

СТРОГИ ФОРМАЛИЗАМ ЗАВЕШТАЊА ИЛИ СУВЕРЕНОСТ ПОСЛЕДЊЕ ВОЉЕ ЗАВЕШТАОЦА – ЧЕМУ ДАТИ ПРИМАТ?*

DOI: 10.5937/zrpfno-62905

UDK: 342.67(4/9)

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

Примљен: 20.11.2025.

Исправљен: 17.12.2025.

Прихваћен: 18.12.2025.

Апстракт: Завештање је формалан правни посао. Свако кршење прописаних услова форме за конкретан облик завештања води његовој правној неваљаности. Услед тога, због неког, чак и мањег формалног недостатка приликом састављања завештања, последња воља завештаоца неће бити испоштована. У савременој англосаксонској правној теорији јавиле су се идеје да законска регулатива и тумачење прописа о форми завештања треба да буду флексибилнији, и да примат треба дати намери за сачињавање завештања – ако је утврђено њено постојање, завештање треба третирати пуноважним. У раду ће бити анализирани владајуће доктрине, пре свега *harmless error* и *dispensing power*, које су извршиле снажан утицај на законодавство и јудикатуру земаља које припадају англосаксонском правном кругу. Истодобно, и на европско-континенталном правном подручју све је више ставова усмерених ка ублажавању ригидности форме завештања. У том смислу, потребно је размотрити да ли треба дати могућност и нашим судовима да, шире сагледавајући правила о форми, у случају формалних недостатака мањег значаја иду *in favorem testamenti*,

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, имејл: novak@prafak.ni.ac.rs, ORCID ID: 0000-0002-9380-1012

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-137/2025-03/ 200120 од 4. 2. 2025. године

како би се последња воља завештаоца испоштовала и реализовала, а посебно и у контексту развоја информационих технологија и широког спектра могућности њиховог коришћења за исказивање последње воље.

Кључне речи: завештање, форма, тестаментарна намера, последња воља, рушљивост.

1. Увод

Једна од основних карактеристика завештања, још од римског права наомамо, јесте да је формалан правни посао.¹ У систему полиморфног завештања (плурализам завештајних форми), који одликује већину савремених права, завешталац се може одредити за један од више облика у којима може да искаже своју последњу вољу, при чему формални захтеви морају да буду испоштовани како би се осигурало слободно манифестовање воље, њена поузданост, те очувала правна сигурност (Крстић, Видић, 2021: 81).

Будући да форма представља битан услов пуноважности завештања (форма *ad solemnitatem*), судови су ригидни у примени ових правила, те никакво одступање од прописаних формалности није допуштено (Антић, Балиновац, 1996: 307). Њено кршење води правној неваљаности завештања, рушљивости или ништавости, у зависности од тога колики значај форми придаје неки правни поредак.² Следствено томе, последња воља оставиоца која има формалне недостатке неће бити испоштована и реализована, већ ће заоставштина бити распоређена према правилима законског наслеђивања.

Последњих деценија, међутим, најпре у англосаксонској правној теорији, али и легислативи и јудикатури, а доцније и у европско-

1 У бројним савременим правима англосаксонског и европско-континенталног правног круга завештање се третира као строго формалан правни посао, јер се пропусти у форми санкционишу ништавошћу завештања. Како су у Републици Србији недостаци у форми разлог рушљивости завештања, то у нашем праву завештање треба сматрати формалним, а не строго формалним правним послом.

2 У великој већини данашњих држава, писани облици завештања без својеручног потписа завештаоца (осим у случајевима када је допуштено стављање рукознака), неће производити дејство (Horton, 2017: 551), али код појединих облика завештања, попут алографског, и мањи недостатак који се огледа у томе да ако завешталац није признао своје завештање пред два истовремено присутна сведока, или се они нису истовремено потписали на завештању, чиниће завештање неваљаним (Крстић, Видић, 2021: 90).

континенталној правној мисли, поставља се питање чему дати приоритет – форми или тестаментарној намери? Да ли већу тежину треба да има строги формализам или сувереност воље завештаоца? Да ли услед формалних недостатака, чак и оних мање значајних, треба поништити завештање или пак настојати да се последња воља испоштује и реализује?

Премда велика већина савремених правних система и даље строго санкционише формалне недостатке завештања, поједина законодавства већ извесно време трагају за прелазним решењима. У раду ћемо најпре указати на значајне доктринарне ставове из англосаксонског правног окружења, који су снагом своје аргументације извршили утицај на законодавство појединих држава у погледу одступања од строгог придржавања правила о форми завештања. Ови законодавни захвати изазвали су турбуленције и колебљивост, и наишли на различита тумачења у јудикатури, која ће бити предмет посебне пажње. О наведеним питањима све више се дискутује и у европској правној науци, и указује да је и у континенталним правима могуће изнаћи механизме да се испоштује последња воља завештаоца упркос формалној манљивости завештања. Овим радом покушаћемо да дамо допринос изналажењу правних механизма којима би се пружила могућност судовима да, под одређеним условима, занемаре поједине формалне недостатке завештања, избегну његово поништење и на тај начин испоштују намеру оставиоца за сачињавање завештања.

2. Значај и функције форме завештања

У домаћој правној доктрини истакнуто је да постоје два разлога строгости форме завештања: она, с једне стране, омогућује да до изражаја дође права, истинита, „хладна“ воља завештаоца, а с друге стране обезбеђује поштовање последње воље и спречава могућност њене злоупотребе. Зато се и инсистира да воља буде фиксирана у писаној форми, а у усменој се може исказати само изузетно – ако услед изванредних околности завешталац није у прилици да сачини писано завештање (Марковић, 1972: 101). Форма доприноси озбиљности и зрелости одлуке завештаоца о расподели заоставштине, минимизира утицај на његову вољу, спречава фалсификовање завештања и доказује да оно постоји (Ђорђевић, 1903: 14–15; Перић, 1923: 32). Уз то, омогућује спољашњу манифестацију завештаочеве воље и обезбеђује њену аутентичност (Ђурђић Милошевић, 2021, 437). Ово је нарочито важно јер се завештање у једном битном детаљу разликује од других правних послова: оно производи дејство тек када завешталац премине. Зато се и сматра да формална правила треба да буду строжа у компарацији са другим, пре свера *inter vivos*, правним пословима.

Чувени проф. Langbein са Универзитета Јејл (Yale) истиче да форма завештања има четири функције: заштитну, доказну, каналишућу и упозоравајућу (Langbein, 1975: 492–497).

Форма завештања има вишеструку заштитну улогу. Заштитна функција примарно обезбеђује да намера завештаоца буде изражена слободно, без икаквог утицаја са стране, лишена мана у изјављеној вољи. Строга формална правила, стога, представљају инструмент заштите завештаоца од различитих злоупотреба, обезбеђивања аутентичности завештања, спречавања фалсификовања завештања, као и у томе да се укаже да је учињено располагање *animus testandi*, а не да представља само идеју или наговештај завештаоца да планира да сачини завештање одређене садржине (Ђурђевић, 2015: 128).

Доказна функција форме манифестује се у томе што форма обезбеђује утврђивање постојања завештања, представља поуздан доказ садржине и аутентичности последње воље – да документ заиста потиче од завештаоца. Наиме, неретко се у правном животу дешава да завешталац сачини завештање годинама пре смрти. Да би се доказало постојање и садржај последње воље, савремена законодавства захтевају да исказана воља буде „сачувана“ у писаном документу, приватном или јавном.³ Ова правила служе да се потврди идентитет завештаоца, као и чињеница да је заиста хтео да сачини завештање, а не неки други правни посао (Załużski, 2020: 817).

Каналишућа функција подразумева да правила о форми усмеравају завештаоца да своју последњу вољу изрази на начин који је препознатљив, правно уобличен и стандардизован, како би се избегла различита тумачења документа и како би и суду и учесницима у поступку било недвосмислено јасно да је реч о завештању, а не о неком другом писмену (белешци, писму и слично).

Упозоравајућа функција служи томе да формалности које се морају испоштовати упозоре завештаоца на важност радње коју предузима – да сачињавање завештања не представља уобичајену, свакодневну активност, већ да овај посао производи озбиљне правне последице и

3 И код усменог завештања захтева се да завештајни сведоци без одлагања (дакле, док су им у свежем сећању последње речи завештаоца, као и околности у којима је последња воља усмено изречена) саставе писмено у којем ће изнети садржину последње воље и описати прилике у којима се завешталац нашао, које ће што пре предати суду, или да пред судом усмено на записник понове садржину завештања, уз навођење где је и у којим околностима оно сачињено (за српско право: чл. 111, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15. Даље: ЗОН). У скорој будућности ваља очекивати да се омогући да се посебно регулише да се садржина последње воље може похранити и на неком другом медијуму, односно у електронском облику, а не само у писаној форми.

да се њиме одлучује о расподели заоставштине након смрти. Због тога, правила о форми завештања имају за циљ да подстакну осећај повећане одговорности. Тиме се смањује ризик од непромишљених, импулсивних или наметнутих одлука, обезбеђује се да исказана воља буде не само аутентична већ и зрела и промишљена. У супротном, постојала би превелика опасност да се многе брзоплето донете одлуке или незавршени нацрти завештања сматрају ваљаним располагањима (Załucki, 2021: 144). Осим тога, с обзиром на то да форма наглашава озбиљност чина завештавања – ако завештање мора да испуни све формалне услове, завешталац неће моћи да га мења или да сачини ново без озбиљног разматрања (Horton, 2017: 556).

У правној теорији заштитна функција форме апострофира се као најзначајнија, док су остале функције секундарног карактера (Ђурђевић, 2015: 128–129).

3. Учења о сукобу форме завештања и намере за сачињавање завештања у англосаксонској правној теорији

Чињеница да је завештање правни посао *mortis causa* и да дејство производи након смрти, у корелацији са тим да се оно може оспоравати и његов поништај због недостатака у форми захтевати тек по смрти завештаоца, отвара проблем (не)постојања корективног механизма у случају његове неваљаности, будући да завешталац више није у стању да формалне недостатке отклони, нити да ново завештање сачини.

Последњих деценија XX века, у америчкој правној теорији развило се учење које се снажно супротставило вишевековном доминантном ставу о стриктном придржавању правила о форми завештања, које је за последицу имало неваљаност завештања и због мањих формалних недостатака, премда завештаочева намера за сачињавање завештања и аутентичност изјаве последње воље нису били спорни.

Проф. Langbein творац је доктрине *substantial compliance* (суштинског придржавања, суштинског усклађивања са формалностима) у завештајном праву, коју је изнео у свом чланку још 1975. године, а коју је нешто више од деценије касније кориговао учењем о безазленој грешци (*harmless error doctrine*). Аутор је пошао од става да је правило буквалног придржавања правила форме надживело сваку могућу корист коју је могло имати и да је дошло време за другачије погледе (Langbein, 1975: 531). Као оснивач тзв. функционалне школе, он је формалне захтеве третирао као смислене само уколико они ефикасно служе: 1. остварењу завештаоачеве намере и 2. отклањању питања у погледу природе документа (да се заиста ради о завештању) и његове аутентичности (Douglas Miller, 1991: 605).

Насупрот свеприсутној идеји о строгом придржавању форме, доктрина суштинског придржавања даје судовима могућност да признају завештању пуноважност и онда када одступа од формалности које закон прописује, да мање формалне пропусте опросте и валидирају завештање ако утврде да је пропуст без утицаја на сврху због којег је форма предвиђена, односно да је циљ прописане формалности адекватно остварен (Langbein, 1975: 513). Како је један амерички суд приметио, сврха доктрине суштинског придржавања није да отвори врата немару или превари, већ да „уклони процедуралне ситнице као препреку за оставински поступак (проглашење завештања)“.⁴

Доктрина безазлене грешке (*harmless error*) представља ревидирану, поједностављену верзију доктрине суштинског придржавања и подразумева да суд може признати ваљаност завештању ако постоји јасан и убедљив доказ да је документ заиста израз последње воље завештаоца (Langbein, 1987: 53). Она је настала на бази проучавања законодавне реформе у Јужној Аустралији (једној од савезних држава Аустралије), која је прва усвојила модел „дискреционог овлашћења“ (*dispensing power*), којим се суд овлашћује да занемари недостајућу формалност завештања све док је убеђен да нема јасне и разумне сумње да је оставилац намеравао да документ представља његово завештање. Проф. Langbein је сматрао овај приступ доследнијим у поштовању последње воље завештаоца, те је кориговао и преименовао своје пређашње учење у доктрину безазлене грешке. Сматрао је да и Сједињене Америчке Државе треба да следе овакав пример, како не би традиционалним решењима наносиле неправду својим грађанима и како би се „*приватно право ослободило срамотних реликата*“ (Langbein, 1987: 54).

Изменама америчког Uniform Probate Code-а 1990. године,⁵ на темељу овог учења уведено је тзв. *harmless error rule* у § 2-503. На основу овог правила, документ који није сачињен у складу са формалним правилима, сматра се важећим ако се јасно и уверљиво докаже да је завешталац имао намеру да тај документ представља његово завештање, додаток или измену завештања, или да је њиме делимично или потпуно опозвао

4 In re Will of Ranney, 589 A2d 1339 (New Jersey, 1991).

5 Uniform Probate Code је модел-закон донет 1969. године са циљем да се уједначе правила о наслеђивању, завештањима и управљању заоставштином у америчким савезним државама. Будући да није савезни закон, државе нису у обавези да га примењују, али могу да га усвоје својим законодавством у целини или делимично, са мањим изменама. До сада га је у целости усвојило 15 савезних држава, а са изменама још неколико, и у њима представља основу наследног права. Тренутно је у примени Uniform Probate Code са изменама из 2019. године, са локалним модификацијама.

раније завештање, или пак да је делимично или потпуно „оживео“ раније опозвано завештање.

Суштина наведених доктрина (*substantial compliance*, *harmless error*, *dispensing power*), које имају сличну полазну основу, али не и домашај примене, јесте у томе да се завештаочева намера да распореди своју имовину након смрти и његова исказана последња воља сматрају најзначајнијим, и да морају бити испоштоване без обзира на формалне недостатке завештања. Ова учења (а нарочито *harmless error* доктрина) стекла су велики број присталица међу америчким теоретичарима који су пледирали за њихово увођење у законодавства савезних држава које нису имплементирале Uniform Probate Code.

Ипак, већина савезних америчких држава ни до дан-данас није усвојила овај правни пропис, самим тим ни доктрину безазлене грешке. Очигледно овај приступ, којим се значај форме битно умањује, а апсолутни приоритет даје завештаочевој намери, сматрају превише либералним. Међу посленицима правне мисли постоји и схватање да већина савезних држава није усвојила *harmless error rule* јер се у њима не примењује принцип строгог придржавања форме, како то описује Langbein, већ принцип флексибилног строгог придржавања (*flexible strict compliance*), који је прагматичнији. Проф. Wendel овим појмом означава судску праксу где се правила о форми и даље поштују, али се тумаче еластичније како би се избегло поништење завештања због ситних пропуста који не угрожавају сврху форме (Wendel, 2017: 343).

4. Судска пракса заснована на доктринама суштинске усаглашености, безопасне грешке и дискреционог овлашћења у САД и Аустралији

Судска пракса САД и Аустралије обилује поступцима у којима су судови одлучивали да ли да признају ваљаност завештањима која су имала недостатке у форми. То питање се пре свега постављало код приватних писаних облика завештања. Током деценија, међутим, и други облици исказивања последње воље, нарочито коришћењем савремених технологија, били су предмет судских поступака у којима се ценила испуњеност формалних услова пуноважности завештања кроз призму постојања завештаоачеве намере и аутентичности последње воље. У кратким цртама указаћемо на неке од најзначајнијих случајева из јудикатуре ових двеју земаља.

Две најпознатије одлуке где су судови на основу схватања о суштинском придржавању форме признали ваљаност завештања донете

су у Пенсилванији 1981. године, у случају *In re Kajut's Will*,⁶ и у Луизијани, у предмету *Succession of Guezuraga* 1987. године.⁷ У првом случају, адвокат је име слепог завештаоца у документ укуцао унапред, у његовом одсуству, а потом се завешталац потписао на завештању стављањем знака, што није било у складу са законом. По становишту суда, никаква се корисна сврха не би постигла поништавањем завештања услед техничког непридржавања формалних правила, будући да је основни циљ форме да се обезбеди спровођење намере завештаоца.⁸ У другом случају, Врховни суд Луизијане је нашао да је формално манљиво завештање у суштинском складу са законом ако документ адекватно штити завештаоца од преваре. Будући да је, по мишљењу суда, намера законодавца да форму сведе на минимум неопходан за спречавање преваре, то здраворазумска логика налаже да благо одступање од форме ваља занемарити, и да оно не треба да доведе до ништавости завештања ако није било никакве преваре, односно утицаја на вољу завештаоца.⁹

Правило о безазленој грешци, садржано у Uniform Probate Code-у, које се примењује у одређеном броју америчких савезних држава, довело је до великог броја судских одлука где су судови признавали пуноважност завештања са значајним формалним недостацима, када би утврдили постојање тестаментарне намере. Један од најлибералнијих примера његове примене догодио се у случају *Estate of Ehrlich*,¹⁰ где је завешталац, иначе правник, сачинио непотписано завештање које је било откуцано на формулару (меморандуму) са именом и адресом адвокатске канцеларије завештаоца одштампаним на маргини. Апелациони суд у Њу Џерсију, иако је приметио да је потпис „*најтеже оправдати као недостатак, јер отвара озбиљну, али не и непремостиву сумњу*“ у погледу тестаментарне намере, ипак је нашао да је завештање пуноважно, јер се уклапа у прокламовани циљ правила о безазленој грешци, а то је поштовање *animus testandi* оставиоца (Uzcategui, 2015: 3). У предмету из Калифорније *Estate of Berger* из 2023. године,¹¹ оставиља је написала и потписала писмо, без присуства и потписа сведока, којим је располагала већим делом имовине за случај

6 *In re Kajut's Will*, [1981] 2 Pa. Fiduc. 2d 197, 204.

7 *Succession of Guezuraga*, 512 So. 2d 366 (La. 1987).

8 Наведено према: (Alberta Law Reform Institute, 1999: 44).

9 У новијој америчкој правној мисли износи се став, заснован на темељу случаја *Guezuraga*, да ако применом анализе „вероватноће преваре“ (*likelihood-of-fraud analysis*) суд утврди да је одступање од захтева форме такво да је завешталац био адекватно заштићен од вероватноће да буде преварен, завештање треба сматрати ваљаним и када је формално манљиво (Holmes, 2014: 541).

10 *In re Estate of Ehrlich*, [2012] 427 N. J. Superior Court 64.

11 *Estate of Melanie P. Berger*, 91 Cal. App. 5th 1293 (2023).

смрти. Суд је узео у обзир све доказе и утврдио је да конкретно писмо и пратеће околности, „као ствар права“, достижу праг јасних и уверљивих доказа о томе да је оставила заиста желела да изврши распоред своје заоставштине.

У новијој судској пракси ваљаност завештања признавана је и када су сачињавана коришћењем савремених техничких средстава, односно уз помоћ информационих технологија. У случају из Охаја Estate of Castro,¹² из 2013. године, суд је одлучио да је пуноважно електронско завештање сачињено и потписано од стране завештаоца и сведока на таблети, коришћењем *stylus*-а (електронске оловке), јер је утврдио постојање тестаментарне намере. У предмету Re Estate of Horton, из 2018. године,¹³ који се често наводи као водећи случај поштовања „дигиталне воље“, суд је нашао да и белешка у апликацији *Evernote* на мобилном телефону којом је распоређена заоставштина, а на коју је у својеручно написаној опроштајној поруци реферисао оставилац, може важити као писани документ иако је реч о дигиталној слици, што је неопходно да би се сматрало завештањем.

У неколико аустралијских држава, где је доктрина дискреционог овлашћења суда (*dispensing power*) имплементирана у законске прописе, бројни су случајеви где су судови дали предност поштовању последње воље завештаоца насупрот крупним формалним пропустима. Још у случају Graham из 1978. године,¹⁴ који је ударио темеље практичној примени дискреционог овлашћења суда, суд је признао ваљаност завештања које није било потписано од стране сведока у заједничком присуству сведока и завештаоца, након што је утврдио да је постојала јасна намера завештаоца да распореди своју заоставштину.

У последњих петнаестак година у пракси аустралијских судова било је доста случајева где се применом *dispensing power*-а одлучивало о пуноважности завештања сачињених уз помоћ савремених технологија. У случају Yazbek v Yazbek из 2012. године,¹⁵ пуноважним је оглашено завештање у програму Word, названо *Will.doc*, којим је извршен распоред заоставштине. У предмету Re Estate of Wilden из 2015. године,¹⁶ оставилац је сачинио два завештања: DVD са видео-снимком на коме износи своју вољу, а чији су транскрипт припремили адвокати подносиоца захтева, и

12 In re Estate of Javier Castro, 2013 ES00140 (Ohio Court of Common Pleas, Lorain County, Probate Division).

13 In re Estate of Horton, 325 Mich. App. 325, 925 N. W. 2d 207 (Mich. Ct. App. 2018).

14 In the Estate of Graham, [1978] 20 S. A.

15 Yazbek v Yazbek, [2012] NSWSC 594.

16 Re Estate of Wilden, [2015] SASC 9.

потписани куцани документ, али без потписа сведока. Суд је закључио да је проширење круга докумената који могу да представљају завештање на нетрадиционалне форме или медијуме, укључујући и видео-запис на DVD-у, у складу са либералнијим приступом тумачењу правила о форми завештања када се утврди постојање завештајне намере. Чак је и непслатој СМС поруци признат карактер завештања у предмету *Re Nichol* 2017. године.¹⁷ Како је на крају поруке стајало „*my will*“, потом како је садржина поруке упућивала на распоред заоставштине, а и на начин поступања са његовим пепелом након кремације, то је суд сматрао поузданим доказом постојања *animus testandi*, и узео је завештање у поступак као пуноважно.

Као што се може уочити, више од четири деценије примене у пракси правила заснованих на ове три доктрине довело је до бројних занимљивих одлука. Утисак је, ипак, да се отишло предалеко, јер се апсолутно преимућство даје поштовању тестаментарне намере и последње воље оставиоца, а форма потпуно губи значај у мери да се готово ниједан њен елемент не сматра неприкосновеним, осим можда писане форме (схваћене у ширем смислу) и евентуално постојања завештаоачевог потписа (*Sca-lise Jr*, 2011: 375), мада је у неким одлукама и недостатак тог формалног елемента занемарен.

5. Нека новија доктринарна схватања европских теоретичара о сукобу формализма завештања и суверености последње воље завештаоца

Последњих година и међу европским посленицима правне мисли провејавају размишљања о потреби ублажавања схватања о ригидности завештајне форме. Она иду у правцу настојања да се у судској пракси флексибилније сагледавају формални недостаци, нарочито када су споредни и ирелевантни, како би се завештање одржало на снази.

Шпанско право се може навести као један од примера судске праксе која ублажава формалне захтеве применом начела *favor testamenti*. Иако се овај принцип првенствено примењује приликом тумачења садржине завештања, односно воље завештаоца, тако да цело завештање, или макар нека одредба у завештању произведу дејство, оно се може применити и при тумачењу правила која треба да одразе вољу завештаоца исказану у неком завештајном облику (*Załucki*, 2021: 107).

У шпанској правној науци се истиче да је законски захтев да се изјава последње воље сачини у складу са прописима о форми у пракси често модификован од стране судова у циљу поштовања слободе завештања

¹⁷ *Nichol v Nichol & Anor*, [2017] QSC 220.

(Vaquer Aloy, 2016: 12). Тиме се формалистички приступ своди на минимум. Ипак, то не значи да треба дати апсолутни приоритет тестаментарној намери и потпуно занемарити захтеве форме. Напротив, ублажавање формализма мора да буде учињено уз поштовање значаја функција које форма завештања има, а које имају за циљ да гарантују слободу завештања и поштовање воље завештаоца (Vaquer Aloy, 2016: 29).

Врховни суд Шпаније је у једној одлуци навео да се правила о ништавости завештања због повреде облика не могу тумачити на преувеличано формалистички начин, јер би се тиме нарушио принцип врховне суверености воље завештаоца.¹⁸ Још сликовитије је то приказао у својој одлуци Апелациони суд Ђироне, наводећи да *„оно што се не може прихватити јесте да дрвеће претераног формализма сакрије шуму последње воље завештаоца“*.¹⁹

И у хрватској теорији наследног права наглашава се да сада, више него икада, постоји сукоб између две важне карактеристике завештајног наслеђивања: његовог формализма и стварне намере оставиоца, које је тешко помирити (Klasiček, 2019: 40). Сматра се да се тај корективни механизам може уочити у начелу *in favorem testamenti*, које се огледа и у томе што су недостаци у форми код завештања разлог рушљивости, а не ништавости овог правног посла (Gavella, Belaj, 2008: 149), те и формално манљиво завештање може конвалидирати. Ипак, то никако не значи да судови дају примат завештајној намери у односу на форму. Напротив, судови су стриктни у санкционисању кршења формалних правила завештања и таква завештања поништавају.

Свеприсутност информационих технологија, те свакодневно коришћење паметних уређаја изискује и у сфери завештајног наслеђивања законодавне реформе усмерене ка регулисању нових облика завештања. Потпуно напуштање формализма у корист технологије било би веома опасно и вероватно би изазвало више проблема него што би их решило (више: Klasiček, 2019: 42). До тада, могућ је другачији приступ судова у признавању ваљаности завештања сачињених коришћењем информационих технологија. Указује се да то нарочито може бити случај код усменог завештања, које се сачињава у изузетним приликама усменим казивањем последње воље пред два истовремено присутна сведока (у хрватском праву).²⁰ Наводи се да се под истовременим присуством сведока не мора сматрати само њихово физичко присуство поред оставиоца, већ да

¹⁸ ROJ: STS 4755/2013, 20. 3. 2013.

¹⁹ SAP Girona, 17-03-2003, AC 2003, 756.

²⁰ Чл. 37, ст. 1 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske, *Narodne novine*, 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19.

оно може да буде остварено путем видео-позива или телефонског позива, што би било у складу са циљем због кога се захтева њихово присуство: да чују изјаву последње воље и спрече било какве манипулације њом (Каџег, 2007: 737–738). Осим у овој ситуацији, сматра се да треба признати пуноважност и усменом завештању снимљеном камером, без присуства сведока, јер за њима, као видом контроле, нема потребе, а последња воља је свакако забележена на медијуму (Klasiček, 2016: 35). Тиме би се обезбедило да се последња воља испоштује када завешталац није био у прилици да је пред потребним бројем сведока искаже.

Вредни пажње су и ставови и анализе које по питањима која су предмет овог рада износи пољски теоретичар права проф. Załuski. Он уочава да правила која се вековима сматрају основним и непроменљивим, као што су правила која се тичу формализма завештања и њихове ригидне примене, показују се неадекватним за потребе савременог доба (Załoski, 2021: 182). Усвајајући мишљење да је најважнији задатак наследног права поштовање последње воље завештаоца ако се утврди постојање тестаментарне намере, а не поштовање прописаних формалних захтева, и да је флексибилност наследног права вредност којој треба тежити (Orth, 2008: 80–81), изнео је предлог како би правила која регулишу форму завештања требало да гласе. Притом, узео је у обзир чињеницу да последња воља завештаоца не мора да буде забележена искључиво средствима која су тренутно препозната у различитим правним системима, већ да би требало допустити да она буде похрањена на сваком медијуму који омогућава њено сазнавање и репродукцију у будућности (нпр. путем аудио или видео записа, преко друштвених мрежа, чувањем у *cloud*-у, употребом *blockchain* технологије, или на други начин). С тим у вези, он сматра да правило о форми завештања убудуће треба да гласи: „Завешталац може сачинити завештање тако што ће своју тестаментарну намеру изразити било којим поступањем које довољно открива његову изјаву воље, при чему је та изјава сачувана на било којем медијуму који омогућава њено репродуковање на начин који омогућава идентификацију лица које је дало ту изјаву“ (Załoski, 2021: 184).

Очигледно проф. Załoski, који се темељно бави проблемом ригидности форме завештања и следбеник је идеје о стварању функционалног механизма ефективног завештавања, пледира да се на један крајње либералан начин регулише питање завештајне форме и да се уклоне било каква посебна правила за различите облике завештања. Иако високо ценимо рад и ставове које износи проф. Załoski, овакво схватање представљало би револуционаран заокрет у сфери завештајног наслеђивања и није логично очекивати да се законодавци прихвате таквог захвата у постојећу регулативу у скорије време, бар не на простору континенталне Европе.

6. О ублажавању формализма завештања у српском праву – како пружити судовима могућност да формалне недостатке протумаче у корист завештања?

У праву Републике Србије завештање које није сачињено у облику и под условима које прописује закон санкционисано је рушљивошћу.²¹ Поништај оваквог завештања могу захтевати само лица која имају непосредни правни интерес, у субјективном року од годину дана од сазнања за завештање, који не може почети да тече пре његовог проглашења, а најкасније пре протеча објективног рока од 10 година од дана проглашења.²² У домаћој судској пракси судови стриктно примењују правила о форми завештања и, уз ретке изузетке који нису последица неких доктринарних учења,²³ већ оцене доказа и ширег сагледавања околности случаја, поништавају завештања која имају формалне недостатке.

Примера ради, код писменог завештања пред сведоцима, ако се завешталац није потписао на завештању у присуству два сведока, већ раније, а пред сведоцима је признао потпис за свој, завештање је рушљиво.²⁴ Такође, ако је завешталац признао завештање и потписао се на њему у присуству једног сведока, а касније га је признао и пред другим сведоком, након чега су се оба сведока потписала на завештању, оно неће бити правно ваљано.²⁵ Својеручно завештање које је завешталац у потпуности написао својом руком, али је пропустио да се на крају потпише – неће произвести правно дејство, без обзира што је завешталац касније указао трећим лицима да је сачинио завештање и да жели да се оно испоштује након његове смрти.²⁶

У свим овим случајевима из судске праксе јасно је и недвосмислено доказано да је сачињено завештање израз последње воље оставиоца, да је она била слободна и стварна и да је постојала *animus testandi*. Ипак, воља завештаоца остала је без дејства због пропуста у форми. Логично је поставити питање да ли су сви захтеви форме заиста толико битни, и

²¹ Чл. 168 ЗОН.

²² Чл. 170 ЗОН.

²³ Тако, Апелациони суд у Крагујевцу је у једном случају заузео став да је писмено завештање пред сведоцима пуноважно иако га није прочитао сам завешталац, већ је овластио лице којем је он диктирао завештање да га пред сведоцима прочита, што није у складу са формалностима прописаним чл. 85, ст. 1 ЗОН за овај облик завештања. Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3227/2011 од 13. 6. 2012.

²⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3085/2005 од 22. 2. 2006.

²⁵ Пресуда Апелационог суда у Нишу, 29 Гж. 1194/2016 од 24. 5. 2016.

²⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2306/2008 од 9. 4. 2009.

да ли морају стриктно да буду испоштовани, или ипак треба настојати да се последња воља завештаоца испоштује, како сачињавање завештања не би било узалудно. Ако нема сумње да је реч о стварној, јасно и слободно изреченој вољи оставиоца, да није било утицаја на његову вољу, да ли је оправдано да се због мањег формалног недостатка завештање у целости поништи, и да заоставштина припадне наследнику кога је завешталац разбаштинио, или једноставно претерирао у завештању не желећи да му остави ништа?

Ова питања ће се још изразитије поставити када се пред судом појаве завештања сачињена уз помоћ савремених техничких средстава. С обзиром на то да у српском праву није регулисано електронско завештање, нема сумње да би судови оваква завештања поништавали. Убеђени смо да, сходно важећој регулативи у нашем праву, ниједан суд не би признао као пуноважно својеручно завештање написано и потписано електронском оловком на неком електронском (паметном) уређају и сачувано на њему, или писмено завештање пред сведоцима које су *stylus*-ом потписали завешталац и завештајни сведоци у електронском документу на мобилном телефону или таблети.²⁷ Да не говоримо о другим облицима електронског завештања који су откуцани у неком програму, мејлом или на други начин, сачувани у cloud-у и слично, где недостаје потпис завештаоца и/или сведока, или је снабдевено квалификованим електронским потписом.

Такође, у случају да завештање буде сачињено у изузетним околностима без непосредног присуства три сведока, али који су сведочили последњој изјави воље путем видео-позива или преноса уживо на некој друштвеној мрежи или платформи (када је завешталац користио мобилни телефон или неки други уређај да у стању непосредне животне опасности искаже последњу вољу), без сумње домаћи судови не би признали ваљаност таквом завештању. Једноставно, код свих наведених примера прописана завештајна форма није испоштована, а судови се не би ни упуштали у разматрање постојања тестаментарне намере, нити би то, сходно важећим прописима, било нужно.

У погледу одговора на горе постављена питања и дилеме који се тичу значаја појединих елемената форме и односа између формализма и суверености последње воље оставиоца, аутор ових редова стоји на линији са шпанским теоретичарима. Сматрамо да треба наћи адекватан баланс између поштовања формалних захтева, с једне стране, и захтева за реализацију последње воље завештаоца, с друге стране, што нам се чини

²⁷ У домаћој доктрини износе се убедљиви аргументи зашто би требало признати ваљаност завештању сачињеном на паметном уређају електричном оловком (Видић, Ковачевић, 2024: 129–130).

примарним циљем норми које уређују завештајно наслеђивање. Воља не може да има апсолутни приоритет, јер због значаја који имају функције форме, суштинска формална правила морају да буду испоштована. Судовима не треба омогућити да у потпуности занемаре формалности које су кључне код сваког облика завештања, али истодобно треба прекинути и са ригидним формализмом. Стога, ако недостаје неки формални елемент који није од есенцијалне важности – онда треба пружити могућност судовима да ову ситуацију протумаче *in favorem testamenti* и признају пуноважност завештања.

На основу наведеног, мишљења смо да би чл. 168 Закона о наслеђивању требало допунити да гласи: *„Рушљиво је завештање које није сачињено у облику и под условима одређеним законом, осим ако се ради о недостатку мањег значаја и ако се утврди да је постојала јасна и одређена намера за сачињавање завештања“*.

Свесни смо да би квантитативно одређење „недостатак мањег значаја“ изазвало различита тумачења у јудикатури, и вероватно доношење опречних одлука док се судска пракса не би ускладила, као што је увек случај са правним стандардима. Ипак, оваква законодавна техника је традиционално доста заступљена, а безобалним појмовима не оскудева ни Закон о наслеђивању. Смисао оваког законодавног захвата био би у томе да се пружи већа шанса судовима да буду креативни и да иду у корист завештања како би оно „преживело“, те да тако омогуће реализацију последње воље умрлог лица, под условом да утврде да су функције форме завештања остварене.²⁸

Овакво решење би омогућило да случајеви из домаће судске праксе о којима је било речи буду окончани одлуком која би омогућила да они произведу дејство. Такође, и усмено завештање саопштено у изузетним околностима пред најмање три сведока путем телефонског разговора, *video call*-а или *live* преноса на некој платформи – сматрало би се пуноважним, јер је сврха форме остварена, чиме би се омогућила реализација последње воље лица када нема три сведока којима може да саопшти садржину своје последње воље. На тај начин би се заштитили интереси самог завештаоца,

²⁸ На пример, ако се завешталац код писменог завештања пред сведоцима није потписао на завештању – такво завештање биће рушљиво. Међутим, ако се на завештању потписао без присуства сведока, или у присуству једног сведока, а касније пред оба сведока признао потпис за свој – такав формални недостатак има мањи значај јер потпис постоји, завешталац га је недвосмислено признао пред сведоцима, што је довољно да се потврди да је реч о његовом завештању и да му је воља слободна и стварна. Сврха форме је на овај начин остварена. Не видимо да је захтев да се завешталац потпише у присуству два сведока од суштинске важности, нити да се на овај начин остварује нека сврха форме која се не остварује када он стављени потпис доцније призна за свој пред сведоцима.

као и интереси завештајних стичалаца, а то су управо лица којима је он желео да остави део или целокупну своју заоставштину.

7. Закључак

Поштовање последње воље завештаоца једна је од основних вредности наследног права. Због тога легислатори треба да створе такав нормативни оквир и механизме који ће омогућити да воља завештаоца буде пресудна приликом обликовања имовинскоправних последица његове смрти (Rzewuski, 2013: 978). Форма не би смела да буде оков који онемогућава неко лице да сачини завештање, јер је она и прописана да би се обезбедило исказивање последње воље (Марковић, 1972: 111). Ако је форма престога, неки мањи недостатак може продукovati неваљаност целог завештања.

Правни формализам је болест не старости, већ детињства друштава (Maine, 1883: 170). Учење о строгом придржавању правила о форми, које егзистира вековима у легислативи и судској пракси, савремена права све више напуштају. У области завештајног наслеђивања, за које је овај принцип нарочито карактеристичан и изражен, неколико деценија уназад, пре свега у англосаксонском, а у последње време и у европско-континенталном праву, све чешће се доводи у питање стриктно поштовање формалних правила за сачињавање завештања и указује на потребу да примат треба дати тестаментарној намери завештаоца.

У англосаксонској правној теорији нарочити значај имају доктрина безазлене грешке у САД и доктрина дискреционог овлашћења у Аустралији, које су извршиле снажан утицај на легислаторе и судове да промене приступ у погледу оцене пуноважности завештања код кога сви елементи форме нису били доследно испоштовани. Ова учења, а нарочито доктрина дискреционог овлашћења, широко отварају врата признавању ваљаности завештања са очигледним формалним пропустима, јер се апсолутни примат даје тестаментарној намери и реализацији последње воље оставиоца.

Овако либералан приступ сматрамо непожељним. Форма завештања има свој значај и своје функције, које неопходно морају бити очуване. С друге стране, ригидност формалних захтева не сме бити непремостива препрека реализацији коначне воље оставиоца. Треба, стога, учинити напоре ка функционалном приступу којим би се формализам учинио флексибилнијим. Форма јесте нужна и завештање ће увек бити један од најформалнијих правних послова. Елементи форме који су суштински и који омогућавају реализацију функција форме не могу да буду релативизовани. Они морају да буду испоштовани приликом сачињавања

завештања – у супротном, завештање ће бити рушљиво. Међутим, ако завештање има формални недостатак мањег значаја, мање тежине, који не угрожава остваривање функција завештања, а утврђено је постојање намере за сачињавање завештања – онда не видимо оправдани разлог да се због тог мањег пропуста последња воља преминулог лица не реализује.

У сфери завештајног наслеђивања ваља очекивати да се све чешће за исказивање последње воље користе савремена техничка средства. Према важећим прописима, завештања сачињена на овај начин не би била пуноважна. Корацима предузетим у правцу да се форма учини флексибилнијом, отварањем пута судовима да шире сагледају недостатке у форми, и давањем слободе да одређене недостатке занемаре, отвара се пут за признавање ваљаности и електронским и њима сродним завештањима, сачињеним коришћењем модерних техничких средстава, у неким ситуацијама, пре него што она у нашем праву буду регулисана.

Литература

Alberta Law Reform Institute. (1999). *Wills: Non-Compliance With Formalities*. Преузето: 16. 10. 2025. <https://www.alri.ualberta.ca/wp-content/uploads/2020/03/cmoo8.pdf>.

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

Vaquero Aloy, A. (2016). La relajación de las solemnidades del testamento. *Revista de Derecho Civil*. 4. 9–34.

Видић, Ј., Ковачевић, М. (2024). О појединим питањима завештајног наслеђивања у српском праву – *de lege ferenda* (II део). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 119–142.

Gavella, N., Belaj, V. (2008). *Nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Douglas Miller, C. (1991). Will Formality, Judicial Formalism, and Legislative Reform: An Examination of the Uniform Probate Code Harmless Error Rule and the Movement Toward Amorphism Part Two: Uniform Probate Code Sec. 2-503 and a Counterproposal. *Florida Law Review*. 43. 599–721.

Ђорђевић, А. (1903). *Наследно право у Краљевини Србији*. Београд.

Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд: Досије студио.

Ђурђић Милошевић, Т. (2021). Јавне завештајне форме у српском праву. У: *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ*, зборник радова. Крагујевац. 437–449.

Zalucki, M. (2021). *Wills Formalities versus Testator's Intention – Functional Model of Effective Testation for Informal Wills*. Baden-Baden: Nomos.

Załucki, M. (2020). Evidentiary Function of the Provisions on the Form of Wills in the Contemporary Succession Law. Is the Complete Abandonment of Formalism Possible?. *Trusts & Trustees*. 8–9. 814–825.

Kačer, H. (2007). Neka (prijepona) pitanja hrvatskog oporučnog prava. *Liber Amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella*. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. Zagreb.

Klasiček, D. (2019). 21st Century Wills. *Pravni vjesnik*. 2. 29–48.

Klasiček, D. (2016). Wills in the digital era. *Informatologia*. 1–2. 31–40.

Kрстић, Н., Видић, Ј. (2021). О неким спорним питањима пуноважности писменог завештања пред сведоцима у домаћој судској пракси. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 93. 79–97.

Langbein, J. (1987). Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law. *Columbia Law Review*. 1. 1–54.

Langbein, J. (1975). Substantial Compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*. 3. 489–531.

Maine, H. S. (1883). *Early Law and Custom*. London: Oxford University Press.

Марковић, С. (1972). Форме тестаментa *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 11. 101–114.

Перић, Ж. (1923). *Специјални део грађанског права, IV Наследно право*. Београд.

Orth, J. V. (2008). Wills Act Formalities: How Much Compliance Is Enough?. *Real Property, Probate and Trust Journal*. 1. 73–81.

Rzewuski, M. (2013). Formalisation of the Testament in the Light of the Favor Testamenti Principle. *Milníky Práva v Stredoeurópskom Priestore*. 978–984.

Scalise Jr, R. J. (2011). Testamentary Formalities in the United States of America. In: Reid, K., de Waal, M., Zimmermann, R. (Eds.). *Testamentary Formalities, Comparative Succession Law*. Vol. 1. New York: Oxford University Press. 357–380.

Uzcategui, J. (2015). Application of the Harmless Error Doctrine in California and Beyond. *California Trusts & Estates Quarterly*. 1. 1–7.

Holmes, G. (2014). Testamentary Formalism in Louisiana: Curing Notarial Will Defects Through a Likelihood-of-Fraud Analysis. *Louisiana Law Review*. 75. 511–541.

Horton, D. (2017). Tomorrow's Inheritance: The Frontiers of Estate Planning Formalism. *Boston College Law Review*. 2. 539–598.

Wendel, P. T. (2017). Wills Act Compliance and the Harmless Error Approach. *Oregon Law Review*. 337–396.

Прописи

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95, 101/03 – одлука УСРС и 6/15.

Zakon o nasljeđivanju Hrvatske. *Narodne novine*. Бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19.

Судска пракса

Estate of Melanie P. Berger, 91 Cal. App. 5th 1293 (2023).

In re Estate of Ehrlich, [2012] 427 N. J. Superior Court 64.

In re Estate of Javier Castro, 2013 ES00140 (Ohio Court of Common Pleas, Lorain County, Probate Division).

In re Estate of Horton, 325 Mich. App. 325, 925 N.W.2d 207 (Mich. Ct. App. 2018).

In re Kajut's Will, [1981] 2 Pa. Fiduc. 2d 197, 204.

In re Will of Ranney, 589 A2d 1339 (New Jersey, 1991).

In the Estate of Graham, [1978] 20 S. A.

Nichol v Nichol & Anor, [2017] QSC 220.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 3227/2011 од 13. 6. 2012. (*Билтен Апелационог суда у Крагујевцу*. (2013). Крагујевац. 1).

Пресуда Апелационог суда у Нишу, 29 Гж. 1194/2016 од 24. 5. 2016. (*Билтен Апелационог суда у Нишу*. (2017). Ниш).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3085/2005 од 22. 2. 2006. (*Paragraf Lex*).

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2306/2008, од 9. 4. 2009. (*Paragraf Lex*).

Re Estate of Wilden, [2015] SASC 9.

ROJ: STS 4755/2013, 20. 3. 2013.

SAP Girona, 17-03-2003, AC 2003, 756.

Succession of Guezuraga, 512 So. 2d 366 (La. 1987).

Yazbek v Yazbek, [2012] NSWSC 594. In re Kajut's Will, [1981] 2 Pa. Fiduc. 2d 197, 204.

Novak Krstić, LL.D.*

Strict Formalism of Wills or Sovereignty of Testamentary Intent: Which should prevail?

Summary

The paper examines the tension between (strict) formalism of wills and testamentary intent in the law of wills. Traditionally, wills are strictly formal acts: any deviation, even a minor one, renders the will invalid and triggers the application of intestacy rules. The Anglo-American theory and practice have advanced flexible approaches that prioritize testamentary intent over strict compliance to form, primarily the “harmless error” doctrine and the “dispensing power” doctrine. These new approaches have influenced legislation and case law in common-law jurisdictions and spurred a debate in the European-continental theory on whether priority should be given to strict formalism or to testamentary intent. The development of digital technologies further complicates the issue because electronic wills are not regulated, which generates a real risk that such wills may be annulled despite the presence of clear testamentary intent. In this paper, the author cautions against resorting to an overly liberal model, particularly the broad “dispensing powers”, which can erode the protective and evidentiary functions of the testamentary form. The author proposes a middle path: to preserve the essential formal elements that serve these functions, but allow courts, in favorem testamenti, to excuse minor defects when testamentary intent is proven. Such flexibility would better honor the testator’s last wills without sacrificing core formal safeguards, and it would provide sufficient latitude to validate technology-assisted wills even before comprehensive legislation on electronic wills is enacted.

Key words: *testament, form, testamentary intent, last will, voidability.*

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš