене и допуне у тексту, уз наглашавање на који део текста и у ком обиму се односе.²⁰¹⁵ По правилу, све измене и допуне текста би требало извршити пре него што странке потпишу јавнобележнички запис, али ако би оне биле извршене након што би уговорници потписали исправу, и јавни бележник и уговорници би имали обавезу да измене још једном потпишу.²⁰¹⁶ У литератури је утврђено да исправке могу да се врше најкасније до завршетка поступка за сачињавање јавнобележничког записа, а то је моменат када нотар изда отправак уговора уговорним странама, док би евентуалне исправке, које би уследиле након тога, могле да се изврше само кроз сачињавање анекса уговора.²⁰¹⁷

Иако је у чл. 184. ст. 4. четврте књиге Преднацрта наведено да се уговор закључује у облику јавнобележничког записа, чини се да нема разлога да се не дозволи његово закључење и у облику солемнизоване приватне исправе.²⁰¹⁸ Ни раније није било неопходно да уговор о доживотном издржавању буде и састављен и оверен у присуству судије, већ су странке могле да донесу претходно

²⁰¹⁴ V. Когаћ, 90-91.

²⁰¹⁵ Чл. 66. Закона о јавном бележништву *in fine*.

²⁰¹⁶ Д. Ђурђевић (2005б), 120.

²⁰¹⁷ Д. Ђурђевић (2014), 103-104. О исправљању јавнобележничке исправе детаљније видети: Д. Ђурђевић (2014), 99-104.

²⁰¹⁸ „Разлика између јавнобележничког записа и солемнизације испољава се искључиво у техници сачињавања исправе. Док код јавнобележничког записа целокупну исправу мора да сачини нотар по казивању странке, приликом солемнизације странка доноси нотару унапред сачињену исправу, коју он проверава и с којом даље поступа у складу са правилима поступка за сачињавање јавнобележничког записа.“ Д. Б. Ђурђевић (2015), 256.

сачињени писани споразум, који је судија уз испуњење потребних услова оверавао. Уговорници се и данас по правилу, пре одласка код нотара, већ договоре о битним елементима уговора, а често код себе имају и нацрт уговора који је настао као резултат њихових преговора и који потом јавни бележник солемнизује.²⁰¹⁹ Клаузула о потврђивању (солемнизациона клаузула), којом се врши потврђивање исправе и којом нотар потврђује да је странкама у њиховом присуству прочитана исправа и да су упозорене на правне последице уговора који закључују, те да су се уговорне стране у свему сагласиле са њеном садржином и правним последицама закљученог правног посла и потом је потписале, била би у том случају услов за пуноважност уговора о наслеђивању.²⁰²⁰ Садржина солемнизационе клаузуле је готово идентична садржини јавнобележничког записа. Разлика се састоји само у томе што клаузула о потврђивању не садржи текст уговора, већ „изјаву јавног бележника да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и да су својеручно потписале исправу“, као и у томе што солемнизациона клаузула садржи број под којим је потврђени уговор заведен у општи пословни уписник.²⁰²¹

Након чина солемнизације „својство јавне исправе има не само солемнизациона клаузула већ и целокупна исправа.“²⁰²² Нотар ће клаузулу о потврђивању исправе ставити на посебну исправу, која ће са поднетом исправом бити повезана јемствеником и причвршћена печатним воском или налепницом и оверена печатом јавног бележника. Ако се поднети уговор састоји од више листова, јавни бележник ће повезати солемнизациону клаузулу са свим листовима и у њој назначити од колико листова и страница се поднети уговор састоји.²⁰²³

Приликом потврђивања уговора о наслеђивању, нотар би био овлашћен да испита да ли супружници имају пословну способност, односно да ли пуномоћник једног од њих има пословну способност и да ли је овлашћен да закључи уговор. Он је дужан и да води рачуна да садржина уговора, који треба да солемнизује, буде у складу са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, као

²⁰¹⁹ Н. Суботић, 48; V. Когац, 93.

²⁰²⁰ Чл. 93а Закона о јавном бележништву.

²⁰²¹ Чл. 93 б Закона о јавном бележништву.

²⁰²² Д. Ђурђевић (2014), 26.

²⁰²³ Чл. 93 в ст. 1. и ст. 2. Закона о јавном бележништву.

и да објасни супружницима смисао и правне последице уговора о наслеђивању. Ако неки од наведених услова не би био испуњен, јавни бележник би био овлашћен да решењем одбије да потврди уговор о наслеђивању.²⁰²⁴

Дакле, нотар би као лице које је овлашћено да учествује у поступку сачињавања наследноправних уговора, своје овлашћење могао да реализује на један од два начина - да сачини уговор о наслеђивању у облику јавнобележничког записа или да већ сачињени уговор од стране уговорних страна само солемнизује.²⁰²⁵ Међутим, све док овлашћено лице не упозори уговорне стране на правне последице уговора о наслеђивању, не потпише и не овери уговор, уговор неће имати карактер јавне, већ приватне исправе, независно од тога што су га странке закључиле у писаној форми и потписале.²⁰²⁶ Дакле, тек предузимање наведених радњи од стране нотара представља одлучујући елемент да уговор о наслеђивању добије елементе јавне исправе, али и да постане пуноважан.

Након спроведеног поступка, јавни бележник ће задржати и чувати изворник јавнобележничког записа наредних 30 година, док ће странкама бити предати отправак, чиме се обезбеђује да уговор и његова садржина буду сачувани, чак и ако би супружници на било који начин остали без отправака.²⁰²⁷ Уговор о наслеђивању може да буде предат на чување јавном бележнику или суду. Као што је јавнобележничка комора дужна да води регистар депонованих завештања које су сачинили нотари,²⁰²⁸ исту обавезу би требало предвидети и у погледу закључених уговора о наслеђивању. Јавни бележник није овлашћен да уговорницима издаје изворнике јавнобележничких записа о сачињеним правним пословима за случај смрти, али изворник јавнобележничког тестамена по службеној дужности мора да достави оставинском суду када сазна да је завешталац умро или да је проглашен за умрлог.²⁰²⁹ Чини се да би иста правила по аналогiji могла да се примене и на уговор о наслеђивању.

²⁰²⁴ Чл. 93 д и чл. 93 њ Закона о јавном бележничтву.

²⁰²⁵ О. Антић (2005), 309, 315.

²⁰²⁶ Чл. 69. Закона о јавном бележничтву; Лј. Кадич, 60, фн. 36.

²⁰²⁷ Д. Ђурђевић (2014), 167-168. Како изворник чува јавни бележник, функција отправака је да га у правном промету у потпуности замени. О облицима јавнобележничког записа, односно о изворнику, отправаку и препису детаљније видети: Д. Ђурђевић (2014), 166-173.

²⁰²⁸ Чл. 103. ст. 2. Закона о јавном бележничтву. Слична правила су предвиђена чл. 124. и чл. 132. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ.

²⁰²⁹ Чл. 103. ст. 1. Закона о јавном бележничтву. Д. Ђурђевић (2014), 169-170.

6. ПРАВНА ДЕЈСТВА УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Четвртом књигом Преднацрта грађанског законика Републике Србије готово да нису уређена правна дејства закљученог уговора о наслеђивању, осим правила која се односе на нужно наслеђивање. То значи да би редактори требало да предвиде неколико нових чланова, којима би по узору на упоредноправна решења, регулисали и овај значајан аспект уговора за случај смрти. Без детаљних објашњења која су већ презентована у осмом поглављу, овде ће се изнети само готови предлози у том смислу.

Ако би уговор о наслеђивању био реинтегрисан у српски правни поредак, требало би се одредити за став према коме два вољна основа позивања на наслеђе могу паралелно да егзистирају увек када не постоји колизија између предмета једног, односно другог правног посла, а да би у супротном, уговор о наслеђивању, као најјачи основ позивања на наслеђе, увек имао приоритет у односу на завештање.²⁰³⁰ Уговор о наслеђивању би могао да производи правна дејства само ако би уговорни наследник надживео уговорног оставиоца, ако би био способан и достојан за наслеђивање²⁰³¹ и ако би дао позитивну наследну изјаву (изричито или прећутно), у ком случају би сразмерно свом наследном делу био дужан да одговара за дугове оставиоца. Уколико би дошло до кадуцитета теретног уговора о наслеђивању, посебно би требало предвидети да ли би у свим случајевима наследници уговорног наследника имали право на повраћај учињеног и датог према правилима о правно неоснованом обогаћењу, или то право не би припало наследницима недостојног наследника.

Обзиром да према Преднацрту уговор о наслеђивању могу да закључе само супружници, треба прихватити став који постоји у упоредном праву, да развод или понишење брака *ex lege* доводе до престанка правних дејстава уговора за случај смрти. Исто би требало резоновати и када би уговорна страна, која је поднела захтев за развод или поништење брака, умрла пре окончања судског поступка, али би суд на захтев њених наследника, који би наставили вођење

²⁰³⁰ Чл. 129. ст. 1. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ: „Уколико је закључен уговор о наслеђивању он има предност пред наслеђивањем на основу тестаментa и закона.“

²⁰³¹ Чл. 131. ст. 4. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ: „Особа која је недостојна за наслеђивање не може стећи ништа ни на основу уговора о наслеђивању. Права друге уговорне стране остају непромијењена.“

поступка, одлучио да је тужбени захтев био основан.²⁰³² Поставља се питање да ли би исту аргументацију требало применити и на правни положај ванбрачних партнера? Чини се да за тим нема препрека. Ванбрачна заједница је и у имовинскоправним дејствима у српском праву већ изједначена са браком,²⁰³³ те би требало узети да вољно одређивање ванбрачног партнера за наследника има исту каузу као и вољно одређивање супружника за наследника – заједницу живота, рада, емотивних, сексуалних и финансијских односа, као и васпитање деце. Ако ова кауза временом „отпадне“, требало би узети да је отпао и основ уговорног именованја наследника.²⁰³⁴ Из тог разлога, не би требало ни правити разлику између (ван)брачног супружника који је крив за престанак брака и оног на коме не лежи кривица, како то чини аустријско право, посебно јер уговорни наследник све до смрти свог саговорача има само наследну наду.

Развод или поништење брака, односно престанак ванбрачне заједнице су ситуације када уговор о наслеђивању престаје *ex lege* и према Закону о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине. Међутим, и те одредбе су диспозитивног карактера, тако да су странке слободне да уговором за случај смрти предвиде другачије решење, о чему је дужан да их обавести јавни бележник.²⁰³⁵ Како сви ови случајеви заправо представљају закључење уговора о наслеђивању под раскидним условом (да брак не буде разведен или поништен, односно, да ванбрачна заједница не престане), а имајући у виду наше залагање да закључење уговора о наслеђивању треба дозволити и вереницима, требало би узети да у њиховом случају уговор производи правна дејства под одложним условом – ако брак буде закључен.

Имајући у виду правну природу уговорног наслеђивања, уговорни оставилац би у будућем српском праву морао да има овлашћење да објектом

²⁰³² Овде би заправо било речи аналогној примени правила о губитку законског наследног права супружника. Чл. 22. ст. 1. тач. 1. и 2. Закона о наслеђивању Србије. Исто правило постоји у белгијском праву, с тим што у овом праву уговор о наслеђивању не престаје да производи правна дејства по сили закона ако брак буде разведен или поништен, већ наследници уговорног оставиоца могу да наставе поступак како да би суд утврдио основаност тужбеног захтева за развод брака, тако и да би утврдио основаност захтева за опозивање уговора о наслеђивању. Е. Мореау, 61.

²⁰³³ Чл. 4. ст. 2. и чл. 191. ст. 2. Породичног закона.

²⁰³⁴ Међутим, треба рећи да је услед непостојања регистра ванбрачних заједница, у српском праву тешко одредити како тренутак када је ванбрачна заједница заснована, тако и тренутак када она престаје. С. Панов (2014), 149-150.

²⁰³⁵ Чл. 130. ст. 2. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ. Е. Bikić, М. Povlakić, S. Suljević, М. Plavšić, 496.

уговора слободно располаже правним пословима међу живима. Међутим, имајући на уму начело аутономије воље и слободу уговарања као његову еманацију, супружницима би Преднацртом требало допустити да самим уговором ограниче то његово право, као што би требало предвидети да уговорни наследник има право да тражи повраћај поклона које би уговорни оставилац предузео са намером да нашкоди његовом наследноправном положају (намера негативног утицаја из немачког права).²⁰³⁶ Ако би у српском праву био нормиран и теретни уговор о наслеђивању, требало би предвидети и трећи изузетак од правила да наследна нада уговорног наследника не ужива никакву заштиту. За узор би по овом питању могло да послужи швајцарско право. Ако би уговорни оставилац располагао уговореним добрима, уговорном наследнику би требало оставити могућност да да негативну наследну изјаву, након чега би он од оставиочевих наследника могао да тражи повраћај учињеног и датог према правилима о правно неоснованом обогаћењу.

Будућа српска кодификација у чл. 181. ст. 2. /IV допушта и закључење уговора о наслеђивању у корист лимитираног круга трећих лица - деце једног или другог супружника, њихове заједничке деце, њихових усвојеника или других потомака. Преднацртом нису детаљније одређени правна природа и правна дејства ове посебне врсте уговорног наслеђивања, па се чини да би упоредноправна решења европско-континенталног права, која су наведена у петом одељку осмог поглавља рада, била примењива и на српско право.

Иако је чл. 183. ст.1. / IV предвиђено да имовина која је предмет уговора не улази у састав заоставштине и да се из те вредности не могу намирити нужни наследници, у претходним редовима је указано да би такво решење требало изменити и предвидети супротну могућност - да уговорене ствари и права улазе у састав заоставштине и да се из њихове вредности могу намирити нужни наследници једне или обе уговорне стране, зависно од тога да ли је реч о једностраном или реципрочном уговору о наслеђивању. Да би се дошло до основице која је потребна за израчунавање вредности нужног дела, требало би

²⁰³⁶ Чл. 127. ст. 3. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ у погледу правних дејстава уговора о наслеђивању нормира интересантно решење: „Закључењем овог уговора није ограничена могућност располагања имовином за живота. Уколико су предмет уговора непокретне ствари у земљишној књизи се може извршити забиљежба забране отуђења или оптерећења.“

узети у обзир вредност добара уговорног оставиоца на дан закључења уговора, вредност његове заоставштине, али и вредност добара којима је у међувремену располагао добротним правним пословима.²⁰³⁷ Став за који се залажемо нормиран је и у Закону о наслеђивању у Федерацији БиХ, где уговором о наслеђивању не може да буде повређен нужни део нужних наследника.²⁰³⁸

7. ПРЕСТАНАК УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије не садржи одредбе о могућности раскида уговора о наслеђивању, али се у науци истиче да би их у циљу правне сигурности требало нормирати.²⁰³⁹ Супружницима најпре треба дати право на споразумни раскид уговора о наслеђивању,²⁰⁴⁰ али и право на једностранни раскид (одустанак), које би због специфичне правне природе овог уговора и предвиђене могућности да уговор буде закључен и у корист трећих лица, требало посебно уредити, превасходно у погледу рока до кога би супружник могао њиме да се користи. Мислимо да би брачни другови могли споразумно да раскину уговор само до тренутка смрти другог уговарача. Ако српско право прихвати разликовање одредаба у уговору за случај смрти на једностране и двостране, онда ће уговорни оставилац, на основу самог закона, бити овлашћен да једностраном изјавом воље одустане од прве врсте уговорних клаузула. Изгледа да би уговорним странама требало оставити слободу да самим уговором резервишу право за једног или оба супружника да једностраном изјавом воље одустане од целог уговора, или само од неких његових одредаба. По Пајтићевом мишљењу, овакво право супружници већ имају у српском позитивном праву у погледу брачног уговора, којим је могуће предвидети случајеве у којима супружници могу да реализују право на једностранни раскид уговора.²⁰⁴¹

²⁰³⁷ J. Gauthier (1955), 130.

²⁰³⁸ Чл. 129. ст. 2. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ: „Овим уговором се не може отклонити примјена одредаба о нужном наслеђивању.“ D. Softić Kadenić, 41.

²⁰³⁹ Н. Стојановић (2012), 203.

²⁰⁴⁰ Босански законодавац гарантује ово право уговорним странама у чл. 130. ст. 1. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ: „Уговор о наслеђивању странке могу раскинути споразумом који мора бити у форми нотарски обрађене исправе.“

²⁰⁴¹ В. Рајтић, 126.

Право на једнострани раскид би требало гарантовани уговорном оставиоцу и ако би уговорни наследник својим поступцима испунио услов за ексхередацију или ако не би извршавао уговором предвиђену обавезу према декујусу.²⁰⁴² У другом случају треба прихватити приступ швајцарског права и допустити раскид на основу општих правила облигационог права о раскиду због неизвршења, јер такво решење много више одговара систему и духу српског грађанског права.²⁰⁴³ То значи да би уговор за случај смрти било могуће раскинути у целини и због делимичног неиспуњења обавеза од стране уговорног наследника, али би у том случају неиспуњење морало да се односи на сам циљ због кога су супружници закључили уговор. То може да се односи и на само једну уговорну одредбу или на само једну чинидбу, ако би на тај начин уговорни оставилац изгубио све користи које је очекивао да ће добити на основу уговора, а које због њихове међусобне повезаности не би могло да компензује ни даље испуњавање престација уговорног наследника.²⁰⁴⁴ Међутим, право на једнострани раскид теретног уговора о наслеђивању због неизвршења, требало би признати и уговорном наследнику, ако би га уговорни оставилац онемогућавао да извршава своје обавезе или ако уговорни оставилац не би извршавао своје обавезе међу живима на које се обавезао. По узору на француско право, требало би допустити и једнострани раскид добротних уговора о наслеђивању из истих разлога из којих може да се опозове поклон. Најзад, чини се да има основа да се узме у разматрање и могућност раскида теретног уговора о наслеђивању због промењених околности. Независно од тога да ли је реч о споразумном или једностраном раскиду уговора о наслеђивању, раскид би морао да буде реализован у истој форми у којој је и закључен – у форми јавнобележничког записа, при чему би о једностраном раскиду, под претњом ништавости, морао да буде обавештен други уговарач.²⁰⁴⁵

Преднацртом Грађанског законика Републике Србије је само на једном месту предвиђена ништавост уговора о наслеђивању. У чл. 183. ст. 2. четврте књиге Преднацрта, каже се да ће уговор бити ништав ако не буде био сачињен у

²⁰⁴² Истоветно гледиште заступа и Наташа Стојановић. N. Stojanović (2003), 177-178.

²⁰⁴³ Истоветно решење је прихваћено у чл. 131. ст. 1. Закона о наслеђивању Федерације БиХ.

²⁰⁴⁴ M. Stanković (2011), 560-562.

²⁰⁴⁵ Аргумент из чл. 82. ст. 3. Закона о јавном бележничтву. Форма јавнобележничке исправе за једнострану и споразумну раскид уговора о наслеђивању предвиђена је и чл. 130. ст. 1. и чл. 131. ст. 3. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ.

прописаној форми, која подразумева дужност судије да га сачини у писаном облику, упозори супружнике на његове правне последице и да након тога уговор овери.²⁰⁴⁶ У трећем ставу истог члана Преднацрта је наведено и да је судија дужан да на самом уговору потврди да су радње из којих се састоје елементи форме предузети, из чега би требало извести закључак да ће попут уговора о доживотном издржавању у оваквој ситуацији, и уговор о наслеђивању бити апослутно ништав ако судија на исправи не стави клаузулу о поучавању странака, односно потврду да су све радње које закон предвиђа за формалну пуноважност уговора заиста и предузете.²⁰⁴⁷

Стриктно говорећи, неиспуњење формалних услова за собом повлачи правну санкцију непостојећег уговора, управо због разлике између услова потребних за настанак уговора и разлога који воде његовој неважности.²⁰⁴⁸ Међутим, да ли ово правило које важи за облигационе уговоре треба применити и на уговор о наслеђивању? Чини се да одговор на ово питање зависи од процене да ли се формом неопходном за закључење уговора о наслеђивању доминантно штите јавни или приватни интереси, иако је ово разликовање често тешко учинити, јер су ова два интереса неретко повезана, па се кроз заштиту једних,

²⁰⁴⁶ Грађански законик Републике Србије, четврта књига – наслеђивање, Београд 2011, 88. Пошто се форма јавне исправе тражила и тражи се и за закључење уговора о доживотном издржавању, судска пракса је богата одлукама у којима се уговор о доживотном издржавању оглашава ништавим због непримењивања форме прописане законом. На пример, у Решењу Врховног суда Србије Рев. бр. 3439/96 од 15.10.1996. године се каже: „Уговор о доживотном издржавању ће бити ништав иако је сачињен у писменом облику и потписан од стране судије, када поступајући судија уговор овери без присуства уговорних страна, пропуштајући да им га претходно прочита и упозори их на правне последице уговора“, Судска пракса, 6/1998, Београд 1998, 22, наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, 298. У пресуди Врховног суда Србије, Рев. 4546/97, од 17.2.1998. године је наведено: „Према одредби чл. 122. ст. 4. и 5. ЗОН („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 20/55), који је важио у време закључења уговора, уговор о о доживотном издржавању мора бити састављен у писменом облику и оверен од судије, а приликом овере судија је дужан да га прочита и упозори уговорнике на последице уговора, па спорни уговор не производи правно дејство јер није сачињен сходно наведеној законској одредби, нити по сада важећим одредбама новог ЗОН-а,“ Анали Правног факултета у Београду, 1-3/98, 189-190, наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, 264-265. Према чл. 128. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ, нотар је дужан да странке поучи и о могућности да уговор о наслеђивању буде једнострано раскинут (опозван).

²⁰⁴⁷ Д. Ђурђевић (2015), 256. Судска пракса је поводом уговора о доживотном издржавању направила још неке дистинкције, па се у пресуди Округног суда у Ваљево, Гж. 1061/99 од 24.09.1999. године каже: „Само због тога што није сачињен записник о радњама предузетим приликом овере уговора о доживотном издржавању, уговор није ништав,“ Избор судске праксе, 11/2001, 35, наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, 267. Исто тако: Решење Врховног суда Србије, Рев. бр. 2339/99 од 30.12.1999. године, наведено према: С. Панов, Б. Кашћелан, М. Станковић, 263-264.

²⁰⁴⁸ S. Perović (1964), 121; A. Vas, 11.

увек штите и други интереси.²⁰⁴⁹ Ако се пође од тога да се формом доминантно штити јавни интерес, њено непримењивање би значило одсуство заштите ових интереса чак и ако би уговор био извршен, па конвалитацију не би требало допустити. У супротном, конвалитацију би требало допустити, јер би требало узети да су чином извршења уговорници сами одустали од заштитне форме која је законом предвиђена у њиховом интересу.²⁰⁵⁰ За овај други став, под условом да су формални недостаци били незнатни, могу се навести и неки аргументи.

Још је у нашој старијој науци истицано да је форма уговора о доживотном издржавању, која такође представља форму јавне исправе, структурирана пре свега тако да допринесе смањењу могућих злоупотреба, а потом, и да услед временског протекла који је потребан за састављање и оверу уговора, укаже уговорним странама на значај и последице овог уговора, те да им омогући да мирно, трезвено и слободном вољом одлуче да ли ће га уопште закључити и на који начин ће уредити своје уговорне односе.²⁰⁵¹ У неким случајевима, поништењем уговора о доживотном издржавању за примаоца може да настане много већа штета ако су недостаци у форми минимални, а уговор се дуже извршава. Стога је у складу са чл. 73. Закона о облигационим односима,²⁰⁵² а у најбољем интересу примаоца издржавања, оправдан став наших аутора и судске праксе, да би у случају мањег недостатка у форми уговора о доживотном издржавању, или у случају да је давалац у потпуности или у највећем делу испунио своје уговорне обавезе, требало допустити конвалитацију уговора о доживотном издржавању упркос формалним недостацима.²⁰⁵³

Чини се да слична аргументација евентуално може да се примени и на теретне уговоре о наслеђивању. О томе сведочи и одлука бр. 5005 О. о. с. од 28. маја 1903. године, према којој „уговор на случај смрти и ако није написан строго по пар. 780. Грађ. Зак. ипак је пуноважан за наследнике, јер је тај уговор као

²⁰⁴⁹ Чл. 70. ст. 1. Закона о облигационим односима: „Уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произилази што друго.“

²⁰⁵⁰ S. Perović (1964), 124.

²⁰⁵¹ Н. Суботић, 48.

²⁰⁵² Чл. 73 Закона о облигационим односима: „Уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра се пуноважним иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осима ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произилази што друго.“

²⁰⁵³ О. Антић, З. Балиновац, 519-520; В. одлуку Врховног суда Србије Рев. 4418/93, од 07.12.1993. године.

двостран и теретан остао у важности за све време живота уговарача и јер је, потврђен полицијском влашћу, постао и јавна исправа.²⁰⁵⁴

Не треба сметнути са ума ни да изузетно од општих правила грађанског права, повреда завештајне форме у српском праву води рушљивости, а не апсолутној ништавости тестамена. Најзад, многи правни писци истичу да упорно инсистирање на ништавости правних послова услед непоштовања прописане форме, може да буде не само неправично, већ може „под одређеним околностима представљати злоупотребу права.“²⁰⁵⁵ Изгледа да су полазећи од ових премиса и редактори Закона о јавном бележничтву, оправдано направили разлику у зависности од недостатака неког од потребних елемената у сачињавању уговора у форми јавнобележничког записа. Сматраће се да јавнобележнички запис нема снагу јавне исправе ако не садржи генералије јавног бележника и уговорних страна и евентуално пуномоћника једног од њих, датум, место и евентуално час сачињавања уговора у облику јавнобележничког записа, затим, ако не би садржао изјаву да су уговорне стране биле поучене о правним последицама уговора који закључују и изјаву да су контрахенти, иако упозорени да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве и двосмислене и после упозорења при тим изјавама остали, као и ако запис не би садржао потписе уговарача и пуномоћника, потпис, печат и штампил јавног бележника. Ако у јавнобележничком запису не би била наведена садржина (текст) уговора, онда би се он сматрао непостојећим.²⁰⁵⁶

Ипак, зарад правне сигурности, и ово питање би требало изричито регулисати нашим будућим грађанским закоником, али изгледа да би решење, којим би се у случају формалних недостатака допустила конверзија уговора о наслеђивању у неку од јавних форми завештања (нпр. нотарску), било оптимално.

Ако услед пропуста судије дође до поништења уговора због његових формалних недостатака, одговорност за штету коју је претрпела уговорна страна сноси Република Србија, с тим што се она може регресирати од судије који је погрешно услед намере или грубе непажње.²⁰⁵⁷ Са друге стране, јавни бележник је дужан да надокнади штету која би настала услед тога што би уговор био

²⁰⁵⁴ Г. Никетић, 416.

²⁰⁵⁵ Д. Стојановић (1996), 101.

²⁰⁵⁶ Чл. 84. ст. 2 и 3 Закона о јавном бележничтву.

²⁰⁵⁷ Одлука Савезног суда, Гзз. 38/74, наведено према: Miloljub Albijanić, *Ugovor o doživotnom izdržavanju*, *Pravni život* 10/1996, 506.

поништен услед његових формалних пропуста, али држава не одговара за штету коју он проузрокује.²⁰⁵⁸

Иако то Преднацртом није изричито прописано, на поништење уговора о наслеђивању би аналогно могла да се примене нека општа правила облигационог и наследног права, што је решење које постоји и у швајцарском праву. Апсолутно ништави би били уговори о наслеђивању чији би предмет или кауза били противни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.²⁰⁵⁹ У погледу анализе у односу на који тренутак треба процењивати ништавост завештања због његове супротности принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, у науци су се искристалисала два супротстављена становишта. По мишљењу Драгице Живојиновић, пуноважност тестаментa спрам његове садржине треба процењивати у односу на тренутак његовог сачињавања, за шта она као аргумент узима члан 163. Закона о наслеђивању Србије.²⁰⁶⁰ Међутим, поменути члан закона само предвиђа каква ће бити правна дејства ако тестамент има одговарајуће недостатке, не везујући их при томе за тренутак његовог сачињавања. Зато би требало прихватити супротну аргументацију, коју је у нашој литератури бранио Дејан Ђурђевић. Уговор о наслеђивању је правни посао *mortis causa*, па би просуђивање пуноважности правних послова у односу на тренутак пре него што они уопште могу да произведу правне последице био погрешан и значио би изједначавање правних послова међу живима са правним пословима за случај смрти.²⁰⁶¹ Ђурђевић подсећа и да апсолутна ништавост завештања због супротности његове садржине принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима нема за циљ да се санкционише завешталац, „већ да се спречи да завештање произведе дејство које није у складу са основним принципима на којима почива егзистенција једне правноорганизоване заједнице“.²⁰⁶² Међутим, то по мишљењу овог аутора не значи и да би требало узимати у обзир промене које у схватању јавног поретка и добрих обичаја наступе од смрти завештаоца, до

²⁰⁵⁸ Чл. 58. ст. 1. и ст. 4. Закона о јавном бележничтву.

²⁰⁵⁹ Чл. 103. ст. 1. Закона о облигационим односима; Аналогија из чл. 155. Закона о наслеђивању.

²⁰⁶⁰ Чл. 163. Закона о наслеђивању: “Ништаво завештање сматра се завештањем које никада није ни било сачињено.“ Dragica Živojinović, Granice slobode zaveštanja, *Pravni život* 10/2002, 202-203.

²⁰⁶¹ Dejan Đurđević, Momenat merodavan za ocenu da li je zaveštanje u suprotnosti sa javnim poretком i dobrim običajima, *Pravni život* 10/2004, 319.

²⁰⁶² D. Đurđević (2004 б), 320.

доношења судске одлуке, јер би у супротном могло да дође до повреде права наследника и легатара која су они стекли тренутком декујусове смрти.²⁰⁶³

Чини се да ова дилема једнако важи и за уговор о наслеђивању и да би зато требало прихватити решење према коме супротност садржине уговора о наслеђивању принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима треба просуђивати обзиром на тренутак смрти уговорног оставиоца.

Међутим, „ништавост неке одредбе уговора не повлачи и ништавост самог уговора, ако он може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен.“²⁰⁶⁴ У том смислу би, аналогно члановима 159. и 160. Закона о наслеђивању, требало узети да су апсолутно ништаве следеће одредбе уговора о наслеђивању: одредба којом уговорни оставилац одређује наследника свом наследнику или испорукопримцу; одредба којом уговорни оставилац свом наследнику или испорукопримцу забрањује да отуђи ствар или право које му је оставио; одредба којом ограничава или забрањује деоба наследства; одредба уговора којом оставилац нешто оставља јавном бележнику или његовом брачном другу, прецима, потомцима, браћи и сестрама,²⁰⁶⁵ као и одредба уговора којом се нешто оставља позваним сведоцима, њиховим брачним друговима, прецима, потомцима, браћи и сестрама.

Како је Преднацртом само супружницима допуштено да закључе уговор о наслеђивању, то значи да би уговор који закључе лица која немају потпуну и општу пословну способност био апсолутно ништав.²⁰⁶⁶ Исто би важило и ако би се прихватило решење према коме би и вереници могли под одложним условом да закључе уговор о наслеђивању, јер „тек закључењем брака по основу судске диспензације малолетник стиче потпуну пословну способност.“²⁰⁶⁷ Такође, фалсификовани, привидни или симуловани уговори о наслеђивању,²⁰⁶⁸ уговори

²⁰⁶³ D. Đurđević (2004 б), 322-324.

²⁰⁶⁴ Чл. 105. ст. 1. Закона о облигационим односима; Аналогија из чл. 158. Закона о наслеђивању.

²⁰⁶⁵ Ђурђевић аргументује да би у погледу располагања у корист јавног бележника и њему наведених блиских лица идентично правно финале настало и позивањем на генералну клаузулу ништавости. По његовом мишљењу, поступање нотара у сачињавању овакве исправе представљало би „најгрубљи вид кршења начела непристрасности као једног од фундаменталних принципа на којима почива јавнобележничка делатност.“ Д. Ђурђевић (2014), 70.

²⁰⁶⁶ То проистиче и из чл. 56. ст. 1 Закона о облигационим односима.

²⁰⁶⁷ С. Панов (2014), 97.

²⁰⁶⁸ Чл. 66. Закона о облигационим односима *in fine*.

закључени са менталном резервацијом,²⁰⁶⁹ и сви уговори за случај смрти код којих уговарачи не би имали *animus contrahendi*, били би апсолутно ништави.

Требало би узети да мане воље воде рушљивости уговора о наслеђивању.²⁰⁷⁰ Дакле, уговор о наслеђивању закључен под дејством претње, битне заблуде („заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине“) или преваре био би релативно ништав,²⁰⁷¹ а уговорна страна која је проузроковала дејства мана воље и тако навела другу страну на закључење уговора, била би и недостојна за наслеђивање. Овде не треба сврстати уговоре који су закључени под дејством физичке принуде или уговоре код којих између супружника постоји неспоразум о природи уговора, о основу или предмету обавезе, у ком случају би уговор био непостојећи.²⁰⁷² Ипак, обзиром на круг субјеката који према Преднацрту могу да закључе уговор за случај смрти, тешко је замислити да би овај уговор могао да буде закључен под дејством заблуде о личности, односно, чини се да услед правне природе уговора о наслеђивању, на овај институт не би био примењив чл. 61. ст. 4. Закона о облигационим односима, према коме „страна која је у заблуди не може на њу да се позива ако је друга страна спремна да изврши уговор као да заблуде није било.“

Чини се да су и правила о утицају допуштености мотива на пуноважност уговора, која су нормирана Законом о облигационим односима, примењива и на уговор о наслеђивању. У зависности од тога да ли је уговор о наслеђивању теретан или добротан, различито би требало просуђивати допуштеност или недопуштеност мотива на пуноважност уговора. Ако би уговор за случај смрти био теретан, онда би недопуштеност мотива утицала на пуноважност уговора под условом да је недопуштени мотив битно утицао на одлуку једног уговарача да

²⁰⁶⁹ О утицају менталне резерве на пуноважност завештања и ставу да она треба да води његовој апсолутној ништавости само у случају њене спољне видљивости видети: Драгица Живојиновић, Утицај менталне резерве на пуноважност завештања, *Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије*, ур. Станко Бејатовић, Крагујевац 2003, 389-398.

²⁰⁷⁰ Чл. 111. Закона о облигационим односима; Чл. 130. ст. 4. Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ.

²⁰⁷¹ Чл. 60., 61. и 65. Закона о облигационим односима.

²⁰⁷² Чл. 63. Закона о облигационим односима; S. Perović (1986), 471.

закључи уговор, а да је друга уговорна страна то знала или је морала знати. Ако би се радило о добротном уговору, недопуштено побуде једне уговорне стране ће водити неважности уговора чак и када друга уговорна страна није знала да је недопуштени мотив битно утицао на одлуку његовог саговорача.²⁰⁷³ Остаје отворена могућност да Комисија, по узору на немачко и швајцарско право, остави уговорном оставиоцу овлашћење да захтева поништење уговора о наслеђивању због постојања заблуде о мотиву, у случају у коме би уговорни наследник својим понашањем остварио неки од услова за разбаштињење или ако не би извршавао уговором преузете обавезе према уговорном оставиоцу.

Када је реч о апсолутној ништавости уговора о наслеђивању, требало би прихватити опште правило да на ништавост суд пази по службеној дужности, да се на њу може позвати свако правно заинтересовано лице и да право на утврђивање ништавости има и јавни тужилац, без преклузије.²⁰⁷⁴ Такође, чини се да би аналогно члану 117. Закона о облигационим односима, уговорни оставилац или лице које за то има правни интерес, могли да захтевају поништење уговора у субјективном року од годину дана од дана сазнања за разлог рушљивости или од престанка принуде, а у објективном року од три године од дана закључења уговора (за оставиоца), односно од проглашења уговора (за остала лица). Редактори Преднацрта би требало изричито да се одреде или за решење немачког права, које подразумева да се право на поништај гаси смрћу уговорног оставиоца, или да, попут решења које је прихваћено у швајцарском праву, правом на поништај рушљивог уговора могу да се служе и његови наследници.

Став појединих швајцарских аутора, да уговор о наслеђивању може да се поништи због прекомерног оштећења, не би требало прихватити у српском праву. Када је теретан, уговор о наслеђивању је алеаторан, а због очигледне несразмере узајамних давања не може се тражити поништење уговора на срећу.²⁰⁷⁵ Са друге стране, чини се да би одсуство алеаторности у теретном уговору о наслеђивању могло сходно одговарајућим правилима која важе за уговор о доживотном издржавању,²⁰⁷⁶ да доведе до поништења уговора о наслеђивању.

²⁰⁷³ Члан 53. став 2 и 3. Закона о облигационим односима.

²⁰⁷⁴ Чл. 109. и 110. Закона о облигационим односима.

²⁰⁷⁵ Чл. 139. ст. 5. Закона о облигационим односима.

²⁰⁷⁶ Чл. 203. Закона о наслеђивању *in fine*.

ХП ЗАКЉУЧАК

Уговорно наслеђивање је старо колико и наследно право. У оном тренутку људске и правне цивилизације када се на историјско-правној сцени појавило индивидуализовано право својине, упоредо са њим се развила и свест да је тако одређеним правом својине могуће слободно располагати, како са правним дејством међу живима, тако и са правним дејством за случај смрти. Међутим, нема сумње да је формирана и призната слобода лица да једностраном изјавом воље произведе правне последице за случај смрти, односно право да завештањем распореди своју заоставштину и евентуално одреди и неке друге наредбе у вези са својом смрћу, морала да сачека да јој пут у пракси прокрчи слобода уговорног располагања *mortis causa*. Готово да нема историјско-правног примера да слобода уговарања није претходила слободи тестирања. Такав је случај и са вавилонским нудуну, и са египатским брачним уговорима, и са поклоном за случај смрти грчког и римског права (уз све разлике у правној природи и правним циљевима које је овај институт имао у ове две велике правне цивилизације), и са римским завештањем *per aes et libram*, и са афатомијом и тинксом германских права и са васијетом шеријатског права. Али, то је и логично. Прелаз са колективне на индивидуалну својину, није могао тако лако да изазове промену у правној свести, која би се помирила са тим да шира заједница не треба да учествује, макар у једном чисто формализованом поступку, у преносу заоставштине са једног лица на његове наследнике. Отуда и објашњење како је било могуће да се у тако различитим историјским епохама понављају тако слични „ритуали“, готово пресликани симболички поступци располагања имовином *mortis causa*, какви су примера ради, римски *testamentum per aes et libram* и франачки афатомија и тинкс.

Сличан историјско-правни пут је уговорно наслеђивање имало и у српском праву. Тешко се може бранити хипотеза да је уговор о наслеђивању, на начин на који је нормиран у Српском грађанском законнику, постојао у правном животу на овим просторима пре средине 19. века, али се још теже може бранити гледиште да је српској правној традицији уговорно наслеђивање непознато. Средњовековне даровнице наших владара и поклони за случај смрти чине вредна сведочанства да је уговорног наслеђивања код нас било и у средњем веку. Тако су потврђене

хипотезе да корени уговорног наслеђивања сежу чак до права старог истока, али и да је историјски развој уговора о наслеђивању у српском праву аутохтон.

Али, сваки истраживач који на уговорно наслеђивање минулих епоха гледа очима савременог човека, наћи ће се на погрешном путу. У анализи уговора о наслеђивању не може се поћи од његовог данашњег облика, од његових данашњих правно-политичких циљева, правне природе и правних дејстава, па се враћати у прошлост, јер би то био анахронизам, својеврсна инволуција. Да би се дошло до појма уговорног наслеђивања у савременом праву, потребно је пратити његову еволуцију, од првих и несигурних корака у освит људске цивилизације, до његовог данашњег уобличења. Разлике у његовом дефинисању, суштини, задацима кроз које се испољава у различитим правним системима, све богатство његових плурала, може да се разуме само ако се зна да развој ове установе никада није био „праволинијски“, већ да га је свака иоле уређена заједница развијала према својим посебностима и својим потребама.

Али ако се пође од такве, по мишљењу аутора једино исправне хипотезе, може да се схвати да не постоји знак једнакости између уговора о наслеђивању и уговорног наслеђивања. Уговор о наслеђивању је именовани уговор којим уговорници по правилу неопозиво и увек непосредно одређују један другог за наследника, или само једна уговорна страна одређује другу или треће лице за наследника, на целини или одређеном делу своје заоставштине, или му оставља једно или више тачно одређених права из своје заоставштине. С друге стране, под уговорним наслеђивањем се подразумева сваки двострани правни посао за случај смрти, који непосредно или посредно има за циљ да се њиме уреди судбина оставиоачеве заоставштине. Уговор о наслеђивању је дакле, јединствен и целовит правни институт својствен германским правима, а уговорно наслеђивање је идеја, читав низ и скуп разнородних, али довољно сличних института испред којих се може наћи заједнички садржалац двостраног располагања добрима за случај смрти, сагласног уређења наследноправних последица смрти једног или више лица. Уговор о наслеђивању је достигнута фаза развоја уговорног наслеђивања, једна тачка у координатном систему његове еволуције, а уговорно наслеђивање је процес који је претходио уговору о наслеђивању и процес који је наставио са развојем и након достигнутог нивоа на коме се испољио као уговор о

наслеђивању. Уговор о наслеђивању карактерише статика, а уговорно наслеђивање динамика, развој који и данас траје. Уговор о наслеђивању је само једно од многобројних лица уговорног наслеђивања, тек један од његових аспеката.

Без наведеног разликовања, немогуће је теоријски уобличити појам уговора о наслеђивању, ни у вертикалној равни (кроз историјскоправну анализу), ни у хоризонталној равни (кроз упоредноправну анализу), а да такав приступ не буде једностран и усмерен на једну породицу права. Без дистинкције уговора о наслеђивању и уговорног наслеђивања, наш предмет истраживања би био ограничен на велики број сличних, али ипак разнородних института, који немају превише истоветности, па чак ни назив (од *l'institution contractuelle* или *donation de biens à venir* француског права, преко *Erbvertrag* немачког права, *Arvepakt* норвешког права, *Uskifte* нордијских правних система, *Contract to Leave Property by Will* у *common law*, до *Patto di famiglia* италијанског и *Protocole Familial* шпанског права) и чије би апстраховање било немогуће. Превиђајући нужност разликовања уговора о наслеђивању и уговорног наслеђивања, многи аутори су неуспешно покушавали да разврстају упоредноправне поретке, полазећи од погрешне почетне премисе да је уговор о наслеђивању јединствени правни институт који има готово идентичну или веома сличну садржину у различитим породицама права, што је схватање које је у најбољем случају могло да буде оправдано обзиром на стање легислатива и правне науке на почетку 20. века. Отуда су се раније поделе заснивале на томе што, по мишљењу ових правних писаца, са једне стране, постоје правни системи у којима је уговор о наслеђивању дозвољен и на оне у којима он није дозвољен, док су се са друге стране, правни пореци у којима је уговор за случај смрти допуштен, разврставали на оне у којима могу да га закључе само супружници и на оне у којима је доступан неограниченом кругу потенцијалних субјеката. Међутим, показано је да иако постоје права у којима уговор о наслеђивању, као правни институт којим се непосредно распоређује заоставштина није допуштен, скоро да нема правног поретка у коме уговорно наслеђивање, схваћено као један или више института којима се непосредно или посредно именује наследник, није допуштено. Исто тако, готово да нема правног система у коме је круг субјеката који један другог

или треће лице именују за наследника ограничен само на супружнике. Али, када се критеријум разликовања свих двостраних правних послова којима се директно или индиректно именује наследник утемељи на циљу који има сваки од тих појединачних института, као и на историјској епохи у којој се сходно томе развио, лако је разврстати типове уговорног наслеђивања на германски модел, који уговор о наслеђивању уређује као најјачи основ позивања на наслеђе и наследноправни институт *par excellence*, затим на романски модел, којим се уговорно именоване наследника врши у циљу уређења брачноимовинског режима, потом на *common law* и скандинавски модел, где уговорно наслеђивање настаје на основу тестаментa и најзад, на шпанско-италијански модел, који данас има за циљ уређење сукцесије породичних предузећа за случај смрти.

Када се овако постави проблем, одмах постаје очљиво да се сви наведени модели могу разврстати и по „дубинским критеријумима“, на основу којих се сви наведени типови међусобно прожимају, а разликују се само на основу задатка који се има остварити уговорним наслеђивањем, у принципу независно од тога о ком праву се ради. Тако се на основу начина на који уговорни наследник ступа у права уговорног оставиоца сви уговори о наслеђивању могу поделити на универзалне и на партикуларне. Према структури обавеза уговорних страна, ови уговори се деле на једностране, двостране (који могу да буду и реципрочни, а реципрочни - кореспективни) и на вишестране. Према садржини обавеза уговорних страна, уговори за случај смрти се деле на једноставне, кумулативне и мешовите, док се према циљу који се њима остварује разврставају на чисте, превентивне и фаворизујуће.

Већ на основу наведених подела види се да су разлике између појединих модела уговорног наслеђивања, односно института који би у различитим правима могли генерично да се именују као уговор о наслеђивању, много мање него што то изгледа на први поглед. То омогућава стварање језгра уговорног наслеђивања, где различита номотехничка средства ништа не мењају на његовој суштини и правној природи, који су уз мања или већа одступања унапред дати у одговарајућим координатама. Уговор о наслеђивању је у свим правима двострани, строго формални, строго лични и каузални правни посао, при чему у зависности од појединачне легислативе може да буде добротан или теретан, правни посао за

случај смрти или мешовити правни посао. То је уједно и именовани индивидуални уговор *intuitu personae*, који може да буде комутативан или алеаторан. Иако су у дефинисању његове правне природе изникле многе теорије, на основу којих је карактерисан као облигационоправни уговор, као стварноправни уговор, као наследноправни уговор *sui generis* и као мешовити правни посао, ни за један од ових теоријских концепата се не може рећи да је погрешан, али ниједан од њих не даје потпуну слику правне природе уговорног наслеђивања, јер сваки за полазну тачку има један конкретни правни систем. Међутим, оно што је свим овим концепцијама заједничко постаје много јасније када се скица правне природе уговора о наслеђивању постави тако да се овај уговор доведе, са једне стране, у везу са завештањем, са друге стране, у везу са поклоном и најзад, са облигационоправним уговорима који производе наследноправне последице, а нарочито са уговором о доживотном издржавању. Колико год био разнородан концепт уговорног наслеђивања у различитим правним системима, готово да нема других института којима би овај облик вољног наслеђивања могао да се објасни. Наведене чињенице јасно говоре да се и хипотеза, према којој је основни, суштински концепт уговорног наслеђивања исти или веома сличан и у различитим правним системима, показала као тачна.

Grosso modo, уговор о наслеђивању се у аспектима свог настанка скоро потпуно приближава уговорима облигационог права, у погледу својих правних дејстава се практично изједначава са завештањем, док правила о престанку уговора за случај смрти представљају комбинацију правила уговорног и завештајног права. Тако су његови конститутивни елементи идентични конститутивним елементима сваког другог контракта – субјекти, сагласност воља, предмет, кауза и форма. Начелно говорећи, контрахенти морају да буду пунолетна и потпуно пословно способна лица, која уговор морају да закључе лично, иако постоје извесни изузеци према којима у једностраним контрактима уговорни наследник може да буде и лице које има ограничену пословну способност и које може да буде заступано. Али, постојање активне завештајне способности нигде није довољно за пуноважно уговорно располагање за случај смрти, иако у аустријском праву уговорни оставилац поред пословне способности мора да поседује и активну тестаментарну способност. Даље, циљ уговора о наслеђивању

је видљив на први поглед. Обзиром да се он састоји у именовану једног лица за наследника, односно располагању заоставштином, те везивању једног лица за уговорног оставиоца кроз обавезу да га издржава и да се стара о њему, затим у гарантовању настанка, сигурности и континуитета породице кроз уређење брачноимовинског режима, или обезбеђењу опстанка и развоја породичног предузећа или пољопривредног газдинства, он је несумњиво различит од каузе класичних уговора облигационог права. Међутим, то је и природно, јер се и циљеви различитих облигационоправних уговора међусобно разликују. Најзад, форма за закључење уговора о наслеђивању је форма јавнобележнички обрађеног записа, што није спецификум овог контракта, напротив.

Будући да су и један и други правни послови *mortis causa*, правна дејства уговора за случај смрти су веома слична правним дејствима тестаментa. Уговорни наследник стиче сва наслеђивању подобна права тренутком оставиочеве делације. Он мора да поседује идентичне квалитете као и завештајни наследник. Нужно је да надживи оставиоца, да буде способан и достојан за наслеђивање, да његов брак са уговорним оставиоцем није разведен или поништен и да не дâ негативну наследну изјаву, на основу чега стиче и обавезу да одговара за оставиочеве дугове. Слично важи за правни положај уговорног испорукопримца, који попут легатара одређеног завештањем, тренутком декујусове делације стиче само право потраживања према онератима. Као и завештањем, и уговором о наслеђивању може да буде повређен нужни део нужних наследника.

Уговор о наслеђивању од завештања разликује чињеница да се ради о најјачем основу позивања на наслеђе, чијим се закључењем опозивају сва раније сачињена завештања у мери у којој се њихове садржине међусобно разликују са уговором, као што ни било који касније сачињени тестамент не може да дерогира претходно закључени уговор о наслеђивању. Исто тако, једном закључени уговор за случај смрти гарантује сталност и непромењивост положаја уговорног наследника, у том смислу што се касније сачињеним уговорима за случај смрти не може располагати објектом претходно закљученог уговора о наслеђивању, али се може побољшавати наследноправни положај именованог сукцесора.

Дакле, уговор о наслеђивању је веома специфичан институт. Једном сачињен, он љубоморно чува наследноправни положај уговорног наследника како

у односу на претходна, тако и у односу на каснија располагања за случај смрти. Његово постојање чини непримењивим принцип *Testamentum posterior derogat testamentum priori*. Коегзистенција између наследноправног уговора и завештања је могућа све док се завештањем не задире у наследну наду уговорног наследника. Управо ће та његова особина завести многе ауторе и навести их да пишу како је уговор о наслеђивању једнострано неопозив, како се њиме конзервирају односи и умањује аутономија и слобода располагања уговорног оставиоца, што ће попут некакве мантре, бити дуго поновљан аргумент, који ће малтене досегнути ранг аксиома, упркос својој нетачности.

Попут завештаоца, и уговорни оставилац остаје слободан да након сачињавања уговора закључује правне послове међу живима и тиме практично остави уговор за случај смрти без имовинскоправних дејстава, свводећи га на голу љуштуру. Наиме, све до тренутка смрти уговорног оставиоца, уговорни наследник има само једну наследну наду која не ужива никакву заштиту. Другим речима, уговорни оставилац, након закључења уговора о наслеђивању, више не може да предузима правне послове *mortis causa* који би били у колизији са претходним уговором, али задржава скоро пуну аутономију у предузимању правних послова *inter vivos*, чак и ако би предмет тих правних послова био идентичан предмету раније закљученог уговора о наслеђивању. Отуда ни примедба, да се уговором за случај смрти наследнику не гарантује никаква сигурност, нема упориште, посебно ако се ова тврдња доведе у везу са ставом да се овим правним послом уговорном оставиоцу ограничава аутономија воље и последично, слобода тестирања.

Овакви контрадикторни аргументи су последица суштинског неразумевања уговорног наслеђивања. Наиме, уговором о наслеђивању се постиже баланс између два најважнија начела грађанског права – начела аутономије воље и начела савесности и поштења, који се у овом институту прожимају на страни оба контрахента. Свако се уговором обавезује зато што то сматра целисходним, обвезивање је есенција уговорног права, нешто чиме се проширује а не умањује аутономија воље, додатна могућност која обогаћује могућност распореда заоставштине примерено конкретним околностима, потреба која понекада штити не само уговорног наследника, већ и интересе уговорног оставиоца (ако жели да побољша супружников наследноправни положај или да осигура успешну

постморталну сукцесију породичног предузећа или пољопривредног газдинства). Са друге стране, уговорном оставиоцу је остављена слобода да у складу са новонасталим околностима, али примерено начелу савесности и поштења, коригује своје уговорно располагање за случај смрти доцнијим располагањима међу живима. Другачије гледиште представља залагање за патерналистичку улогу законодавца и заштиту уговорног оставиоца од њега самог.

Међутим, од наведене „једначине“ према којој се у фази настанка уговор о наслеђивању има изједначити са уговорима облигационог права, а у домену правних дејстава за завештањем, постоје и изузеци. Једино на шта се уговорни оставилац обавезује јесте да једно одређено лице, тј. супружника, уговором именује за свог наследника, што значи да он закључењем уговора уједно и извршава своју обавезу. С друге стране, уговорни наследник се само саглашава са оваквим именовањем. Па чак и ако се обавезује на неку престацију међу живима према оставиоцу, осим ако није реч о реципрочном уговору за случај смрти или уговору о смеси, у наследноправним уговорима по правилу не постоји корелативност права и обавеза између контрахената. Осим ако није реч о уговорним легатима, предмет добротних уговора о наслеђивању је увек само одредив и уговор за случај смрти неће бити ништав, односно непостојећи, само зато што његов предмет не постоји у тренутку закључења уговора. Као и предмет тестаментa, предмет наследноправних уговора је заоставштина.

Са друге стране, и принцип да наследна нада контрактуалног наследника не ужива никакву заштиту није апсолутан, већ је коригован начелом савесности и поштења. Тако, у случају теретних уговора о наслеђивању и поводом добротних располагања *inter vivos* уговорног оставиоца објектом уговора о наслеђивању, у циљу да се уговорном наследнику нанесе „штета“, односно да се уговор лиши имовинскоправних дејстава, упоредна законодавства уговорном наследнику по правилу гарантују заштиту наследне наде, која се темељи на правилима о правно неоснованом обогаћењу. Уз то, сами уговорници уговором могу да предвиде ограничење уговорног оставиоца да располаже објектом уговора о наслеђивању правним пословима међу живима, што представља пандан оставиочевог права да за себе уговором задржи овлашћење да једнострано раскине овај контракт.

Најзад, правила о престанку уговорног наслеђивања представљају комбинацију регулативе облигационог и наследног права. Апсолутна ништавост уговора о наслеђивању наступиће из истих разлога као и апсолутна ништавост било ког другог правног посла, односно уговора, што ће рећи, због несагласности његовог предмета или каузе са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, ако је симулован или фиктиван, ако није настао као последица изјаве правно-релевантне воље, ако уговорне стране нису имале потребну способност за његово закључење, као и ако нису поштована правила форме. Правила о делимичној ништавости имају своју примену и у уговорном наслеђивању. Исто важи и за релативну ништавост уговора за случај смрти, која, сходно општим правилима облигационог права, наступа ако једна или обе уговорне стране изјаве вољу под дејством мана воље, при чему посебан значај за уговор о наслеђивању има заблуда о мотиву. Због специфичне правне природе овог правног посла и његових разлика у односу на облигационоправне уговоре, погрешно уверење уговорног оставиоца да ће се уговорни наследник понашати на одговарајући начин, нпр. да ће га издржавати, или да се неће понашати на начин који ће представљати основ за разбаштињење, може да послужи као основ за поништење, уместо за раскид уговора о наслеђивању.

С друге стране, особена правна природа уговора за случај смрти, посебно теретних, условиће да ће се од општих правила за раскид уговора, на њега примењивати само правила споразумног раскида. Из свих других разлога – ако уговорни наследник не испуњава преузету обавезу *inter vivos* према уговорном оставиоцу (нпр. ако га не издржава), ако својим понашањем оствари неки од законом прописаних услова за разбаштињење, ако декујус уговором задржи за себе право да једностраном изјавом воље од њега одустане или ако му то право припада на основу самог закона, односно, на основу разликовања двостраних и једностраних одредаба у уговору о наслеђивању, пре се може говорити о једностраном „опозиву“ или „одустанку“ од уговора о наслеђивању, него о једностраном раскиду. Иако се у свим набројаним случајевима мисли на престанак уговорног наслеђивања на основу једнострано изражене воље уговорног оставиоца, који је по смислу близак раскиду, он у строгом смислу не

може да се подведе под стандардне појмове раскида и поништаја уговора који су иманентни облигационоправним уговорима.

Уговорно наслеђивање представља дакле, тековину европске правне цивилизације и неотуђиви и конститутивни део европских наследних права. Полазећи од утврђене суштине, заједничких особина уговорног наслеђивања у упоредном праву, али и од српске правне традиције, која је у погледу постојања уговорног наслеђивања била прекидана једино за време османлијске окупације и након Другог светског рата, уговор о наслеђивању би требало реинтегрисати у српски правни поредак, као што би требало забранити даље закључивање уговора о доживотном издржавању између супружника. Аргументи за то су многобројни. Прво, они се исцрпљују у разлозима који представљају начелне врлине уговорног наслеђивања, односно у афирмацији начела аутономије воље кроз проширење могућности планирања заоставштине, средству економске и социјалне политике и доприносу правној сигурности кроз стварање извесности у поретку сукцесије.

Друго, у српском позитивном праву већ постоје институти који представљају антиципирано наследноправно предвиђање или уговорно наслеђивање у најширем смислу. То су са једне стране, споразум ортака о наслеђивању удела умрлог ортака и са друге стране, посебно брачни уговор, чијим је поновним увођењем у српско право 2005. године, већ учињен први корак, као помак у еволуцији која би требало да резултира и реинтеграцијом уговорног наслеђивања у наше право. Поновним увођењем уговора о наслеђивању у српско право, супружници би могли на јединствен начин да уреде свој брачноимовински режим, уређујући судбину заједничке имовине како за живота, тако и за случај смрти, што је допринос економичности и поједностављењу правног промета. Из тог разлога би требало размислити и о могућности да се по узору на аустријско и француско право, омогући субјектима брачног уговора да овим истим правним послом регулишу и наследноправне последице смрти једног, односно другог (будућег) супружника.

Најзад, показало се да уговор о наслеђивању закључен између брачника има велике предности у односу на уговор о доживотном издржавању који се закључује између истих лица, те да би се усвајањем предложеног решења допринело правној сигурности. Умањиле би се злоупотребе које се огледају у

закључењу симулованих уговора о доживотном издржавању, који преваходно имају за циљ да се њиховим настанком и изигравањем истинске каузе ових уговора заобиђу правила нужног наслеђивања и одговорности за дугове оставиоца.

На основу свих ових аргумената, мишљења смо да су доказане две основне хипотезе од којих се пошло у нашем истраживању. Иако је уговор о наслеђивању забрањен као посебан правни институт у српском позитивном праву, нема сумње да је допуштено уговорно наслеђивање у ширем смислу, које настаје посредством неких других правних установа, какав је рецимо, брачни уговор. Управо због тога, пуна реинтеграција уговора о наслеђивању, као института који је комплементаран завештању, представљала би квалитативну новину у српском грађанском праву, афирмацију начела аутономије воље и вољно наслеђивање би учинила целовитим.

Међутим, да би овај институт донео суштинску промену у српско наследно право, требало би, пре свега, унети делимичне промене у сâм текст Преднацрта, а онда га и допунити са неколико нових чланова. Најзначајнија измена би се односила на промену садашње хипотезе, у смислу да је важно нормирати да предмет уговора улази у састав заоставштине и да се из његове вредности могу намирити нужни наследници. Комисија би исто тако требало недвосмислено да се определи за модификовани романски модел уговорног наслеђивања, који је уосталом близак моделу аустријског права, на чијим основама се темељио овај контракт и у Српском грађанском законнику, али који нужно треба допунити извесним решењима која су предвиђена у немачком и у швајцарском праву. Пре свега, изричито би требало нормирати реципрочне и теретне уговоре о наслеђивању и предвидети могућност уговарања легата, иако дозвољеност стипулисања испорука имплицитно проистиче и из текста Преднацрта. Круг потенцијалних субјеката уговора о наслеђивању би са супружника требало проширити и на веренике, тј. на лица која су поднела захтев матичару за закључење брака, као и на ванбрачне партнере. То значи да би овај уговор у погледу супружника и ванбрачних партнера производио правна дејства под раскидним условом – до тренутка престанка брака или ванбрачне заједнице, односно да би у погледу вереника производио правна дејства под одложним условом – ако до закључења брака дође, али и да би био апосолутно ништав ако

уговорници не би имали потпуну и општу пословну способност. Најмање измена треба унети у погледу предвиђене форме за закључење овог уговора, изузев што за његово састављање треба предвидети искључиву надлежност јавног бележника и што у члану у коме се нормира облик овог контракта, треба исправити део у коме се наводи да је предмет овог уговора имовина, јер је то заоставштина.

Обзиром да четврта књига Преднацрта Грађанског законика Републике Србије не садржи никакве одредбе о правном дејству уговора о наслеђивању, требало би изричито нормирати да наследна нада не ужива никакву заштиту, осим ако сами супружници не би уговором ограничили декујусово право да располаже објектом уговора правним пословима међу живима, или ако би *in concreto* био закључен теретни уговор за случај смрти. Такође, треба предвидети да уговорни наследник има право да тражи повраћај поклоне које би уговорни оставилац предузео са намером да нашкоди његовом наследноправном положају.

Изузев нормиране апсолутне ништавости у случају непримењивања прописане форме (за шта би евентуално требало предвидети релативну ништавост), потребно је унети неколико одредаба којима би био регулисан и престанак овог контракта. То није потребно у погледу могућности споразумног раскида, апсолутне ништавости услед супротности садржине уговора принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима или недостатка *animus contrahendi*, делимичне ништавости и рушљивости услед мана воље, јер то већ проистиче из општих правила облигационог права. Ипак, Комисија би требало да нормира могућност једностраног одустанка уговорног оставиоца од уговора ако је то право самим уговором резервисао за себе, ако је уговорни наследник својим понашањем испунио услов за разбаштињење, ако уговорни наследник у теретном уговору за случај смрти није испуњавао обавезе међу живима према уговорном оставиоцу, као и ако се стекао неки од услова за опозив уговора о поклону. Требало би размотрити и могућност раскида теретног уговора о наслеђивању због промењених околности. Право на једнострану раскид теретног уговора за случај смрти би под одређеним околностима требало дати и уговорном наследнику. Најзад, имајући у виду правила о поништењу уговора о доживотном издржавању због недостатка алеаторности, чини се да би идентична правила *mutatis mutandis* могла да се примене и на теретне уговоре о наслеђивању.

НАЈВАЖНИЈИ ИЗВОРИ

1. Аустријски грађански законик,
<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, приступ остварен 1.5.2015. године;
2. Белгијски грађански законик,
<http://codes.droit.org/cod/civil.pdf>, приступ остварен 1.5.2015. године;
3. Закон о ванпарничном поступку ("Службени гласник СРС", бр. 25/82 и 48/88 и "Службени гласник РС", бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон и 55/2014 и 6/2015);
4. Закон о забрани дискриминације („Службени гласник Републике Србије“, бр. 22/2009);
5. Закон о јавном бележништву („Службени гласник РС“, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014 и 6/2015);
6. Закон о наслеђивању Србије („Службени гласник“ Републике Србије, бр. 46/1995, 101/2003 и 6/2015);
7. Закон о наслеђивању Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр.1/2009);
8. Закона о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине (Службене новине Федерације БиХ, бр. 80/14),
http://www.notaribih.ba/sites/default/files/zakon_o_nasljedivanju_snfbih_80_14.pdf, приступ остварен 28.6.2015. године;
9. Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93);
10. Закон о основама својинскоправних односа („Службени лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Службени гласник РС“, бр. 115/2005);
11. Закон о привредним друштвима (“Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015);
12. Италијански грађански законик,

- http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm, приступ остварен 1.5.2015. године;
13. Луксембуршки грађански законик,
http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/CodeCivil_PageAccueil.pdf, приступ остварен 1.5.2015. године;
 14. Немачки грађански законик,
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, приступ остварен 1.5.2015. године;
 15. Породични закон Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015);
 16. Португалски грађански законик,
<http://lexius.no.sapo.pt/page27.html>, приступ остварен 1.5.2015. године;
 17. Француски грађански законик,
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, приступ остварен 1.5.2015. године;
 18. Швајцарски грађански законик,
<https://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>, приступ остварен 1.5.2015. године;
 19. Шпански грађански законик,
http://www.elra.eu/wpcontent/uploads/file/Spanish_Civil_Code_%28C%C3%B3digo_Civil%29%5B1%5D.pdf, приступ остварен 1.5.2015. године.

НАЈВАЖНИЈЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ

1. Одлука Апелационог суда бр. 2668 од 26. 3. 1898. године на примедбе III одељења Касационог суда бр. 2075 од 9. 3. 1898. године, Бранич 7/1898;
2. Пресуда Врховног суда НР Хрватске, Гж. 1769/56 од 11.11.1956. године, Збирка судских одлука, књига I, свеска 3/1956;
3. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4263/02, од 14.11.2002. године, Судска пракса 4/2003;
4. Пресуда Врховног суда Србије Рев. 702/02 од 16.5.2002. године, Судска пракса 11-12/2002;
5. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1860/1, од 9.5.2002. године, Судска пракса, 6/2003, Београд 2003;
6. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2201/02, од 11.9.2002. године, Судска пракса 1/2003, Београд 2003;
7. Пресуда Окружног суда за округ београдски бр. 1092 од 28. 2. 1932. године, Бранич 7-8/1934;
8. Пресуда Окружног суда у Крагујевцу По. 25/37 од 28. 12. 1937. године, Бранич 1/1939;
9. Пресуда првостепеног суда за Варош Београд бр. 22.190. од 15. 11. 1897. године, Бранич 7/1898;
10. Примедбе III одељења Касационог суда у Београду бр. 7361 од 21. 10. 1932. године, којом је поништена пресуда Апелационог суда у Београду бр. 3661 од 11. 6. 1932. године, Бранич 7-8/1934.
11. Решење Врховног суда Хрватске Гж. 281/67 од 16.2.1967. године, Збирка судских одлука, књига 12, свеска 1;

ЛИТЕРАТУРА

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ ПО АЗБУЧНОМ РЕДУ

1. Аврамовић Сима, Разлике у садржини и правној природи римског тестаментa и тзв. легатског тестаментa старог грчког права, Анали Правног факултета у Београду 1/1987;
2. Аврамовић Сима, Станимировић Војислав, Упоредна правна традиција, Београд 2013;
3. Адвокат Павле Павловић, Поводом једне судске одлуке, Бранич 7-8/1934;
4. Аличић Самир, Шта Гај није рекао о форми тестаментa *per aes et libram*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2006;
5. Антић Оливер, Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву, Анали Правног факултета 5/1986;
6. Антић Б. Оливер, Збирка закона из наследног права у СФР Југославији, Београд 1989;
7. Антић Оливер, Улога нотара у наследноправним уговорима, Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер), Београд 2005;
8. Антић Оливер, Облигационо право, Београд 2013;
9. Антић Оливер, Наследно право, Београд 2014;
10. Антић Оливер, Балиновац Зоран, Коментар Закона о наслеђивању, Београд 1996;
11. Антић Оливер, Ђурђевић Дејан, Приручник за Наследно право, Београд 2009;
12. Аранђеловић Драгољуб, Предавања из Римског права, Београд 1938;

13. Аранђеловић Драгољуб, Беговић Мехмед, Наследно право по грађанском законнику Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права, Београд 1940;
14. Бартош Милан, Основи приватног права, Београд 1931;
15. Благојевић Б. Борислав, Основи наследног права, Београд 1946;
16. Богданфи Глиша, Николић Никола, Опште приватно право које важи у Војводини, II том, Панчево 1925;
17. Бојовић Р. Јован, Законик књаза Данила, Титоград 1982;
18. Бранковић Стеван, Заједнички тестаменат, Гласник Адвокатске коморе А. П. Војводине, 4/1953;
19. Вајс Алберт, Неке карактеристике старих кодекса, Анали Правног факултета у Београду, 2/1969;
20. Васиљевић Мирко, Компанијско право – Право привредних друштава, Београд 2013;
21. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, Грађански законик Републике Србије, друга књига – Облигациони односи, Београд 2009;
22. Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, Грађански законик Републике Србије, четврта књига – Наслеђивање, Београд 2011;
23. Вранићи Хамди, Положај супружника у наследном праву, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 1993. године;
24. Gai Institutiones – Гај: Институције, превео Обрад Станојевић, Београд 2009;
25. Герасимовић Јеврем, Старо српско право, Београд 1925;

26. Гичић Зоран, Правно дејство једностраног отуђења имовине која је обухваћена уговором о доживотном издржавању, Гласник Адвокатске коморе Војводине, 1/1966;
27. Драшкић Марија, Породично право и права детета, Београд 2011;
28. Ђорђевић Андра, Наследно право у Краљевини Србији, Београд 1903;
29. Ђорђевић Андра, Богишићев „Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору“, Бранич 15-16/1888;
30. Ђурђевић Дејан, Апсолутна ништавост завештања, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду 2004. године;
31. Ђурђевић Дејан, Улога нотара у састављању и чувању тестаментa, Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер), Београд 2005;
32. Ђурђевић Дејан, Јавнобележнички акти, Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер), Београд 2005;
33. Ђурђевић Дејан, Увођење уговора о наслеђивању у српско право, Анали Правног факултета 2/2009;
34. Ђурђевић Б. Дејан, Неутрални правни послови, Анали Правног факултета 2/2010;
35. Ђурђевић Б. Дејан, Признање нотарског записа, Анали Правног факултета 1/2012;
36. Ђурђевић Дејан, Јавнобележничка делатност, Београд 2014;
37. Ђурђевић Б. Дејан, Институције наследног права, Београд 2015;
38. Ђурђевић Марко, Нотаријат и уговори, Јавнобележничко право (ур. Драгор Хибер), Београд 2005;
39. Ђурђевић Марко, Уговор о поклону за случај смрти, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2011;

40. Живети у Београду 1851-1867, документа управе града Београда, Историјски архив Београда, уредник Бранка Прпа, Београд 2005;
41. Живојиновић Драгица, Утицај менталне резерве на пуноважност завештања, Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије, ур. Станко Бејатовић, Крагујевац 2003;
42. Збирка закона, министарских наредаба, уредаба и расписа, XVI/1936, уређује и издаје Ника Игњатовић, Нови Сад 1936;
43. Ивановић М. Тих., секретар Касационог суда у Београду, Бранич 1/1939;
44. Iustiniani Institutiones – Јустинијанове Институције, превео с латинскога на српски Др. Лујо Бакотић, Издање Архива за правне и друштвене науке, Београд 1912;
45. Јанковић Драгослав, Мирковић Мирко, Државноправна историја Југославије, Београд 1997;
46. Јовановић Небојша, Ко наслеђује удео у ортачком друштву?, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније, уредник Вук Радовић, Београд 2012;
47. Јовичић М. Милош, О заједничким тестаментима, Љубљана 1936;
48. Кадлец Карло, Првобитно словенско право пре X века, превео и допунио проф. Др Ф. Тарановски, Београд 1924;
49. Кандић Љубица, Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга, Анали Правног факултета у Београду 1/1969;
50. Кашћелан Балша, Уговори у наследном праву, Прилози пројекта институтције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције, Београд 2003;
51. Константиновић Михаило, Опште напомене уз тезе за предпројекат закона о наслеђивању, Анали Правног факултета у Београду 3-4/1982;

52. Кркљуш Љубомирка, Правна историја српског народа, Београд 2007;
53. Максимовић Стеван, Суђења у Кнежевини Србији пре писаних законика из архиве Пожаревачког магистрата, Пожаревац 1898;
54. Марковић Лазар, Грађанско право – прва књига, Општи део и Стварно право, Београд 1912;
55. Марковић Лазар, Наследно право, трећа књига Грађанског права, Београд 1930;
56. Марковић С. Божидар, Реформа нашега грађанског законодавства, Београд 1939;
57. Марковић Саво, Тестамент у црногорском обичајном праву, Београд 1995;
58. Матић Димитрије, Објаснење Грађанскога законика за Књажевсрво србско, друга чест, Београд 1851;
59. Месаровић Коста, Закључивање уговора о доживотном издржавању између брачних другова, Југословенска адвокатура, 1-2/1968;
60. Милошевић Мирослав, Римско право, Београд 2012;
61. Миљковић Душан, Уговори о наслеђивању по француском, немачком, аустријском и српском законодавству, Београд 1913;
62. Министарство правде Краљевине Југославије, Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Београд 1934;
63. Мирковић Зоран, Ђурђевић Марко, Правила о поклону у српском средњовековном праву, Анали Правног факултета у Београду, 2/2011;
64. Мицковић Дејан, Ристов Ангел, Реформите во наследното и семејното право и ингеренциите на нотарите, Нотариус 19/2011;
65. Нацрт Закона о наслеђивању са објашњењима, Београд 1954;
66. Никетић Гојко, Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационога суда, Београд 1909;

67. Новаковић Стојан, Матије Властара Синтагмат – азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила, Београд 1907;
68. Новаковић Стојан, Законски споменици српских држава средњег века, пета књига, Београд 1912;
69. Орлић В. Миодраг, Закључење уговора, Београд 1993;
70. Панов Слободан, О заједничкој својини у браку, Анали Правног факултета у Београду 1-3/1998;
71. Панов Слободан, Породично-правна позиција жене у Савезној Републици Југославији, Прилози пројекта институтције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције, Београд 2003;
72. Панов Слободан, Скица о вези породичног и наследног права, Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (приредио проф. др Светислав Табороши), Београд 2009;
73. Панов Слободан, Породично право, Београд 2014;
74. Панов Слободан, Кашћелан Балша, Станковић Милош, Наследно право – практикум, Београд 2012;
75. Пауновић Ј. Станиша, Породична тековина, Бранич 1-2/2007;
76. Перић М. Живојин, Специјални део Грађанског Права - Наследно право, Београд 1923;
77. Перић М. Живојин, Грађанско право – о посебним уговорима I, Београд 1928;
78. Перовић Слободан, Забрањени уговори у имовинско-правним односима, Београд 1975;
79. Перовић Слободан, Установа јавног поретка у савременом уговорном праву, Правни живот, 1/1976;

80. Перовић Слободан, Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1982;
81. Перовић Слободан, Правно-филозофске расправе, Београд 1995;
82. Петрановић Б., О праву наслеђства код Срба на основу правних обичаја и писаних споменика, Београд 1923;
83. Петровић М. Миодраг, О Законоправилу или Номоканону Светога Саве – расправе, Београд 1990;
84. Пешуновић М. Душан, Уговорно наслеђе по нашем праву, Архив за правне и друштвене науке 1/1923;
85. Пишкулић Звонимир, Ђерђ Имре, Основи приватног права у Војводини, Београд 1924;
86. Поводом Црногорскога грађанског законика, Неколико ријечи о начелима и методу усвојеним при изради – Писмо једноме пријатељу од В. Богишића, превео с францускога језика архимандрит Н. Дучић, Бранич 13 - 14/1888;
87. Радић Дарко, Предмет брачног уговора, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 31/32/2010;
88. Ристов Ангел, Дали е потребен договорот за наследување во македонското наследно право, Нотариус бр. 19/2011;
89. Салиски закон, превели Иво Пухан и Никола Микуландра, редиговао Јаков Бумбер, Београд 1951;
90. Салма Јожеф, О кодификационом историјату мађарског грађанског права и о новом Мађарском грађанском законнику, Анали Правног факултета у Београду, 2/2014;
91. Саопштење Драгића Павловића, Бранич 7/1898;

92. Сворцан Слободан, Наследна права брачног и ванбрачног партнера, Краљево 1999;
93. Сворцан Слободан, Наследно право, Краљево 2000;
94. Сворцан Слободан, Промене у ортачком друштву које настају као последица смрти ортака према Закону о привредним друштвима, Право и привреда 5-8/2005;
95. Соловјев В. Александар, Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века), Београд 1926;
96. Станимировић Војислав, Нови поглед на Хамурабијев законик (II део), Анали Правног факултета у Београду, 2/2011;
97. Станковић Милош, Уговор на случај смрти у Српском грађанском законик у, Српски грађански законик – 170 година, уредници: Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић, Београд 2014;
98. Станковић Милош, Правна природа афатомије, Анали Правног факултета у Београду, 1/2015;
99. Станковић Обрен, Орлић Миодраг, Стварно право, Београд 1999;
100. Станојевић Обрад, Римско право, Београд 2002;
101. Стеванов Милош, Споразумно наслеђивање, Гласник адвокатске коморе у А.П. Војводини, Нови Сад 9/1963;
102. Стефановић Златко, Наслеђивање својинских и корпоративних права на предузећу, Новине у ЗОН Србије из 1995. године, Крагујевац 1998;
103. Стојановић Драгољуб, Слобода уговарања и јавни поредак, Архив за правне и друштвене науке, 3/1968;

104. Стојановић Драгољуб, Злоупотреба права у облигационим односима, Злоупотреба права, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш 1996, уредник Радмила Ковачевић – Куштримовић;
105. Стојановић Драгољуб, Антић Оливер, Увод у грађанско право, Београд 2004;
106. Стојановић Наташа, Облици завештања у српском праву некада и сада, Српско право – некад и сад, Крагујевац 2007;
107. Стојановић Наташа, Наследно право у Војводини између два светска рата, Зборник Матице Српске за друштвене науке, 125/2008;
108. Стојановић Наташа, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије и наслеђивање, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXII/2012;
109. Суботић Невенка, Форма уговора о доживотном издржавању, Правни живот 1-2/1960;
110. Суботић-Константиновић Невенка, Уговор о доживотном издржавању, Београд 1968;
111. Тарановски Теодор, Историја српског права у Немањинској држави (III и IV део), Београд 1935;
112. Тешић Ненад, Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе, Анали Правног факултета 1/2012;
113. Томовић С. Божидар, Наследно обичајно право у Црној Гори, Београд 1926;
114. Тороман Марија, Облици тестаментa у праву европских земаља, Страни правни живот, 1-3/1996;
115. Урошевић Лаза, Судски требник, Београд 1917;

116. Цвејић Јанчић Олга, Јединствено породично право Европе – Сан или јава савремене Европе?, Правни живот 9/2004;
117. Шаркић Срђан, Средњовековно српско право, Нови Сад 1995;
118. Шаркић Срђан, Општа историја државе и права, Београд 1999.

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ ПО АБЕЦЕДНОМ РЕДУ

1. Ajzner Bertold, Diskusija o „Tezama“ za pretprojekat zakona o nasljeđivanju, Arhiv za pravne i društvene nauke 1/1948;
2. Albijanić Miloljub, Ugovor o doživotnom izdržavanju, Pravni život 10/1996;
3. Alonso Ignacio Herrero, Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
4. Antić B. Oliver, Usmeni testament, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1978;
5. Antić B. Oliver, Sloboda zaveštanja i nužni deo – doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1983;
6. Antić Oliver, Kauza, Pravni život 10/2005;
7. Arroyo i Amayuelas Esther – Anderson Miriam, Between Tradition and Modernisation: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;

8. Asland John, *Balancing interests - How much freedom of testation, The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011;
9. Asland John, *The Legal Protection of the Surviving Spouse: Norwegian Law, Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013;
10. Avramović Sima, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu – doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, Beograd 1981;
11. Balestra Piero, *Del Contratto successorio di vitalizio*, Lugano 1929;
12. *Basic concepts of Greek civil law*, translated and edited by Youlika Kotsovolou Masry, Athens 2005;
13. Bastaić Konstantin, Krizman Bogdan, *Opća historija države i prava I – pregled razvitka*, Zagreb 1977;
14. Berther Duri, Switzerland, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002;
15. Bikić Enes, Povlakić Meliha, Suljević Sefedin, Plavšić Marinko, *Notarsko pravo*, Sarajevo 2013;
16. Bonomi Andrea, *La vocation successorale volontaire dans certains droits européens, Le droit des successions en Europe, Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003*, ed. Andrea Bonomi, Genève 2003;
17. Bonomi Andrea, *Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
18. Boras Mile, Margetić Lujo, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998;

19. Borkowski Andrew, *Deathbed gifts – The Law of Donatio Mortis Causa*, London 1999;
20. Bornhauser R. Philip, *Inheritance contracts under Swiss law: A valuable and binding instrument for international estates*, Umbricht attorneys at law, http://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Bornhauser_Inheritance_contracts_under_Swiss_law__A_valuable_and_binding_instrument_for_international_estates.pdf, приступ остварен 20.8.2014. године;
21. Boström Viola, *Hereditary Relations and Testament Law in Finland and Sweden*, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008;
22. Boulanger François, *Droit international des successions – Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris 2004;
23. Boullier Auguste, *Essai sur l’histoire de la civilization en Italie, tome deuxième, première partie – les Barbares, L’ Italie sous la domination des Longobards*, Paris 1861;
24. Braun Alexandra, *Revocability of Mutual Wills, Exploring the Law of Succession – Studies National, Historical and Comparative* (eds. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press 2007;
25. Braun Alexandra Braun, *Testamentary Formalities in Italy, Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011;
26. Braun Alexandra, *Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts, Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012;

27. Braun Alexandra, Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 3/2012;
28. Brockhaus H. Robert, Family Business Succession: Suggestions for Future Research, *Family Business Review*, Volume 17, Issue 2/2004;
29. Bruck Eberhard Friedrich, Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht: zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments, Breslau 1909;
30. Bujuklić Žika, Forum Romanum – Rimska država, pravo, religija i mitovi, Beograd 2009;
31. Burrows Andrew, Oxford Principles of English Law – English Private Law, Oxford 2007;
32. Bušatlić Hafiz Abdulah, Porodično i nasljedno pravo Muslimana (Glavne ustanove i propisi), Sarajevo 1926;
33. Callaghan T. O. Rogger, A New Inheritance Contract From Nippur, *Journal of Cuneiform Studies*, Vol. (8) 1954;
34. Campos Julio D González, Spain, European Succession Laws, edited by David Hayton, Bristol 2002;
35. Cassin René, Les libéralités a destination familiale en France, *Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant*, Paris 1939;
36. Chomilier Jacques, Adoption: un lien pour la vie, Marseille 2009;
37. Critchley Patricia, Privileged wills and testamentary formalities: a time to die?, *Cambridge Law Journal*, 58(1), March 1999;
38. Crnić Jadranko, Nasljeđivanje na temelju oporuke, *Novo nasljednopravno uređenje* (red. Mihajlo Dika), Zagreb 2003;
39. Croucher Rosalind, Mutual wills: Contemporary reflections on an old doctrine, *Melbourne University Law Review* 2005, Volume 29(2);

40. Csehi Zoltán, *The Law of Succession in Hungary*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
41. Ćirić Zoran, Stojanović Nataša, *Neke dileme oko poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju*, *Pravni život* 10/2002;
42. Damascelli Domenico, *Le "pacte de famille" en droit international privé italien, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
43. De Rozière Eugène, *Mémoires sur l'histoire du droit des Lombards*, Paris 1864;
44. De Waal J Marius, *A Comparative Overview, Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007;
45. De Waal J Marius, *Testamentary Formalities in South Africa, Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities* (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011;
46. De Waal J M, Schoeman-Malan M C, *Law of succession*, Cape Town 2011;
47. Dethloff Nina, *Contracting in family law: A European perspective, The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011;
48. Downing F. Rossa, Gowen F. Thomas, *A treatise on gifts causa mortis*, Chicago 1936;
49. Dropsie A. Moses, *The Roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death (mortis causa donationes)*, Philadelphia 1892;
50. Dujmov Lav, *Ugovor kao pravni osnov za nasljeđivanje*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, VI-1968;

51. Dukeminier Jesse, Johanson M. Stanley, Wills, trusts and estates, New York 2000;
52. Dutta Anatol, The Legal Protection of the Surviving Spouse – German Law in Comparative Perspective, Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013;
53. Dyson Henry, French property and inheritance law – principles and practice, Oxford-New York 2003;
54. Đurđević Dejan, Utvrđivanje identiteta učesnika u postupku sastavljanja notarske isprave, Pravni život 12/2011;
55. Đurđević Dejan, Momenat merodavan za ocenu da li je zaveštanje u suprotnosti sa javnim poretkom i dobrim običajima, Pravni život 10/2004;
56. Đurđić-Milošević Tamara, Razgraničenje ugovora o nasleđivanju od drugih pravnih poslova, Pravni život 10/2014, tom II;
57. Edinfeld Stefan, Die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge im Deutsche Recht, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008.
58. Eisner Bertold, Horvat Marijan, Rimsko pravo, Zagreb 1948;
59. Favier Yann, Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
60. Ferran Fabien, Le notaire et le règlement de la succession, Paris 2003;
61. Frohn E. N., The position of the surviving spouse in the Law of succession - Some comparative remarks, Comparability and Evaluation, Essays on

- Comparative law, Private International law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou (edited by K. Boele-Woelki, F.W. Grosheide, E.H. Hondius, G.J.W. Steenhoff), Dordrecht/Boston/London 1994;
62. Fusaro Andrea, Freedom of Testation in Italy, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
63. Fusaro Andrea, Transferring Business Ownership in Italian Family Enterprises, Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective, edited by Isabell Stamm, Peter Breitschmid, Martin Kohli, Zurich - Basel – Geneva 2011;
64. Ganser M., Le droit coutumier – Discours prononcé a l’audience de rentrée du 16 octobre 1851, Gand 1852;
65. Gauthier Jean, Le pacte successoral peut-il être annulé pour cause de lésion?, L'arbre de la méthode et ses fruits civils, Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, edité par: Denis Piotet et Denis Tappy, Genève – Zurich – Bâle 2006;
66. Gauthier Jean, Le pacte successoral, Lausanne 1955;
67. Gavella Nikola, Nasljedno pravno uređenje kao integralni dio pravnog poretka SFRJ – povodom tridesetogodišnjice stupanja na snagu ZON, Zbornik PFZ 35 (4)/1985;
68. Gavella Nikola, Belaj Vlado, Nasljedno pravo, Zagreb 2008;
69. Ghandchi Schmid Jasmin, Résiliation et annulation des pactes successoraux, TREX Der Treuhandexperte 2/2005;
70. Glasson E., Le droit de succession dans les lois Barbares, Paris 1886;
71. Gottwald Peter, Schwab Dieter, Büttner Eva, Family&Succession Law in Germany, München 2001;

72. Grégoire Michel, A propos des effets du pacte successoral permis par l'article 1388. C. Civ. effets de la modification ultérieure du pacte, *Liber amicorum Paul Delnoy, Christine Biquet-Mathieu, Alain Delière, Pascale Lecocq, Yves-Henri Leleu, Michèle Vanwijck-Alexandre*, Bruxelles 2005;
73. Grimaldi Michel, *Droit civil – Successions*, Paris 2001;
74. *Guide juridique des Français de l'étranger Succession - Donations, La donation entre époux établie en France produit - elle ses effets à l'étranger?*, février 2011;
75. Gursky Karl-Heinz, *Erbrecht*, Heidelberg 2010;
76. Hallebeek Jan, *Contracts for a third-party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present-day civil law*, *Fundamina: A Journal of Legal History* 13/2007;
77. Hambro Peter, *The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse's Position and Irrevocable wills*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
78. Hambro Peter, *Limitations of the freedom of testation, Inheritance Law – Challenges and Reform*, *A Norwegian-German Research Seminar* (ed. Torstein Frantzen), Vol. 9, Berlin 2013;
79. Hausmaninger Herbert, *The Austrian Legal System*, Wien 2003;
80. Helms Tobias, *Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*, *Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012;
81. Herskowitz D. Suzan, *Wills, Trusts, and Estates Administration*, Boston 2013;
82. Heusler Andreas, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig 1886;
83. Hirsch J. Adam, *Freedom of Testation/Freedom of Contract*, *Minnesota Law Review* 95:2180/2011;

84. Hrvatin Branko, *Nasljednopravni ugovori, Novo nasljednopravno uređenje* (red. Mihajlo Dika), Zagreb 2003;
85. Hutchinson Dale, *Isolating the Pactum Successorium*, *South Africa Law Journal* 1983;
86. Hutchinson Dale, *More light on the pactum successorium*, *The South African Law Journal* vol. 106/1989;
87. Hutchinson Dale, *Succession Agreements in South African and Scots Law, Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007;
88. Ignjatović Marija, *Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije – Nesklad teorije i prakse*, *Pravni život* 10/2008;
89. Julien Pierre, *Les contrats entre époux*, Paris 1962;
90. Kadić Ljiljana, *Odstupanje od načela ugovornog nasleđivanja prema zakonu Crne Gore iz 2008. godine*, *Pravni život* 5-6/2011;
91. Kerridge Roger, *The law of succession*, London 2009;
92. Kerridge Roger, *Freedom of Testation in England and Wales, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
93. Klause Roland, *Family Business Succession Planning in Germany – Strategies for Intergenerational Transfer in a Globalized world, Doing Succession in Europe, Generational Transfers in Family Businesses in Comparative Perspective*, edited by Isabell Stamm, Peter Breitschmid, Martin Kohli, Zurich - Basel – Geneva 2011;
94. Kolkman D. Wilbert, *Freedom of Testation in the Netherlands, Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für*

- Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012;
95. Kolkman D. Wilbert, Testamentary Formalities in the Netherlands, Comparative Succession Law Volume I – Testamentary Formalities (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press 2011;
96. Korać Velibor, Notarska forma ugovora, Pravni život 12/2011;
97. Kralik Winfried, Das Erbrecht, Wien 1983;
98. Kraljić Suzana, Freedom of Testation in Slovenia, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
99. Kreč Milan, Pavić Đuro, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Zagreb 1964;
100. Lapuente Sergio Cámara, New Developments in the Spanish Law of Succession, InDret, Barcelona 2007;
101. Lapuente Sergio Cámara, Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
102. Lee Tsen Ta Jack, A Place for the Privileged Will, Singapore Law Review Vol. 15 (1994);
103. Lefebvre Charles, Cours de doctorat sur L'histoire de droit civil francais, L'ancien droit des successions – première partie, Paris 1912;
104. Leipold Dieter, Erbrecht, Tübingen 2010;
105. Lepointe Gabriel M., Les successions dans l'ancien droit, Paris 1936;
106. Lepointe Gabriel, Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions, Paris 1958;

107. Lett Didier, Droits et pratiques de l'adoption au moyen âge, Médiévales 35/1998;
108. Malaurie Philippe, Aynès Laurent, Les successions, les libéralités, Paris 2008;
109. Malenica Antun, Poklon u rimskom pravu, Beograd 1981;
110. Marković Slavko, Nasledno pravo u Jugoslaviji, Beograd 1978;
111. Marković Slavko, Testament, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći (ur. Svetislav Ristić), Beograd 1978;
112. Martínez María, Les pactes successoraux dans le droits régionaux d'Espagne, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
113. Martyn John G. Ross, Bridge Stuart, Oldham Mika, Theobald on wills, London 2001;
114. Maury Jean, Successions et libéralités, Paris 2009;
115. Mazeaud Henri, Mazeaud Léon, Mazeaud Jean, Leçons de Droit civil – tome quatrième, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités, Paris 1963;
116. Mellows A. R., The law of succession, London 1973;
117. Mennel L. Robert, Wills and trusts in a Nutshell, St. Paul, Minn., 1994;
118. Michalski Lutz, BGB – Erbrecht, Heidelberg 2010;
119. Micković Dejan, Ristov Angel, Kodifikacija naslednog prava u Republici Makedoniji, Pravni život 10/2013;
120. Miklosich Fr., Monumenta Serbica, spectantia historiam Serbiae Bosnae Ragusii, Viennae 1858;

121. Miličić Vjekoslav, Usporedna metoda u pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 48 (6) (1998);
122. Moreau Eugène, La Donation entre Époux de Biens à venir, Liège 1926;
123. Navas Navarro Susana, Freedom of Testation Versus Freedom to Enter into Succession Agreements and Transaction Costs, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
124. Pajtić Bojan, Bračni imovinski ugovor, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2008;
125. Pamboukis Ch., Unification of the law of inheritance, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008;
126. Panov Slobodan, Predmet bračnog ugovora, Pravni život 10//2009;
127. Pantić Dragan, Privatnopravni partikularizam i pokušaji unifikacije građanskog prava u Jugoslaviji između dva rata, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, XX-XXI, 1983-1984;
128. Peltier Frédéric Peltier, Bousquet G. H., Les successions agnatiques mitigées, Paris 1935;
129. Perović Slobodan, Formalni ugovori u građanskom pravu, Beograd 1964;
130. Perović Slobodan, Obligaciono pravo, Beograd 1986;
131. Péter Marc, Étude sur le pacte successoral, thèse de doctorat présentée a la Faculté de droit Université de Genève, Genève 1897;
132. Pintens Walter, Dutch Law and the Europeanisation of Inheritance Law, Inheritance law legislation of the Netheralands, A translation of Book 4 of the

- Dutch Civil Code, procedural provisions and private international law legislation, by Ian Sumner and Hans Warendorf, Antwerp-Oxford 2005;
133. Pintens Walter, Matrimonial property law in Europe, The future of family property in Europe, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge – Antwerp – Portland 2011;
 134. Pintens Walter, Tendencies in European Succession Law, Inheritance Law – Challenges and Reform, A Norwegian-German Research Seminar, Torstein Frantzen (ed.), Berlin 2013;
 135. Pinto Ferreira, Portugal, European Succession Laws, edited by David Hayton, Bristol 2002;
 136. Piotet Paul, Précis de droit successoral, Berne 1976;
 137. Pohl Walter, Memory, identity and power in Lombard Italy, The uses of the past in the early middle ages (eds. Yitzhak Hen, Matthew Innes), Cambridge University Press, 2000;
 138. Puhan Ivo, Rimsko pravo, Beograd 1977;
 139. Qviste J of Ronne & Lundgren, Denmark, European Succession Laws, edited by David Hayton, Bristol 2002;
 140. Radovčić Vesna, Pravna problematika i razvitak instituta darovanja, Zagreb 1983;
 141. Raison André, Les donations entre époux, Paris 1990;
 142. Rautenbach Christa, Van der Linde Anton, The requirements for a valid pactum successorium in an antenuptial contract: the curious case of Radebe v Sosibo no, The South African Law Journal 129/2012;
 143. Reimann Mathias, Zekoll Joachim, Introduction to German Law, München 2005;

144. Renault Brahinsky Corinne, *L'essentiel du Droit des Successions*, Paris 2007;
145. Revillard L. Marie, France, *European Succession Laws*, edited by David Hayton, Bristol 2002;
146. Riba Josep Ferrer, *El nuevo derecho catalán de sucesiones*, Editorial – In Dret 4/2008;
147. Robinson O.F., Fergus T.D., Gordon W.M., *An introduction to European legal history*, Glasgow 1985;
148. Roig Éric, *Ce qu'il faut savoir sur les donations successions*, Paris 2009;
149. Rose D. Francis, *The English Law of Succession*, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008;
150. Röthel A., *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayuelas (eds.), Barcelona 2011;
151. Rušnov Adolfo, *Tumač Obćemu Austrijskomu građanskomu zakoniku*, knjiga druga, Zagreb 1891;
152. Saint-Amand Pascal Julien, *La réforme des successions et des libéralités – Aspects civils et fiscaux*, *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
153. Santinelli Emmanuelle, *Continuité ou rupture? L'adoption dans le droit mérovingien*, *Médiévales* 35/1998;
154. Savatier René, *Cours de droit civil – tome troisième*, Paris 1951;
155. Scalise Ronald J. Jr., *Freedom of testation in the United States*, *Freedom of Testation, Testierfreiheit, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für*

Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012;

156. Schmidt-Recla Adrian, Mancipatio familiae und Affatomie. Überlegungen zu Parallelentwicklungen im römischen und fränkischen Recht und zu Rezeptionsbedingungen im Frühmittelalter, Leges - Gentes - Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schriftkultur, Mainz 2006;
157. Scortegagna Kavčnik Nina, Dedna pogodba, Pravniki – revija za pravno teorijo in prakso 11-12/2013;
158. Sharma Pramodita, Chrisman J. James, Chua H. Jess, Succession Planning as Planned Behaviour: Some Empirical Results, Family Business Review, vol. XVI, 1/2003;
159. Silajdžić Alija, Testamenat u šeriatskom pravu, Sarajevo 1941;
160. Softić Kadenić Darja, Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Nova pravna revija – časopis za domaće njemačko i evropsko pravo 2/2011, Bonn-Sarajevo 2011;
161. Stanimirović Vojislav, Brak i bračna davanja u istoriji, Beograd 2006;
162. Stanimirović Vojislav, Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju, Beograd 2012;
163. Stanković Miloš, Ugovor o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu – Zaštita primaoca izdržavanja, Pravni život 10/2010;
164. Stanković Miloš, Prestanak ugovora o doživotnom izdržavanju u srpskom pozitivnom pravu, Pravni život 10/2011;
165. Stanković Miloš, Ugovorno nasljeđivanje u francuskom pravu, Uvod u pravo Francuske, urednici: Oliver Nikolić, Vladan Petrov, Beograd 2013;

166. Stanković Miloš, Celdrán José Manuel Gutiérrez, Ogljed o mogućnosti harmonizacije evropskog naslednog prava kroz analizu najznačajnijih sličnosti i razlika srpskog i španskog naslednog prava, *Harmonius* 1/2013;
167. Steinauer Paul – Henri Steinauer, *Le droit des successions*, Berne 2006;
168. Steinauer Paul – Henri, *La capacité successorale*, *Successio* 4/13;
169. Stojanović Nataša, Zašto je ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu, *Pravni život* 10/2003;
170. Stojanović Nataša, Ustanova nasleđivanja u Dušanovom zakonodavstvu, *Pravni život* 10/2013;
171. Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1981;
172. Stupar S. Mihailo, Socijalna funkcija nasleđivanja i njegovo pravno regulisanje – povodom novog Zakona o nasleđivanju, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1955;
173. Sturm Fritz, *Origine et evolution de la mancipation*, *Synthèse retrospective de l'enseignement de Philippe Meylan*, *Mélanges Paul Piotet*, *Recueil de travaux offerts à M. PAUL PIOTET, Professeur à l' Université de Lausanne*, Publié par Fritz Sturm, Berne 1990;
174. Subotić-Konstantinović Nevenka, Ugovor o doživotnom izdržavanju, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći (ur. Svetislav Ristić), Beograd 1978;
175. Subotić-Konstantinović Nevenka, Ugovor o nasleđivanju, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći (ur. Svetislav Ristić), Beograd 1978;
176. Svorcan Slobodan, Sloboda raspolaganja svojom zaostavštinom i njena ograničenja u našem pravu, *Pravni život* 10/2002;
177. Šarkić Srđan, Popović Dragoljub, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd 1993;

178. Šiljkut Dragan, Postupak ovjere ugovora o doživotnom izdržavanju i poslovna sposobnost ugovarača, *Pravni život*, 1/1990;
179. Tacit Publije Kornelije, Germanija – Agrikola – Razgovor o govornicima, prevod, beleške i pogovor Darinka Nevenić-Grabovac, Beograd 1969;
180. Tassinari Federico, Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme, Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, édités par Andrea Bonomi et Marco Steiner, Genève 2008;
181. Terré François, Lequette Yves, Droit civil – Les successions, Les libéralités, Paris 1997;
182. Timbal Pierre-Clément, Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions – Libéralités, Paris 1960 (Dalloz);
183. Toulemon André, Contrats de mariage et donations entre époux, Paris 1957;
184. Van der Horst N. M., The Law of Inheritance of the Russian Federation, Private and Civil Law in the Russian Federation, Essays in Honor of F.J.M. Feldbrugge, edited by William Simons, Leiden-Boston 2009;
185. Van Erp Sjef, New Developments in Succession Law, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), 1-2, <http://www.ejcl.org>;
186. Vaquer-Aloy Antoni, The Law of Succession in Spain, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008;
187. Vas Adam, Prestanak ugovora o doživotnom uzdržavanju (i doživotnoj renti) u mađarskom i jugoslavenskom pravu, *Odvjetnik* 1-2/1976;

188. Verbeke Alain, Succession & Wills – Belgian Report, European conference: Hereditary relations and testament law in the European Union, I. Androulidaki-Dimitriadi, N.K. Klamaris, I.S. Spyridakis (ed.), Athens-Komotini 2008;
189. Verbeke Alain, Van Zantbeek Anton, Belgium, European Succession Laws, edited by David Hayton, Bristol 2002;
190. Verbeke Alain, Van Zantbeek Anton, Luxembourg, European Succession Laws, edited by David Hayton, Bristol 2002;
191. Verbeke Alain, Leleu Yves-Henri, Harmonisation of the Law of Succession in Europe, Towards a European Civil Code (eds. Arthur Hartkamp and others), Third Fully Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri – Nijmegen, Kluwer Law International 2004;
192. Vialleton M. Henri, La conservation du fonds de commerce propre et la prohibition des pactes sur succession future, Études de droit civil a la mémoire de Henri Capitant, Paris 1939;
193. Vidić Jelena, Ugovor o doživotnom izdržavanju u sudskoj praksi, Pravni život 10/2003;
194. Vuković R. Svetislav, Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, obrascima, registrom pojmova i prilogom, Beograd 2007;
195. Weimar Peter, Inheritance Contracts and Public Policy, TSAR 1994/4;
196. Wickham Chris, Compulsory gift exchange in Lombard Italy, 650-1150, The Languages of Gift in the Early Middle Ages (eds. Wendy Davies, Paul Fouracre), Cambridge University Press 2010;
197. Yaron Reuven, Gift in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law, Oxford 1960;
198. Zankl Wolfgang, Erbrecht, Mit Beispielen und aktueller Judikatur, Wien 2008;

199. Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996;
200. Zimmermann Reinhard, Preface, *Freedom of Testation/Testierfreiheit*, Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier, edited by Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012;
201. Zimmermann Walter, *Erbrecht, Lehrbuch mit Fällen*, Berlin 2007;
202. Živojinović Dragica, *Granice slobode zaveštanja*, *Pravni život* 10/2002;
203. Živojinović Dragica, *Zaveštanje u sudskoj praksi*, *Pravni život* 10/2004.

БИОГРАФИЈА

Милош Станковић је рођен 18.3.1984. године у Београду.

ШКОЛОВАЊЕ:

- У школској 2009/2010 години на Правном факултету Универзитета у Београду уписао докторске студије, Грађанскоправна научна област. Са просечном оценом 10 је положио све испите: Методи научно-истраживачког рада, први део усменог докторског испита (Општи део грађанског права, Наследно право и Породично право) и други део усменог докторског испита (Неважност уговора и Слобода завештања и нужни део). Одбранио је семинарски рад под називом “Бродско завештање у српском праву и у упоредном праву“, као и пројекат докторске дисертације;
- 2009. године је на Правном факултету Универзитета у Београду завршио мастер студије, Грађанскоправни модул – Наследноправни подмодул са просечном оценом 10, одбранивши са највишом оценом мастер рад под називом “Недостојност за наслеђивање”;
- 2007. године је завршио Правни факултет Универзитета у Београду са просечном оценом 9,55;
- 2002. године завршио Дванаесту београдску гимназију „Димитрије Туцовић“ као носилац Вукове дипломе и најбољи ученик у својој генерацији;
- 1998. године завршио ОШ „Карађорђе“ у Београду као носилац Вукове дипломе и најбољи ученик у својој генерацији.

НАГРАДЕ, ПРИЗНАЊА И СТИПЕНДИЈЕ:

- У периоду 3.1.2014.-1.3.2014. био је корисник стипендије Макс Планк института за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg);
- 2012. године био је корисник стипендије Међу-универзитетског центра за немачко, хрватско, европско и упоредно право и Института за источноевропске студије на Слободном Универзитету у Берлину (Frei Universität Berlin);
- 2007. године освојио прву награду Задужбине Лука Ћеловић за научни рад „Правна природа уговора у спорту“.
- 2007. године беседом „Хвала вам бесмртни јунаци“ победио у категорији слободне теме и уједно проглашен за апсолутног победника на Такмичењу у беседништву на Правном факултету у Београду;
- 2006. године стипендиста EFG Eurobank;
- 2006., 2005. и 2004. године стипендиста Републике Србије;
- 2005. године стипендиста Града Београда;
- 2005. и 2004. године награђиван од стране факултета за одличан успех постигнут у учењу и стицању знања.

РАДНО ИСКУСТВО:

- 2012. године, на Правном факултету Универзитета у Београду, реизабран је у звање асистента за ужу грађанскоправну научну област – предмет Наследно право;
- 2009. године, на Правном факултету Универзитета у Београду, изабран је у звање асистента за ужу грађанскоправну научну област – предмет Наследно право;
- 2008. године, на Правном факултету Универзитета у Београду, изабран је у звање сарадника у настави за ужу грађанскоправну научну област – предмет Наследно право;
- 2007. - 2008. године, радио је у Првом општинском суду у Београду као судијски приправник-волонтер.

ПРОФЕСИОНАЛНО ИСКУСТВО И АКТИВНОСТИ:

- Од 2014. године ангажован је у пројекту „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду;
- Од 2014. године је секретар Анала Правног факултета Универзитета у Београду – Часописа за правне и друштвене науке;
- Од 2013. године члан је редакције Билтена судске праксе Вишег суда у Београду;
- Од 2012 - 2013. године био је члан Комисије за накнаду штете по основу неоснованог лишења слободе и неосноване осуде Министарства правде и државне управе Републике Србије;
- Од 2012. године је секретар Harmonius-a – Часописа за правне и друштвене студије у Југоисточној Европи;
- Од 2012. године председник управног одбора Српског културног кола “Деспот Стефан Лазаревић”;
- Од 2009. године био је ангажован у пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду;
- Од школске 2009/2010 године учествује у припремању студената за светосавско Такмичење у беседништву студената Правног факултета у организацији Правног факултета у Београду и Institutio oratoria, а од школске 2012/2013 године и у извођењу наставе из предмета Реторика.

НАУЧНИ РАДОВИ:

- *Правна природа афатомије*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/2015, стр. 169-185;
- *Бродско завештање у српском праву и у упоредном праву*, Правни живот бр. 10/2014, стр. 485-511;

- *Уговор на случај смрти у Српском грађанском законуку*, Српски грађански законик – 170 година, уредници: Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић, Београд 2014, стр. 195-218;
- *Владавина права у наследном и породичном праву*, коауторски чланак са проф. др Слободаном Пановим, Владавина права и правна држава у региону – Зборник радова са Међународног научног скупа одржаног 26. октобра 2013. год., на Палама у организацији Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, уредник доц. др Горан Марковић, Источно Сарајево 2014, стр. 457-486;
- *Уговорно наслеђивање у француском праву*, Увод у право Француске – Introduction au droit français, (ур. Оливер Николић, Владан Петров), Београд 2013, стр. 335-364;
- *Национална безбедност и право*, коауторски чланак са проф. др Слободаном Пановим, Политика националне безбедности vol. 5, 5/2013, стр. 27-60;
- *Кратак осврт на утицај (не)постојања кривичне одговорности и правоснажне кривичне пресуде на постојање недостојности за наслеђивање*, Билтен судске праксе Вишег суда у Београду, бр. 83/2013, стр. 78-88;
- *Оглед о могућности хармонизације европског наследног права кроз анализу најзначајнијих сличности и разлика српског и шпанског наследног права*, коауторски чланак са [José Manuel Gutiérrez Celdrán](#), Harmonius, бр. 1/2013, стр. 264-309;
- *“Alea iacta est – Алеаторност уговора о доживотном издржавању као ограничење могућности његовог раскида због промењених околности*, Harmonius, бр. 1/2012, стр. 70-89;
- *Наследно право - Практикум*, коауторски рад са проф. др Слободаном Пановим и доц. др Балшом Кашћеланом, Београд 2012. године, 407 страна, издавач Правни факултет Универзитета у Београду;
- *Насиље у породици као узрок искључења из права на нужни део*, Насиље у породици – Зборник радова са научног скупа, уредници проф. др Слободан Панов, проф. др Марина Јањић Комар, проф. др Милан Шкулић, Београд 2012. године, стр. 248-267, издавач Правни факултет Универзитета у Београду;
- *Правна природа и остваривање права и дужности родитеља на васпитање и образовање детета у Србији*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2011, стр. 235-262;
- *Заштита прималаца према правилима о престанку уговора о доживотном издржавању у српском позитивном праву*, Правни живот, бр. 10/2011, том II, стр. 557-582;

- *Уговор о доживотном издржавању у српском позитивном праву – заштита примаоца издржавања*, Правни живот бр. 10/2010, стр. 967-985;
- *Недостојност за наслеђивање*, мастер рад одбрањен на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2009, необјављен;
- *Умишљајно убиство или покушај убиства оставиоца као основ недостојности за наслеђивање*, Правни живот, бр. 11/2009, том III, стр. 887-922;
- *Правна природа уговора у спорту – студија случаја*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/2008, стр. 383-400;
- *Isaeus, IV (On The Estate of Nicostratus)*, Balkans Law Review (ISSN 1450-7129) Vol.6 No.16/2003, стр. 51-58, коауторски рад.

ЈЕЗИЦИ:

- Течно говори, чита и пише српски, енглески и француски језик.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани-а Милош Станковић
број индекса 7/ДС 2009

Изјављујем

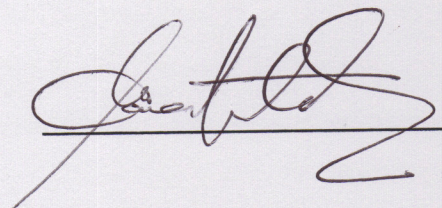
да је докторска дисертација под насловом

УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ
ИЗМЕЂУ СУПРУЖНИКА

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 20. 8. 2015.



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

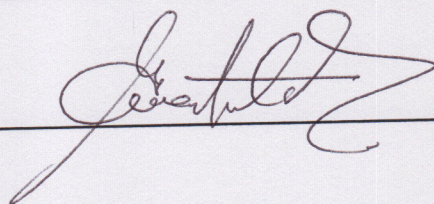
Име и презиме аутора Милош Станковић

Број индекса 7/ДС 2009

Студијски програм ДОКТОРСКЕ АКАДЕМСКЕ СТУДИЈЕ ПРАВА

Наслов рада УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ИЗМЕЂУ СУПРУЖНИКА

Ментор Проф. др Оливер Антић

Потписани/а 

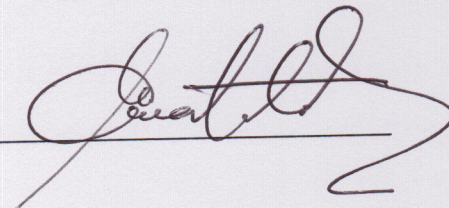
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 20.8.2015.

Потпис докторанда



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ ИЗМЕЂУ СУПРУЖНИКА

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 20. 8. 2015.

