

Др Драгица Живојиновић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Крагујевцу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfm0-26864

UDK: 347.67(497.11:436)
Рад примљен: 01.06.2020.
Рад прихваћен: 24.08.2020.

СТАВЉАЊЕ ЗАВЕШТАЊА ВАН СНАГЕ У АУСТРИЈСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Стављање пуноважног завештања ван снаге на темељу чињеница из којих се изводи претпоставка о несагласности са раније изреченом завештаоачевом последњом вољом, а коју могућност регулише један број савремених законодавства, разликује се од опозива завештања као строго личног акта којим тестватор изричито или прећутно испољава *anitus revocandi*. Предмет овог рада је анализа законских решења којима се уређују случајеви када може доћи до стављања завештања ван снаге у аустријском праву (престанак партнерског, односно сродничког односа након сачињавања завештања и необухватање јединог детета завештањем услед заблуде завештаоца) и праву Србије (битна измена прилика које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда да сачини завештање одређене садржине). Након разматрања чињеница на којима почива презумпција о несагласности са изреченом последњом вољом завештаоца и осталих услова за примену овог института, као и њихове компарације, аутор налази да се уплив законодавца у слободу завештања може оправдати само уколико је то нужно за њено остварење. У противном, таква интервенција носи опасност од додатног ограничавања, па и узурпирања слободе завештања.

Кључне речи: завештање, слобода завештања, стављање завештања ван снаге, опозив завештања, претпостављена воља завештаоца.

* dragica.zivojinovic@gmail.com

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: "Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније", који се финансира из средстава Факултета.

1. Увод

Завештање је једнострано, строго лична, формална и увек опозива изјава воље којом завешталац распоређује своју имовину за случај смрти. Да би произвело правно дејство *mortis causa*, оно мора бити пуноважно,¹ односно сачињено сагласно законом предвиђеним условима пуноважности. Међутим, до наступања дејства тестаментa не мора нужно доћи. Након сачињавања пуноважног завештања могу наступити извесне околности које онемогућавају његово дејство. Једна од њих је да завештање буде опозвано. Могућност опозива претходно сачињеног (сачињених) завештања саставни је део слободе завештања којом се завештајно способном лицу признаје право да по сопственој вољи и нахођењу располаже својом имовином за случај смрти у границама (Ђурђић Милошевић, 2018: 50) и под условима одређеним законом (Антић, 1983: 9). Опозив завештања је једнострано изјава воље завештаоца којом се мења или укида, односно ставља ван снаге раније сачињено пуноважно завештање или нека његова одредба (Живојиновић, 2013: 194). Због строго личне правне природе завештања, и његов опозив као посебан облик располагања за случај смрти представља строго лични акт.

До немогућности поступања по одредбама пуноважног завештања може доћи и мимо утицаја завештаочеве воље. Наиме, од сачињавања завештања до момента смрти оставиоца, па и након тога, могу наступити околности које доводе до недејства тестаментa у целини или делимично (пропаст предмета легата ако је у питању индивидуално одређена и незаменљива ствар; када тестаментарни наследници неће или не могу да наследе а завешталац им није одредио супституте; када је заоставштина презадужена итд.), а које се могу уподобити са немогућношћу испуњења у уговорном праву (Антић, 1983: 150).

Најзад, поједина законодавства² препознају потребу и регулишу могућност стављања пуноважног завештања ван снаге које се, сажето речено, базира на претпостављеној вољи завештаоца. Предмет нашег интересовања у овом раду је управо анализа законских решења којима се ова могућност нормира у аустријском и српском праву, посебно што су она из аустријског права новијег датума па њихова компарација са домаћим решењем завређује пажњу. Њен циљ су сагледавање на којим чињеницама законодавац изводи

1 Изузетак су рушљива завештања која производе правна дејства *mortis causa* али због недостатка мањег значаја, којим се превасходно вређају приватни интереси, могу бити поништена или протеклом рока за поништење правно оснажена.

2 Познају их немачко, аустријско, холандско, хрватско, каталонско, српско право, право Федерације БиХ и друга.

претпоставку о несагласности са раније изреченом последњом вољом завештаоца, који услови треба да буду испуњени да би дошло до стављања завештања ван снаге и, будући да хипотетичка воља тестатора на којој се темељи примена овог института може бити у нескладу са његовом истинском намером, да ли се и у којој мери стављањем завештања ван снаге у случајевима нормираним у овим правима узурпира слобода завештања или пак оно представља користан инструмент реализације праве воље тестатора.

2. Стављање завештања ван снаге у аустријском праву

2.1. Стављање завештања ван снаге услед промене у породичним приликама завештаоца

Након реформе Аустријског грађанског законика³ (у даљем тексту: АГЗ) из 2015. године, којом су, између осталог, извршене знатне измене и допуне норми наследног права,⁴ у његовом дванаестом делу, одељак III, уврштено је правило о стављању завештања ван снаге у случају престанка сродничке или партнерске везе са завештаоцем. Према параграфу 725 (1) АГЗ, након престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице за време оставиоачевог живота, претходно учињена тестаментарна располагања у корист бившег супружника, регистрованог партнера или ванбрачног партнера биће ван снаге (*aufgehoben*) уколико завешталац није изричито наредио другачије. Исто важи у случају успешно оспореног сродничког односа, опозива или поништења усвојења, чак и ако до тога дође након отварања наслеђа, за тестаментарна располагања учињена у корист бивших сродника.

У ставу (2) истог параграфа наводи се да ће, у случају сумње, тестаментарна располагања бити ван снаге ако је тестатор, или лице које је на то законом овлашћено, за време оставиоачевог живота иницирало поступак за престанак брака или регистрованог партнерства, опозив или поништење усвојења. Исто се примењује у случају када умрли за живота покрене поступак за оспоравање сродничког односа, којим се утврди да наводни сродник није његов потомак.

³ Аустријски грађански законик. Преузето 24. 01. 2020. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>.

⁴ Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015, Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I Nr. 87/2015, Преузето 15. 07. 2020. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_87/BGBLA_2015_I_87.pdfsig.

Као што се из наведеног параграфа може видети, до стављања ван снаге тестаментарних располагања долази уколико су након сачињавања пуноважног завештања наступиле одређене промене у породичним приликама завештаоца⁵ које су овде таксативно набројане – да је дошло до престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице, до успешног оспоравања сродничког односа, или до опозива или поништења усвојења.⁶ По мишљењу законодавца, ове промене су таквог значаја и карактера да воде презумпцији о несагласности са раније изреченом последњом вољом (Zankl, 2017: 92). За примену ове одредбе ирелевантно је да ли је до њих дошло за време оставиоцевог живота, или је тада био покренут поступак који је након делације оставиоца окончан престанком партнерског односа или сродства. Под њен удар потпадају она тестаментарна располагања која су учињена у корист бившег партнера, односно бившег/наводног сродника, тако да, у зависности од садржине завештајног располагања, његовом применом може бити стављено ван снаге цело завештање или поједине његове одредбе.

Будући да законодавац не одређује другачије, до стављања завештања ван снаге долази не само када тестатор због одсуства завештајне способности није могао опозвати своје завештање (у ком случају надомешћује његову вољу), него и када је то могао учинити (када ту вољу замењује). Дакле, овим се не дира у право завештаоца који је способан за тестирање да за време свог живота, било када, пре или након престанка партнерског или сродничког односа, или у току поступка који томе води, сам опозове тестаментарна располагања учињена у корист ових лица.⁷ Ова последица наступа у случају када он то није учинио на неки од прописаних начина, а применом овог параграфа тестаментарна располагања учињена у корист бившег партнера, односно бившег/наводног сродника остају без дејства.

5 Различита врста промена у породичним приликама завештаоца у законодавствима која познају овај институт може довести до стављања тестаментарних одредби/тестаментарна ван снаге. У већини случајева то је престанак партнерског односа, било да је у питању брак (чл. 4: 52 Грађанског законика Холандије. Преузето 20. 01. 2020. http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=91671&p_country=NLD&p_classification=01.03; чл. 123 Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ, *Službene novine Federacije BiH*, 80/2014; чл. 67. Закона о наслеђивању Хрватске, *Narodne novine*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19), брак или веридба (параграф 2077 (1) и (2) Немачког грађанског законика. Преузето 20. 01. 2020. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/); или брак и ванбрачна заједница (чл. 422-13.2 Грађанског законика Каталоније. Преузето 20. 02. 2020. <http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/L10-08-2.htm#t2c3s1>).

6 Облик усвојења који познаје аустријско право је мешавина облика потпуног и непотпуног усвојења из српског права, па је осим поништења могућ и његов опозив (Ђеранић, 2015: 267–268). Видети параграф 200–201 АГЗ.

7 Параграф 717-724 АГЗ.

Могућност доказивања другачије намере завештаоца је сходно параграфу 725 (1) АГЗ прилично ограничена (правни интерес за то има бивши партнер/сродник у чију корист је располагао завештањем), утврђивањем да до стављања завештања ван снаге неће доћи уколико је завешталац *изричито* наредио другачије (Christiandl, Nemeth, 2016: 3). Будући да се налазимо на терену тестаментарног права, то значи да је такву вољу исполио у форми завештања.⁸ Овакво решење има својих добрих и лоших страна. Позитивна страна захтева за изричитим изјашњењем завештаоца огледа се у томе што оно представља чврсто тло за идентификацију његове истинске воље. Утврђивање праве воље завештаоца је веома важно, јер стављање завештања ван снаге у набројаним случајевима законодавац базира на хипотетичкој вољи просечног завештаоца, па одређена доза опреза мора бити присутна да не би дошло до неоправданог задирања у слободу завештања конкретног завештајно способног лица, а изричито испољавање воље то свакако пружа.

С друге стране, корисност изричитог изјашњења може бити упитна у контексту утврђивања супротне намере завештаоца уколико је он то наредио приликом сачињавања завештања којим је, на пример, свог супружника, регистрованог партнера или усвојеника именовано за наследника. У то време је вероватно, у вери и очекивању да никада неће доћи до промене у породичним приликама, то и била његова воља. Сигурна основа за утврђивање праве воље била би њено изричито испољавање након промене у породичним приликама завештаоца, или у току поступка покренутог са тим циљем. Међутим, ни ово решење није без недостатака. Нема много смисла захтевати од тестатора да у форми завештања изричито потврђује валидност свог раније сачињеног пуноважног тестаментарног, односно да остаје при изреченој последњој вољи упркос промени у породичним приликама – јер ако не жели наступање дејства претходног завештања он га може опозвати. У оваквом сценарију, институт стављања завештања ван снаге би био апсолутно беспотребан.

У аустријској правној литератури позитивно се оцењује увођење ове одредбе у АГЗ, са образложењем да је у складу са претпостављеном вољом завештаоца (Escher, 2016: 74) и да у том смислу доприноси остварењу слободе завештања. Наводи се да заинтересованост завештаоца за

⁸ На исти начин ово питање се решава у чл. 4: 52 Грађанског законика Холандије, чл. 123 Закона о наслеђивању у Федерацији БиХ, чл. 67 Закона о наслеђивању Хрватске, где се захтева да постојање супротне намере завештаоца мора бити испољено у самом тестаменту, као и у чл. 422-13 (3) Грађанског законика Каталоније, према коме из самог текста завештања мора бити јасно видљиво да би завешталац учинио таква тестаментарна располагања упркос промени у породичним приликама.

добробит бившег супружника, партнера или сродника, његова жеља да им путем завештања остави какву корист из заоставштине, по правилу престаје престанком ових лично-правних односа, па тако и блискости, што одговара вољи типичног завештаоца (Welser, 2018: 7). Критици је, међутим, изложено решење које ни по нашем мишљењу није без мана, према коме се постојање супротне намере завештаоца уважава једино уколико је изричито изражена. Сматра се да би далеко прихватљивија опција била да се постојање другачије намере, односно воље завештаоца да ова лица, упркос тим околностима, стекну корист из завештајног располагања, може доказивати свим расположивим доказним средствима, па и да се њено постојање може утврђивати на основу околности конкретног случаја (ако, на пример, након развода брака бивши супружници остану у добрим односима) или тумачењем завештања (Zankl, 2017: 93), какво решење постоји у немачком праву.⁹

За ово гледиште може се наћи одговарајућа аргументација. Поред напред изнете недоумице по питању исправности прихватања једино изричито исказане намере завештаоца, њу видимо и у томе што законодавац стављањем пуноважног завештања ван снаге ступа на терен приватноправне аутономије воље признате појединцу у домену наследног права, чије уважавање треба да значи остављање могућности доказивања и утврђивања супротне воље завештаоца и када она није изричито испољена. Овакво решење, чини нам се, више иде у прилог реализацији праве намере тештатора, па га треба размотрити.

У тамошњој теорији спорно је и то да ли под примену предметног параграфа потпадају сва тестаментарна располагања учињена у корист партнера пре престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице, или само на она која су настала за време трајања партнерског односа. Ставови о овоме су различити – једни сматрају да треба узети да је законодавац хтео да стави ван снаге само она тестаментарна располагања која су настала за време трајања партнерства (Christiandl, Nemeth, 2016: 4); док су други мишљења да је ирелевантно када је завештање сачињено, већ да је битно каква је тештаторова (претпостављена) воља након престанка брака, регистрованог партнерства или ванбрачне заједнице (Welser, 2018: 8).

Ово друго становиште не само да недвосмислено произлази из параграфа 725 (1) АГЗ него нам се чини исправнијим, јер и када је завешталац путем

⁹ Према параграфу 2077 (3) Немачког грађанског законика таква располагања неће бити недејствујућа уколико се може претпоставити да би их тештатор сачинио чак и у таквом случају.

тестаментна располагао у корист, на пример, будућег супружника, он је то чинио у очекивању склапања брака и тада постојеће наклоности према том лицу, па за стављање таквог располагања ван снаге није битан тренутак сачињавања завештања, већ несагласност са раније изреченом вољом по окончању партнерског односа.

У аустријском праву ова одредба се примењује само на тестаментарна располагања, а не и на остале форме располагања имовином за случај смрти, какви су уговор о наслеђивању, поклон за случај смрти, стицање користи по основу полисе о осигурању живота, иако је било предлога за аналогном применом овог параграфа и на те случајеве (Zankl, 2017: 93). Овај параграф има примену на смртне случајеве који су наступили након 31. 12. 2016. године, без обзира када је тестамент сачињен.¹⁰

2.2. Законска претпоставка о опозиву завештања из параграфа 775 (2) АГЗ

Друга новина коју је донела поменута реформа АГЗ из 2015. године, а чије разматрање сматрамо значајним за остварење циља овог рада, налази се у четрнаестом делу АГЗ који се односи на нужно наслеђивање. Мада законодавац у параграфу чије представљање и оцена следи не говори о стављању завештања ван снаге, него о његовом претпостављеном опозиву, разлог његове анализе на овом месту је што се у оба случаја њихово увођење у аустријско право темељи на претпостављеној вољи завештаоца, што их повезује у контексту вредновања примене ових одредби на поштовање слободе завештања. Према параграфу 775 (2) АГЗ, ако је умрли имао децу или њихово потомство за чије постојање није знао у време сачињавања тестаментна, претпоставља се да је желео да им остави какву корист путем завештања. Уколико је умрли поред непознатог детета имао још деце, претпоставља се да је желео да му остави најмање онолико колико и детету коме је завештао најмањи део заоставштине. Ако је непознато дете његово једино дете, завештање ће се сматрати опозваним (*widerrufen*), осим уколико би умрли сачинио такав тестамент и да је знао за његово постојање.

Сходно овој одредби, до примене претпоставке о опозиву, и то тестаментна у целини, долази уколико је због постојања заблуде завешталац своје једино дете изоставио из завештања, када ће се на конкретан случај расправљања заоставштине применити правила законског наслеђивања (*testamentum ruptum*) (Eccher, 2016: 57). Презумпцију о опозиву завештања законодавац базира на чињеници да типичан завешталац своје дете

¹⁰ Видети параграф 1503 (7) 2 АГЗ.

именује за наследника или му оставља какву корист из заоставштине. Постојање супротне завештаочеве намере, као и код примене претходно анализираних параграфа, и овде се узима у обзир, али се не тражи њено изричито испољавање. Уколико се докаже (презумпција је дакле оборива) да је завешталац знао за постојање тог детета, па се његово изостављање из завештања не може приписати заблуди него стварној вољи тестатора, то дете ће имати само право на нужни део. Према томе, ако га је завешталац намерно изоставио из тестаментa, не долази до обарања претпоставке, па ће наступити правне последице које она производи – завештање ће се сматрати опозваним.

До примене одредбе о претпостављеном опозиву завештања неће доћи ни у случају када је завешталац имао више деце, а једно од њих је због заблуде изоставио из завештања. Тада ће се извршити прерасподела наследних квота, тако што ће изостављено дете добити најмање онолико колико и оно које је добило најмањи део заоставштине. Терет доказивања супротног од законске претпоставке је на лицима која за то имају правни интерес – којима је завештањем остављена каква корист из заоставштине (Zankl, 2017: 132).

У аустријској правној књижевности параграф 775 (2) АГЗ изазвао је бројне полемике. Имајући у виду повезаност разлога за поништење и разлога за примену претпоставке о опозиву завештања (заблуда завештаоца), у теорији се истиче да ова одредба представља страног тело у правилима о нужном делу, и да јој је место међу нормама о неважности завештања (Vidmar, 2017: 249). С обзиром на њену формулацију, ова критика није без основа. Наиме, да нема одредбе 775 (2) АГЗ, идентичан резултат би се могао постићи применом параграфа 570 и 572 АГЗ, којим се регулише поништење завештања услед заблуде завештаоца и заблуде о мотиву располагања. У случају успешно окончаног поступка за поништење завештања из ових разлога, закон а не споран тестамент био би основ позивања на наслеђе, чиме би изостављено дете добило законски наследни део, а не нужни део. Чему онда параграф 775 (2) АГЗ?

Оно по чему се поменути параграфи разликују, а може утицати на исход спора, је терет доказивања. Код поништења завештања, па и због мана воље, терет доказивања је увек на лицу које истиче постојање разлога неважности (дакле, био би на детету изостављеном из завештања), што његову процесну позицију не чини ни мало лаком. Увођењем претпоставке о опозиву завештања, аустријски законодавац је ослањајући се на хипотетичку вољу тестатора, очигледно хтео да обезбеди повољнији парнични положај из тестаментa изостављеног јединог детета тестатора,

пребацивањем терета доказивања на лица која завештањем стичу неку корист из заоставштине.

За адекватност примене претпоставке о опозиву завештања у овом случају, важно је размотрити питање да ли је могућ опозив рушљивог завештања, предузет од стране оног ко је на то иначе овлашћен – завештаоца лично? Рушљиво завештање је оно које постоји и производи правно дејство *mortis causa*, али чија судбина је неизвесна због постојања одређених недостатака приликом његовог сачињавања. Та неизвесност се решава његовим поништењем (у законском року) или конвалидацијом (протеком рока за поништење). Имајући ово у виду, опозив рушљивог завештања је могућ, а његове последице су одузимање могућности конвалидације (Антић, Балиновац, 1996: 471). Ипак, између опозива и неважности завештања постоје знатне разлике. Опозивост завештања је саставни део слободе завештања, док се прописивањем разлога неважности завештања (ништавости и рушљивости) штите шири друштвени интереси, интереси сигурности правног промета, односно приватни интереси. Такође, разлог опозива настаје након сачињавања пуноважног завештања и почива на промени у завештаочевој вољи, док је меродаван моменат за утврђивање узрока неважности моменат његовог сачињавања. Питање је онда, да ли је у овом случају оправдано захватање у слободу завештања и да ли је законодавац посегао за адекватним институтом наследног права у циљу заштите и помоћи у остварењу завештаоачеве воље?

Опсежне расправе у тамошној теорији воде се и поводом ширине примене ове одредбе. Засновано на њеном језичком тумачењу, постоји гледиште да се она може односити само на децу која су била рођена у време сачињавања завештања, за чије постојање завешталац није знао и по ком питању је био у заблуди, а не и на ону рођену касније. У овом другом случају, из угла чињеница које су приликом сачињавања завештања постојале а о којима завешталац није имао сазнање, јасно је да он у том тренутку није могао знати за будуће рођење деце, па се првостепени потомци завештаоца рођени након сачињавања завештања не би могли користити погодностима овог параграфа, већ би имали само право на нужни део (Barth, 2016: 188).

Насупрот овоме је становиште да параграфом 775 (2) АГЗ треба обухватити све случајеве незнања завештаоца за постојање свог детета, почев од момента сачињавања завештања до тренутка његове смрти. Као аргумент за став да меродаван моменат за примену претпоставке о опозиву завештања треба да буде моменат делације завештаоца, наводи се да завешталац по правилу своју децу обухвата завештањем, било да их именује за наследнике или легатаре. До истог закључка долази се

систематским и телеолошким тумачењем предметне одредбе која има за циљ да се олакша процесни положај све деце оставиоца изостављене из завештања и заштите њихови наследноправни интереси (Welser, 2018: 8).

Нама се чини да су оба изнета гледишта једним делом основана, а са друге стране потпуно погрешна. Прво гледиште је исправно у делу који се односи на констатацију да је позивање на заблуду могуће само по питању чињеница које су постојале у моменту сачињавања завештања, а поводом којих је завешталац имао погрешну представу. У овом смислу, постојање заблуде се не може протегнути на оно што се десило по окончању акта завештања – у овом случају, на рођење деце након тог тренутка. Друго је исправно у погледу тога да меродаван моменат за примену претпоставке о опозиву завештања треба да буде моменат делације завештаоца. Ово стога што се институт опозива завештања, па по аналогији и онај претпостављени, базира, односно требало би да се базира на промени у завештаочевој вољи до које долази услед промене животних, породичних и других околности које га окружују. За примену института опозива релевантно је време од тренутка настанка пуноважног завештања, па до оставиоачеве смрти.

Оба ова става сматрамо погрешним зато што им се, као и законодавцу, може приговорити неуважавање разлике између поништења и опозива завештања.

Анализа параграфа 775 (2) АГЗ уз сагледавање ставова тамошње теорије води закључку да законодавац није на адекватан начин регулисао примену законске претпоставке о опозиву завештања у овом случају. Мишљења смо да му је позивањем на завештаочеву заблуду као разлог изостављања јединог детета из завештања, измакла суштина опозива завештања, коју би морао да следи и онај који се заснива на законској претпоставци. Такође, сматрамо да се ефекати које је тамошњи законодавац имао у виду овде адекватније могу остварити применом института стављања завештања ван снаге него претпостављеним опозивом. То би се могло постићи редиговањем ове одредбе на следећи начин: Ако је умрли имао децу или њихово потомство, претпоставља се да је желео да им остави какву корист путем завештања. Уколико се након сачињавања завештања завештаоцу роди дете/деца (или га/их усвоји) а има још деце, претпоставља се да је желео да му/им остави најмање онолико колико и детету коме је завештао најмањи део заоставштине.¹¹ Ако му се роди једино дете (или га усвоји),

11 Овде се може поставити питање да ли ће се деца рођена или усвојена након сачињавања завештања задовољити делом заоставштине који је једнак делу детета којем је остављен најмањи део заоставштине. Ипак, ово је оборива претпоставка, па је доказивање супротног дозвољено.

завештање ће бити ван снаге, уколико из околности не произилази другачија намера завештаоца.

На овај начин би се правила доследна разлика између стављања завештања ван снаге, поништења и опозива завештања, ишло би се у правцу реализације претпостављене воље завештаоца и обезбедио повољнији парнични положај јединог оставиоцевог детета (и остале деце оставиоца као његових најближих сродника) изостављеног из завештања. Постојање заблуде завештаоца као разлог необухватања јединог детета тестаментом треба решавати у оквиру правила о неважности завештања. Одредба о стављању завештања ван снаге у овом случају би се темељила на околности да су након сачињавања пуноважног завештања наступиле одређене промене у породичним приликама тестатора, што би га приближило оном из параграфа 725 (1) АГЗ. Док се у првобитно анализирном параграфу АГЗ ради о стављању пуноважног завештања ван снаге на основу *престанка* одређених породичноправних односа, овде би се радило о истом, али на основу *настанка* одређеног породичноправног односа – родитељства.¹²

Остаје, међутим, питање имали потребе за оваквим уплитањем законодавца у слободу завештања и зашто се завештаоцу не препушта на слободу да одлучи хоће ли након насталих промена у породичним приликама остати при сачињеном пуноважном завештању или неће?

3. Стављање завештања ван снаге у српском праву

У српском позитивном праву нема одредби оваквог садржаја, нити у Нацрту Грађанског законика Републике Србије¹³ има предлога који указују на препознавање потребе за њиховим постојањем. Ипак, у Закону о наслеђивању РС¹⁴ (у даљем тексту: ЗОН), у делу којим се утврђује појам завештања и прописују услови његовог пуноважног настанка, налази се одредба којом се уређују последице губитка способности за расуђивање

12 Стављање завештања ван снаге у овом случају и примена правила законског наслеђивања на конкретан случај расправљања заоставштине регулисана је у Part 3, Section 2-302. Revised Uniform Probate Code 2019. Omitted child. (a) Parent-Child Relationship Established After Execution of a Will. Преузето 11. 02. 2020. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=a6d802c3-c618-3dcb-f7b0-124c3fb1c43e&forceDialog=0>.

13 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, објављен 29. 05. 2015. Преузето 13. 04. 2020. <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

14 Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

након сачињавања завештања на његову делотворност,¹⁵ а према којој, уз испуњење одређених услова, пуноважно завештање или поједине његове одредбе могу бити стављене ван снаге.

Способност за расуђивање представља субјективну, а законом предвиђен узраст од 15 година живота, објективну компоненту завештајне способности, чије кумулативно постојање у моменту предузимања аката завештања је неопходно за његову пуноважност. Сходно чл. 80, ст. 1 ЗОН, губитак способности за расуђивање после сачињавања завештања не утиче на његову пуноважност, па ће након смрти завештаоца оно произвести правно дејство.

Међутим, према ставу законодавца израженом у чл. 80, ст. 2 ЗОН, ово решење би могло бити неправично у ситуацији када су се након губитка завештаоачеве способности за расуђивање, па тако и завештајне способности, *"битно измениле прилике* које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда" да сачини завештање одређене садржине. Због непостојања способности за расуђивање тестватор не може пуноважно вршити признато му право на опозив завештања, а услед једностраности и строго личног карактера овог правног посла, то уместо њега не може учинити нико други. Ово завештање се, такође, не би могло поништити због одсуства тестаментарне способности – јер је у време његовог сачињавања она постојала, нити због мана воље – јер је тада постојала озбиљна, стварна и слободна воља, мотивисана допуштеним побудама. Да би се постигла одређена равнотежа између начела правичности и слободе завештања (Стојановић, 2011: 201), законодавац предвиђа да суд може, на захтев заинтересованог лица, ставити ван снаге поједине одредбе завештања или цело завештање.¹⁶ Увођење овог института у српско право законодавац базира на претпостављеној вољи завештаоца (Антић, Балиновац, 1996: 312).

Да би дошло до стављања завештања/завештајних одредби ван снаге, потребна је кумулативна испуњеност неколико услова. Први од њих је постојање пуноважног завештања. У противном, нема места примени ове одредбе, већ оних којима се уређује неважност завештања (чл. 155–170 ЗОН), чиме се врши јасно разграничење између ових института.

Други је да је након сачињавања завештања тестватор изгубио способност за расуђивање. За примену ове одредбе релевантним нам се чине само случајеви трајног губитка способности за расуђивање до кога најчешће долази услед старости или болести завештаоца. Привремени губитак

¹⁵ Видети чл. 80 ЗОН.

¹⁶ Члан 80, ст. 2 и 3 ЗОН.

ове способности, настао као последица краће болести, конзумирања неких лекова, алкохола, дрога итд., не видимо као битан за примену овог института код кога је кључно да завешталац од губитка способности за расуђивање до своје смрти није могао сам пуноважно опозвати завештање – чиме се ставља јасна алузија на трајност овог стања.

Испуњеност другог услова могуће је доказивати свим расположивим доказним средствима, а решење суда којим се завешталац због неспособности за расуђивање потпуно лишава пословне способности, твори необориву претпоставку да није био способен да измени завештање (Антић, Балиновац, 1996: 316). За разлику од потпуног, делимично лишење пословне способности може, али не мора водити непостојању завештајне способности, све у зависности од тога који степен способности за расуђивање поседује односна особа (Живојиновић, 2016а: 154). Сходно Породичном закону и Закону о ванпарничном поступку, суд је у решењу којим неко лице делимично лишава пословне способности дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које оно може самостално предузимати, поред послова на које је законом овлашћено.¹⁷ Ако у те правне послове не спада сачињавање (опозив) завештања, има се узети да је овај услов испуњен, па је претпоставка о одсуству способности завештаоца да сам опозове завештање и овде необорива, док то стање траје.

За примену ове одредбе такође се мора имати у виду да се потпуно, као ни делимично лишење пословне способности не врши трајно (Живојиновић, 2016б: 402). Суд је дужан да у решењу којим одлучује о лишењу пословне способности одреди рок који не може бити дужи од три године, у коме ће проверити да ли постоје разлози за даље трајање изречене мере.¹⁸ Сходно овоме, он изречену меру може продужити, али и укинути, па је за испуњеност овог услова неопходно да је она трајала до краја живота завештаоца и да он због недостатка способности за расуђивање није могао опозвати претходно завештање.

Трећи услов је да је дошло до битне промене прилика које су представљале завештаочеву одлучујућу побуду да тестаментарно располаже. За испуњеност овог услова, промена прилика треба да буде таквог карактера да би завешталац засигурно сам опозвао тестамент да је поседовао

¹⁷ Видети чл. 40, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95- др. закон, 18/2005- др. закон, 85/2012, 45 /2013- др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015- др. закон. и чл. 64, ст. 1 и 147, ст. 3 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 7272011 – др. закон и 6/2015.

¹⁸ Видети чл. 40, ст. 2 и чл. 42, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку.

завештајну способност (Ђурђевић, 2015: 124). У овом смислу, неопходно је да дође до битне промене у квалитету односа између завештаоца и лица коме је завештањем остављена каква корист из заоставштине, односно да дође до промене понашања тог лица које је супротно ономе које је мотивисало завештаоца да сачини завештање, или у њега унесе неку одредбу (Антић, Балиновац, 1996: 315). Законодавац таксативно не набраја који све животни догађаји и ситуације се подводе под појам измењених прилика, па га треба схватити у најширем смислу.

Тренутак када је дошло до битне промене прилика такође би морао бити предмет утврђивања од стране суда, како би дошло до ваљане примене овог института. Наиме, за његову примену нису релевантне прилике које су се већ битно промениле пре сачињавања завештања – у овом случају завештање би могло бити предмет поништења због заблуде о чињеницама које су завештаоца побудиле да сачини завештање (чл. 167, ст. 1 ЗОН). Овде су од значаја оне прилике које су, прво, наступиле након сачињавања завештања и, друго, након завештаоачевог губитка способности за расуђивање. Ово последње значи да уколико је дошло до битне промене прилика, завешталац је за то сазнао и био у прилици да опозове завештање (дакле, пре губитка способности за расуђивање), а то није учинио, нема испуњености овог услова, па суд при оваквом следу догађаја не може ставити пуноважан тестамент ван снаге. Дакле, судећи према напред анализираним условима, у опозив завештања српски законодавац се не меша већ га у потпуности препушта завештајно способном лицу. Само изузетно, уколико тестватор није могао пуноважно вршити признато му право на опозив, суд може ставити тестамент ван снаге, чиме се вршење слободе завештања претерано не угрожава; тачније, захват у ову слободу је минималан у мери у којој суд може погрешити у процени испуњености услова.

Најзад, последњи услов за примену овог института је да је лице које има правни интерес захтев за стављање завештања ван снаге истакло у року од три године од проглашења завештања. Под лицем које има правни интерес подразумева се свако лице чији наследноправни положај би се овим побољшао. То може бити особа именована за наследника завештањем сачињеним пре оног које се ставља ван снаге, законски наследник, легатар чији би терет овим отпао итд. Трогодишњи рок је преклузивне природе, суд о његовом протеклу води рачуна по службеној дужности, а истеком рока гаси се ово право.

4. Компарација решења о стављању завештања ван снаге из аустријског и српског права

Оно што повезује институт стављања завештања ван снаге из аустријског и српског права је да оба почивају на претпостављеној вољи завештаоца, па је мотив њиховог увођења допринос остварењу завештаоачеве воље. Тачка њиховог повезивања је и то што се у случају регулисаном у српском праву и оном из параграфа 725 АГЗ презумпција о промени у тастаторовој вољи темељи на битној измени околности у односу на оне које су постојале у време сачињавања завештања, а које су била завештаоачева побуда да својом заоставштином располаже на одређен начин, односно у корист одређених лица. У ова два случаја идентично је и то што се ради о стављању пуноважног завештања ван снаге. Другачије је код параграфа 775 (2) АГЗ, којим се, како смо видели, према слову законодавца, рушљиво завештање сматра опозваним на основу заблуде која је постојала у тренутку сачињавања завештања.

Оно што делимично раздваја ова два института су разлози стављања завештања ван снаге. У аустријском праву они су таксативно набројани – престанак брака, регистрованог партнерства, ванбрачне заједнице, успешно оспоравање сродничког односа, престанак усвојења; док је разлог увођења претпоставке о опозиву завештања необухватње јединог детета завештањем услед заблуде завештаоца. У српском праву се ти разлози појединачно не наводе, него се законодавац служи општом формулацијом – наступањем битне измене у завештаоачевим приликама, што води закључку о идентичном полазишту у оба права, с тим што су у Аустрији они уже, а у Србији, шире конципирани. Стога нема сметњи да се и у нашем праву под "битном изменом прилика које су у време завештања биле завештаоачева одлучујућа побуда" не подведу и околности које су у праву Аустрије препознате као разлог стављања завештања ван снаге, односно да се њима могу обухватити ове (изузев случаја регулисаног параграфом 775 (2) АГЗ), али и друге околности. У праву Аустрије ван набројаних разлога, пуноважно завештање не може бити стављено ван снаге.

Најзначајнија разлика између стављања завештања ван снаге у аустријском и српском праву, која је кључна за сагледавање обима захвата у завештаоачеву слободу завештања, јесте што у Аустрији до примене овог института долази и када је завешталац сам дато завештање могао пуноважно опозвати. У праву Србије, стављање завештања ван снаге могуће је само уколико завешталац то сам није могао учинити због губитка способности за расуђивање, па тако и завештајне способности; што води закључку да је мера захвата у слободу завештања већа у аустријском праву.

5. Закључна разматрања

Престанак партнерског или сродничког односа, постојање (рођење) јединог детета које није обухваћено завештање јесу битне чињенице у животу тестатора које воде претпоставци о несагласности са раније изреченом последњом вољом. Из овог разлога се увођење института стављања завештања ван снаге у аустријском праву може сагледавати као користан инструмент реализације завештаоаче воље, јер он не мора лично опозивати завештање. Међутим, колико год се ово решење посматрало као практично, као начин олакшавања завештаоцу, јер уколико његова воља кореспондира законској норми, он не мора ништа чинити, чињеница је да је оно у супротности са правном природом завештања као строго личне изјаве последње воље, па је неопходно сагледати шта је иза те корисности, односно коју штету тамошње уређење овог института може нанети слободи завештања. Имајући у виду да законодавац не ограничава његову примену на ситуације када завешталац након сачињавања завештања изгуби завештајну способност; да ово даље може довести до конфронтације између законске претпоставке и тестаторове праве воље, а да је параграфом 725 (1) АГЗ ограничена могућност доказивања супротне намере тестатора; као и на тотално одсуство доследности и прављење разлике између (претпостављеног) опозива и поништења завештања у параграфу 775 (2) АГЗ, мишљења смо да ови недостаци надмашују корисност која се стављањем завештања ван снаге имала у виду и да начин на који је у праву Аустрије уређен овај институт, носи опасност од додатног ограничавања, па и узурпирања слободе завештања.

Другачија ситуација је у српској нормативи, где могућност стављања ван снаге пуноважног завештања представља не само користан, него и важан инструмент реализације слодобе завештања. Како до овог може доћи изузетно, уколико завешталац није могао сам опозвати раније завештање због губитка завештајне способности, његово увођење спречава неправичну расподелу заоставштине, стицање наслеђа од стране лица која то не заслужује. Уплив у слободу завештања овде није претеран, а постојање овог института надомешћује одсуство способности завештаоца да лично врши призната му права која су саставни део слободе завештајног располагања.

Литература/References

- Antić, O. (1983). *Sloboda zaveštanja i nužni deo*. Doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet u Univerzitetu u Beogradu.
- Barth, P. (2016). Pflichtteilsrecht neu. In Barth/Pesendorfer (Hrsg), *Praxis-handbuch des neuen Erbrechts*, 1. Auflage. Linde Verlag. 157–191.
- Christiandl, G. Nemeth, K. (2016). Das neue Ebrecht – ausgewählte Einzelfragen, *Österreichische Notariats Zeitung*. 1. 1–14.
- Escher, B. (2016). *Erbrecht, Bürgerliches Recht Band IV*. Wien: Verlag Österreich GmbH.
- Vidmar, M. (2017). Der Agnationsfall nach dem ErbRÄG 2015. *Zeitschrift für Familien – und Erbrech.* 6. 249–252.
- Welser, R. (2018). Anmerkungen zum ErbRÄG 2015. *Österreichische Notariats Zeitung*. 1. 1–11.
- Zankl, W. (2017). *Erbrecht*, Wien: Facultas Verlags- und Buchhandels AG.
- Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд: Номос.
- Бурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Бурђић Милошевић, Т. (2018). *Ограничење слободе завештајних располагања*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- Живојиновић, Д. (2013). Дејство и начин опозива завештања. У Влашковић, Б. (Прир.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 295–311.
- Живојиновић, Д. (2016а). Завештајна (не)способност de lege lata и de lege ferenda. У: Стојановић, Н. и Крстић, Н. (Прир.). *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, Правни факултет Универзитета у Нишу: Центар за публикације. 151–166.
- Живојиновић, Д. (2016б). Пословна способност и њено лишење у светлу Конвенције о правима особа са инвалидитетом. *Правни живот*. 584 (10). 395–412.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Ђеранић, Д. (2015). *Наследноправне последице усвојења*. Докторска дисертација. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Правни извори

Revised Uniform Probate Code 2019. Omitted child. (a) Parent-Child Relationship Established After Execution of a Will. <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=a6d802c3-c618-3dcb-f7b0-124c3fb1c43e&forceDialog=0>. Преузето 22. 02. 2020.

Закон о наслеђивању у Федерацији БиХ. *Службене новине Федерације БиХ*, 80/2014.

Закон о наслеђивању, *Народне новине*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19.

Аустријски грађански законик, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, Преузето 24. 01. 2020.

Грађански законик Каталоније, <http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/L10-08-2.htm#t2c3s1>. Преузето 20. 02. 2020.

Грађански законик Холандије, http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=91671&p_country=NLD&p_classification=01.03, Преузето 20. 01. 2020;

Закон о наслеђивању. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/2003 - одлука УСРС и 6/2015.

Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45 /2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон.

Немачки грађански законик, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Преузето 20. 01. 2020.

Породични закон, *Сл.гласник РС*, 18/2005, 7272011 – др. закон и 6/2015.

Комисија за израду грађанског законика, Нацрт Грађанског законика Републике Србије објављен 29. 05. 2015. Преузето 10. 02. 2020. <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

Dragica Živojinović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac

**PROCEEDINGS FOR DECLARING A WILL INEFFECTIVE
IN AUSTRIAN AND SERBIAN LEGISLATION**

Summary

The proceeding for declaring a will (testament) ineffective on the basis of facts presuming incomppliance with the previously expressed last will of the testator, which is prescribed in several contemporary legislations, is distinct from the revocation of a testament as a strictly personal act by which the testator explicitly or tacitly expresses or manifests animus revocandi. The subject matter of this paper is the analysis of legal solutions regulating cases when the last will can be revoked in Austrian law (in case of cessation of partnership or kinship relations after making a last will and exclusion of the only child from the will due to the testator's misconception) and in Serbian law (in case of a substantial change of circumstances which were the testator's decisive motive to make the bequest of certain content at the time of making the will). After examining the facts which are the basis for the presumption of incomppliance with the testator's last will and considering other conditions as prerequisites for the application of this institute, as well as their comparison, the author concludes that the legislator's intervention into the freedom of testation could be justified only if it is crucial for exercising this freedom. In other cases, such an intervention bears the risk of imposing additional restrictions, including the interference into testamentary freedom.

Keywords: last will (testament), freedom of testation, declaring a will ineffective, revocation of testament, testator's presumed will.

