

## VAZE LI TESTAMENTALNA RASPOLAGANJA U KORIST BRAČNOG DRUGA I ZA SLUČAJ RAZVODA, PONIŠTENJA I PROGLAŠENJA BRAKA NEPOSTOJEĆIM

### U v o d

Naslov, svojom tematikom i načinom postavljanja pitanja, obavezuje, da u uvodu učinimo dve napomene. Prva se tiče razloga zbog kojih se ovo pitanje postavlja. Druga, njegovih osnovnih teoretskih implikacija.

I. Sve do donošenja Zakona o nasleđivanju od 23. aprila 1955. godine (»Službeni list FNRJ« br. 20/55) odgovor na postavljeno pitanje bio je **negativan**, kako u legislativi, tako i teoriji i sudskoj praksi. Precizno, bio je dat u sledećim odredbama Osnovnog zakona o braku od 3. aprila 1946. godine (»Službeni list FNRJ« br. 29/46) i to:

1) »Pravo nasleđivanja koje zakon priznaje supruzima prestaje razvodom braka<sup>1)</sup>. Razvedeni bračni drud **gubi<sup>2)</sup>** takođe pravo da traži koristi<sup>3)</sup> predviđene za njega u testamentu ili kom drugom raspolaganju za slučaj smrti<sup>4)</sup>, napravljenim pre razvoda od njegovog bivšeg bračnog druga« (član 65 stare a član 62 nove numeracije).

2) »Pravo na podizanje tužbe za razvod braka ne prelazi na naslednike, ali naslednici tužioca mogu **produžiti već započeti postupak u cilju dokazivanja osnovanosti tužbe.**<sup>5)</sup> Ako osnovanost tužbe bude dokazana, preživeli bračni drug gubi pravo da nasledi umrlog bračnog druga i pravo na koristi iz testamenata ili kog drugog raspolaganja na slučaj smrti« (čl. 71. stare a čl. 68. nove numeracije).

3) »Imovinski odnosi između supругa čiji je brak poništen raspraviće se kao u slučaju razvodu braka, pri čemu se prema bračnom drugu koji je u vreme zaključenja braka znao za uzrok ništavosti ima postupati kao prema bračnom drugu čijom je krivicom brak razveden«<sup>6)</sup> (Član 53 stare, a čl. 50. nove numeracije).

1. Misli se na zakonsko nasleđivanje koje reguliše čl. 27. ZN-

2. Akcenat je na sankciji prema razvedenom, a ne na nepunovažnosti testa-  
menta bilo kom pravcu.

3. Misli se na postavljanje za naslednika i legatara.

4. To bi mogao biti samo ugovor o nasleđivanju, koji po ZN nije dozvoljen,  
a OZB to nije prejudicirao.

5. Argumentum a contrario parnica o razvodu prestaje smrću.

6) Član 27: stav 2 tač. 2. ZN to predviđa za slučaj da brak bude poništen posle  
smrti jednog supругa, ali ne i za života oba supругa.

4) »Nepostojeći brak ne povlači nikakve posledice braka, a **supruzi takvog braka smatraće se kao da nikada nisu bili bračni drugovi**. Izuzetno,<sup>7)</sup> u pogledu bračnog druga koji je znao za nedostatak koji čini brak nepostojećim, oglašenje braka nepostojećim povlači posledice koje nastupaju poništenjem braka«<sup>8)</sup> (Član 38. stare a čl. 35. nove numeracije).

Nakon donošenja Zakona o nasleđivanju zakonodavstvo, teorija i sudska praksa se razilaze, ne samo međusobno, već se i unutar svake od njih stvaraju različita gledišta.

Što se zakonodavstva tiče, istaknimo, da su citirane odredbe unete u prvi doneti tekst OZB. Kao što je poznato, OZB je trpeo brojne izmene, od kojih je poslednja ona posle ustava SFR Jugoslavije iz 1963. godine. Posle tih izmena, zakonodavna komisija Savezne skupštine bila je ovlašćena da izda prečišćen tekst OZB, što je ona učinila u »Službenom listu SFRJ« br. 28/65. U ovom prečišćenom tekstu zadržane su u celosti sve napred citirane odredbe OZB, ali sa novom numeracijom. Iz tog bi se moglo zaključiti, da ovaj organ Savezne skupštine smatra da su te odredbe važeće u prkos donošenju ZN.

U teoriji porodičnog prava ističe se da su citirane odredbe OZB ukinute u pogledu zakonskog nasleđivanja supružnika (čl. 27. ZN), ali da su ostale da važe u pogledu nasleđivanja bračnih drugova po testamentu<sup>9)</sup>. Nažalost, sem jednog izuzetka, tumačenje je čisto dogmatsko-egzegetsko. Prof. Dr. M. Mitić nastoji da teoretski objasni ove propise. I kaže: »Testamentalni motivi (animus donandi mortis causa), koji potiču iz činjenice bračne veze i skladnih, harmoničnih odnosa bračnih drugova, dolaze u flagrantan sukob sa činjenicom razvedenog braka i prestankom svih intimnih osećanja vezanih za nekadašnju zajednicu. Ta kolizija između ranih afekcionih interesa i interesa koji su niima divergentni ulaze u krug onih **pretpostavki koje smatramo redovnim i gotovo za svaki slučaj potpunim i tipičnim**. Tražiti od bračnog druga, koji je delovao u ulozi testatora, da **izričito opoziva svoj testament** postaje suvišno i nepotrebno s obzirom da taj zahtev odstupa od onoga što smatralo **redovnim i normalnim**. . . ! Ovo utoliko pre što testator može biti sprečen činjenicom smrti ili nastalom duševnom bolešću, da u redovnom postupku, obavi akt opozivanja testamenta.<sup>10)</sup> Kasnije, u svom udžbeniku, on to čini na sledeći način: »Zaveštanje između bračnih drugova rezultat je ljubavi i privrežnosti koju supruzi gaje jedan prema drugome. Zbog toga je prirodno pretpostaviti da se **nastankom netrpeljivih odnosa prestali dobroćinili motivi koji su rukovodili testatora da obdari svog supruga**. Otuda, ako testator nije izričito opozvao

7) Reč »izuzetno« upotrebljena je nepravilno.

8) Vidi Dr. M. Mitić: Porodično pravo, Niš, 1969. str. 112. i 120.

9) Dr. Ana Prokop: Komentar OZB, knj. II, Zagreb, 1960. str. 311-312 i 380-383. Dr. V. Bakić: Porodično pravo SFRJ, IV izdanje, Bgd. str. 228. Dr. M. Mitić: Porodično pravo, Niš, 1969. str. 191. Dr. M. Kurdulija: Nevažnost braka, Drugo izdanje Bgd. 1970. str. 139. Dr. A. Finžgar: Dedno pravo, Ljubljana, 1962. str. 112. Dr. Dušan Radoman: Testam nasleđivanje razvedenog bračnog druga, Odvjetnik, br. 7-8/69. str. 173. Dr. M. Mitić: Prestanak nasl. prava bračnog druga, Zbornik radova PEF Niš, 1966. str. 106 i sl.

10) Dr. M. Mitić: Prestanak nasl. prava bračnog druga, Zbornik radova PEF Niš 1966. str. 106-107. zagovara zak. opozivanje.

svoj testament pretpostavlja se da je to propustio da učini. U takvom slučaju zakon zamenjuje njegovu volju pri opozivanju testamenta«. Dodaje, da testament važi ako je zaveštalac odredio da važi i za slučaj razvoda.<sup>11)</sup>

Po drugom gledištu, koje zastupaju teoretičari naslednog prava, navedeni propisi OZB su u celosti prestali da važe donošenjem ZN, ali se ne slažu oko razloga sa kojih su oni prestali da važe.<sup>12)</sup> Oni polaze od toga, da su navedeni propisi OZB **naslednopravnog karaktera** i da ih čl. 27. ZN izričito derogira u pogledu zakonskog nasleđivanja, a da ZN nema propisa o materiji koju reguliše OZB. Ipak, citirani propisi ne važe ni u pogledu testamentalnog nasleđivanja, i to sa razloga: »Prema odredbi člana 1. ZN usvojeno je **načelo jedinstvenosti nasljednog prava, kao i načelo isključive primene odredaba ZN pri ostvarivanju tog prava. Izuzetak od ovih načela predviđen je samo odredbom člana 246. ZN**, prema kojoj ostaju i dalje na snazi samo posebni propisi o nasleđivanju u tom članu navedenih ostavinskih masa kao predmeta nasleđivanja. Kako se prema odredbi člana 242. ZN propisi ZN treba primenjivati na sva nasljedstva koja do dana objave tog zakona nisu definitivno uređena, a čltn 246. ZN ne predviđa nikakvih odstupanja od odredaba ZN u pogledu **osobe ostavioca ili nasljednika**, to se nameće zaključak da su odredbe člana 65. stav 2. i člana 71. stav 2. OZB kao raniji propisi **naslednopravnog karaktera u cijelosti prestale važiti danom objave ZN. S obzirom na izloženo, preostaje još samo zaključak da razvedeni bračni drug nakon objave ZN ne gubi pravo da i na temelju oporuke, napravljene prije razvoda braka, naslijedi drugog bračnog druga ili dobije druge koristi predviđene za njega u oporuci, ukoliko oporučitelj opozivom ili izmjenom oporuke (član 105-107. ZN) drugačije ne izrazi svoju volju. Ovo, mutatis mutandis, vrijedi i za slučaj poništenja braka, odnosno za slučaj utvrđenja da je brak nepostojeći**«. <sup>13)</sup>

Što se sudske prakse tiče, mogu se učiniti dve napomene. Prvo, da je kolebljiva. Drugo, da treba dvojiti pozivanje na citirane propise OZB u procesnom i materijalnopravnom pogledu. Što se prvih tiče, vrlo su brojne odluke vrhovnih sudova (nakon stupanja na snagu ZN) u kojima se oni pozivaju na njih. Pitanje je, međutim, da li je to bilo nužno i u procesnopravnom pogledu, obzirom na propis čl. 20<sup>1</sup>-204. ZPP.<sup>14)</sup>

Što se materijalnopravnog stava sudske prakse tiče, vrlo je indikativna presuda Vrhovnog suda Srbije, koju je Vrhovni sud Jugoslavije, odlučujući po reviziji, potvrdio iz istih razloga, a oni glase:

»Prvostepeni sud je pravilno utvrdio činjenično stanje, a naime da je testament pok. A. P. sačinjen 18. 2. 1943. godine **istinit** i da ima punu pravnu važnost, jer isti nije od testatora opozvan bilo na koji način. Prema ZN, nasleđiti se može na osnovu zakona i na osnovu testamenta. Tužilja polaže pravo nasleđa na zaostavštinu A. po osnovu testamenta od 18. 2. 1943.

11) Dr. M. Mitić: Porodično pravo, Niš, 1969. str. 191. Ovde se meša error in motivo, falsa causa i prećutno zakonsko opozivanje.

12) Dr. B. Matić: Prestanak zakonskog prava nasleđivanja bračnih drugova, Glasnik Adv. komore APV br. 8/55 str. 10.

13) Dr Milan Kreč-Đuro Pavić: Komentar Zakona o nasleđivanju Zagreb, 1984. str. 63. Dr. Boris Vizner: Nasljedno pravo, Osijek, 1967. str. 191 i sl.

14) U tom smislu nemačka praksa Dr. H. Brox: Erbrecht, 1966. str. 119.

Testament u pitanju punovažan je, jer ga je zaveštalac napisao svojom rukom i potpisao, a i naznačio datum sastavljanja testamenta. Prema ovome, testament ima punu pravnu važnost. **To što je brak parničara razveden bez značaja je za testamentalno nasleđe**, jer tužena ne traži da nasledi ostavioca po osnovu zakona, koje je pravo tužilje prestalo razvodom braka (član 27. ZN), ali tužena može da nasledi po osnovu punovažnog testamenta, **jer nije nedostojna da bi u smislu člana 131. ZN izgubila pravo na nasleđe**. Po nahođenju Vrhovnog suda ne postoji nesaglasnost između člana 65 stav 2. OZB i čl. 27. ZN, jer je član 65 stav 2 OZB derogiran ZN kojim je regulisano pravo nasleđa naših građana<sup>15</sup>

Sa iznetih razloga, postavlja se pitanje, da li navedeni propisi OZB važe de lege lata, tj. kao republički zakon budući su članom 16. stav 2. tač. 23. Ustavnog zakona za sprovođenje ustavnih amandmana XX do XLI od 30. 6. 1971. godine (»Sl. list SFRJ« br. 29/71) prestale da važe odredbe OZB kao norma saveznog zakona, osim odredbe člana 26, a Zakonom o primeni odredaba zakona u oblasti društveno-političkog sistema i drugim oblastima, za koje je članom 16. i 17. Ustavnog zakona za sprovođenje ustavnih amandmana XX do XLI određeno da prestaju da važe najdocnije 31. 12. 1971. godine (»Službeni glasnik SR Srbije« br. 51/71) produžena je, između ostalog, važnost ukinutih odredbi saveznog OZB.

Najzad, budući da prestoni donošenje novog republičkog zakona o braku, ovo pitanje se postavlja i kao zakonodavno pitanje de lege ferenda. Odmah istaknimo, da je Nacrt zakona o braku, koji je izradila uža radna grupa republičke komisije, u celosti preuzeo citirane odredbe bivšeg saveznog OZB. (član 67. i 73. Nacrta).

II. Promene na terenu bračnih odnosa, o kojima je reč, najčešće će povući i odgovarajući promenu testiranja u korist bivšeg bračnog druga. Ali, to ne znači da je praktični i teoretski značaj ovog pitanja mali, ili skoro nikakav, kako se to čini u bugarskoj literaturi.<sup>16</sup> Da to nije tako, svedoče i brojne presude vrhovnih sudova, u kojima se pozivaju na citirane propise OZB.<sup>17</sup> Mnogobrojni su razlozi, a još više dubiozni motivi, koji dovode do održavanja testamenta uprkos raskidu braka. Prvo, možda zbog toga što zaveštalac ne želi da menja testament. Drugo, što nije bio u mogućnosti da to učini, pa to nije ni pokušao, odnosno pokušao je, ali opozivanje nije dovršio (stradao na putu za sud i sl.) Treće, što je u tome onemogućen od nekog ili što je bio u zabludi da je opozivanje već izvršio, ili u pogledu neke druge okolnosti, isl.

Sigurno je, da odgovor na postavljeno pitanje ne pruža kako dogmatsko-egzegetsko tumačenje citiranih propisa OZB, tako ni usko formalističko tumačenje. Nauka porodičnog prava i nema posebnog interesa

15) Odluka VS Jugoslavije Rev. 3633/64 od 15. I. 1965, ZSO knj. X sveska I broj 19

16) Hristo Tasev: Blgarsko nasledstvo pravo, Sofija, 1963. str. 101.

17) Rešenje SVS Rev. 1138/59 od 17. 11. 1959. ZSO IV br. 389. Rešenje SVS Rev. 885/59 od 27. 9. 1959. ZSO IV/3 br. 406. SVS Rev. 1534/60 od 30. 12. 1960 ZSO V/3 br. 308. SVS Rev. 1986/61 od 8. 9. 1961. ZSO VI/3 br. 229. SVS Rev. 225/62 od 5. 9. 1962 VII/3 br. 284. VS Jugoslavije Rev. 2432/64 od 16. 9. 1964. ZSO IX/3 br. 317. VS Jugoslavije Rev. 139/66 od 31. 5. 1966. ZOS XI/2 br. 99. VS APV Gž. 1008/62 od 28. 12. 1962. ZSO VII/3 br. 283.

da dublje ulazi u ovu problematiku, sem koliko se tiče posledica razvoda braka. Ustvari, radi se o valjanosti izjave poslednje volje, a to, očito, nije njen problem. S druge strane, ne možemo biti zadovoljni ni stavom teorije naslednog prava i sudske prakse, i to iz sledećih razloga.

Prvo, pogrešno je u istraživanju poći a priori od postavke da su navedeni propisi naslednopravnog karaktera. Za takav zaključak, potrebno je da se izvrši tumačenje zakona. A to je baš ovde sporno. Teoretičari porodičnog prava u nas, a i u nekim drugim zemljama (Code civil i švajcarski ZGB) tretiraju ove propise i materiju u okviru porodičnog prava. A oni su i uzor našem OZB. Zbog toga, treba pobijati stanovište zakonodavca materijalnopравnim argumentima.

Drugo, ako se i prihvati formalnopravna argumentacija, uprkos nepostojanja načela jedinstva naslednog prava danas, ne može se prihvatiti zaključak teorije i sudske prakse, da **izjava proizvodi pravno dejstvo samim tim što postoji**. To je poznata teorija izjave, koja važi samo za pravne poslove prometa a ne i za pravne poslove mortis causa. Nešto novo, u pogledu argumentacije, u prilog tom shvatanju nije izneto, pa su potrebne analize.

Treće, OZB nema motive iz kojih bi se video smisao citiranih propisa pa u nedostatku njihovom, a s obzirom na uporedno zakonodavstvo mogu se postaviti tri alternativna rešenja:

1) Konceptija sankcije za razvod braka koju su postavili Rimljani a razvio Code civil.

2) Propisati posebna zakonska (dopunska) pravila tumačenja za ovaj slučaj. U ovom smislu, s obzirom na uporedno zakonodavstvo i teoretske stavove, dolaze u obzir:

a) Konceptija pretpostavljene uslovljenosti odn. ništavosti,

b) Konceptija prećutnog opoziva, i

c) Konceptija izjave.

3) Da se za ovaj slučaj ne donose nikakvi posebni propisi, već da se istražuje prava volja ostavioca na osnovu opštih pravila o tumačenju izjava poslednje volje (subjektivni metod tumačenja i benigna interpretatio).

## I. KONCEPCIJA SANKCIJE ZA RAZVOD BRAKA

### 1. Shvatanje rimskog prava

Posebno ćemo ukazati na istorijski aspekt ove koncepcije, jer, smatramo, da je ona prihvaćena, preko Code civil-a, u našem OZB. O tome svedoči formulacija navedenih propisa, po kojima razvedeni bračni drug **gubi**; uređenje naslednopravnih odnosa zavisno od krivice za razvod, poništaj i proglašenje braka nepostojećim. Toliko je ta opsesija krivice dominantna da se je iz nje izvelo nasledno pravno bračnog druga, uprkos nepostojanju braka (čl. 27 stav 2. tač. 2 ZN) a to, po nekima, važi i kod testamentalnog nasleđivanja, ako nadživeli bračni drug nije znao za razlog koji čini brak ništavim odnosno nepostojećim.

Kršenje monogamnog braka je pojava nastala uporedo sa pojavom tog oblika braka. Robovlasničko društvo, uvodeći ovaj oblik braka iz ekonomsko-klasni razloga, preduzimalo je i mere za njegovo očuvanje. Shodno ondašnjem primitivnom pravnom gledanju, što je posledica nedovoljno razvijenog pogleda na prirodu i društvo uopšte, smatralo se je, da do kršenja braka dolazi **isključivo krivicom jednog supruga**. Stoga, krivac za razvod se kažnjava. Naravno, te kazne su, prvo, bile brojnije i oštrije prema ženi, kao potlačenoj i ne vlasničkoj strani u braku, a ređe i blaže prema mužu. Drugo, prvobitne sankcije su bile isključivo krivične. Preljub žene i neki drugi njeni delikti smatraju se i kažnjavaju kao **javni delikti**. Zbog njih je žena najčešće osuđivana na smrt, telesna sakaćenja i unakaženja, a kasnije na progonstvo i zatvaranje u manastir. Na tom stanovištu stajala su sva antička zakonodavstva o razvodu (Egipat, Vavilon, Asirija, Izrael, Grčka, Rim).<sup>18)</sup>

Ipak, isključivo krivična sankcija se vremenom ublažuje tako što se uz njih javljaju imovinsko-pravne, a takođe i porodično-pravne kazne. Ove poslednje su potiskivale krivične. Tako u starom grčkom (atinskom) pravu muž je mogao da otera ženu kad mu se to svidelo i bez da iznosi razloge, ali je bio dužan da joj vrati miraz i da joj na ime obezbeđenja da 1/3 svoje imovine, a pored toga, bivao je kažnjavan na terenu porodično-pravnih odnosa. Ovo shvatanje preuzeli su i Rimljani (repudiatio).

U Rimu imamo pojavu tri nova elementa, koji sankcijama daju novu formu: pojavu institucionog testamenta, jak moralni pad društva a posebno porodice i pojavu hrišćanstva kao državne vere.

Što se testamenta tiče, već Zakonik dvanaest tablica iz 450. godine pre naše ere pominje testament, ali se osnovano smatra da se je institucioni testament, tj. testament u modernom smislu reči, pojavio negde oko 1 — 2 veka pre naše ere, tj. posle punskih ratova. Rimljani nisu bili teoretičari već praktičari, pa su u raspolaganju testamentom videli dobročino davanje. Otuda, mnoga pravila za poklon, naročito u pogledu motiva i kauze, protegli su na testament. Individualističkom i utilitarističkom mentalitetu Rimljana odgovaralo je shvatanje, da je obligacija sredstvo da se postigne određeni cilj.<sup>19)</sup> Zbog toga, nisu nalazili osnova za činjenje poklona, jer su u njemu videli neprivedni, neposlovni posao. Zato je čitavo njihovo zakonodavstvo nepoverljivo prema poklonu, a često ga zabranjujući, jer je u njemu videlo zloupotrebu, naročito prema nužnim naslednicima. Još uvek patrijarhalnom mentalitetu odgovaralo je shvatanje da otac porodice treba da stiče za sebe a da stečeno ostavi svojoj porodici. Zato nema potrebe da čini poklone svojim, kad će oni posle smrti to takođe besplatno dobiti. Ovakav stav izražen je već u lex Cincia de donis et numeribus (204. godine pre naše ere) koji zabranjuje prekomerne poklone (mera nam nije poznata) a od zabrane izuzima samo izvesna lica (exceptae personae), kao što su bra-

18) Detaljnije vidi Dr. Marko Mladenović: Razvod braka, Savremena administracija, Beograd, 1964. str. 17 i sl. i str. 145 i sl.

Henri Capitant: De la cause des Obligations (Contrats, Engagment unilateraux, Legs) Troisième édition, Paris, 1927. s. 19, 20) Henri Capitant, op. cit. str. 119 i sl.

19) Henri Capitant: De la cause des Obligations (Contrats, Engagment unilateraux Legs) Troisième édition, Paris, 1927. s. 19

čni drug, srodnici i bliski prijatelji.<sup>20)</sup> Kasnije, Agustovim ženidbenim zakonima bio je zabranjen poklon između bračnih drugova, sem ako se radi o donatio propter nuptias (obezbeđenje izdržavanja) ili ako su predviđeni za slučaj raskida braka, ali su se i ovakvi pokloni mogli u svako vreme opozvati. Sa pojavom hrišćanstva i njegovog uticanja, počinje da se gleda drukčije ali samo na poklone učinjene u dobročine i religiozne svrhe. Justinijanovo pravo ponovo proglašava ništavim poklone između supruge, a favorizuje poklone u religiozne i dobročine svrhe.<sup>21)</sup> Osnovni zaključak je, da su Rimljani za poklon tražili opravdan razlog (donationis causa) ili bolje poznati nam termin animus donandi, tj. nameru da se neko besplatno nagradi.

Shodno poklonu, za testiranje u nečiju korist tražio se animus testandi, tj. volja odnosno namera da se testira u nečiju korist, kao i volja ili, bolje reći, razlog da se neko obdari (animus donandi).

Da je rimsko robovlasničko društvo doživelo veliki moralni pad na početku nove ere govore mnoge reforme koje preduzimaju rimski carevi. Poznati su Avgustovi ženidbeni zakoni. Međutim, novu eru u ovoj borbi za očuvanje braka i preuređenje društva na novim načelima, predstavlja pobjeda hrišćanstva. Hrišćansko učenje o braku je zasnovano na nerazrešivosti braka. Po Mateju, razvod je dopušten samo zbog preljube. Pod uticajem ovog učenja, već prvi rimski hrišćanski car Konstantin, svojom konstitucijom iz 331. godine naše ere (Cod. Theod. 3. 18. 1.) zabranjuje svojevoljni razvod braka (repudiatio), a razvod dopušta samo u zakonom određenim slučajevima (iusta causa) a to su nastavili drugi carevi, tako da se formira sledeći sistem kazni:

a) Ako je žena kriva za razvod braka gubila je pravo na povraćaj miraza (dos), tako da je ovaj ostajao mužu. Ako nije imala miraz, onda gubi jednu četvrtinu (1/4) svog imanja, ali nikako, više od 100 funata zlata, a ako bi se dokazalo brakolomstvo s njene strane, ova kazna se povećavala na jednu trećinu (1/3) njene imovine.

b) Ako je muž kriva strana, gubi u korist žene, pored njenog miraza i donatio propter nuptias (imovinsko osiguranje obećano ženi za slučaj njegovog osiromašenja, prestanka braka njegovom krivicom ili ranije smrti). Ako muž nije dao ženi taktvo obezbeđenje, onda je kaznom bila pošteđena jedna četvrtina (1/4) njegovog imanja, s tim da ona ne može biti veća od 100 funata zlata, a jedna trećina (1/3) imanja ako je ženu lažno otpužio za brakolomstvo ili kad joj je izdržavanjem jedne naložnice dao povod za razvod braka.

c) Svaki razvedeni, a po nekima samo krivi, bračni drug, gubi usled razvoda pravo na poklone, a takođe i na sve ono što mu je zaveštano testamentom od strane drugog bračnog druga. Prema tome, što se zaveštavanja tiče, ona dejstvuju samo pod uslovom da u momentu smrti zaveštaoca postoji punovažan brak<sup>22)</sup>

20) Henri Capitant, *cd. str.* 119 i sl.

21) Institution, (Geschichte und System des römischen Privatrechts) von Rudolph Sohm, Siebente Auflage, bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger, München und Leipzig, 1923. str. 227-228. *Traité pratique de Droit civil français par Marcel Planiol-Georges Ripert, Tome V.* 1957. Paris, str. 2.

22) Sohm-Mitteis-Wenger, *cd. str.* 524. Arndts: Pandekten, *prevod,* str. 1067. i sl. Dr. B. Eisner-Dr. M. Horvat: Rimsko pravo, Zagreb, 1948. str. 494. i sl.

Najbliže shvatanju Rimljana odgovara da za slučaj pada braka padaju istovremeno i dobročina davanja u korist bračnog druga. U tome treba videti ne samo kaznu, već i shvatanje o uskom tumačenju dobroćinih davanja, tj. da dobročina davanja u ovakvim situacijama nemaju razlog (causa). Stoga, oni protežu sankcije na takva davanja **ne praveći pri tom nikakve pretpostavke o manljivosti volje zaveštaoca, već predviđaju gubitak ovih prava neposredno kao kaznu, tj. kao sankciju za manifestovano antidruštveno ponašanje.** Naravno, to je tipična rimska imovinskopravna sankcija, a krivog su stizale i isključivo porodičnopravne sankcije.<sup>23)</sup>

Pošto se radi o imovinskopravnoj kazni na terenu porodičnog prava, to je ova kazna, usled kauzalnog a ne specijalističkog tretiranja zakonodavne materije, smatrana kaznom i ustanovom porodičnog prava. Na području nasleđivanja, odnosno testamenta, ona je imala samo nejasno refleksno dejstvo. U ovom pravcu rimski pravnici su konstruisali ustanovu **testamentu iactio passiva**, sposobnost za slučaj po testamentu. Ova sposobnost se je sastajala iz **pravne sposobnosti** (testamenti factio passiva stricto sensu), tj. sposobnost biti testamentom postavljen za naslednika ili legatara i **faktičku sposobnost** (ius capiendi) tj. sposobnost da se primi ono što je u korist nekog zaveštano.<sup>24)</sup> Zato, **rimski pravnici, strogo su odvajali ovu ustanovu od manljivosti volje i opoziva testamenta.**

## 2. Perte des avantages matrimoniaux Code civil-a

Francuski Code civil iz 1804. godine u potpunosti sledi izneto rimsko shvatanje. Ovu materiju zakonodavac locira u odeljku III »Dejstva razvoda braka«, tj. tretirajući je kao ustanovu porodičnog prava. **Polazeći od shvatanja razvoda braka kao sankcije za povredu bračne dužnosti<sup>25)</sup>, predviđa za krivog bračnog druga trojake sankcije:**

a) Za krivog bračnog druga nastaje obaveza da pruži izdržavanje drugom bračnom drugu (art. 301. stav 1. i 2.)

b) Za krivog bračnog druga nastaju sankcije na terenu porodičnopravnih odnosa u užem smislu (art. 384 i 386) i

c) Krivog bračnog druga pogađa **gubitak svih bračnih prednosti (koristi), tj. porte des avantages matrimoniaux** (art. 299. stav 1), u slučaju rastave od stola i postelje gubitak svih prava iz poklona, a razvedenog bračnog druga i gubitak svih **koristi<sup>26)</sup>** iz testamenta i ugovora o nasleđivanju (»institution contractuelle«), dopuštenog u francuskog pravu samo između supruge. Pod koristima u smislu ovog propisa misli se na postavljenje naslednika testamentom ili ugovorom o nasleđivanju i na određivanje legata.

U francuskoj teoriji, jednodušna je ocena, da u citiranim odredbama Code civil-a treba videti jednu civilnu kaznu (**une pénalité civile**), koja pogađa bračnog druga krivog za razvod. Ovu misao ništa jasnije ne ilu-

23) Sohm-Mitteis-Wenger, cd. str. 227 i 514. i sl.

24) Živko Milosavljević: Rimsko privatno pravo, Knjiga III. Nasledno pravo, Beograd, 1900., str. 70-73.

25) Dr. M. Mladenović cd. str. 145-125.

26) Eto najjasnijeg objašnjenja odakle reč »korist« u napred citiranim propisima OZB.



struje, već sam propis art. 300. Code civil-a, po kome: »Bračni drug koji je izdejstvovao razvod zadržava koristi za njega učinjene od drugog bračnog druga, bilo da su one stupulirane recipročno ili da recipročnosti (uzajamnosti) nije bilo mesta«.<sup>27) 28)</sup>

Poput Rimljana, ni francusko zakonodavstvo, teorija i sudska praksa, ne polaze od neke pretpostavke o poslednjoj volji zaveštaoca, niti od neke pretpostavljene volje za opoziv testamentata. Radi se neposredno o kazni prema krivcu.

### 3. Kazne na području AGZ

Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine karakteriše činjenica, da je prvobitno normirano stanje znatno izmenjeno kasnijim izmenama i drugo, da ovom pitanju nema jednu, već više propisa i stavova:

a) Prema propisu § 543. koji nije menjan, lica koja su pred sudom priznala brakolomstvo (Ehebruch) ili rodoskrvnuće (Blutschande), ili je to za njih dokazano, ne mogu se uzajamno nasledivati po izjavi poslednje volje. Brakolomstvo mora biti utvrđeno u presudi o razvodu braka, a u tom slučaju nema smetnje da se ovakva lica nasleduju po osnovu zakona.<sup>29)</sup> Tome odgovara propis § 9 Ehegesetz.<sup>30)</sup> Prema zakonskoj terminologiji, radi se o uzroku nesposobnosti nasledivanja (Ursachen der Unfähigkeit), a to je i naslov pred citiranim paragrafom. Međutim, u teoriji ne postoji slaganje o prirodi ovog propisa. Prema jednom starijem gledištu, koje se poklapa sa zakonskim stavom, radi se o nesposobnosti za nasledivanje, tj. o nedostatku testamentata factio passiva<sup>31)</sup>. Prema novijim gledištima, međutim, radi se o osnovu nedostojnosti (Erbunwürdigkeitsgrund)<sup>32)</sup>.

b) U odeljku o ženidbenim ugovorima, reguliše se sudbina ugovora između supruge na sledeći način (§ 1266): »Ako je razvod braka (§§ 115 i 133) dozvoljen po zahtevu oba supruge, zbog njihove nepremostive mržnje, tada ženidbeni ugovori, ukoliko nije drukčije bilo ugovoreno (§ 177) prestaju za obe strane. Ako se brak razvede sudskom presudom, to nekrivom bračnom drugu pripada ne samo potpuno zadovoljenje, već od trenutka razvoda, već mu pripada i sve ono, što mu je bračnim ugovorima bilo obećano za slučaj nadživljenja. Imovina koja je bila privržena zajednici dobara, deli se kao kod smrti, a pravo iz jednog ugovora o nasledivanju ostaje za nekrivog bračnog druga punovažno. Zakonsko nasledivanje (§§ 757-759) ne može razvedeni a istovremeno krivi bračni drug uslovljavati«.

27) Traité de Droit civil d'après Planiol par Georges Ripert et Jean Boulanger, Tome premier, Paris, 1956. str. 597-601. Tako i Planiol-Ripert: Traité élémentaire de Droit civil, Tome premier, Paris, 1928. str. 427. i sl. Planiol-Ripert. cd. Tome V. str. 452. i sl. str. 934. Morandière: Droit civil, Tome IV, Dalloz, 1965. str. 164-165. i 589. Zašto Francuskoj treba novi građanski zakonik? — Arhiv, 1956. str. 241.

28) Ferid-Firsching, cd: Frankreich, Band II, str. 70. zovu to opozivom testamentata

29) Dr. Franz Gschnitzer: Erbrecht, Wien, 1964. str. 46.

30) Rimsko shvatanje da se za naslednika ne mogu testamentom postavljati supruzi čiji je brak rodoskrvnenje, među sobom i prema svojoj deci.

31) Commentar zum österreichischem allg. bürg. Gesetzbuche von Dr. Moritz von Stubenrauch, Sechste Auflage, bearbeitet von Dr. Max Schuster v. Bonot und Karl Schreiber, Erster Band, Wien, 1892. str. 704.

32) Dr. F. Gschnitzer, cd. str. 45-47.

U austrijskoj teoriji i sudskoj praksi smatra se da ugovor o nasleđivanju biva ugašen (erlöschen) u vezi sa razvodom, poništenjem i proglašenjem braka nepostojećim. Ipak, po § 1266 (treća rečenica) nekrivo razvedeni bračni drug »zadržava pravo iz ugovora na slučaj smrti«, tj. on može pravo iz ugovora, o nasleđivanju utužiti, ako krivca nadživi a **krivi bračni drug ne može postavljene za naslednika opozvati, čak i kad bi to mogao i hteo**. Isto vredi za pretežnog (überwiegend) krivca prema manje krivom bračnom drugu. Posledice poništenja su iste kao kod razvoda (§ 42 EheG). Takođe, kod proglašenja braka nepostojećim nastupaju za nekrivog bračnog druga dejstva razvoda, ako on nije znao za posledice nepostojanja braka (§ 31. Ehegesetz).<sup>33)</sup>

Međutim, ovi propisi AGZ koji se odnose na ugovor o nasleđivanju **nisu primenjivi na testament**. Razlog za to je veoma razuman i pravno logičan: **ugovor o nasleđivanju nije jednostrano opoziv, dok je to slučaj sa testamentom**. Isto važi i za zajednički testament. Pojedinačni ili zajednički testament ne mogu opstati u slučaju § 543. (analogija sa *condictio causa data non secuta*). Zbog toga, AGZ nema specijalnih propisa o sudbini testamenta u ovakvoj situaciji. Ali, u sumnji podupire gledište o dejstvovanju testamenta, samim tim što nije opozvan (§ 575: »**Po zakonu izjavljena poslednja volja ne može izgubiti svoju važnost usled docnije nastupelih prepreka**«). Međutim, ovo pravilo nije apsolutno. U svakom pojedinom slučaju se ima tumačenjem pronaći prava volja zaveštaoaca uz primenu subjektivnog metoda tumačenja (Willensdogma) i načela o benigna interpretatio. Može se raditi o zabludi o motivu, i na sudu je, ako je to osporeno, da pomenutim metodama ocenjuje da li je zajednički ili pojedinačni testament proizveo dejstvo.<sup>34)</sup>

#### 4. Preventivna sankcija švajcarskog ZGB

Prema propisu art. 154. stav 3. švajcarskog ZGB iz 1907. godine, razvedeni bračni drugovi nemaju jedan prema drugome nikakvo zakonsko nasledno pravo i nemaju nikakav zahtev iz bračnog ugovora ili raspolaganja za slučaj smrti, koja su sačinjena pre razvoda braka. Isto dejstvo proizvodi ništavost i proglašenje braka nepostojećim (art. 134. stav 2). Sve ove odredbe su porodičnopravnog karaktera. Radi se o sporednim posledicama razvoda braka. Kažnjavaju se oba bračna druga, pa je ovde sankcija preventivnog karaktera. Naravno, to nije stav švajcarske teorije, već zaključak koji se nužno nameće, s obzirom na navedene i druge argumente.

U vezi s ovim propisima, u teoriji govori se o **stavljanju naredbe poslednje volje van snage u širem smislu**, pa se razlikuju slučajevi:

a) stavljanja van snage naredbe poslednje volje za života ostavioca. Ovde spada opoziv (Widerruf), poništenje od strane ostavioca i poništenje na drugi način bez mogućnosti ponovnog uspostavljanja (art. 509. ff), istekom vremena u slučaju usmenog testamenta (art. 508), **razvodom, poništenjem i proglašenjem braka nepostojećim (art. 134. stav 2 i art. 154. stav 3)**, prethodnom smrću naslednika ili legatara (art. 542, 543 stav 2), propašću zaveštane stvari.

33) Dr. F. Gschnitzer, *cd. str.* 41-42.

34) Dr. F. Gschnitzer, *cd. str.* 43.

b) Stavljanja van snage po smrti ostavioca, kao što su odbijanje nasleđa (art. 572. stav 2), proglašenjem nevažećim (art. 519 ff), nesposobnošću i nedostojnošću za nasleđivanje (art. 540), nastupanjem ili nenastupanjem uslova.<sup>35)</sup>

## 5. Naše i bugarsko pravo

U grupu propisa inspirisanih koncepcijom o sankciji spadaju i napred citirani propisi našeg OZB, o kojima će kasnije detaljnije biti reči.

Isto rešenje, kao i naš OZB, sadrži bugarski Zakon o licima i porodici od 9. 8. 1949. godine, koji u članu 50. propisuje: »Posle razvoda bivši bračni drugovi nisu više jedan drugom naslednici i **gube sve koristi iz raspolaganja za slučaj smrti, koje je ranije bilo sačinjeno.** Iste posledice nastupaju takođe ako osnovanost tužbe po čl. 48. posle smrti tužioca bude utvrđena«. A član 48. istog zakona propisuje: »Pravo razvod zahtevati ne prelazi na naslednike. Ali oni mogu produžiti podignutu tužbu za utvrđenje njene osnovanosti, ako je osnov tužbe krivica preživelog bračnog druga«.

U bugarskoj teoriji, u vezi s ovim propisima, govori se o »otpadane za zavešćanieto«, i argumentiše: »**Motiv, da se sačini zaveštanje, proizašao je iz okolnosti, što je obdareno lice suprug zavešćao.** Tekst člana 50. Zakona o licima i porodici sadrži pretpostavku, da zavešćalac ne bi obdario lice, koje mu više nije suprug. Razvod, kao rezultat dubokog rastrojstva braka, obično stvara neprijateljske odnose među bivšim supruzima i neprirodno bi bilo pri takvoj nastupeloj izmeni odnosa među njima da se ostavi na snazi sačinjeno zaveštanje. **Razume se, takva pretpostavka je oboriva.**»<sup>38)</sup>

## 6. Kritika koncepcije sankcije

Prvo, da razjasnimo na šta je usmerena sankcija. Dolaze u obzir dve mogućnosti:

a) Sankcija pogađa krivog bračnog druga (koncepcija jednostrane krivice) ili oba bračna druga bez obzira na krivicu (pretpostavljena obostrana krivica), i to, u oba slučaja, **zbog povrede braka kao društvene i pravne ustanove.** U ovom slučaju, radi se o sankciji u objektivnom smislu, što i odgovara ovoj koncepciji.

b) Sankcija se može shvatiti i u tom smislu, da ona pogađa krivog bračnog druga **zbog njegovog protivpravnog ponašanja prema svom bračnom drugu** (koncepcija jednostrane krivice), ili da se pođe od pretpostavke da je raspad braka rezultat obostrane krivice (obostrana ili uzajamna krivica i sankcija).

35) Das schweizerische Zivilgesetzbuch (Eine systematische Darstellung mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichte von Dr Peter Tuor, Achte, vereinigte und ergänzte Auflage, bearbeitet von Dr Bernhard Schyder herausgegeben von Dr Peter Jäggi, Polygraphischer Verlag, AG Zürich, 1968. str. 147. i 350. Ferid-Firschling, cd. Schweiz, Grundzüge, str. 66.

38) Hristo Tasev: Blgarsko nasledstveno pravo, Sofija, 1963. str. 101.

Sankcija u ovom drugom smislu nije prihvatljiva, jer je ona vrlo bliska i bila bi konzumirana nedostojnošću.<sup>39)</sup>

Drugo, u osnovi kazne za razvod braka stoji primitivno shvatanje o krivici za razvod braka, koje je preuzela hrišćanska crkva, i postavila dogmu o nerazrešivosti braka, iz čega neminovno proizlazi shvatanje o razvodu braka kao sankciji. Danas je opšte prihvaćeno da je brak razrešiv, a u teoriji i zakonodavnoj praksi postoji trend u pravcu shvatanja razvoda kao leka u nesrećnim situacijama ili se prihvata objektivni kriterijum pri proceni da li treba brak razvesti.<sup>40)</sup> Takvoj koncepciji razvoda, strana je i svaka pomisao na sankciju za razvod braka.

Treće, lični i porodični odnosi bračnih drugova moraju se lučiti od njihovih imovinskih odnosa. Ako to nije činila primitivna pravna nauka u antičkom društvu, današnja pravna nauka izgradila je čitav niz načela za regulisanje jednih i drugih odnosa. Na terenu ličnih i porodičnih odnosa, postoji autonomija volje, ali je za te odnose karakteristična primena jus cogens, dok na terenu imovinskih odnosa dominira načelo autonomije volje, a u skladu s tim i sasvim drukčija pravila o interpretaciji pravnih poslova. Do kakvog pravnog absurda dovodi koncepcija sankcije, najbolje se može videti u slučaju ništavog i nepostojećeg braka. Tako, učesnici (a ne bračni partneri kako to kaže OZB) u nepostojećem braku smatra se da nikad nisu bili bračni drugovi, ali uprkos nepostojanja bračne veze, učesnik u takvom odnosu ostaje zakonski naslednik po osnovu bračne veze i stiče pravo na koristi iz testamenta od tobožnjeg bračnog druga, ako je posle smrti jednog učesnika brak proglašen nepostojećim, a nadživeli učesnik nije znao za razloge koji čine brak ništavim odnosno nepostojećim (argumentum a contrario iz propisa čl. 27. stav 2. tač. 2. ZN) i napred citirani propisi OZB. Za sticanje naslednog prava u ovom slučaju, ističe se u teoriji, dovoljna je samo **savesnost i poštenje**, što je takođe pravni apsurd.<sup>41)</sup>

Četvrto, uprkos tome što je kazna nedopustiva, shodno modernom shvatanju o razvodu kao leku i kao objektivnoj nužnosti u interesu oba partnera, može se i samostalno od toga shvatanja, postaviti pitanje o tome, da li ovakva kazna može da ostvari svoj zadatak, i odmah dodamo, koji **zadatak**. Naše socijalističko društvo, prihvatajući marksističko-leninističko učenje o društvenim odnosima, o njihovom istorijskom toku i menjanju, i o ulozi i razvoju čoveka kao društvene jedinke u tom sklonu, ističe u prvi plan potrebu društvenog razvoja i uređenja u pravcu jačanja socijalističkih odnosa i usmeravanja društva ka ostvarenju komunističkog društva. Samo takvo buduće društvo, u kome neće biti nikakvih oblika eksploatacije čoveka po čoveku, a time ni kakvi oblici zavisnosti od drugoga, samo takvo društvo u kome će, kako kaže Engels vladati »carstvo slobode«, može da konačno otkloni slabost braka, nastale u klasnom društvu i u uslovima tog

39) Gschnitzer, cd. str. 15

40) Vidi detaljnije Dr M. Mladenović, cd. str. 138 i sl. str. 164. i sl.

41) Dr M. Mitić, cd. str. 112. kaže: »Na ovaj način savesnost i poštenje u pravu, pri punovažnoj osnovu u momentu sticanja, postaju u ovom slučaju, jedan od načina za zasnivanje imovinskih prava«. Ali, to je potpuno apsurdna primena pravila o pravnim poslovima inter vivos, i to teretnim poslovima, na pravne odnose mortis causa.

društva, sa svim njegovim manama. Naše socijalističko društvo, načinilo je veliki korak u tom pravcu, i svakim danom ga čini, sa razvojem socijalističkih odnosa i ekonomskim snaženjem. Zato, kazna na ovom terenu nije potrebna ni kao osnovna a ni kao neka dodatna mera, jer je ona anahronizam.

## II. KONCEPCIJA PRETPOSTAVLJENE USLOVNOSTI ILI NIŠTAVOSTI

### 1. Konceptija nemačkog BGB

U osnovi, rimsku koncepciju sledi i BGB, samo što propise locira u okvir naslednopravnih propisa, konkretnije u oteku o testamentima. Prema propisu § 2077. stav 1. BGB raspolaganje poslednje volje, kojim je ostavilac obdario svog bračnog druga, je nedejstvujuce (unwirksam), ako (wenn) bi pre smrti ostavioca brak bio poništen ili bude razveden. Razvodu braka se izjednačava, ako je ostavilac, pre svoje smrti, bio ovlašćen da tuži za razvod braka zbog krivice drugog bračnog druga i tužba za razvod ili za ukidanje bračne zajednice je bila podignuta, ukoliko bi se u slučaju razvoda ili poništenja braka nadživeli bračni drug smatrao krivim.<sup>42)</sup>

Raspolaganje poslednje volje, kojim je ostavilac svoga verenika obdario, je nedejstvujuce, ako veridba pre smrti ostavioca bude raskinuta (§ 2077. stav.2).

Raspolaganje nije nedejstvujuce, ako je utvrđeno da je njega ostavilac za svaki slučaj namenio (stav 3).

Prema propisu § 2268. stav 1. »Zajednički testament je u slučaju § 2077. celim svojim sadržajem nedejstvujuci«, a prema stavu 2. istog člana: »Ako je brak pre smrti ostavioca razveden ili stoje pretpostavke § 2077 stav 1. rečenica 2. (neokončana parnica, za razvod), to raspolaganja ostaju utoliko nedejstvujuca, ukoliko se prihvati, da su ona i za ovaj slučaj bila naređena«.

Najzad, prema propisu § 2279 stav 2: »Propisi § 2077. vrede za ugovor o nasleđivanju samo utoliko ukoliko, nije njime neko treći obdaren«<sup>43)</sup>

Navedeni propisi BGB izazivaju nespornosti i polemiku kako unutar teorije, s jedne strane, tako i sudske prakse, s druge strane.<sup>44)</sup>

Mišljenia u teoriji, o prirodi propisa § 2077. se razilaze. Postoje dve koncepcije: koncepcija pretpostavljene uslovnosti i koncepcija pretpostavljene ništavosti. Ovaj spor nije novog datuma. Još u projektu I nemačkog građanskog zakonika bilo je zastupljeno gledište da se u ovakvim slučajevima radi o zabludi u motivu (Motivirrtum), pa je u tom slučaju bilo predviđeno pobijanje, a ne nedejstvovanje raspolaganja. To je međutim, u BGB zamenjeno iznetim rešenjem.<sup>45)</sup>

42) Poslednja podvučena rečenica dodata je DVO zum Ehegesetz vom 27. 7. 1938. pa je protegnuta i na Austriju. Interesantno je, da se ovde traži krivica, dok se u prvom slučaju to ne traži.

43) I ovo rešenje je vrlo interesantno, jer motiv za obdarenje trećeg može takođe biti brak ili veridba sa ugovaračem.

44) Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürg. Rechts, V Band Theodor Kipp: Erbrecht, 12 izdanje, prerađeno od Dr. H. Coinga Tübingen, 1965. str. 103.

45) Dr. Hans Brox: Erbrecht, 1966. Köln-Berlin-Bonn-München, str. 59 i sl.

Koncepciju uslovljenosti, ma da ne uvek kategorički, zastupaju poznati nemački pravnik- teoretičar Dernburg, Theodor Kipp, Helmut Coing, Hans Brox, a to je, izgleda, i mišljenje sudske prakse. Po shvatanju ovih teoretičara uslov ne mora izričito biti naveden u raspolaganju poslednje volje. On može proizlaziti iz sadržine poslednje volje. Isto tako, uslov može da propiše zakonodavac<sup>46)</sup> i tada imamo **zakonsku pretpostavku uslovljenosti raspolaganja**. Raspolaganje je ovde uslovljeno od valjanosti, trajanja ili ostvarenja braka u momentu delacije (»wenn die Ehe. . . . .aufgelöst worden ist«.<sup>47)</sup>

Nasuprot prednjim shvatanjima, Dr. Heinrich Lange, tretira ovo pitanje u odeljku o ništavosti poslednje volje i kaže da se ovde radi o pretpostavljenoj ništavosti (mutmassliche Nichtigkeit) i to zbog zablude, koja je osnov ništavosti raspolaganja. Međutim, kako se u § 2078. tretira zabluda, pa i zabluda o motivu (stav 2), on kaže da je ovde uzrok zablude javan (offensichtlich), i da zakonodavac naslednicima prišteđuje pobijanje i atak na uspomenu ostavioca, i polazi od toga da zaveštalac sigurno nije više hteo takvo raspolaganje, tj. polazi od početne ništavosti raspolaganja, pozivajući se pri tome na §§ 779,118 i 1949. stav 1. BGB, ističući da se i ovim propisima hoće da sprovede prava volja ostavioca.<sup>48)</sup>

U praksi nemačkih sudova prihvata se, ili bolje rečeno, naginje, uslovljenosti raspolaganja, ali isto tako, da se za svaki slučaj ima iznalaziti prava volja ostavioca u smislu propisa § 133 (subjektivni metod tumačenja poslednje volje) i sa prihvatanjem blagonaklonog tumačenja (benigna interpretatio, favor testamenti) propisanog § 2084. BGB. Zato, ona ne polazi od neke apriorne pretpostavke. Dalje, u sudskoj praksi se ističe, da se kod ocene valjanosti dvostranog (u smislu postavljanja na naslednika) ugovora o nasleđivanju ne može pozivati na savesnost i poštenje, i to neposredno u vezi sa § 2077. BGB. Najzad, spor je o tome, u kome postupku, postupku za izdavanje naslednog posvedoženja (Erbscheinsverfahren) ili od parničnog suda u naslednoj parnici, da se raspravlja o krivici nadživelog bračnog druga, kad je zaveštalac u toku parnice umro.<sup>49)</sup>

Koliko su ova opredeljenja u nemačkoj teoriji relativna, svedoči okolnost da zastupnici citiranih gledišta, imaju i dodatna mišljenja o propisu § 2077. BGB. Tako napr. Coing, govoreći o pobijanju raspolaganja zbog nedostatka volje (§ 24) kaže da je jedan slučaj neznanja ostavioca o budućim okolnostima i onaj u § 2077. usled kasnijeg otpadanja braka odnosno veridbe, ali da zakon ovde ne predviđa pobojnost, već nedejstvovanje,<sup>50)</sup> a i argumentacija Brox-a, u izvesnom delu, je u tom smislu,<sup>51)</sup> dok Lange, uprkos gledišta o nedostatku volje zaveštaoca, u odjeku o nedostojnosti, ističe, da zakon jednim drugim putem uvodi nedostojnost, pošto se u smislu § 2077.

46) Većina pisaca ističe da je ovo protivno načelo o ličnom sastavljanju testamenta i cele njegove sadržine od samog zaveštaoca, koje proklamuju §§ 2064 i 2065 BGB

47) Dr. Heinrich Dernburg: Deutsche Erbrecht, Halle a. S. 1905. str. 129. i sl. Kipp-Coing, cd. str. 111 i sl. 120 i sl. i 165. Dr. Hans Bartholomeyczik: Erbrecht, München, 1968. str. 112 i sl. i 142 i sl.

48) Dr. Heinrich Lange: Lehrbuch des Erbrecht, München und Berlin, 1962. na mnogo mesta a naročito str. 372-373.

49) Brand/Kleef: Die Nachlassachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1961. str. 167, 190, 200, 330 i 353.

50) Kipp-Coing, cd. str. 120 i sl.

51) Dr. Hans Brox, cd. str. 59 i sl.

raspolaganje u korist bračnog druga proglašava nedejstvujućim.<sup>52)</sup> Najzad, Ferid-Firsching, u svom čuvenom delu, u odeljku koji se odnosi na nemačko pravo, uopšte ne tumače § 2077. BGB. Oni ističu, da između uređenja testamenta i otvaranja nasleđa mogu nastati promene u ličnosti obdarenog, kao i u predmetu raspolaganja. U takvom slučaju dokučiva je samo hipotetična volja ostavioca, tj. šta bi on, prema nameri u trenutku sačinjavanja testamenta, preduzeo, ukoliko bi on pretpostavljao docnije nastupelu promenu okolnosti. I pod znakom čuđenja navede: »Paralelno sa ugovornim pravom: clausula rebus sic stantibus-Wiegefall der Geschäftsgrundlage!«.<sup>53)</sup>

## 2. Relativna ništavost u SAD

Pobojnost odnosno relativnu ništavost raspolaganja imamo u nekim državama SAD, ali u dva različita pravca.

Prvo, statutes nekih država delimično slede engleski Wills Act, 1837. pa se može zahtevati poništaj testamenta sačinjenog pre zaključenja braka u Arizoni, Conn., Illinois., New York., N. D., Minnesota, Oregon. U nekim državama SAD, kao što je slučaj u Kansasu i Marilandu preživeli bračni drug može zahtevati poništaj testamenta, koji je sačinio bračni drug pre zaključenja braka, samo ako ima potomstva sa njim.

Drugo, u nekim državama SAD i razvod braka dovodi do opoziva testamenta, kao što je to slučaj u Ark., Georgia, Indiana, Kansas, Minnesota, N.C., Pensylvania, Texas, Washington.<sup>54)</sup>

## 3. Kritika pretpostavljene uslovnosti odn. ništavosti

Koncepcija o pretpostavljenoj uslovnosti raspolaganja u korist bračnog druga odnosno verenika je neprihvatljiva, jer **uslove treba da postavlja sam zaveštalac**. Ako zakonodavac hoće to da čini, onda on postavlja posebna pravila tumačenja, za raspolaganja poslednje volje.<sup>55)</sup> pitanje je, da li je takvo tumačenje, s obzirom na testament kao strogo lični i nekauzalni pravni akt, potrebno. Ovo tim više, kada postoje pravna pravila o tumačenju poslednje volje. I BGB ima takva pravila:

a) u § 133. BGB pravilo u subjektivnom metodu tumačenja,

b) u § 2084. BGB pravilo o blagonaklonom tumačenju raspolaganja (benigna interpretatio, favor testamenti).

Pored navedenih pravila, i uprkos njima, postavljati i pravila o uslovljenosti raspolaganja, nije dopustivo, **bez da se navedena pravila i principi o raspolaganjima poslednje volje ne dovode u pitanje**.

Koncepcija o zabludi, u konkretnom slučaju (error in motivo, falsa causa), ni kao zakonsko interpretativno pravilo o pretpostavljenoj ništavosti, neprihvatljivo je, kako za nemačko pravo, tako posebno i za naše pravo.

52) Dr. H. Lange, cd. str. 57. primedba 4.

53) Ferid-Firsching, cd. Deutschland, Band I str. 134.

54) Ferid-Firsching, cd. Band III US str. 131-133. Atkinson: Wills, 6-to izdanje str. 422.

55) Svi citirani nemački pisci slažu se da se u slučaju § 2077. radi o posebnim pravilima tumačenja, a ne o nekim dopunskim pravnim normama.

U § 2078. BGB, dakle onom koji odmah sledi iza slučaja koji razmatramo, predviđen je uticaj zablude, pa i zablude u motivu, kod raspolaganja poslednje volje. Zbog toga, nema razloga ni nemački zakonodavac, jer se to protivi pravnoj logici i tehnici, da jedno isto pitanje dva puta normira, i to na različite načine. Pokušaj Langea da pokaže, kako se u slučaju § 2077. radi o očividnoj zabludi, a da to nije i u slučaju predviđenom u § 2078. BGB nije prihvatljiv i opravdan, **jer, da li je zabluda očigledna ili nije, treba da ocenjuje sud u svakom pojedinom slučaju a ne zakonodavac, a drugo, kakvog je pravnog značaja stepen očiglednosti, kad svaka zabluda, u slučaju da postoji, dovodi do manjivosti volje.** Prema tome, nema nikakvog pravnog rezona da zakonodavac posebno normira »očiglednu i neočiglednu zabludu«, već to treba da bude predmet tumačenja testamenta u svakom pojedinačnom slučaju, koristeći se opštim pravilima o tumačenju poslednje volje.

Isto tako, ove koncepcije nisu prihvatljive za naše pravo, jer, ako bi se radilo o zabludi o motivu, onda je ZN, za takav slučaj normirao ništavost testamenta, pa nije potreban neki dopunski propis u tom pravcu.<sup>56) 57)</sup>

Najzad, potpuno su pogrešno, ili u najmanju ruku, dubiozne premise od kojih polazi ovakvo shvatanje, kao i sva ona o pretpostavljenoj volji. Ona bi se mogla izložiti sledećim silogizmom:

Premisa A: Raspolaganje u korist bračnog druga se čini usled toga što je on bračni drug zaveštaoca i što između bračnih drugova postoji uzajamna ljubav.

Premisa B.: Razvodom, poništenjem i proglašenjem braka nepostojećim nastaje mržnja među supružnicima.

Zaključak: Razvodom, poništenjem i proglašenjem braka nepostojećim prestaju motivi za raspolaganje u korist bračnog druga.

Da je ovakvo zaključivanje posledica pogrešnih premisa, nije teško dokazati:

a) Pobude sa kojih zaveštalac testira su strogo lične. Ozbiljno je pitanje, u čemu se sastoji motiv. Ali, zar su retki slučajevi sporazumnog predloga odnosno razvoda braka. Drugo, zar su retki slučajevi uvažavanja uprkos razvodu braka, a da ne govorimo o poništenju ili proglašenju braka nepostojećim, koje može biti uprkos dubokog uvažavanja i ljubavi među supružnicima.

b) Ako se ljubav između zaveštaoca i korisnika postavlja kao neophodnost za deistvo testamenta, onda to pravilo treba protegnuti na sve slučajeve. Onda smo uveli načelo o clausuli rebus sic stantibus u raspolaganja mortis causa, **ali bi to onda morali učiniti prema svima licima, a ne samo prema bračnom drugu.** Zakonodavac to i čini ustanovom nedostojnosti, ier polazi od toga, da zaveštalac ne zna ili ne može da isključi nekoga iz nasleđa odnosno ne zna za okolnosti zbog kojih bi promenio svoj testament. Nema nikakve potrebe da se, pored ovih, postavljaju i neke dopunske pretpostavke.

56) Član 65 stav 3 ZN: »Raspolaganja testamentom su ništava i kad postoji zabluda o činjenicama koje su pobudile zaveštaoca da učini ta raspolaganja« (error in motivo).

57) Dr. B. Eisner: Primedbe na pretprojekat zakona o nasleđivanju, Arhiv, 1949. str. 108-109. traži korekciju u korist raspolaganja, kad ga zaveštalac nije opozvao.



Najzad, u današnjem pravu ne postoji načelo totaliteta u nasleđivanju izraženo izrekom »Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest«, već postoji mogućnost da se raspolaganje sastoji u dobrima veoma male vrednosti, ali za učesnike od velike afekcione vrednosti. Napr. bivši bračni drug je u toku braka zaveštao u korist svog bračnog druga od njega poklonjenu mu stvar, jer su tako jedan drugom obećali, sećajući se dana kada su bili srećni i sl. Zbog toga, obim raspolaganja, kao i predmet raspolaganja, nije od malog značaja u ovakvim situacijama. A to zakonodavac propisujući ovakva pravila nije imao u vidu. Međutim, sud će i tu okolnost moći da uzme u obzir prilikom donošenja svoje odluke. Pa to potvrđuje, da je tumačenje ovakvih raspolaganja, pomoću opštih načela o tumačenju testamenta, najprihvatljivije rešenje.

### III. KONCEPCIJA PREČUTNOG OPOZIVA

#### 1. Opoziv testamenta zaključenjem braka

Prema engleskom Wills Act, 1837. godine (Sec. 18) testament je automatski opozvan (revoked) ako zaveštalac kasnije zaključi brak (opoziv ipso iure u momentu zaključenja braka). Od ovog pravila postoje dva izuzetka:

a) Ako je jedan testament sačinjen u očekivanju zaključenja braka a što treba da se vidi iz testamenta. Ovom zahtevu je udovoljeno napr. ako zaveštalac postavlja svoju verenicu XY i brak sa njom bude zaključen.

b) Ako je jedan testament sačinjen na osnovu ovlašćenja za postavljenje naslednika (power of appointment), koje je zaveštalac dao drugome, i ovlastio ga da raspolaze u korist drugih lica, a ne u korist zakonskih naslednika, onda budući bračni drug, pošto spada u zakonske naslednike, ne može tražiti opoziv testamenta i takav testament se zaključenjem braka ne smatra opozvanim, pošto je raspolaganje unapred bilo namenjeno licima koja nisu zakonski naslednici.<sup>58)</sup>

Statutes nekih država SAD slede ovo gledište kao što je slučaj u državi Arizona, Illinois, New York, N. D., Minnesota, Oregon, a u Konsasu i Marylandu samo ako ima dece u budućem braku.<sup>59)</sup>

Obrnuto, **prestanak braka, po bilo kom osnovu, nema u engleskom, a i u pravu većine država SAD, nikakvog uticaja.**

#### 2. Opoziv usled prestanka braka

1. Opoziv testamenta usled raskida braka normira danski zakon No 215, od 31. 5. 1963. Kapitel 9. koji nosi naslov: Opozivanje testamenta. U § 49. kaže se da se onim u § 38. označenim slučajevima, testament smatra kao opozvan (als widerufen), ukoliko prema posebnim okolnostima nije nešto drugo rečeno. Isto vređi, ako je neko testament u korist svog vernika sačinio, a veridba se raskine.

58) Ferid-Firsching, cd. Band III Grossbritannien, str. 64.

59) Ferid-Firsching, cd. Band III. US str. 131. Atkinson, cd. str. 422.

U § 38. istog naslednog zakona, određuje se, da uzajamno nasledno pravo bračnih drugova odpada za slučaj odvajanja i razvoda braka (st. 1). Ako jedan bračni drug umre u pobojnem braku, to preživeli bračni drug ne nasleđuje, ako je on tužio za poništenje ili razvod braka, ili je tužba za poništenje braka po službenoj dužnosti bila podignuta, ili je trebala biti podignuta (stav 2).<sup>60)</sup>

2. Opoziv testamenta usled razvoda braka nastaje i u pojedinim državama SAD, kao što su Ark., Georgia, Indiana, Kansas, Minnesota, N. C., Pensylvania, Texas, Washington, u čemu treba videti uticaj drugih evropskih zemalja a ne Engleske.<sup>61)</sup>

Koncepciju prećutnog odnosno pretpostavljenog opoziva (ili automatskog opoziva) zastupaju Ferid i Firsching, u pogledu francuskog prava, kako je to napred rečeno, a ovu koncepciju, kako je to izloženo, zastupa u nas i prof. Mitić.

### 3. Kritika koncepcije prećutnog opoziva

Protiv ove koncepcije govore, mutatis mutandis, svi oni argumenti izneti napred protiv koncepcije pretpostavljene uslovnosti odnosno ništavosti.

Međutim, protiv ovog gledišta, mogu se izneti i dopunski, ili, bolje rečeno, specifični argumenti.

U modernoj teoriji naslednog prava, za razliku od rimske praktičnosti, postavljeno je načelo, da opoziv jedne naredbe poslednje volje nije ništa drugo, već jedna nova izjava poslednje volje.<sup>62)</sup> Ovo je stav ne samo teorije, već i zakonodavstva. Tako napr. § 2258 stav 1 BGB: U tom smislu je i odredba čl. 106 stav 2. našeg ZN: »Ako je zaveštalac uništio<sup>63)</sup> docniji testament, raniji testament ponovo dobija snagu, osim ako se dokaže da zaveštalac to nije hteo«. Time što zakonodavac čini pretpostavke o opozivu testamenta, on preuzima ulogu zaveštaoca u svakom konkretnom slučaju. A to predstavlja apsurd u pravu i negaciju svih načelnih postavki o testamentu kao jednostranom, ličnom i voljnom aktu.

Kod raspolaganja poslednje volje, više nego kod pravnih i teretnih poslova inter vivos, traži se isključivo namera, tj. svesna i željna pravna radnja. S obzirom na to, i da se volja izražava u akciji, a testament je i strogo formalan pravni akt, ništa više ne odgovara prirodi testamenta, osim da ga može opozvati onaj ko je ovlašćen i da ga sastavlja.<sup>64)</sup>

Da zakonodavac polazi od ovih načela vidi se i iz odredbe člana 64 stav 3 ZN. prema kojoj, za razliku od Rima, gubitak sposobnosti za rasuđivanje koji bi nastupio pošto je testament napravljen ne utiče na njegovu punovažnost.

60) Prema Ferid-Firsching-u, cd. Band I, Dänemark, Texte II N<sup>o</sup> 1, str. 6 i 8.

61) Ferid-Firsching, cd. Band III. US str. 131-133 Atkinson: Wills, str. 422 isl.

62) Moritz von Stubenrauch, cd. str. 871. Dr. H. Brox, cd. str. 38.

63) Analogijom i opozvao.

64) Dr. L. Marković: Nasledno pravo, Beograd, 1930. str. 230.

## IV. KONCEPCIJA IZJAVE

### 1. Primena ove koncepcije

Smatramo da skoro nije ni potrebno naglašavati, da bi, po ovoj koncepciji, bila merodavna isključivo formalno izjavljena volja. U prilog ovom gledištu, kao što smo napred izneli, izjašnjavaju se Kreč-Pavić<sup>65)</sup>, a donekle tome u prilog ide i citirana presuda Vrhovnog suda Jugoslavije.<sup>66)</sup> U prilog ovoj koncepciji čuju se glasovi sa raznih strana.<sup>67)</sup>

### 2. Kritika koncepcije izjave

Teorija tumačenja datira iz Grčke, koja je u svojoj retorici razvila dva osnovna tipa tumačenja: **objektivno**, koje se oslanja samo na izjavljeni doslovni tekst, i **subjektivno**, koje se zasniva na volju i nameri izjavljivača (*voluntas, sententia*).

Što se testamenata tiče, u starom grčkom i rimskom pravu, u početku je dominiralo **objektivno tumačenje**. Kako su testamenti bili strogo formalni, tj. uz izgovaranje određene formule, to se je tumačenje vršilo prema izgovorenoj formuli. To je tumačenje istovremeno **objektivno, tipsko ili literarno**.<sup>68)</sup> Ovakvo tumačenje je nužno diktirano samom formom testa-  
menta.

U drugom veku pre naše ere dolazi do uticaja suprotno tumačenje. Tako u Ciceronovo vreme odlučuje centumviralni sud za Rim u čuvenom procesu o zaostavštini *causa Curiana*, na osnovu teorije volje i to čak protiv mišljenja jednog slavnog pravnika tog vremena kakav je bio Q. Mucius Scaevola. Ali rimski pravници klasične epohe čvrsto su se držali objektivnog tumačenja, ako je tekst nedvosmislen. U tom slučaju važila je maksima Paulus-a: »Cum in verbis nulla ambignitas est, non debeat admitti voluntatis quaestio« (D. 32,25. 1) Ako tekst nije dovoljno jasan, onda se daje prostor za istraživanje individualne volje.

U Konstantinovo vreme bio je stari formalizam reči prevaziđen. Pravno dejstvo testa-  
menta zavisilo je od upotrebljenih izraza i ostaviočeve volje. Značaj stranačke volje je imao naročito dejstvo kod testa-  
menta. Za to se izgrađuju dva pravila:

a) Ako je ostaviočeva volja jasno izražena, onda se ima ona isključivo primeniti (»In testamentis plenius voluntatis testamentium interpre-  
tamur«) (D. 50. 17. 12). To je u Corpus juris uneta dogma volje, tj. potpuno sleđenje i obziranje na stvarnu volju.

65) Kreč-Pavić, *cd. str.* 63.

66) Presuda pod primedbom 15)

67) Tako Dr. D. Radoman u cit. članku, Dr. B. Eisner, u cit. primedbama na Pretprojekat zakona o nasleđivanju.

68) Kipp-Coing, *cd. str.* 96 i sl. Dernburg, *cd. str.* 114 i sl.

b) Ako bi ostaviočeva volja u testamentu bila nejasna, ili bi se mogla tumačiti u različitom smislu, onda se ima tumačenje testamenta vršiti tako, da se poslednja volja održi na snazi (»Cum in testamento ambigue aut etiam personam scriptum est, benigne interpretari et secundum in quod credibile est cogitatum, credendam est« (D. 34. 4.). To je tzv. pravilo o blagonaklonom tumačenju testamenta (»benigna interpretatio« ili pravilo o »favor testamenti«).

Ova pravila tumačenja opšte su prihvaćena u savremenoj teoriji i praksi. Naravno, uz izvesne dopune ili izmene. Njih prihvata i nemački BGB izričito u § 133. i 2084. a odgovaraju i shvatanjima u našoj teoriji. Zbog toga je teorija izjave, kao strogo formalistička, neprihvatljiva, jer su moguće situacije da **testament opstane i bude potpuno jasan, a da ne odgovara pravoj volji ostavioca**. Teorija izjave može da vodi vrlo nepravednim rešenjima. To nije potrebno, jer testament nije akt pravnog prometa, pa da bi načelo savesnosti i poštenja, bilo potrebno primeniti zbog povećanog prometa i pravne sigurnosti u prometu.<sup>69)</sup>

## V. ZAKLJUČAK

Smatramo da citirani propisi OZB, ne važe i da su ugašeni, ne samo iz formalnih, već i iz materijalnih razloga, jer i naše pravo prihvata subjektivni metod tumačenja i načelo o benigna interpretatio.<sup>70)</sup> U tom pravcu je i odredba čl. 90. ZN. Međutim, valja prigovoriti da ova odredba ne sadrži jasno navedena opšta pravila o tumačenju testamenta, već samo prvo. »Odredbe testamenta valja tumačiti prema pravoj nameri zaveštavoca« (čl. 90 stav 1. ZN), a stav 2. sadrži pravilo o tumačenju u prilog onoga ko je opterećen, dok pravilo o favor testamenti naš ZN ne sadrži.

De lege ferenda, treba ZN dopuniti u tom pravcu, što bi izričito sadržavao pravilo o favor testamenti, za slučaj da volja nije dovoljno jasno izražena, i to kao dopunsko načelo tumačenja testamenta.

Na teoriji i sudskoj praksi je da ova načela o tumačenju testamenta razvijaju. Bitno je, da su ona taliko elastična da daju dovoljno široke okvire za istraživanje prave volje u svakom pojedinom slučaju. Zbog takvog karaktera, ona isključuju potrebu za donošenju nekih posebnih i dopunskih pravila tumačenja. Na području testiranja potrebna je prava volja. Ona se najbolje manifestuje u akciji samog testatora. Zakon treba samo da da pravila o tumačenju njegove poslednje volje, a za to su dovoljna izneta opšta pravila o tumačenju.

Ako bi, u svetlu ovih pravila, hteli da damo odgovor na postavljeno pitanje, onda on ne može znači nikakvu pretpostavku, već se za svaki slučaj, ako se pojavi spor, ima primenom opštih pravila o tumačenju istraživati prava volja ostavioca. Rezultat istraživanja volje može dovesti kako do pozitivnog tako i do negativnog odgovora. To zavisi od okolnosti u svakom konkretnom slučaju posebno.

69.) Arhiv, 1949. str. 113. primedbe na Teze Pravnog fakulteta u Ljubljani: »T. 47. Raspolaganja za slučaj smrti spadaju među »neprometne« pravne poslove i stoga važi načelo istinitite, a ne načelo izjavljene volje i zaštita dobre vere«.

70) Ovi su metodi opšte prihvaćeni u našoj teoriji.

*Les dispositions testamentaires sont-elles valables au profit de l'époux même en cas de divorce, de nullité et de proclamation que l'union conjugale est inexistante*

### R é s u m é

Dans l'introduction de son travail l'auteur souligne que sur la question posée une réponse négative est donnée dans les dispositions des articles 38, 53, 65 et 71 de l'ancienne, c'est-à-dire 35,50, 62 et 68 de la nouvelle numération de l'ancienne Loi fondamentale fédérale sur le mariage du 3 avril 1946, mais que les polémiques dans la théorie et les divergences dans la jurisprudence ont surgi après l'adoption de la Loi fédérale sur les successions du 23 avril 1955. Les théoriciens du droit familial considèrent que les prescriptions citées sont valables pour la succession testamentaire de l'époux, tandis que certains théoriciens du droit des successions le nient. C'est pourquoi, vu que la Loi fondamentale sur le mariage est devenue la loi de la république fédérée après l'adoption des amendements constitutionnels de 1971, la question se pose si ces dispositions sont valables *de lege lata*. En outre, un groupe de travail restreint de la commission de la république fédérée a élaboré le Projet de loi sur le mariage de la République socialiste de Serbie, dans lequel les solutions de l'ancienne Loi fondamentale sur le mariage sont prises en totalité, d'où la question se pose de la validité des prescriptions mentionnées *de lege ferenda*.

Jusqu'à la contestation de leur validité, les dispositions citées de la Loi fondamentale sur le mariage ont été interprétées d'une manière purement dogmatique et exégétique. Ensuite, il a été mis en relief, que les dispositions de la Loi fondamentale sur le mariage, d'après leur essence, signifient la révocation tacite du testament. A ce sujet, l'auteur attire l'attention sur la nécessité d'examiner cette question historiquement et sur la base du droit comparé. En partant de ce point de vue, il examine cinq solutions possibles: la conception de la sanction pour le divorce (peine civile), la conception de la nullité supposée, la conception de la révocation tacite du testament, la conception de la déclaration et la conception de l'interprétation du testament sur la base du principe *favor testamenti* (*benigna interpretatio*).

La conception de la peine civile pour le divorce, c'est-à-dire la perte du profit de la disposition *mortis causa* en tant que peine pour le divorce, l'auteur considère comme un anachronisme. Elle contient dans le fond la doctrine chrétienne sur la sainteté et l'indissolubilité du mariage et la conception romaine de la sanction, parmi lesquelles la peine patrimoniale rentre dans la sphère des peines pour les délits, et même publiques.

La conception de la nullité supposée qui a été adoptée auparavant, à cause de la prétendue erreur, qui est un genre spécial de l'application de la clause *rebus sic stantibus* dans les dispositions de la dernière volonté, l'auteur rejette en tant qu'inadmissible, car elle part du fait que toute rupture des fiançailles ou du mariage signifie la haine entre les fiancés ou entre les conjoints. Une telle conception ne correspond pas à la conscience atteinte par l'homme, et en particulier dans les rapports mutuels des époux. Aujourd'hui, quand dans la succession n'est plus valable le principe de la Totalité (*Nemo pro parte testatus pro parte decedere potest*),

on n'admet pas la possibilité même de l'attention minima à l'égard de l'époux. Le divorce ne doit pas signifier la haine entre les époux, et les cas de nullité et de proclamation de l'inexistence du mariage peuvent se produire en dépit du plus grand amour entre les conjoints. C'est pourquoi le testateur trouve qu'il ne doit pas changer sa dernière volonté, il n'y a pas de fondement que le législateur s'appuie sur les conceptions primitives des rapports «noirs et blancs» entre les époux.

La conception relative à la révocation tacite est rejetée pour les raisons mentionnées plus haut. Il faut y ajouter, cependant, que la révocation dans la conception contemporaine du testament signifie une autre disposition mortis causa et pour cela on exige un acte de la volonté active du testateur, et les hypothèses relatives à sa volontés doivent être réduites au minimum, c'est-à-dire seulement aux cas d'indignité.

La conception de la déclaration, qui dans les affaires juridiques inter vivos, est imposée par la sûreté de la circulation juridique, l'auteur rejette, car une telle sûreté n'est pas nécessaire ici, mais au contraire la volonté du testateur. Le fait qu'une telle théorie peut avoir comme conséquences de grandes injustices est concevable et il suffit de citer comme exemple qui si le testateur avait voulu ou qu'il a déjà eu recours à l'action de révocation du testament, mais qu'il n'a pas pu la mener à bonne fin pour des raisons indépendantes de sa volonté. Par exemple, il a été victime d'un accident de circulation en se dirigeant au tribunal, ou il a perdu la faculté de discernement etc.

Enfin, l'auteur considère que pour notre droit la conception romaine relative à l'interprétation bienveillante de la dernière volonté est tout à fait acceptable, c'est-à-dire le principe favor testamenti (benigna interpretatio). Cette opinion favorise la dernière volonté, si elle est valablement exprimée, et elle se rapproche le plus de la théorie de la déclaration. Cependant, elle admet la preuve du contraire, c'est-à-dire la recherche de la vraie volonté, ce qui signifie qui serait différente de celle qui se trouve dans le testament. Par exemple, que le testateur a voulu révoquer le testament, mais qu'il ne l'a pas réalisé contrairement à sa volonté, c'est-à-dire qu'il l'aurait fait s'il avait connu toutes les circonstances etc. D'après cette conception, le tribunal examinera les circonstances à l'époque de la rédaction du testament ainsi que les rapports qui ont pris naissance plus tard et il rendra la décision sur la validité ou l'invalidité de la disposition au profit de l'ancien époux.

Dans la conclusion de son travail, l'auteur considère que les dispositions citées de la Loi fondamentale sur le mariage sont dépassées formellement et matériellement et qu'elles ne sont pas valables de lege lata et qu'elles ne devraient pas être valables de lege ferenda. L'article 90 de la Loi sur les successions prévoit qu'il «convient d'interpréter les dispositions du testament selon l'intention véritable du testateur» (premier alinéa). C'est la théorie subjective ou la théorie de la volonté. Cette théorie n'est pas en opposition avec le principe favor testamenti, car ce dernier principe tend aussi vers le but à ce que la véritable volonté du testateur soit réalisée. En effet, le premier alinéa de l'article 90 de la Loi sur les successions devrait être de lege ferenda conçu en ces termes: «Il convient d'interpréter les dispositions du testament selon l'intention véritable du testateur, de telle sorte que l'application du testament valable soit rendue possible». Ce complément est l'instruction comment découvrir la vraie volonté dans les situations critiques. Il est considéré qu'on peut plus exactement établir la vraie volonté du testateur si on se livre à l'interprétation libre du testament, au lieu de proclamer le testament sans effet. Par conséquent, de même la règle favor testamenti est basée sur l'hypothèse légale relative à la vraie volonté du testateur. Evidemment, l'interprétation d'après ce principe ne doit pas être contraire à une autre prescription, en particulier aux principes sur les testaments, en sorte qu'à ce sujet la formulation dans le paragraphe 655, deuxième alinéa du Code civil de 1934 est très bien stipulée: «Dans tous les la dernière volonté doit être interprétée d'une telle manière que, pour autant que les prescriptions légales ne s'y opposent, la volonté du testateur soit satisfaite dans la plus large mesure possible».