

Проф. др Саво Д. МАРКОВИЋ

**ТЕСТАМЕНТ
У
СТАРОВЈЕКОВНОМ
ПРАВУ**

GlosarijuM[®]

2004. година

**ТЕСТАМЕНТ
У
СТАРОВЈЕКОВНОМ
ПРАВУ**

Проф. др Саво Д. МАРКОВИЋ

Издавач

ИП "Глосаријум"

Београд

Риге од Фере 12

Тел./факс 011/182-163

E-mail: glosarijum@glosarijum

За издавача

Милан Жамац,

директор

Уредник

Катица Бобар

Компјутерска обрада

Весна Станић

Штампа

Glosariju**M**[®]
Београд

ISBN 86-81839-44-6

У В О Д

Идеја да пристиупим писању ове књиџе под називом: "Тесџаменџи у сџаровјековном ѓраву", сџара је десетџак џодина и џек сада се реализује. За џако дуџ ѓуџи од идеје до њеноџ оџелойворења не џреба кривицу сваљиваџи на увијек "криве" објекџивне разлоџе.

Овџје је ѓрије ријеч о оџрезу, да се овом феномену ѓриђе са озбљношћу коју заслужује џесџаменџи, као једна од најзначајнијих усџанова наследноџ ѓрава. Смаџрам да је обим рада (као и увијек), мање важан од оноџа џџа се овим радом ѓосџије или ѓак џџа се жељело ѓосџићи.

Када сам одлучио да се иџак лаџим овоџ ѓосла био сам сасвим свјесџан неких објекџивних - лимџирајућих факџора, од којих је ѓо мом мишљењу најзначајнији џај, џџо џесџаменџа у сџаром вијеку нема изван џраница римске цивилизације. У овој чињеници крије се следећа оџасносџи, које сам био и џе како свјесџан, ѓри изради ове књиџе, а џо је да расџрављајући завјешџање у римском ѓраву не заџаднем у сувишно и честџо нейоџребно деџаљисање, с једне сџране, а да се сасвим ѓовришно ѓозабавим феноменом развоја идеје

слободе завјештања у дружим сџаровјеконим цивилизацијама и њиховим ѓравним сисџемима с друђе сџране.

Ако сам усџјео да на складан начин разријешим ове двије суџројносџи, учвршћујем се у увјерењу да је ѓисање ове књиђе имало смисла, и имало своју сврху.

На крају, надам се да је уз остала, једно од ѓлавних до-сџигнућа ове књиђе, ѓио шџио сам значајан дио материје, са ових ѓросџора, која ѓовори о ѓенези усџанове ѓесџаменџа у сџаровјеконим ѓравним сисџемима сисџемаџизовао на једном мјесџу. Ни ѓио није мало. Ако сам усџјео да укажем на законџи развој идеје завјештања у сџаром вијеку, онда има мјесџа за задовољсџво.

А у ѓ о р

Г Л А В А П Р В А

ПОЈАМ ТЕСТАМЕНТА

Дефиниција опште карактеристике и настанак тестаментa

Тестамент је један од најзначајнијих института наследног права. Иако овај правни посао производи углавном имовинскоправне последице, за тестаменталне наследнике, било би погрешно, овој установи приписивати само имовинске атрибуте и имовинске учинке. Он је и за тестаменталног оставиоца и за тестаменталне наследнике значио више од тога. Наслеђивање имовине је значило и наслеђивање породичног култа, обичаја предака, породичних и религијских свечаности, одржавање гробова, приношење жртава и још много тога. Наслеђивање је значило и продужење породичне лозе и очување породичне традиције. Истина је, дакле, да су имовински ефекти наслеђивања најважнији, али не треба никако сметнути са ума значај и других фактора.

Тестамент је строго формални правни посао и од испуњења захтјева форме, који се траже за његов настанак, зависи његова ваљаност и ваљаност евентуалних правних

последница, које тестамент производи. Ако захтјеви форме за сачињавање тестаментa нијесу испуњени, онда је тестамент ништаван правни акт и не производи правне последице.

Завјештање, опорука, последња воља (лат. **testamentum**), јесте једнострани правни посао **mortis causa** којим оставилац одлучује о судбини своје имовине после своје смрти, односно одређује наследника своје имовине. То је лична, формална, последња изјава воље, којом оставилац одређује наследника своје имовине. У коријену ријечи тестамент је ријеч **testis**, што значи свједок, а то даље значи да је овај правни посао у вријеме његовог настанка у старом Риму прављен пред куријатским скупштинама, уз свједочење тамо окупљеног народа. Учешће свједока (обично седморице), и у касније доба био је услов његове ваљаности.

Тестамент је поред тога и добротини правни посао, јер у овом правном послу једна страна (тестаментални наследник), добија корист, а да за то не даје никакву противчинидбу. Тестамент је добротини правни посао, чак и онда када садржи одрађене терете и налоге које треба извршити из оставинске масе. Тестаментално располагање је добротино, чак и онда када је тестаментални наследник или легатар притиснут неком обавезом, јер се и тада ради о својеврсној прерасподјели користи из туђе (оставиочеве – примједба С. М.) имовине.

Тестамент је правни посао личног карактера, јер у овом правном послу заступање није могуће. Тестамент је, даље, и формална изјава воље, зато што производи веома важне последице за низ имовинских односа, а неријетко и за низ лица. Поред већ реченог, тестамент је и последња изјава воље (**ultima voluntas**), јер у случају више сукцесивно датих изјава, само је последња правно релевантна, само последња производи правне последице. То истовремено значи, да је оставилац, све до момента смрти, свој већ сачињени тестамент, могао укинути или мијењати. Теста-

мент, мора бити израз слободне воље оставиоца, зато се држало да је воља оставиоца исказана у тестаменту, уједно и последња.

Дефиниција тестаента, као акта, којим се одређује шта ће бити са имовином оставиоца у случају његове смрти, одговара дефиницији тестаента у позном римском и савременом праву.¹⁾

Дефиниције тестаента сачуване у Дигестама (Модестин, Улпијан), не одражавају у потпуности дух римског тестаента, јер не садрже у себи темељно својство римског тестаента, тј. именовање наследника. Ни етимолошко значење тестаента, које се наводи у Јустинијановим Институцијама, гдје се каже: **testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est**, тј. да се тестамент тако назива јер је свједочанство нечије намјере – воље, није тачно. Ово значење тестаента, такође, не одражава дух римског тестаента²⁾, јер се ради о правном послу који је прављен пред свједоцима (**testes**).

Именовање наследника је главна садржина тестаента током читаве историје Рима, о чему речито свједочи чувено начело: **Institutio heredis est caput et fundamentum testamenti** (именовање наследника је глава и темељ тестаента). Зато је за римско завјештање од суштинске важности, да садржи именовање наследника – универзалног сукцесора, при чему је број наследника мање важан, од чињенице да они наслеђују цијелу имовину завјештаоца, односно улазе у сва његова права и обавезе.³⁾

По римском праву тестаментално наслеђивање искључивало је законско, чак и као дјелимичну допуну тестаента, јер се примјењивало правило: **Nemo partim testatus, partim intestatus decedere debet** (Нико не може бити наслеђен дијелом на основу тестаента, а дијелом интестатски). Због оваквог значења овог правила, а и институције

1) О. Антић, Наследно право, Београд, 1994. стр. 153-158.

2) А. Ромац, Римско право, Загреб, 1981. стр. 370.

3) М. Хорват, Римско право, Загреб, 1962. стр. 317.

тестаментa, римско је право при тумачењу оставиочеве воље, а и иначе настојало да се његова ваљаност одржи (**favor testamenti**).

Тестамент је могао да садржи и именоване супститута, уколико се првоименовани наследник, институт, не прихвати наследства. Постоји: обична или вулгарна, пупиларна и квази–пупиларна супституција.

Тестамент је поред именовања наследника (**institutio heredis**), често садржавао и нека друга оставиочева наређења, као што су легати и фидеикомиси.

Ако имамо у виду напријед истакнута својства тестаментa, онда се намеће закључак, да је тестамент с пуним овлашћењем располагања имовином и послије смрти тестатора, могућ једино у друштвима у којим је приватна својина до краја изграђена као неокрњено власништво. У овој чињеници лежи објашњење о великом значају тестаментa у римском праву и друштву уопште, што се не може рећи за друге античке државе, нарочито источњачке деспотије, гдје тестаментa или није било или је имао споредни значај.

Тестамент улази у ред најстаријих и најзначајнијих институција наследног права. Вријеме његовог настанка не можемо одрешити утврдити, али није спорно да сеже у дубоку прошлост Римљана.

Такође је познато, да већина античких народа, не зна за тестамент или не бар у римском значењу тог појма. Код њих су обичаји и закон одређивали, на који ће се начин послије смрти неког лица подијелити његова имовина. Истина је да неке трагове тестаментa, нешто што личи на тестамент сусрећемо још код старих Египћана.⁴⁾

Баш ова чињеница, представља разлог више, да се макар и овлаш осврнемо, на историјску генезу тих институција које истина нијесу тестамент, али су налик на њега и производе правне последице тестаментa. Развој

4) О. Станојевић, Римско право, Београд, 1986. стр. 213.

ових институција, које на извјесан начин представљају претечу тестаментa пратићемо на тај начин, што ћемо приказати њихову историјску генезу у најзначајнијим старовјековним правним системима. Чини нам се да ћемо на тај начин боље разумјети настанак римског тестаментa и његове основне атрибуте.

ГЛАВА ДРУГА

ТРАГОВИ ТЕСТАМЕНТА У ЗАКОНОДАВСТВУ ИСТОЧЊАЧКИХ ДЕСПОТИЈА

1. Тестамент и Хамурабијево законодавство

Претходно изнијета тврдња, да у источњачким деспотијама, обичај и закон, одређују шта ће се догодити са имовином оставиоца, после његове смрти, добија нарочито на значају, у наследном праву Хамурабијевог законика. Нигдје се као у тој сфери не може прочитати примјетити сва испреплетаност обичајног права и Законика.⁵⁾ Хамурабијево наследно право, регулише само одређени број и то вјероватно најспорнијих питања, која су изазивала недоумице у свакодневној друштвеној збиљи и правној пракси. Док сва остала неспорна питања, велики државник и законодавац препушта обичајном праву, јер законодавац није сматрао упутним, да додатно регулише оно што је у друштвеној пракси добро функционисало и што је издр-

⁵⁾ С. Аврамовић, Општа правна историја - стари и средњи век, Београд, 1999. стр. 114.

жало пробу времена. Зато не треба да изненади чињеница, што Хамурабијев законик само узгред нормира област наследног права, јер је оно "... и даље остало дио обичајног права."⁶⁾

Да је предња констатација тачна речито свједочи Законик града Ешнуне (Билаламин законик), који по свом акадском поријеклу и по читавом низу других сличности представља непосредну претечу Хамурабијевог законика. Историја права не располаже подацима, да су сличности између ова два правна споменика, резултат непосредне Хамурабијеве позајмице од сусједа, прије се можда ради о заједничким обичајима, карактеристичним за државе које су се историјски смјењивале у Међуријечју.

Од укупно 58 одредби Ешнунског законика, ама баш ниједна не регулише питања из наследноправне материје.⁷⁾ Нема ни одредби које регулишу адопцију, него последије неколико уводних ријечи, Законик нормира изнајмљивање туђих ствари, зајам, крађу. Значајан број одредби нормира породичне односе, а Законик завршава одредбама (чл. 53, 54, 55, 56. и 57), које прописују санкције за онога чији во, пас или трошан зид усмрте неку особу.⁸⁾ Кривичноправна материја није баш систематизована, него су разна кривична дјела, као и казне којима су запријеђена, разбацани по цијелом законнику.⁹⁾ Од кривичних санкција доминирају имовинске казне, које су најчешће одмјераване одређеном количином новца, односно сребра.

Када је нормативна садржина Хамурабијевог законика у питању, апострофирамо претходно изнијету тврдњу, да Ешнунски законик, представља претечу и својеврсни узор грандиозног Хамурабијевог законодавног подухвата, а и истог су поријекла – аморитског. Оба законика

6) Ш. Куртовић, Опћа историја државе и права, I књига, Загреб, 1987. стр. 63.

7) Законници Древне Месопотамије (с енглеског превео, студију и коментаре сачинио Марко Вишић), Београд – Подгорица, 2003. Билаламов Законик, стр. 136-142.

8) Исто, стр. 136-142.

9) Исто, стр. 136-142.

говоре о истим друштвеним слојевима (дамкари, мушкени), на сличан начин регулишу брачно право, док поједине норме Ешнунског законика, Хамурабијев законик преузима **ad literam**.

У том смислу је јако интересантан члан 160. Хамурабијевог законика, који слично Ешнунском законуку прописује, да ако младожења да тасту вјеридбени поклон, а отац је и мимо тога уда за другога, онда отац невјесте, мора младожењи вратити двоструки износ вјеридбеног поклона.¹⁰⁾ Хамураби у члану 136. свог законика, скоро дословно преузима члан 30. Ешнунског законика, који прописује: "Ако човјек замрзи своје мјесто и свога господара, па побјегне (а) други човјек узме његову жену – уколико се врати нема право тражити да му се жена врати."¹¹⁾

Један од куриозитета Хамурабијевог наследног права јесте, познавање принципа репрезентације. Код Хамурабија доминира законско наслеђивање и привилеговани наследноправни положај мушких наследника. Због тога мушки наследници искључују женске из наследства, док се унуци позивају на наслеђе "по праву репрезентације свог оца".¹²⁾ Дух Хамурабијевог законика говори да оставиоца наслеђују синови, без обзира из ког су брака, који продужавају породицу и култ предака.

Наследно право женске дјеце, исцрпљује се кроз институцију мираза, који представља њихов наследни дио. Хамурабијев законик, као ни ранији - Законик Липит – Иштар, не дају никакву предност најстаријем сину, у односу на његову браћу, али неки сачувани документи (таблица из Нипура) свједоче да је прворођени син, могао добити већи дио, од наследног дијела остале браће. Отац није могао разбаштинити синове, сем у изузетним случајевима и уз одобрење суда, о чему речито говори, следећа норма

10) С. Аврамовић, Општа правна историја..., 2003, стр. 65.

11) Ешнунски законик, члан 30. Уп. Хамурабијев законик, члан 136.

12) Бастаић К.–Кризман Б., Опћа историја државе и права I, преглед развитка, 1981. стр. 44.

Законика: "Ако је неко намеравао да се одрекне свог детета и каже судији: "Одричем се свог детета", - судија ће испитати његове намере и ако дете нема на терету озбиљан злочин који заслужује лишење дечјег односа, отац га не може искључити из тог односа".¹³⁾ И следећа одредба Хамурабијевог законика говори о овом односу, с тим, што је отац дужан "први пут окренути главу на страну", а ако дијете (син), "понови злочин",¹⁴⁾ отац га је тада могао лишити наследства, јер га искључује из "дечјег односа", како то лијепо каже законодавац. Што се тиче наследног дијела кћери која није добила мираз, јер је посвећена божанству, она је наслеђивала "трећину наследног дела",¹⁵⁾ који припада њеној браћи. Изгледа, да је све више пробијала идеја, да би и женска дјеца могла наслеђивати, на што упућује одредба члана 170. Хамурабијевог законика, гдје законодавац, не случајно каже: "Ви сте моја деца", а мало затим..."деца његове жене ће узети делове, које буду изабрали", не прецизирајући при том, да ли се ради о мушкој или женској дјечи, већ једноставно о дјечи, што највјероватније подразумемијева и једне и друге.

Чини нам се да једино није спорно да је син истински наследник (ибила), а ако ових нема онда су наследници могли бити и браћа оставиоца "тумачењем чл. 178, 180. и 181".¹⁶⁾

Женска дјеца су могла наслеђивати, једино ако су биле свештенице у храму, али је и тада њихово наследно право ограничено и исцрпљивало се у праву коришћења и праву плодоуживања – **ususfructus**. Послије смрти кћери – свештенице, њена имовина се враћала њеној браћи (чл. 180. и 181. Хамурабијевог законика).

Удовица нема наследно право према свом мужу. Међутим, она има право да последије мужевљеве смрти, ос-

13) Члан 168. ХЗ.

14) Члан 169. ХЗ.

15) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 114.

16) С. Шаркић–Д. Поповић, Велики правни системи и кодификације, Београд, 1993. стр. 11.

тане да живи у његовој кући, од прихода које доноси шерикту и нудуну.

Удовица није могла отуђити своја добра.

Право на мираз, и то само на њега, имале су кћери конкубине. Наследно право према оставиоцу имају и његови синови из брака са робињом, ако их је отац позаконо.

У Хамурабијевом наследном праву, тестаментa још увијек нема.¹⁷⁾ Но, упркос томе, оставилац је донекле могао, да утиче на распоред своје имовине после смрти и да измијени законски ред наслеђивања. У том смислу, нарочито је сликовита одредба члана 150. Хамурабијевог законика, гдје се поред осталог каже: "Ако је муж дао на поклон својој жени поље, воћњак, кућу и оставио јој таблицу, после његове смрти деца јој неће ништа оспоравати". Овдје се ради о брачном поклону (нудуну), који дјеца не могу оспоравати, ако је оставилац, поклањајући супрузи дио имовине, о томе сачинио исправу (таблицу). Слично решење, садржи и члан 165, гдје се између осталог каже, да отац може, неком од својих синова, "оном кога нарочито воли",¹⁸⁾ поклонити дио имовине и о томе сачини исправу, обдарени син ће задржати поклон, приликом диобе наслеђа.

Истина, у наведеним примјерима, не ради се о тестаменту, али се врло извјесно ради о његовим зачецима.¹⁹⁾

17) С. Аврамовић, н.д., 1999. стр. 115; М. Павловић, Државно-правна историја света, Крагујевац, 1993, стр. 43 ; С. Шаркић-Д. Поповић, Велики правни системи и кодификације, Београд, 1993, стр. 11; Ђ. Самарџић, Општа историја државе и права, Сарајево, 1967, стр. 95; А. Вајс-Љ. Кандић, Општа историја државе и права, Београд, 1984, стр. 41; Д. Панџић, Општа правна историја, Српско Сарајево, 2001, стр. 39; Љ. Кркљуш-С. Шаркић, Општа историја државе и права, Београд, 1989, стр. 42; С. Шаркић, Општа историја државе и права, Београд, 1995, стр. 57; Р. Фестић, Општа историја државе и права, Сарајево, 1998, стр. 69; О. Антић, Наследно право, Београд, 2002, стр. 194–198; Ш. Куртовић, н. д., стр. 64; С. Ф. Кечекјан, Општа историја државе и права, Београд, 1946, стр. 107.

18) Члан 165. ХЗ.

19) Види напомену 17.

На зачетак тестаментa нарочито асоцира право, које Законик даје посвећеници бога Мардука. Због значаја, ове нормe дајемо је интегрално: "Ако својој кћери, свештеници Мардука у Вавилону отац није дао *шерикѿу*, нити јој уре-зао таблицу, после његове смрти она ће заједно са својом браћом учествовати у покретној имовини очинске куће трећином дела, који јој припада као детету, али њиме неће (лично) управљати; после своје смрти, свештеница Мардука ће свој део дати ономе коме буде хтела."²⁰⁾ Јасно је, да је свештеница бога Мардука, могла своју заоставштину оставити коме хоће.

Један од начина да се измијени законски ред наслеђивања у Вавилону, јесте адопција. Најчешћи мотив за склапање овог правног посла, је недостатак радне снаге, па се адопцијом, то постизало, како би се старост провела што угодније. Нема никакве сумње, да се адопцији прибегавало само онда, ако оставилац нема потомства. Адопција је, одмах произвођила правне последице, јер се њоме успостављала заједница живота усвојиоца и усвојеника, чиме је усвојеник, прекидао везе са својом природном породицом и тамо губио наследно право. Иако је основна идеја ове установе усмјерена ка постизању циљева **inter vivos**, она је имала и одређене наследноправне ефекте, јер се адопцијом индиректно мијењало законско наслеђивање.

Тако је уз помоћ адопције, оставилац могао да утиче на судбину своје имовине за случај смрти.²¹⁾

Десили се међутим да се и после усвојења, усвојиоцу роди дијете, Законик му дозвољава раскид усвојења, али под условом да усвојеник "не оде празних руку" (члан 191. ХЗ), већ наслеђује трећину наследног дијела детета, искључиво у покретним стварима, а "од поља, воћњака или куће не добија ништа" (члан 191. ХЗ). Овај примјер сликовито

20) Члан 182. ХЗ.

21) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 115; С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 107; Бастаић К.–Кризман Б., н.д., стр. 44. Слично или готово исто становиште заступа већина аутора са простора бивше Југославије (види фусноту 17).

сведочи како адопција, иначе изворно инструмент породичног права, прераста у установу наследног права.

2. Тестамент у египатском праву

Питање да ли је египатско право познавало тестамент, знатно је, компликованије, од истог питања у Хамурабијевом праву. Већина аутора сматра, да Хамурабијево право није познавало класични тестамент, већ само неке облике који представљају његове зачетке.²²⁾ Што се тиче тестаментa и египатског права, ту су мишљења подијељена, јер поједини аутори изричито тврде, да је тестамент постојао у старом Египту.²³⁾

Централно мјесто египатског наследног права, заузима изједначеност мушке и женске дјеце приликом наслеђивања. И овдје је најзначајнији дио наследноправне материје био препуштен обичајном праву.²⁴⁾ Овдје је присутна пракса да прворођено дијете наслеђује нешто већи дио имовине од остале браће и сестара који наслеђују оставину на једнаке дјелове. Врло је вјероватно да је наследно – правно преимућство најстаријег дјетета, награда за његову обавезу да изврши диобу оставине "...међу свим наследницима".²⁵⁾

Наследноправна природа војничког посједа, истражана је из општих правила наслеђивања у старом Египту. Овај посјед наслеђује искључиво најстарији син, али је при том морао да преузме обавезе свога оца.

Послије наследника из првог наследног реда, на наслеђе се позивају наследници из другог наследног реда, који чине браћа и сестре оставиоца. И овдје се примје-

22) Као под напоменом 17.

23) Theodorides, A., *Le testament dans l'Egypte ancienne* Revue intern. des droits de l'Antiquite, 1970, t. XVII, serie 3. p. 117-216; Ђ. Самарџић, н.д., стр. 95; С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 61.

24) А. Вајс-Љ. Кандић, н.д., стр. 34; С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 134.

25) С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 60.

њивао принцип изједначености мушких и женских наследника. Поред тога, овај принцип се примјењује и код наслеђивања за случај смрти.

Када је о тестаменту у старом Египту ријеч, ипак је владајуће становиште, да тамо класичног тестаментa још увијек нема, већ се ради само о извјесним формама, помоћу којих је оставилац могао да одлучује о судбини своје имовине за случај смрти ²⁶⁾. Рефлектујући принцип наследно-правне равноправности мушких и женских сродника, ове форме су могли предузимати и мушкарци и жене поједнако. О овоме најречитије свједочи, једна исправа, која се назива "тестамент", а сачинила га је извјесна Наунакхта. Иако смо питање постојања тестаментa у египатском праву ријешили у корист оног мишљења, које тврди да класичног тестаментa у старом Египту још нема, указујемо на једно мишљење, које је вјероватно инспирисано изузетно повољним правним положајем жене у Египту, која се у изворима понекад назива "владарка дома", а гдје се поред осталог каже: "До V династије жена је могла самостално, без учешћа мужа, да завешта своју имовину".²⁷⁾

Вратимо се још једном Наунакхтином "тестаменту", да утврдимо о чему он говори. Наиме, он говори о томе како је оставилац био овлашћен, да искључи из наслеђа поједине наследнике (**eksheredacija**). Други облик, да се заобиђе законски наследни ред и да се неко лице уведе у ред законских наследника, јесте усвојење. Одмах треба рећи да се усвојењу прибјегавало само онда, ако усвојилац нема сопствено потомство. Адопција је била средство, да се неко лице на заобилазан начин уведе у ред законских наследника.

²⁶⁾ О. Станојевић, Историја политичких и правних институција I (стари Исток и Грчка), Београд, 1982, стр. 71; Љ. Кркљуш-С. Шаркић, н.д., стр. 36; С. Шаркић, н.д., стр. 48; О. Антић, н.д., стр. 194; М. Павловић, н.д., стр. 28; С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 134; Д. Пантић, н.д., стр. 47.

²⁷⁾ С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 61.

Хијероглифска правна заоставштина, сачувала је један папирус из времена XX династије, који свједочи о томе, како је муж усвојио своју жену, да би наслиједила његову имовину.²⁸⁾ Адоптирана супруга је отишла и корак даље од свог усвојиоца, усвојивши: "свога брата и три ослобођеника",²⁹⁾ како би они даље наслиједили заоставштину. Очигледна је намјера усвојиоца, да се измијени законски ред наслеђивања на штету побочних сродника из другог наследног реда.³⁰⁾ Треба истаћи да адопција као изворна установа породичног права у оваквим случајевима мијења своју правну нарав и постаје наследноправни институт, јер производи низ имовинских односа између усвојиоца и усвојеника. Чином усвојења усвојилац одлучује о судбини своје имовине за случај смрти, јер она прелази на усвојиоца. Тако адопција у старом Египту и не само ту, служи као средство за измјену законског наследног реда на заобилазан начин на штету законских наследника, јер се умјесто њих, који по редовном току ствари треба да наслиједу имовину, на наслеђе позивају друга лица, која по редовном току ствари то право немају.

Египатско право је познавало и трећи облик испољавања воље за случај смрти. И овај начин такође на заобилазан начин мијења законско наслеђивање. Наиме, ради се о установи која се назива **imit – per**, а која се може превести као попис – инвентар имовине.³¹⁾ Овој установи је сличан много доцнији **vasijjet** из шеријатског права, који представља располагање имовином слично тестаменту, гдје је оставилац могао распоредити само 1/3 своје имовине, а преостали дио оставине наслеђивали су законски наследници.³²⁾

28) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 134, С. Шаркић, н.д., стр. 49.

29) С. Шаркић, loc. cit.

30) С. Аврамовић, loc. cit., С. Шаркић, loc. cit., О. Антић, н. д., стр. 189-198.

31) Интересантно је Кечекјаново мишљење о овој установи. Он вели: "Пошто се у завештању давао попис имовине, то се завештање звало "imit per" што значи "инвентар". Завештање је допринело јачању права прворођења при наслеђивању" (С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 61).

Није нам намјера, а није ни предмет ове расправе ближе упознавање са феноменом завјештања у шеријатском праву, али ипак треба указати на нека наследноправна решења овог правног система. Основа наслеђивања у Шеријату је закон (односно куранска правила) и завјештање. Подлога законског наслеђивања је: брак, крвно сродство и цивилно сродство.

Законско наслеђивање има преимућство у односу на тестаментално наслеђивање, тако да завјешталац, који има законске наследнике, завјештањем може распоредити само трећину своје оставине.³³⁾ Овакво решење имало је нарочито важне наследно – правне последице за наслеђивање супружника. Јасно се види да воља завјештаоца није била његово неокрњено право, већ је била ограничена, наследним правом законских наследника, јер је основно начело Шеријата при наслеђивању близина сродства.

Слиједећи ову идеју, завјешталац може завјештати трећину своје имовине, ако има законских наследника, а може завјештати цијелу оставину, ако ових наследника нема.³⁴⁾ Једно је јасно, завјешталац, завјештањем "...не може располагати у корист законских наследника, нити мијењати њихове односе и дјелове."³⁵⁾ Дакле, завјештањем се може располагати само у корист лица, која нијесу законски наследници, што је давало могућност завјештаоцу, да завјешта жени немуслиманки или било којем лицу друге вјере и држављанства. Шеријат познаје ове врсте завјештања: писмено, усмено, јавноправно и приватноправно и сва су она била релевантна, само ако су усаглашена са моралним принципима ислама. Завјештање може бити остављено под условом, роком и налогом. Шеријат познаје и извршитеља завјештања.

32) Куран, Сарајево, 1977, (превео Бесим Коркут), Сура, IV, ајет, 11, 12.

33) Ш. Куртовић, н.д., стр. 263.

34) *Op. cit.* 264.

35) Исто.

Шеријатско право, да би завјештање било правно ваљано, тражи ове услове: брачно пунољетство (15 година), душевно здравље, слободна воља завјештаоца и достојност тестаменталних наследника. Уговор о наслеђивању, шеријатско право не познаје.

Имит – пер сачињава једно лице, прије смрти, набрајајући при том "оно што има у кући".³⁶⁾ Већ је речено да неки аутори овом акту приписују својства тестаента. Прављен је пред државним савјетом, којем председава цати (слично данашњем председнику владе), а ако није сачињаван у престоници, онда пред локалном скупштинном, којој је председавао управник града, односно села. Улога поменутих органа је да одобре усмену изјаву завјештаоца, коју касније нотар биљежи у јавне књиге.³⁷⁾

Дешавало се, да правећи овај акт, оставилац нареди да неку ствар, која припада његовој имовини, добије неко лице. Ова институција је послужила као инспирација неким ауторима за изричит став, да управо Имит – пер, представља једну врсту тестаента.³⁸⁾ Помоћу ове установе мијењао се законски ред наслеђивања. Иако, не садржи именовање наследника – универзалног сукцесора, због чега се не може упоредити са тестаментом римског права, имит – пер је посједовао два веома важна атрибута класичног римског тестаента: био је опозив и прављен је пред свједоцима.³⁹⁾ Дакле, да резимирамо. Египатско право је познавало, следеће облике испољавања воље за случај смрти:

- 1) Искључење из наслеђа (**eksheredacija**)
- 2) Усвојење (**adopcija**)
- 3) **Imit – per.**

36) Цитирано према С. Аврамовићу, н.д., 1999, стр. 134.

37) О. Антић, н.д., стр. 194.

38) А. Theodorides, н.д., стр. 117-216; С. Ф. Кечекјан, н.д., стр.

61.

39) О. Антић, н.д., стр. 194, С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 134.

Ово је био оквир у којем су оставиоци у старом Египту могли испољити своју вољу за случај смрти. Довољно за Египат оног времена, али недовољно да би се ове форме испољавања последње воље оставиоца, могле сматрати завјештањем у његовом класичном значењу.

3. Тестамент код Јевреја

Има аутора који тврде да су Јевреји познавали неке врсте тестаментa, чак од времена настанка њихове правне историје, од времена тзв. Законодавства патријарха – то је трипартитна подјела јеврејског законодавства на:

- 1) **Законодавство патријарха, до 13. в. п. н. е.**
- 2) **Мојсијево законодавство**
- 3) **Касније измјене.**

Основни доказ који подупиरे тезу о постојању одређене врсте тестаментa у јеврејском праву, јесу широка овлашћења, која је отац породице имао према њеним члановима, укључујући ту и право живота и смрти.⁴⁰⁾ Његова овлашћења, у погледу располагања имовинским правима, веома су скучена, мада је круг тих овлашћења, био нешто шири, у наследноправним односима.

Шеф породице је могао, слично као у Вавилону и Египту неког члана породице искључити из породице и наслеђа. Теоретичари који заступају становиште о постојању одређене слободе завјештања код старих Јевреја скрећу пажњу на "предање по коме је Јаков, дајући деци последњи благослов, пренео права шефа породице на млађег сина Јосифа (чиме је овај добио и двоструко већи наследни део од остале деце), уместо на старијег Рубена како су прописивали закони и обичаји".⁴¹⁾ Даља генеза овлашћења шефа породице, текла је у правцу смањења његових овлашћења, нарочито од времена познатог и као "Мојсијеви закони".

40) О. Антић, н.д., стр. 194.

41) Исто, 194.

Шеф породице више не може неког од чланова породице искључити из наслеђа, не може смањити наследни дио било ког члана породице и најзад губи право, да по својој вољи прогласи "најстаријега" (новог шефа породице). Хиљаду година касније од времена званог "Мојсијеви закони" у књизи Црквеног учења (**Ecclesiastique**, XXX, параграф 24) сусрећемо текст, гдје пише "у дану када се завршава ток живота твог"⁴²⁾, оставилац треба да учини распоред имовине. Ово је навело неке ауторе на закључак о постојању неког облика усменог тестаментa код Јевреја.⁴³⁾

Занимљиво је скренути пажњу на чињеницу да правила јеврејског наследног права "... остају непрецизна у више тачака".⁴⁴⁾ Оно око чега нема недоумица је одредба да "... синови законите супруге наслеђују свога оца".⁴⁵⁾ Врло је занимљиво решење јеврејског наследног права, на основу којег је најстарији син фаворизован и код диобе оставине наслеђује два дијела непокретне имовине "зато што је живио са оцем".⁴⁶⁾ Он у случају очеве смрти постаје глава породице.

Наследноправни положај синова друге супруге оставиоца, говори о њиховом "...инфериорном положају и обично нијесу могли бити наследници".⁴⁷⁾

Занимљив је наследноправни положај оставиоцевих кћери. Оне су наслеђивале оца, само онда ако "...није имао синова".⁴⁸⁾ Треба нагласити чињеницу да су кћери оставиоца "...имале предност у односу на његову браћу".⁴⁹⁾

42) Ecclesiastique, XXX, § 24.

43) Albert. G: La liberte de Tester. Paris-Angers, 1895, стр. 156; Boissonade. G: Historie de la Reserve Hereditaire, Paris, 1873, стр. 5; Cornulier-Luciniere: Etudes sur le droit de tester, Orleans, 1880, стр. 371.

44) Gaudamet J, Institutiones de l' Antiquite, Paris, 1967, стр. 122.

45) Исто, 122.

46) Исто, 122.

47) Исто, 122.

48) Исто, 122.

49) Исто, 122.

У најстарија времена жена (удовица), није имала право да наслиједи непокретну имовину"...али Рутина прича"⁵⁰⁾ потврђује супротно становиште, тј. да је имала право на то. Ако оставилац нема синова и кћери, наслеђују га његова браћа.

Пажње је вриједна следећа констатација Ж. Гаудамеа, па је зато доносимо у цјелости: "Право располагања имовином у случају смрти, је доказано, али се није могла прецизирати правничка природа овог "тестамент", ни услови у којима би се он могао употријебити".⁵¹⁾

Идеја да завјешталац изјавом последње воље утиче на судбину своје имовине и послије његове смрти, није била непозната ни најстаријим цивилизацијама. Оставилац је понекад имао врло оправдан интерес, да одступи од утврђеног система законског наслеђивања, односно да измијени законски наследни ред на штету законских наследника.

Међутим, да би тестамент заиста и настао нијесу биле довољне лијепе жеље и добре намјере оставиоца, већ је било нужно да се појави друштво, које фаворизује слободног индивидуалца и његову аутономну – слободну (неокрњену) вољу. Више је него јасно, да то није било могуће у друштвима гдје је доминирала затворена кућна привреда. За настанак тестаментa био је пријекo потребан даљи развој друштвено–економских односа, који ће резултирати, све већим развојем приватног власништва и афирмацијом слободне индивидуе.

Сва је прилика да правни системи источњачких деспотија, нијесу у свом развоју досегли до тог ступња, да правни субјект својом вољом, непосредно, себи одреди

50) Исто, 122.

51) Исто, 122. Чињеница да аутор ријеч тестамент ставља под наводнике упечатљиво говори о томе да се овдје не ради о класичном тестаменту, него неком облику испољавања последње воље налик тестаменту.

универзалног сукцесора. Завршни корак у том смјеру, ипак ће морати учини римско право.

Треба рећи, да код свих старих народа свето правило, да наследника одређује Бог, а не човјек – **Deus heredem facere potest, non homo**, споро је замјењивано супротним начелом. То се није могло ужурбано догодити ни у старом Риму, јер од њиховог првог тестаментa **calatis comitis**, који многим својим атрибутима асоцира на сличне правне послове код других античких народа, до развијених форми тестаментa, који се готово неизмијењени примјењују у свим савременим правним системима, протекло је хиљаду година историје римског права, период у којем је смјештена цијела историја Западног римског царства.

Сасвим природно, сасвим нормално, јер на други начин и нијесу могле настати правне установе, које представљају тековину цивилизације. Установа тестаментa на лествици тих - фундаменталних правних институција заузима високо мјесто.

Г Л А В А Т Р Е Ћ А

ТЕСТАМЕНТ КОД СТАРИХ ГРКА

1. Развој слободe завјештања код старих Грка

Да би уопште могли говорити о тестаменту код старих Грка, треба се макар и узгред, осврнути на појам "грчко право". Намеће се врло логично питање, постоји ли јединствено грчко право, с обзиром на чињеницу да је грчка цивилизација била издробљена на стотине полиса (градова – држава). А то значи да је сваки полис имао властито, аутономно законодавство, при чему треба имати у виду и међусобне утицаје и правне узоре који су ако не исти, онда у најмању руку били слични. Такође, морамо имати у виду и то да су ови правни системи били на различитом степену развоја, код различитих полиса. Тако да имамо правне системе који представљају тзв. примитивно право (нпр. спартанско и сл.), а имамо и врло развијене правне системе (атинско право).⁵²⁾ На средокраћи између ове двије екстремне вриједности налази се право полиса Гортине, као еволутивни спој између ова два правна система.⁵³⁾

52) С. Аврамовић, н.д., стр.155.

53) Исто, 155.

И поред неспорних разлика које постоје у праву грчких полиса, постоји ипак један фонд заједничких правних установа, којима основни печат даје атинско право, као најразвијенији правни систем, цјелокупне грчке цивилизације.⁵⁴⁾

Што се тиче нашег централног питања, да ли је грчко право познавало слободу завјештања и тестамент, у књижевности посвећеној правној историји античке Грчке имамо различита схватања о овом проблему. Нијесу сасвим усамљени аутори, који тврде да је тестамент настао већ у Спарти.⁵⁵⁾ Ипак, претеже мишљење да о слободи завјештања и тестаменту не може бити ни говора, све до Солонових реформи.⁵⁶⁾ Великом државнику и још већем реформатору се приписује, да је у правни живот Атине увео поред осталих и установу тестаментa. У науци постоји спор о томе да ли је Солон увео тестамент у правни живот Атине. Они који тврде да је то Солон учинио, представљају мањинско мишљење,⁵⁷⁾ у односу на владајуће већинско мишљење, које сматра да су уведене само неке наследно-правне иновације у већ дејствујуће установе (усвојење, поклон). Ни уведене иновације нијесу довољне да би се промијенило становиште, да се овдје не ради о слободи завјештања и тестаменту "у оном смислу и облику у коме их је оставила римска правна традиција".⁵⁸⁾

У атинском наследном праву доминира законско наслеђивање,⁵⁹⁾ јер право тестаментa још увијек нема.

54) Исто, 174.

55) Schulin, F: Das Griechische Testament verglichen mit dem römischen, Basel, 1881. стр. 39.

56) О. Антић, Наследно право, Београд, 2002, стр. 195; Ш. Куртовић, н.д., стр. 102; С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 189. И Куртовић и Кечекјан тврде, да је завјештање у правни живот Атине увео Солон и да су завјештање могли правити само оставиоци, који нијесу имали законите мушке дјеце. Кечекјан још тврди, да завјештање није могао правити оставилац, који није био умно здрав и да није био изложен принуди било физичкој, било психичкој, као и малодобни и жене.

57) О. Антић, н.д., стр. 195. С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 182.

58) О. Антић, н.д., 2002, стр. 195.

59) Бастаић К. – Кризман Б. н.д., стр. 58.

Код законских наследника предност имају мушки сродници. Послије оставиоачеве смрти, на наслеђе се позивају његови законити синови и њихови потомци, дијелећи имовину на једнаке дјелове. Кћери оставиоца нијесу имала право на наслеђе, али су приликом удаје браћа била дужна да им дају мираз.⁶⁰⁾ Ванбрачна дјеца, ако нијесу призната или усвојена, не сматрају се дијелом породице и уопште немају право наслеђа.⁶¹⁾

Ако би се пак десило, да отац умре без синова, тада ћерка (епиклера), продужава оикос свог оца.⁶²⁾ Овакво решење је у потпуној сагласности са забринутостју Атињана, да им се не угаси породица и то "не само из имовинских разлога, већ и због религијских последица".⁶³⁾ Требало је продужити породични култ, одржавати гробове, приносити жртве, и сл.

Да се ово не би десило, бринуо је и полис. Политички разлози су налагали да се породица пуноправног атинског грађанина не угаси. Чак је архонт био задужен да "разним правним средствима спречи трагедију коју су Атињани звали **oikos eremos** – напуштен оикос".⁶⁴⁾ Зато у Атини за разлику од Рима, није важила изрека **filia familiae suae finis**, јер се преко ћерке наследнице може обезбиједити потомак – унук, који наслеђује имовину свога дједа и на тај начин продужава његов оикос. Да се крв не би мијешала, епиклера се морала удати за најближег побочног сродника по оцу, значи за рођеног стрица, а ако овог нема онда за брата од стрица и тако редом. Основни циљ установе епиклерата, био је рођење мушког дјетета, о чему речито говори Плутархова тврдња, да је било регулисано и одржавање полних односа између епиклере и њеног мужа, па чак и то да су полно морали општити бар три пута

60) Ш. Куртовић, н.д., стр. 102.

61) Исто, 102; С. Ф. Кечекјан, н.д., стр. 119.

62) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 182.

63) Исто, 182.

64) Исто, 182.

мјесечно.⁶⁵⁾ Ако епиклерин муж пренабрегава брачне обавезе, тј. ако полно не општи најмање онолико пута мјесечно колико је то предвиђено, могао га је тужити било који грађанин јавном тужбом – **graphe**, која је за собом повлачила развод брака. Исто правно средство, могла је користити и епиклера. Међутим, и после евентуалног развода, епиклера се морала удати за следећег најближег сродника, и све тако редом како би се постигао основни циљ епиклерата.⁶⁶⁾ Ако се из овог односа не роди наследник, онда епиклерат нема ама баш никакво оправдање. У супротном не треба да брине заинтересованост државе за успјешно одржање ове установе.

Што се тестаментачке тиче, његово постојање, као и већине модерних правних усанова, које су Атину претвориле у демократску републику, приписује се великом реформатору и државнику Солону.⁶⁷⁾ Има аутора, који тврде да је у старо доба, дакле прије Солонових реформи имовина оставиоца, који је умро, без законских наследника, припадала његовом колективитету (роду или фратрији). Даље се тврди да је Солон установио "право слободног завјештања по коме се имовина могла оставити тестаментом и неком ко није био члан рода умрлог".⁶⁸⁾ Очигледно је да је ова могућност била допуштена, само онда, ако оставилац иза себе није оставио законске наследнике, па је заоставштину у том случају наслеђивао колективитет којем је оставилац припадао. Чини нам се да се са Солоновим заслугама, када је у питању тестаментално наслеђивање претјерује, али се не претјерује, ако се тврди, да је он трансформисао већ постојеће заобилазне начине, да оставилац одлучује о судбини своје имовине послје, своје смрти.⁶⁹⁾

65) Исто, 182.

66) О. Антић, Наследно право, Београд, 2002, стр. 195.

67) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 182; Главни радови Маркса и Енгелса, Загреб, 1979, Ф. Енгелс, Поријекло породице приватног власништва и државе, стр. 1213 – 1320; 1318.

68) Струве В. В – Калистов Д. П., Стара Грчка, Београд, 2000, стр. 155.

69) О. Антић, н.д., 2002, стр. 195.

2. Облици изражавања последње воље у грчком праву

Познато је да је на ширим просторима старе Грчке примјењивана адопција **inter vivos**, која је производила правне последице између усвојиоца и усвојеника, гдје се заснива заједница живота. Поред ове Солон је у правни живот Атињана увео адопцију **mortis causa** или тестаменталну адопцију. Овај облик усвојења – усвојење за случај смрти, производи сасвим друкчије правне последице од адопције **inter vivos**. Овдје се уопште не заснива заједница живота између усвојиоца и усвојеника. Међутим овдје је воља оставиоца била подложна објективним ограничењима, јер је овај облик адопције био могућ, једино ако оставилац није имао мушког потомства.⁷⁰⁾

Дилему, да ли је Солон у правни живот Атињана увео тестамент, треба разријешити на начин, како је то урадила историјско-правна наука.⁷¹⁾ Држимо да је сасвим упутно рећи још коју ријеч о тзв. усвојењу ради наслеђивања, пошто се оно суштински разликује од усвојења **inter vivos**. Усвојење за случај смрти или тзв. тестаментална адопција, производи правне последице тек од тренутка смрти усвојиоца. Овдје се дакле не заснива заједница живота, као код адопције **inter vivos**.

Овим актом оставилац једноставно прогласи неко лице за сина, које на тај начин стиче својство законског наследника, и наслеђује га послвије смрти. Занимљиво је да усвојеник не улази у посјед наслеђа одмах, послвије смрти усвојиоца, већ се мора обратити захтјевом архонту.⁷²⁾ За

70) Исто. 195.

71) Већина аутора ипак сматра да тестамент још увијек нема, него да су уведена само нека наследноправна проширења у већ овјештале наследноправне институције (поклон, усвојење и сл.), и да ту не може бити ријечи о тестаменту и развоју слободе завјештања у грчком праву. Овдје се прије свега мисли на тестаменталну адопцију. Чак ни Солонове реформе нијесу ту суштински промијениле ствари. Није се могло много даље испред времена коме се припадало.

72) О. Антић, н.д., 2002, стр. 195.

синове и мушке усвојенике **inter vivos**, важило је друго наследно правило, јер су они ступали у посјед непосредно у тренутку делације оставиоца. Остали наследници то су радили посредно уз одобрење архонта.⁷³⁾

Усвојење ради наслеђивања, је једностранни правни акт, прављен у писаној форми, или уз учешће свједока, а радило се и о једнострано опозивом акту. Усвојеник није морао бити упознат са овим актом, све до усвојичеве смрти.⁷⁴⁾ Документ, који се том приликом сачињавао у писаном облику називан је **diatheke**. Овај ће назив касније грчки језик користити за означавање "тестаментa, мада у античкој Атини **diatheke** није представљала класични тестемант, већ само тестаменталну адопцију".⁷⁵⁾

И овдје воља оставиоца није била неокрњена, јер прављењу овог правног посла, није могао прибјећи онај који је имао рођене наследнике из првог наследног реда.⁷⁶⁾

Други заобилазни начин да се неко уведе у ред наследника, а да на то не би имао право по редовном току ствари јесте **donatio mortis causa**, или поклон за случај смрти. Међутим, овдје је воља оставиоца још више ограничена, него у случају усвојења ради наслеђивања. Овдје се за ваљаност правног посла тражи и пристанак обдареног,⁷⁷⁾ јер се ради о поклону, а тестамент је једностранна изјава воље, која производи правне последице, без обзира на то да ли су наследници сагласни са њом или не.

Првобитно, још од времена хомерског права, предмет овог правног посла, биле су ствари у личној својини, које за њеног титулара имају афекциону вриједност (одје-

73) Исто, 195.

74) Исто, 195.

75) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 183.

76) О. Антић, н.д., 2002, стр. 195.

77) Познато је да ни Наполеон није разумио суштину овог правног посла, јер није могао да схвати да за поклон није довољно да постоји једна воља, што је показао учествујући у изради француског грађанског законика.

ћа, оружје, накит). Ове је ствари оставилац, очекујући скороу смрт или какву велику опасност, завјештавао. Временом предмет поклона постају "покретне ствари и новац (нарочито у Гортинском закону)"⁷⁸⁾

На овај начин се ширила слобода тестирања оставиоца, иако се овај правни посао заснива на сагласности воља уговорних страна, јер поклон је уговор, а никако једностранна изјава воље оставиоца. Даља генеза слободе завјештања у грчком – атинском праву текла је тако, што се из поклона за случај смрти, развио **легатски тестамент**.

При самом крају своје државно–правне егзистенције (IV вијек прије н.е.), атинско право открива нове могућности имовинског располагања оставиоца за случај смрти. Треба истаћи да **тестаментална адопција** више нема скоро никаквих наследно–правних ограничења.

Легатски тестамент је правни посао, којим оставилац поједине ствари, па чак и некретнине, слободно завјештава појединим лицима једностраном изјавом воље. Ни овдје није ријеч о тестаменту у класичном и римском значењу тог појма, јер се њиме не поставља наследник имовине, као универзални сукцесор, свих права и обавеза из заоставштине. Наследник из легатског тестаamenta је сингуларни сукцесор, јер наслеђује само поједине дјелове имовине оставиоца.⁷⁹⁾

Ако занемаримо тврдње неких историчара права, међу којима има знатан број и оних са наших простора,⁸⁰⁾ који тврде да је институцију тестаamenta у правни живот Грка увео гласовити атински државник, реформатор и законодавац Солон, ипак новија и темељитија истраживања овог наследноправног феномена, доказују да тестаamenta

78) С. Аврамовић, н.д., 1999, стр. 183.

79) Исто, 183.

80) А. Вајс, Љ. Кандић, н.д., стр 57, Д. Стојчевић, Порекло и функција тестаamenta *Salatis comitis*, (докторска дисертација), Београд, 1948, стр. 32, Р. Фестић, *Опћа историја државе и права*, Сарајево, 1989, стр. 95.

код старих Грка, још увијек нема.⁸¹⁾ Ту цивилизацијску тековину ипак дугујемо Римљанима и њиховом правном систему.

Послије претходног излагања о развоју идеје слободе завјештања у античком грчком праву, можемо извући следећи закључак. Прије свега развој слободе завјештања у античком – грчком праву, имала је друкчију генезу и друкчију суштину, него у римском праву. Треба рећи да тестамент у грчком праву нема, иако се Солону неосновано приписује увођење ове установе, као облика испољавања последње воље **de cuiusa**.

Развој идеје слободе завјештања у античком – грчком праву, одвијао се на необичан начин, кроз двије упоредне фазе у развоју ове институције. Једна од ових развојних фаза, била је везана "за различите облике изражавања последње воље оставиоца, преко којих су се испољавале шире наследноправне консеквенце, укључујући имовинска, породичноправна, религијска, политичка и друга дејства сукцесије **mortis causa**".⁸²⁾ Друга развојна фаза слободе завјештања код старих Грка била је скопчана искључиво са имовинскоправним последицама наслеђивања. Наслањајући се на предњу констатацију, да грчко право не познаје институцију тестаментa, намеће се закључак, да се код старих Грка еволуција слободе тестирања "није састајала у увођењу нових облика изражавања последње воље, већ у еволутивној трансформацији два института, који вуку поријекло из далеке прошлости (адопција и поклон за случај смрти)".⁸³⁾

Генеза слободе завјештања у грчком праву, састојала се у еволуцији њене садржинске стране и њеном проширивању. Постепено се елиминишу ограничења адопци-

81) С. Аврамовић, Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву (докторска дисертација), Београд, 1981, стр. 376, О. Антић, Наследно право, Београд, 2002, стр. 195.

82) С. Аврамовић, Еволуција слободе тестирања... стр. 376.

83) Исто, 380.

је, везана за круг лица која могу бити адоптирана, уз постепену доминацију наследноправних учинака усвојења.

Када је ријеч о поклону за случај смрти, даља генеза овог института ишла је у правцу повећања вриједности имовине, која је могла бити предмет овог правног посла.⁸⁴⁾ Такође се ширио и круг лица у чију корист је могао бити сачињен овај правни акт.⁸⁵⁾

Врло је занимљива констатација, великог znalца овог проблема, којем је уосталом посветио и своју докторску дисертацију, проф. С. Аврамовића, који на једном мјесту каже " ... утврђено је да је, управо са садржинске стране, слобода тестирања у античком грчком праву била шира него у Риму, мада се у Грчкој не среће установа тестаментa, већ само алтернативне форме изражавања слободе тестирања **sui generis**".⁸⁶⁾

Тврдња да у грчком праву нема класичног тестаментa, подупрta је анализом појединих карактеристика основних аката располагања **mortis causa** у грчком и римском праву.

Основна разлика "између ова два правна система се састоји у дивергентној садржини и правној природи аката располагања за случај смрти".⁸⁷⁾ За разлику од римског права, гдје се јавља институционални тестамент, као акт једностране изјаве последње воље оставиоца, којом именује универзалног сукцесора, грчко право познаје "два компатибилна облика изражавања такве воље".⁸⁸⁾

Један од та два начина који је хронолошки први настао јесте адопција **inter vivos** или адопција ради наслеђивања, која иако садржи шире наследноправне последице, ипак не садржи именовање наследника, него само успоставља вјештачко сродство. Поклон за случај смрти, има

84) С. Аврамовић, Еволуција слободе... стр. 380.

85) Исто, 381.

86) Исто, 381.

87) Исто, 381.

88) С. Аврамовић, Еволуција слободе тестирања у ... стр. 381.

правну нарав, која би се отприлике могла дефинисати овако: то је такође акт оставиочевог различитог искључиво имовинског, сингуларног располагања. Ни овај правни посао не садржи именовање наследника,⁸⁹⁾ што представља суштину римског тестаментa.

Треба рећи да већина ових аката имовинског располагања у грчком праву имају двострани карактер. Што се тиче круга лица, која су имала способност да врше располагања изјавом последње воље, пошто се није радило о именовању универзалног сукцесора, у Грчкој ову способност су имале чак и жене, али не и у случају тестаменталне адопције. Ову слободу тестирања нијесу имала ни усвојена лица. "Она је такође била недоступна оцу који има законите синове, а установа ексхередације није позната".⁹⁰⁾

Но упркос томе оставиочева тестаментална слобода, код сингуларних имовинских располагања била је шира него код Римљана, тако да су законски наследници могли бити лишени наследства, јер је сва заоставштина могла бити предмет овог облика располагања. Разлика између облика сингуларног имовинског располагања код Грка и тестаментa изражава се и кроз форму потребну за сачињавање ових аката. У старом грчком праву акти последње воље, као ни други уговори нијесу били везани за неке нарочите формалности, за разлику од Рима, гдје је тестамент строго формални правни посао у свим фазама његовог развитка. Из напријед приказаних разлика ових аката код Грка и Римљана, рађају се и многе друге, као што су, непостојање начела **pro parte testatus**, одсуство одговорности лица, које је у акту последње воље оставиоца одређено за његове дугове, значај постојања извршиоца последње воље, одсуство "празног" именовања наследника, а да овај при том не стиче никакву имовинску корист, непостојање права прираштаја међу наследницима, опозивост изјаве последње воље, а да се не прави нови акт, истовре-

89) Исто, 381.

90) Исто, 382.

мено постојање двије или више сагласних изјава последње воље, и сл.

Трагајући за основним факторима, који су пресудно утицали на дубоке разлике у карактеру и развоју слободе завјештања у грчком и римском праву, а нарочито непостојање завјештања у старој Грчкој, сачувани извори нас упућују на закључак да није ријеч о само једном фактору.

Ако пођемо од неспорне чињенице, да степен развоја приватне својине има огромни значај за развој и особине слободе тестирања и у Грчкој, као и другдје, треба рећи да приватна својина није била једини и безусловни фактор настанка установе тестаментa у антици. Ово су углавном друштвено-економски фактори који су утицали на форму у којој ће бити изражена слобода завјештања у грчком праву, али треба рећи да су ипак "од пресудног утицаја били специфични друштвено-политички услови типични за грчке полисе, неке особености религијских схватања, организација породичног живота – карактер оикоса и, посебно, одсуство снажне власти оца и мужа у породици, као у Риму, и, најзад, неке специфичности законског наслеђивања".⁹¹⁾ Непостојање институције завјештања код старих Грка, можда се може објаснити истовременим дејством свих ових фактора.

На основу напријед изнијетих чињеница, више је него јасно да грчко право није познавало установу тестаментa. У непосредној вези са овим је и други закључак, који се једноставно намеће, а то је – грчко право није могло утицати на настанак ове установе у римском праву, нарочито не у вријеме Закона XII таблица. Особени облици у којима су стари Грци изражавали слободу завјештања "имају далеко више сличности са одговарајућом установом египатског права, него са римским тестаментом".⁹²⁾

91) Исто, 383.

92) Исто, 383.

Неспорно је да су основне карактеристике слободе завјештања у Грчкој биле специфичне, мада сродне у већини грчких полиса, за које имамо одговарајуће податке. Такође је неспорно да у старој Грчкој постоји континуитет у развоју установе завјештања још од хомерског права, преко гортинског до спартанског и атинског. Ријеч је дакле о континуираном и непрекинутом процесу својственом већини грчких полиса. Дакле, намеће се "закључак о постојању истоветних токова еволуције слободе тестирања у разним грчким полисима и о њеном континуираном развоју у Грчкој."⁹³⁾

Чини нам се да еволуција слободе завјештања у грчком праву подупире наше увјерење, да бар у овој области постоји јединствено грчко право, бар до извјесног степена.

93) Исто, 383.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

I ТЕСТАМЕНТ У РИМСКОМ ПРАВУ

1. Настанак и особине римског тестаментa

Већина античких народа као што је напријед речено не зна за тестамент. Тамо о судбини имовине после смрти оставиоца, одлучују: обичај и закон. За већину аутора који се баве овим феноменом, није спорно да је тестамент настао у старом Риму. Такође није спорно да Римљани знају за тестамент од најстаријих времена и да га интензивно користе.

У том смислу Рим представља очигледан изузетак у односу на остале старе народе, који и онда када су имали развијену приватну својину, учвршћене и устаљене државне институције и изграђен правни систем, знају само за заобилазне начине, којима се постижу правни учинци тестаментa. О старости римског тестаментa речито говори и Закон од XII таблица, који га само узгред спомиње. Зна се да је овај Закон, иначе резултат класне борбе између патриција и плебејаца, имао за циљ "да се објави постојеће обичајно право, утврде и објасне извесне његове одред-

бе",⁹⁴⁾ како би се спријечила њихова злоупотреба од стране патриција, а на штету плебејаца. И то је један од разлога због чега се закон детаљније бави само оним правним установама, које се кроз друштвену праксу нијесу довољно учврстиле и усталиле и које најширим слојевима становништва нијесу биле довољно познате, па је њихово различито тумачење могло довести до злоупотребе, разумије се увијек на штету подјармљених слојева становништва. Закон се детаљно занима и новим институцијама, које тек уводи у правни живот Римљана.⁹⁵⁾

Посебно апострофирамо чињеницу да се Закон XII таблица уопште није занимао оним правним институцијама, које је друштвена пракса потпуно учврстила и које су издржале пробу времена, биле свима познате и нијесу изазивале било какве спорове. О овим установама Закон уопште не говори, а ако говори онда то чини само узгред. Зато не треба ни најмање да чуди што Закон нигдје не спомиње **ager publicus**, мада је државна својина на земљишту била врло раширена, а "само узгредно прави алузију на **ager gentilicius**, иако су чак много доцније сачувани извесни колективни поседе генсова".⁹⁶⁾

Закон не спомиње ни сасвим учвршћене државне институције, нема прописа који говоре о: комицијама, сенату, нити пак магистратима. Нема ријечи ни о учвршћеним правним установама попут: **patria potestas, manus**, брак уопште и форма у којој је закључиван. Напријед поменуте државне и правне установе су неспорно постојале у ондашњем Риму, а Закон их претпоставља и спомиње само уз друге нарочито регулисане и третиране установе.

Једна од тих установа коју Закон само узгред спомиње је и тестамент, спомињући га под називом **intestatus**, што опет подвлачимо убједљиво говори о његовој старости код Римљана. Закон не каже ништа више од тога, већ

94) Д. Стојчевић, н.д., стр. 10.

95) Исто, 10.

96) Исто, 10.

одмах прелази на проблем наследноправних односа "агната и гентила према заоставштини у случају да нема тестаментa, које питање је принуђен да специјално регулише, јер нагло ширење приватне својине и моногаме породице, и учвршћење власти **pater familias-a**, мењају у основи структуру породичних и имовинских односа, доводећи у сукоб интересе ужих чланова породице – **sui**, интересе агната и интересе гентила".⁹⁷⁾

Овакав однос Закона XII таблица према тестаменту, говори само о томе, да је тестамент у вријеме доношења овог Закона, био стара у пракси широко заступљена и народу добро позната установа, која више не изазива значајније спорове, као што су уосталом то биле и сенат и комиције и **sacramentum** и **ager publicus i patria potestas** и многе друге, које је Закон намјерно заобишао, а представљале су стожер државног и правног поретка ондашњег Рима.⁹⁸⁾

О древном поријеклу римског тестаментa, говори још један податак, који је садржан у одредбама овог Закона, а то је да већ у том времену, тестаментално наслеђивање има предност над интестатским, иако је још рано говорити о неокрњеној слободи завјештања римског **pater familias-a**.⁹⁹⁾ Занимљиво је указати на чињеницу да се законско наслеђивање, већ тада назива интестатско, "а интестатски наследници, агнати и гентили позивају се на наслеђе тек ако нема тестаментa".¹⁰⁰⁾

Да би резимирали напријед истакнуте чињенице, а наслањајући се при том на сазнања историјско–правне науке о настанку римског тестаментa, намеће нам се закључак, да је тестамент у Риму настао у VII – VI вијеку прије н. е. у последњем стадијуму развоја патријархалне породице, на оном историјском прелому од патријархалне

97) Исто, 11.

98) Исто, 11.

99) Исто, 11, О; Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 239.

100) Д. Стојчевић, н.д., стр. 11.

ка моногамој породици, то је вријеме наглог развоја размјене, нарочито са сусједним, много културнијим народима. То је оно вријеме када је "власт шефа породице ојачала до приватно–својинског односа, према имовини и члановима породице и када се јавила потреба да се утицај његове воље продужи и после његове смрт",¹⁰¹⁾ како би се извршио распоред породичне имовине, онако како то најбоље одговара интересима оставиоца.

Наслањајући се на претходну констатацију, указујемо на чињеницу да је завјештање настало, казано Енгелсовим ријечима да "... власник може располагати својим власништвом чак и после своје смрти. Ова установа, која је директно противурјечна старом гентилном уређењу, била је непозната у Атини све до Солона; у Риму је уведена већ рано, али не знамо када".¹⁰²⁾ Завјештање је, дакле, органски повезано са развојем приватне својине. У друштвима гдје доминира колективна својина и колективистичка свијест и начин живота, прије настанка државе и имовинске диференцијације друштва на друштвене класе и слојеве, наслеђивање и технички није могуће, а завјештања нема у модерном смислу те ријечи, јер власник имовине је колективитет – генс, агнатска заједница или пак велика породица (**consortium**).¹⁰³⁾

Кратка анализа степена развоја друштвеног и економског амбијента старог Рима у VII и VI вијеку прије н. е. показује да је то период у коме су Римљани знали за одређену специјализацију друштвеног рада, познавали неке занате, као самостална занимања, интензивира се уну-

101) Исто, 42.

102) Главни радови Маркса и Енгелса, Загреб, 1979, Ф. Енгелс, Поријекло породице приватног власништва и државе, стр. 1213 – 1320; 1318. Енгелс на истом мјесту, само мало раније каже да увођење тестаментa представља тековину цивилизације. Види стр. 1318. и др., цитираног дјела. Мањег је значаја његова погрешна тврдња да је Солон увео тестамент у атинско право. Ово мишљење је својевремено имало доста присталица, мада је касније преовладало становиште које ову тврдњу одбацује као погрешну.

103) М. Хорват, н.д., стр. 317 –325.

трашња и међународна робна размјена, истина још није формиран слој трговаца,¹⁰⁴⁾ долази до лаганог распадања патријархалне породице (конзорцијума), долази до јаког продора индивидуалног приватног власништва и моногаме породице.

Једном ријечју, Римљани се налазе на таквом степену друштвено–економског развоја, који управо омогућава и условљава настанак правне установе наслеђа, што се у овом периоду морало и десити, па је и настала. Међутим, ова чињеница још увијек не доказује, да су Римљани у том времену познавали установу тестаментa. Ово због тога што је добро познато да тестамент представља, један степен више у развоју наследног права и најчешће се не јавља истовремено са настанком установе наслеђивања.

Тестамент као установа наследног права, претпоставља нешто развијенију приватну својину и размјену, још већи степен самосталности шефа породице – **pater familias**, и његов неокрњени ауторитет у породици, који му обезбјеђује одлучујући утицај његове воље, не само за живота, већ и после смрти шефа породице.¹⁰⁵⁾

Неспорно је, дакле, да је тестамент у овом периоду био уведен у правни живот Римљана и да је имао преимущество у односу на интестатско наслеђивање, ипак још увијек не можемо говорити о неокрњеној слободи завјештања римског **pater familias**. Истина слобода завјештања била је потпуна, онолико колико су прилике у ондашњем Риму то дозвољавале, а то даље значи да је "била ограничена чињеницом да је тадања породица била још увијек конзорцијум, патријархална породица",¹⁰⁶⁾ са заосталим схватањима о породичној имовини и о правима чланова породице према тој имовини, као о њиховом природном праву. Предња схватања задржала су се у Риму веома дуго, чак све до III–II вијека прије н.е., јер је тада услед наглог

104) Д. Стојчевић, н.д., стр. 32.

105) Исто, 32- 33.

106) Исто, 43.

развоја ропства, разорена кохезиона снага римске породице.

Да поновимо, Римљани су за тестамент знали од најстаријих времена и широко су га користили. Закон XII таблица спомиње га само успут ("**Si intestato moritur**"), додуше помиње га на такав начин да се намеће закључак, да је то уобичајена и општепозната институција.¹⁰⁷⁾ Напријед је такође речено да овај Закон даје предност тестаменту над законским наслеђивањем.

Стари Римљани су сматрали да је прављење тестаментa морални императив и религијска обавеза за сваког римског грађанина. Умријети без тестаментa сматрали су за проклетство и велику несрећу. Једна од тежих клетви тога времена, гласила је: "Нека те Јупитер казни да умреш без тестаментa". Ова клетва сликовито свједочи о томе да се тестамент у старом Риму готово редовно састављао.

Прије него што кажемо нешто о особинама римског тестаментa, ваља указати на неке чињенице које говоре о времену настанка и старости установе завјештања у римском праву. Прије свега акценат стављамо, на добро знану чињеницу, да је наследно право најранијег Рима, један од најзамршенијих феномена римске правне историје уопште и да о овој чињеници морамо водити рачуна приликом изрицања коначних судова о старости ове установе у старом Риму. О овом проблему римске правне историје постоји више становишта, а ми ћемо указати на само нека од њих.

Тако Бонфанте држи да породица у римском праву има прије свега политичку улогу. Она је претеча државе, али је и у држави задржала атрибуте политичке организације, на чијем је челу отац породице, са овлашћењима налик на империјум римског магистрата. Породични суверенитет најјасније се огледа у карактеристичном облику својине над стварима **res mancipi**, зато наслеђивање поро-

107) А. Ромац, н.д., стр. 371.

личног старјешине, можемо сматрати као преузимање власти над породицом, путем завјештања. Овај аутор сматра, да у старом Риму завјештање претходи законском наслеђивању. Завјештањем **pater familias**, одређује свог наследника, којег најчешће бира међу дјецом, која се налазе под његовом влашћу.¹⁰⁸⁾

Од Бонфантеовог мишљења, није Бог зна удаљено ни становиште Levy – Bruhla, које полази од идеја да је завјештајно именовање наследника, понајприје значило одређивање будућег породичног старјешине. Ако, овог именовања нема, син стиче право својине на оставини у својству најближег агната, али без статуса оца породице.¹⁰⁹⁾ Од домаћих аутора скрећемо пажњу на становиште проф. Стојчевића. Он на једном мјесту каже, да су право наследства по старом римском праву имали само **adgnatus proximus** и **gentiles suus**, једино, ако га је отац породице завјештањем одредио за старјешину породице.¹¹⁰⁾

Не спорећи сасвим основне идеје, горе поменутих аутора, чини нам се да је, када је о времену настанка завјештања ријеч, друштвено–економској стварности ближе мишљење, које заступа Арангио – Руиз и бројни други аутори. Окосницу овог становишта, представља теза, да је у старом Риму, слично као и у старој Грчкој оставиоца наслеђивао његов десцедент, а да је завјештање уведено за случајеве, када отац породице није имао дјеце. Даља генеза слободе завјештања ишла је у правцу постепеног признања права располагања појединим добрима оцу породице, чак и ако има дјецу. Следећи корак у том смјеру био је признавање права оцу породице да слободно може располагати одређеним дијелом имовине, а онда је сли-

108) P. Bonfante, Corso di diritto romano, Roma, VI 1930, стр. 37. и д. ; Исти, Storia del diritto romano I, Milano, 1958, стр. 174. и д.

109) H. Levy – Bruhl, Intestatus, Studi in memoriae di E. Albertario, I, Paris, 1953, стр. 545. и д.

110) Д. Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1983, стр. 168. и др. Исти, Exheredatio sui у првобитном римском праву, Анали ПФ у Београду, 1952, I, стр. 41. и др.

једио и завршни корак, када је дошло до коначног признања завјештања као комплексног правног посла, са свим његовим последицама, које су могле ограничити, па чак и укинути наследна права дјете завјештаоца.¹¹¹⁾

И површном анализом горе истакнутих мишљења о настанку завјештања, лако долазимо до закључка, да се оно појављује, тек онда, ако оставилац нема дјете, те да је завјештање имало улогу коректива законског наслеђивања.

Што се особина римског тестаментa тиче, о њима је на извјесан начин било говора на почетку прве главе овог рада, што не треба да нас спречава, да неке ствари поновимо. Тестамент је, дакле, једнострани правни посао, који дјелује **mortis causa**, и којим оставилац одлучује о судбини своје имовине послје своје смрти. Истовремено то је лична, формална, последња изјава воље, којом оставилац одређује наследника своје имовине. У коријену ријечи тестамент је ријеч **testis**, што значи свједок, мада има аутора, који тврде да поријекло ријечи тестамент није сасвим јасно.¹¹²⁾ Ово, даље значи да је овај правни посао прављен пред скупштинама уз свједочење тамо окупљених скупштинара. Учешће свједока (обично седморице), при прављењу тестаментa, био је основ његове ваљаности и у касније доба.

Следећа карактеристика римског тестаментa је, да је то правни посао личног карактера, јер у овом послу заступање није могуће. Сагласно овом правилу, била би, неважећа последња изјава воље, којом би завјешталац, овла-

111) V. Arangio – Ruiz, *Instituzioni di diritto romano*, Napoli, 1957, стр. 508. и др.

112) Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxvord, 1969, стр. 239. О. Станојевић, вели “да реч за сведока потиче од тога што су код неких старих народа сведоци полагали заклетву стављајући руку на мошнице. Не постоје никакви докази да су Римљани при свједочењу имали тај обичај и, чини се, да се то не уклапа у менталитет и достојанство овог народа. Пре ће бити да је обрнуто - да је тај део људског тела добио назив према речи која значи сведок. Из разумљивих разлога”; О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 2001, стр. 238, напомена 1.

стио неког свог рођака или пријатеља у чије поштење, савјесност и разборитост има потпуно повјерење, да умјесто њега сачини тестамент. Тестамент је поред тога и строго формална изјава воље, због тога што производи веома важне последице за низ имовинских односа, а неријетко и за низ лица. Тестамент је уједно и последња изјава воље (**ultima voluntas**), јер у случају више сличних изјава, само је последња правно релевантна, само последња производи правне последице. Ово нас упућује на следећу тврдњу, да је оставилац све до момента своје смрти, свој већ сачињени тестамент, могао укинути или мијењати. Тестамент, мора бити израз слободне воље оставиоца, зато се држало да је воља оставиоца исказана у тестаменту, уједно и последња. То даље значи да "сваки потоњи тестамент ништи претходни".¹¹³⁾

Треба рећи, да је поред већ казаног тестамент и добротини правни посао, јер у овом правном послу једна страна (тестаментални наследник), добија корист, а да за то не даје никакву противчинидбу. Тестамент је добротини правни посао, чак и тада када садржи одређене терете и налоге које треба извршити из оставинске масе. Тестаментално располагање је добротино, чак и онда када је тестаментални наследник или легатар притиснут неком обавезом, јер се и тада ради о својеврсној прерасподјели користи из туђе (оставиочеве, примједба – С. М.) имовине.

Правило да се тестаментом одређује, шта ће бити са имовином оставиоца послје његове смрти, је дефиниција ове установе, која одговара позном римском и савременом праву. Добро је познато, да је наслеђивање у старом римском праву садржавало и неимовинска питања, као што су – функција породичног старјешине и дужност поштовања култа предака.

Јасно је дакле, на основу већ реченог о римском тестаменту, да је ова установа са пуном слободом завјештања

¹¹³⁾ О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 238.

имовином оставиоца и последице његове смрти "могућа само у друштвеном поретку у којем је индивидуално, приватно, власништво било до краја изграђено".¹¹⁴⁾ Мишљења смо да у овој чињеници лежи одговор на питање, о великом значају тестаментa у римском праву и друштву уопште, што се не може ни приближно рећи за друга античка друштва, прије свега оријенталне деспорије, гдје га или нема или игра сасвим ефемерну улогу.¹¹⁵⁾

2. Садржина тестаментa у римском праву

Римски тестамент садржи веома различита наређења, од којих су најчешћа: именовање наследника, легати, фидеикомиси, одређивање татора и ослобођење робова.

а) Именовање наследника

Именовање наследника је главна садржина римског тестаментa, током читаве историје Рима, (све до времена императора Јустинијана, када је ово начело укинуто), о чему говори веома важно начело римског права: **Institutio heredis est caput et fundamentum testamenti** (именовање наследника је глава и темељ тестаментa). Рационални резон овог правила је очигледан и не треба га посебно чињенично подупирати, чему тестамент, ако није именован наследник. Ово начело римског права "примјењивано је са посебном доследношћу".¹¹⁶⁾ Зна се, рефлектујући ово начело да све клаузуле тестаментa написане прије именовања наследника нијесу, могле бити пуноважне. Зна се такође, да ниједна наредба завјештања неће бити релевантна, ако се на његовом врху не налази именовање наследника, или ако је пак именовање остало без дејства. За именовање наследника била је предвиђена строга форма. Да би форма била задовољена, употребљавала се ријеч **heres** – наследник и глагол **esse** – бити, најчешће императивним латин-

114) А. Ромац, н.д., стр. 370.

115) Исто, 370.

116) О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 238.

ским ријечима (од III вијека н.е. могло је и грчким). Та формула је гласила: **Heres meus Servius esto** – Нека Сервије буде мој наследник, или **Marcus, filius meus, heres esto** – Нека син Марко, буде мој наследник. Тако био би ништаван тестамент, ако би гласио: нека добије моју заоставштину, или: нека се сматра мојим наследником и сл. По класичном праву, именовање наследника – **institutio heredis**, стајало је на самом врху завјештања и то латинским, а касније и грчким ријечима и морало је садржавати ријеч **heres**, односно наследник.

Наступајуће вријеме, ублажава ригидност овог правила, тако што су могле бити употријебљене и друге ријечи, док средином IV вијека наше ере, цар Константин или његови синови, коначно нијесу одредили да именовање важи, без обзира које су ријечи употребљене, под претпоставком да се из њих може утврдити воља оставиоца на несумњив начин. Ово је био начин, на који је формализам везан за именовање наследника сасвим изблиједио. Император Теодосије II, стотинак година доцније, прописује да завјештање може бити написано не искључиво на латинском, већ и на неком другом језику.¹¹⁷⁾

Због чега је римско право, именовање наследника сматрало за неизоставни и најважнији елемент завјештања (модерна законодавства сматрају ваљаним и оно завјештање, које не садржи именовање наследника), остаје да наслућујемо. Највјероватније да одговор лежи у историјском развоју римског тестаментa, који је у најстарије вријеме служио само за одређивање будућег породичног старјешине.¹¹⁸⁾

Доцније долази до ублажавања оваквог формализма, па се признавао и тестамент, који чак није ни писан на латинском језику. По римском праву тестаментално наслеђивање, искључивало је законско, чак и као дјелимичну допуну тестаментa, јер се примјењивало правило: **Nemo**

117) А. Ромац, Римско право, стр. 378.

118) Исто, 378.

partim testatus, partim intestatus decedere debet (Нико не може бити наслијеђен дијелом на основу тестаментa, а дијелом интестатски).

Завјешталац има право да именује више наследника. Уколико није одредио наследничке дјелове, већ "само набројио имена наследника, узимало се да су постављени на једнаке дјелове".¹¹⁹⁾ Ненаслијеђени наследнички дио неког од наследника прирастао је оставинској маси.

Наследни дјелови се обично одређују "у аликвотним пропорцијама, најчешће у дванаестинама, јер је римски систем мера заснован на броју 12".¹²⁰⁾ Класично римско право познавало је правило, по коме се не може именовати наследник на одређеној ствари – **ex certa res**. Посткласично право одступа од овог крутог правила и дозвољава именовање наследника на одређеној ствари.

Дешавало се да римско завјештање садржи поред осталих наређења и тзв. **Муцијеву кауцију**. Основна идеја ове установе огледа се у томе, што садржи услов, чија је суштина нечињење, као на примјер :"**si in Capitolium non ascenderit**"¹²¹⁾ ("ако се не попнеш на Капитол"), а могао је да гласи и овако :"**si Stichum non manumiserit**"¹²²⁾ - "ако Стиха не манумисираш (ослободиш)". Ово правно средство није своју примјену имало само код легата, већ се употребљавало и код наследства.

Наследник је могао бити именован и безусловно, а и под одређеним условом. Наследник, међутим, не може бити именован од одређеног рока или до одређеног рока,

119) М. Хорват, н.д., стр. 322; До сличног закључка долазе и други аутори: О. Станојевић: "Уколико су два лица именована... сматрало се да деле имовину... на пола. (Римско право, Београд, 2003, стр. 299 –300); и А. Маленица: "Ако их само наброји и именује за наследнике, чини их наследницима на једнаке делове." (Римско право, Нови Сад, 2003, стр. 231.

120) О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 239.

121) D. 35,1,7, Corpus iuris civilis, Volumen primum: - Institutiones – Digesta. Recognoverunt Paulus Krueger, Theodorus Mommsen, Berolini, 1911.

122) Исто.

као на примјер: "**usque ad kalendas illas heres esto**"¹²³) ("до ових календа нека буде наследник"). Сматра се да одређивање рока није ни назначено, због чега се држи да је наследник постављен без рока. Завјешталац такође, није могао именовати наследника под резолутивним условом: "**semel heres, semper heres**" – једном наследник, увијек наследник.

Познато је да је за наследника могло бити именовано само несумњиво одређено лице (**certa persona**). И ово начело је имали свој изузетак, тако што су лица **sui** по цивилном праву и **liberi** по преторском праву, а рођена су послерије прављења завјештања (**postumi**), могла бити именована за наследнике у завјештању, уз претпоставку да су у вријеме прављења завјештања зачета – **iam concepti**. У класичном римском праву завјешталац није могао за наследника именовати правно лице, јер је појам ове установе био тек у зачетку. То је био разлог због кога је за римске правнике правно лице представљало неодређен појам, тим прије што је чланство у њему трпило честе промјене, тако да је правно лице за њих представљало **incerta persona**, па није могло бити именовано наследником. Тако нијесу могли бити именовани наследницима ни градске општине ни општинари, јер су у питању неодређена лица, а уз то не могу сви свечано прихватити и вршити функцију наследника, да би постали наследници. Међутим, касније, на основу једног сенатског мишљења, дозвољено је градским општинама, да их могу именовати за наследнике њихови ослобођеници.¹²⁴) И овдје се дакле ради о изузетку од правила, које је конституисало класично право у корист градских општина, ако ослободи неког од својих робова. Ово сенатско мишљење инспирисано је учењима стоичке и епикурејске филозофије, која су се одразила на какво–такво побољшање правног положаја робова.

123) Justiniani, Inst. 2,14,9 (Corpus iuris civilis), Berolini, 1911.

124) UE. 22, 5.

б) Суїстїтїуцїје

Тестамент је могао да садржи и именоване супститута, уколико се првоименовани наследник – институт, не прихвати наследства. Било је дозвољено да се институту одреди више супститута и обрнуто.

Нијесу били сасвим усамљене могућности да завјешталац у свом завјештању одреди више степени наследника, оваквом формулацијом на примјер: "**si ille heres non erit, illeheres esto**"¹²⁵) ("ако овај не буде наследник, нека наследник буде онај") и тако редом све до роба, као **heres necessarius**.¹²⁶)

Постоји: обична или вулгарна, пупиларна и квази-пупиларна супституција.

1. Вулгарна супституција

Вулгарна супституција (**substitutio vulgaris**), представља наследника (замјеника), у случају да првоименовани наследник не постане наследником. Овдје завјешталац антиципира ситуацију да првоименовани наследник или неће хтјети или се неће моћи прихватити наследства, па опреза ради именује другог наследника, супститута. Оставио је даље могао, именувати следећег супститута првом супституту, па другом супституту итд.

Дакле, вулгарна супституција, супстински представља именоване наследника под суспензивним условом.

2. Пупиларна супституција

Пупиларна супституција (**substitutio pupillaris**), постоји онда када, отац породице у свом завјештању именује

¹²⁵) D. 28, 6, 36.

¹²⁶) Heres necessarius се морао прихватити наследства, хтио он то или не, јер је по одредбама најранијег римског права био члан агнатске породице оставиоца. Зато се тако и зове. Овом појму је супротан heres voluntarii. (В. Анте Ромац, Рјечник латинских правних израза, Vademecum iuridicum, Загреб, 1985, стр. 124).

за наследника свог малодобног сина, односно десцедента **in protestate**, истовремено одређујући свом недораслом сину наследника, уколико би он умро прије пунољетства, "дакле прије него што би могао сам правити опоруку".¹²⁷⁾ Рационални резон ове супституције је да имовину у таквој ситуацији не наслиједе синовљеви интестатски (законски) наследници.

У старо доба пупиларна супституција, важила је само, ако син надживи оца, што значи постане његов наследник, али умре прије пунољетства. У пракси је постало спорно, може ли пупиларни супститут наслиједити оца, чак и онда, ако син уопште не постане очев наследник, зато што је на примјер умро прије оца, или се пак именовано посмрче није родило. Друкчије казано, ово питање могло би да гласи: да ли је пупиларни супститут, истовремено и очев вулгарни супститут? Ова правна дилема разријешена је у Сулино доба у гласовитој парници **causa Curiana**,¹²⁸⁾ гдје је центумвиријални суд одлучио, да се пупиларни супститут оца, може сматрати и његовим вулгарним супститутом.

3. Квазипупиларна супституција

Квазипупиларна супституција (**substitutio quasipupilaris**) плод је Јустинијановог законодавног рада. Уведена је аналогно пупиларној супституцији, за случај гдје отац породице, свом душевно болесном сину одређује наследника. Овакав оставиочев син, неће ни послије пунољетства моћи правити тестамент, све док не оздрави.

Од осталих наређења, која је могао да садржи тестамент треба истаћи следеће: располагања оставиоца, као што су легати и фидеикомиси; оставилац може малољетној дјечи одредити (без обзира да ли им при том оставља наследни дио или не) татора; оставилац је могао и да осло-

¹²⁷⁾ М. Хорват, н.д., стр. 323.

¹²⁸⁾ Исто, 323. Види фусноту 5.

боди роба, награђујући га тако за вјерну службу, тај поступак се звао **manumissio testamentaria**.

3. Форме тестаментa

Завјештање је у свом историјском развоју у старом Риму, прошло кроз различите фазе и имало је различиту форму и функцију. Класично римско и Јустинијаново право, дефинишу ову установу као једнострану и строго формални правни посао за случај смрти. Основна садржина римског завјештања је именовање наследника (**heredis institutio**), односно универзалног сукцесора, једног или више њих, који наслеђују сву завјештаочеву имовину, односно сва његова права и обавезе.

Римско схватање тестаментa и његова широка примјена "представљају историјски изузетак, јер други народи на том ступњу или нису уопште познавали такву установу, или су познавали само неке посредне путеве да се постигну нека дејства тестаментa".¹²⁹⁾ Међутим, тестамент и тестаментарно наслеђивање, које би имало превагу над интестатским наслеђивањем, ниједан стари народ на том ступњу развоја није познавао. Чак ни Грци, који су били на далеко вишем ступњу развоја од Римљана у вријеме када су их ови војнички покорили, нијесу познавали тестамент, већ само неке посредне могућности, којима се неки странац доводи у положај интестатског наследника.

Овакве и сличне могућности биле су крајњи домет до кога су досегла и врло развијена робовласничка права. У тијесној вези са овим намеће се као неизбежно питање, који су узроци овако раног настанка и широког коришћења тестаментa у римском праву. Један од узрока је можда и сам карактер својине, јер слобода тестирања је нераскидиво везана са слободом располагања својином, она је еманација слободе располагања својином, и то не

¹²⁹⁾ Д. Стојчевић, Римско приватно право, стр. 168.

само као могућност располагања пословима **inter vivos**, него обухвата и својинска располагања **mortis causa**.

Професор Стојчевић, чијем се мишљењу придружимо, сматра да основни разлог лежи на другој страни. Познато је наиме, да је током знатног дијела историје, постојао суштински несклад између законског наслеђивања и постојећег облика породице. Стојчевић тврди да овај раскорак постоји још у вријеме Закона XII таблица, који предвиђа само два наследна реда: најближи агнат, а ако овог нема онда гентили.¹³⁰⁾

Овако предвиђен законски наследни ред одговарао је односима у конзорцијуму, иако је истовремено постојала и агнатска фамилија. Најближи оставиочев агнат био је брат, док оставиочева дјеца нијесу позивана на наслеђе. Када је друштвена пракса узроковала све чешће цијепање конзорцијума и када је на његово мјесто почела да долази фамилија, као имовинска и радна заједница, у којој одвојено живе и раде један брачни пар са својом дјецом, код оставиоца се јавља жеља да промијени законски ред наслеђивања, на тај начин што ће послије његове смрти његова имовина остати његовој дјечи. Ништа ни природније, ни правичније, ни поштеније. Тако ће сада дјеца, умјесто да заједно са имовином оду на старање најближем оставиоцевом агнату, као што је прије била пракса, наставити да живе на очевој имовини. На путу остварења ове жеље **paterfamilias**, стајала су владајућа правила наслеђивања, а уз њих и интереси његових агната.

а) Тестамент *calatis comitis*

Овако крупну противрјечност једино је могла ријешити скупштина – куријска комиција, и то само када јој је председавао **pontifex maximus** – шеф свештеничке колегије, као врховни чувар обичаја. То је био разлог због чега се **pater familias**, почео обраћати скупштини молбом

¹³⁰⁾ Исто, 169.

да његова жеља буде услишена. Суштина молбе **pater familiasa** састојала се у томе, што је он од скупштине тражио **testimonium** због чега се ова молба и звала **testamentum**.

Вјероватно да је бар у почетку, било противљења да се оваквим молбама удовољи, па је о судбини сваке од њих скупштина одлучивала гласањем.¹³¹⁾ Вријеме које је најлазило битно је утицало да се овако устаљена пракса измијени, јер у свијести људи се укоријенило мишљење да нема ништа природније од тога да имовину **pater familiasa** наслиједе његова дјеца.

На формирање оваквог мишљења веома много је утицала религија, која је као чувар старих обичаја створила култ породичног огњишта и породичног божанства, помажући на тај начин у изградњи појма **heres**, свештеника породичне религије и чувара породичне имовине и породичних традиција. У вези са овом тврдњом, можемо без претјеривања рећи, да је прављење тестаментa у најстаријем добу римске историје било, заправо, одређивање будућег породичног старјешине. Рано је још говорити да се у то вријеме тестаментом врши слободан избор наследника или, пак, да се породичном имовином може неограничено располагати. То ће се десити тек са промјеном начина производње, породичних односа и слободе у одлучивању, односно зависиће од интензитета прерастања породичне имовине у индивидуалну својину.¹³²⁾

Временом се укорјењивала пракса да се сви тестаменти одобравају, па су због тога изношени пред скупштину. Треба рећи да је изговарање свечаних ријечи пред скупштином, приликом изношења тестаментa на потврду, било само захтјев форме, а да је суштину тестаментa представљала воља завјештаоца.

Очигледно је, да је тестамент од самог свог настанка служио као инструмент за измјену законског наследног реда. Функција тестаментa као коректива законског насле-

131) Исто, 169.

132) А. Ромац, н.д., стр. 371.

ђивања, без сумње је једна од његових најзначајнијих функција, а истовремено и један од најзначајнијих узрока његовог настанка. Да би заштитио своју дјецу и да не би на наслеђе дошао првопозвани интестатски наследник – брат оставиоца, оставилац је тестаментом за наследника одређивао свог сина. Ово би уједно било и објашњење за најстарију форму тестамена у римском праву, и за присуствовање скупштине изради тестамена. Такође, ово би било и објашњење и за строгу примјену правила: **nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest**. Све је јасно. Ако се примјењује закон, онда се иде логиком конзорцијума, ако се примјењује тестамент, онда **suus heres** добија имовину и функцију **pater familiasa**, дакле та два начела су непомирљива.

Гај у Институцијама каже: "Испрва беху две врсте тестамена: **calatis comitis**, донешен пред комицијом која је два пута у години сазивана ради прављења тестамена, и тестамент **in procinctu**, тј. када је због рата узимано оружје; прокинктус је наине за бој спреман и наоружан војник".¹³³⁾ Најстарији римски тестамент, имао је, дакле, два облика, од којих је један прављен "у миру и доколици, други када су се спремали за битку".¹³⁴⁾

Већ је речено да је тестамент **calatis comitis** прављен пред куријатском комицијом, којој је предсједавао **pontifex maximus**. Циљ овог тестамена био је да обезбиједи хереса и наслеђе за **sui**. Због тога је именовање наследника у тестаменту његова главна садржина, без које тестамент не може постојати. Именовање наследника представља, како су говорили римски правници, темељ и главу тестамена. Једном створено, ово правило остало је кроз цијелу римску историју један од основних услова, без кога нема тестамент. Поред овако постављеног циља, први римски тестамент има и другу значајну функцију, која се наслања на

133) Гај, Институције (превео О. Станојевић), Београд, 1982. II, 100.

134) Loc. cit.

овако постављени циљ, а то је да је за наследника могао бити именован само **suus** завјештаоца.

Временом учешће скупштине и првосвештеника, при прављењу првог римског тестаментa, постају захтјев форме, а оставиочева воља изражена свечаним ријечима, есенција овог акта. Евидентно је, дакле, да је први римски тестамент (**testamentum calatis comitis**), био усмени и јавни правни акт.¹³⁵⁾

Временом је учешће куријатских комиција при прављењу овог тестаментa постала сувишна формалност, јер се тестамент у новим околностима проглашавао пред тридесет ликтора, који су представљали тридесет братстава. До ових је промјена могло доћи само са опадањем власти породичног старешине и измијењеном улогом куријатских комиција, које своје поријекло вуку из родовског уређења.

Сматрамо да излагање о најранијем римском тестаменту, тј. о тестаменту **calatis comitis** не би било коректно завршити, а да нарочито не апострофирамо чињеницу, да о њему не знамо много.¹³⁶⁾ Оно што знамо дугујемо неким радовима Гаја и Аула Гелија. Уз ово о овом тестаменту говоре и двије одредбе Закона дванаест таблица, које углавном третирају форму најранијег римског тестаментa.

б) Тестамент in procinctu

Овај тестамент представља други облик старог римског тестаментa. Ово је ванредни облик тестаментa, прављен уочи боја. Због тога је за њега предвиђена неупоредиво једноставнија форма, од оне предвиђене за први облик старинског тестаментa. Овдје је форма прављења тестаментa, била диктирана практичним потребама. Једноставнија форма тестаментa за војнике, била је предвиђена

¹³⁵⁾ Д. Стојчевић, Римско приватно право..., 170; Де Куланж, Ф., Античка држава, Београд, 1956, стр. 59.

¹³⁶⁾ Д. Стојчевић, Exhereditatio sui у првобитном римском праву, Анали П. Ф. у Београду, 1952, I, стр. 41 –55.

како "због њиховог слабог познавања права",¹³⁷⁾ тако и због чињенице што нијесу били у могућности да дођу у Рим, и што им је живот стално био изложен опасностима. Овај тестамент је ваљан, ако војник неформално пред својим друговима одреди ко ће му бити наследник.

Да би правну природу војничког завјештања, што више приближили читаоцу, навешћемо дјелове завјештања римског витеза Антонија Силвана из 142. године н.е. објављеног први пут 1940. године. Завјештање је веома занимљиво и заслужује да апострофирамо нека његова наређења:

"Антоније Силван, коњаник првог крила Трачана Мауританије, префектов гардист, војник Валеријеве чете, прави завјештање. Нека мој син М. Антоније Сатријан буде мој наследник у цјелости, и то над свим мојим војничким и невојничким добрима. Све остале искључујем из наслеђа. Треба да свечано прихвати моје наследство у првих стотину дана; ако не буде лишавам га наслеђа. Тада у другом реду (...) Антоније Р. (...), мој брат, нека буде мој наследник и треба да свечано прихвати моје наследство у првих 60 дана.

Породицу и имовину, ради прављења завјештања купио је Немоније, дупликар чете Марија. Либрипенс је М. Јулије Тиберин сесквипликар Валеријеве чете (...).¹³⁸⁾

У цитираном завјештању, дакле, сусрећемо "купца породице" по новијем типу манципационог завјештања и либрипенса.

Иако су војници могли правити манципационо завјештање, о чему свједочи цитирано завјештање коњаника Антонија Силвана, ипак им је допуштено, сачињавање завјештања, без било каквих формалности, али је зато, ово завјештање губило снагу годину дана послије војничког часног напуштања службе.

¹³⁷⁾ Гај, Институције, II, 109.

¹³⁸⁾ I. Calabi, Limentani, Epigrafia latina, Milano, 1974, str 343-347.

в) Тестаменти прављени у посебним приликама

За прављење ових завјештања, била је предвиђена знатно блажа форма. Један од таквих аката је – **testamentum pestis tempore conditum** (тестамент сачињен за време куге а касније и других сличних зараза), био је правно релевантан када свједоци нијесу били присутни прављењу тестаментa. Следећи тестамент, прављен у посебним приликама, јесте: **testamentum ruri conditum** – тестамент сачињен на селу, изван Рима, важио је и када је његовом сачињавању присуствовало петорица свједока. У ванредним приликама прављен је и тестамент, назван, **testamentum parentis inter liberos** – тестамент прављен у кругу породице, био је правно дејствујући, ако је изјављен пред двојицом рођака, као и када је сачињен у облику писма родитеља својој дјечи. Лабавија форма била је предвиђена и за војнички тестамент – **testamentum militis**, који је још од Цезара производио правне последице, а да му форма није била унапријед прописана, али је његово дејство било ограничено на годину дана, од његове часне демобилизације из војне службе.¹³⁹⁾

Пажње је вриједна чињеница, да ни **calatis comitis**, нити **testamentum in procinctu** никада нијесу изричито укинута, али су, према Гајевим тврдњама, у његово доба били ван употребе,¹⁴⁰⁾ највјероватније због тога што су доцније створени једноставнији и животу ближи облици тестаментa.

На крају излагања о садржини и најранијим формама тестаментa у цивилном праву старог Рима, још једном се враћамо тестаменту **calatis comitis**, јер мислимо да треба указати на једно мишљење, које се назива "теорија компаратиста", која је покушала да докаже да старо римско право, као уосталом ни друга права на том стадијуму развоја, није познавало тестамент, те да је најстарији римски теста-

¹³⁹⁾ Ж. Милосављевић, Римско приватно право, Београд, 1900, стр. 20; И. Пухан, Римско право, Београд, 1970, стр. 379–380.

¹⁴⁰⁾ Гај, Институције, II, 101.

мент имао сасвим другачију правну нарав.¹⁴¹⁾ Заједничко скоро свим компаратистима је приговор, да је римски тестамент **calatis comitis**, исто што и грчки тестамент са **eis-poisism**. Овдје се, дакле, ради о усвојењу ради наслеђа, које ће се обавити послје смрти усвојоца. Том приликом завјешталац свечано изјављује пред скупштином жељу, да се акт адопције обави након његове смрти.¹⁴²⁾ Они, даље, тврде, да акт који се првобитно помиње у Закону XII таблица, нема правну нарав тестаментa. Овај тестамент је како сликовито кажу, само у “ удаљеном сродству” са установом тестаментa, “који описују Јустинијанови компилатори и припада типу, раширеном у великом броју примитивних обичајних права, било поред, било на место адопције, који је **lex Hibuaria** назвао **adoptio in hereditatem** и чије су најпознатије варијанте франачка **afatomie** и ломбардски **thinx**”.¹⁴³⁾

Компаратисти, не одустају, него тврде, да су класични правници, направили “грубу грешку” када су једну старинску установу, која је у Риму, као и свуда другдје претходила тестаменту, уздигли на ниво тестаментa. Та установка је уговор о наслеђивању или елегантније речено, правни посао међу живима, који конституише позивање на наслеђе. Заступници овог мишљења, даље тврде, да у вријеме Закона XII таблица, **pater familias** није могао располагати имовином правним пословима **mortis causa**, иако је имао **sui**. Једини начин кажу они (Ганс, Ламберт, Шулин), на који је оставилац “могао поставити странца за наследника и онда када има **suss heredes**, био је: да га учини наследником”.¹⁴⁴⁾ Тобожњи **testamentum calatis comitis**, како га називају компаратисти, је плод сарадње оставиоачеве воље и скупштине. Развијајући даље своје становиште о правној нарави првог римског тестаментa, ови аутори

¹⁴¹⁾ Д. Стојчевић, *Поријекло и функција тестаментa calatis comitis*, стр. 48–59.

¹⁴²⁾ Исто, 48–59.

¹⁴³⁾ Исто, 49.

¹⁴⁴⁾ Исто, 49.

даље, тврде да је завјешталац био дужан да још за живота затражи и добије пристанак, прво религијских, а онда и политичких власти, ова чињеница речито свједочи о томе да је **testamentum calatis comitis**, производио дејства **a die praesenti**.

Пошто је историјско-правна наука пружила одговор на скоро све приговоре компаратиста, који се односе на правну природу првог римског тестаментa, сматрамо да нема потреба да то понављамо, али на неке чињенице треба указати па макар само начелно. Не може бити спорно, да је установа тестаментa била позната децемвирима, па и старом римском праву из времена Закона XII таблица и то на такав начин да ријечима: "**si intestato moritur**", као ни самом тестаменту није требало давати, било каква накнадна и детаљнија објашњења, било је сасвим довољно само поменути га. Већ је речено да ова чињеница ауторитативно свједочи о постојању најстаријег римског тестаментa – **testamentum calatis comitis**. Ако ову тврдњу протегнемо и на остале сличне примједбе компаратиста, намеће се закључак, да "све основне поставке теорије компаратиста су неосноване (неприхватљиве, неодрживе). То долази отуда, другачије није ни могло бити, што је она плод погрешног метода прилажења историјском истраживању, погрешне формуле, механистичке примене метода упоредног испитивања права разних држава".¹⁴⁵⁾

Такође треба апострофирати добро знану чињеницу да суштинску основу тестаментa представља не брига за продужење породице, нити пак брига за обезбеђење природних "законских" наследника, већ управо нарушавање у већој или мањој мјери редовног – законског реда наслеђивања. Завјешталац жели да уреди живот своје породице и послије своје смрти, на начин како он то жели, да изврши распоред своје имовине, послије своје смрти, и то на начин, који је у већој или мањој мјери, али у сваком случају различит од редовног, законског наследног реда. Ако то

¹⁴⁵⁾ Исто, 57.

не би било тако, због чега би се иначе сачињавало завјештање.¹⁴⁶⁾ Приватно власништво, дакле, представља суштинску основу тестаментa, зато се сматра да је увођење тестаментa у правни живот појединих народа, цивилизацијско достигнуће. "Узимање страних лица пак путем адопције и сличних начина у породицу ради продужења или освежења породице, које посредно омогућује усвојеном учешће у редовном наслеђивању, је међутим обичај широко раширен у првобитној заједници".¹⁴⁷⁾

Као што је познато римски тестамент је настао са појавом приватног власништва код Римљана, и од момента свог настанка, био је инструмент мијешања шефа породице у њен живот и након његове смрти, и нарушавање принципа једнакости наследника, који је карактеристичан за првобитну заједницу. Тестамент, дакле, од момента свог настанка није био "монструм који се не може сврстати ни у једну познату категорију",¹⁴⁸⁾ већ установа, која је по својој унутрашњој суштини и основном циљу, по свом мјесту у правном систему, по времену и начину настанка, битно различита од установа са којом је, видјели смо неосновано упоређују компаратисти.

г) Тестамент *mancipatio familiae*

Тестамент назван "пред сазваном скупштином" имао је низ мана, упркос томе што је са историјског аспекта значио циновски корак напријед – био је гласник потпуног тријумфа слободе воље и приватног власништва. Чини нам се да је темељни недостатак овог тестаментa тај што жене и плебејци нијесу могли да се користе оваквим начином располагања својом имовином, јер нијесу имали право приступа куријатским комицијама. Поред тога, за ос-

¹⁴⁶⁾ Исто, 58.

¹⁴⁷⁾ Исто, 59.

¹⁴⁸⁾ Цитирано према Д. Стојчевићу, Порекло и функција тестаментa... стр. 59

тавиоца је било незгодно то, што се пред веома широким кругом људи објављивало ко ће бити његов наследник. Крупан недостатак овог тестаментa је што се оваква скупштина сазивала само два пута годишње, и то у прољеће, 24. марта и 24. маја.

Да би напријед изнијете недостатке тестаментa **calatis comitis** отклонили и важећа правила наследног права уподобили измијењеној друштвеној и економској структури римске државе, прагматични Римљани су се као и обично довијали. Уколико се не може користити тестамент, може се извјесним начинима располагања пословима "међу живима", постићи учинак тестаментa. То се постизало на следећи начин: **de cuius** је у облику манципације, цјелокупну своју имовину (**mancipatio familiae**) фиктивно предавао неком свом пријатељу, уз клаузулу, да ће он ту имовину када оставилац умре пренијети на онога кога је он одредио. Правни учинак овако склопљеног правног посла, био је тај што је **familiae emptor** постајао квиритски сопственик цјелокупне имовине оставиоца.¹⁴⁹⁾ Овај правни посао припада фидуцијарним пословима, јер се својина није преносила дефинитивно, већ само условно. Фиктивни купац имовине – оставиочев пријатељ, у пракси имовину није добијао у руке, него је она остајала код оставиоца све до смрти, да би је након тога добио у државину непосредно онај на кога је **familiae emptor**, по оставиочевом налогу био дужан пренијети имовину. Ова установа нас много подсећа на **trast (trust)**, у англосаксонском праву. Дакле, он је само формално постајао власник, због чега Гај ову институцију сврстава у "имагинарне (фиктивне) продаје".¹⁵⁰⁾

Очигледно **mancipatio familiae** није тестамент, јер није посједовао основну карактеристику тестаментa – именоване наследника, као што **familiae emptor** није био наследник, већ само посредник између завјештаоца и лица

¹⁴⁹⁾ Д. Стојчевић, Римско приватно право..., стр. 170.

¹⁵⁰⁾ Цитирано према О. Станојевићу, Римско право, Београд, 2001, стр. 241.

коме овај жели да остави своју имовину. Ово није тестамент и због тога што не испуњава захтјеве форме, а не садржи ни ријечи "**heres**" и "**esto**". Овај акт спада у фидуцијарне послове, јер својину преноси условно, не дефинитивно. Овдје није ријеч о фидуцији као начину обезбјеђења повјериоца овдје се ради о "пријатељској фидуцији" – **fiducia cum amico contracta**. Оставиочев пријатељ ("**купац имовине**" – **familiae emptor**) у стварности имовину није ни добијао у руке. Иако формално гледано ова институција није тестамент, ипак се временом из ње развио прави тестамент, првобитно усмени, а касније и писани.

Тестамент **calatis comitis**, временом је све ређе употребљаван, јер је престала потреба за објављивањем његове садржине на скупштинама. Због те могућности, **mancipatio familiae** улази све више у употребу, чак и код оних људи који су се могли користити овом формом тестаamenta. Тако се **mancipatio familiae**, претрпивши извјесне измјене, постепено претварао у нови облик тестаamenta назван **testamentum per aes et libram**.

д) Тестамент **per aes et libram**

За разлику од најстаријег римског тестаamenta, односно тестаamenta **calatis comitis**, о којем не знамо баш много, "о тестаменту последњих векова републике",¹⁵¹⁾ односно тестаменту **per aes et libram**, знамо доста, чак и са доста појединости заслугом прије свега Гаја. "Познат нам је не само начин на који је **de cuius** могао правити тестамент него и о чему и до које мере је у њему могао чинити наредбе".¹⁵²⁾

Из тестаamenta **mancipatio familiae**, који формално посматрано и није био тестамент, временом је израстао прави тестамент, који је најприје усмен – нункупациони, а затим писани – трипартитни. Суштина овог тестаamenta састојала се у томе, што се уз формулу манципације, додају

151) Д. Стојчевић, Exhereditio sui u ... стр. 41.

152) Исто, 41.

и ријечи које су коришћене за тестамент. Претори су овом акту почели признавати снагу тестаента. На овај начин настао је усмени тестамент пред седам свједока, пет свједока из манципације уз судјеловање службеног мјерача и купца породичне имовине. Овдје је манципација имала само значај форме и служила је завјештаоцу да изговарајући нункупацију саопшти садржину тестаента, јер се манципацијом својина није преносила на **familiae emptor** – **a. Libripens** и **familiae emptor** у овом тестаменту немају никакав практични значај, већ је њихово присуство прије свега условљено формалним разлозима. Изјава завјештаоца – **nuncupatio** (свечана изјава при употреби форми **ius civile** – а), представљала је суштину цијелог правног посла. Битно је истаћи да су у изјаву унијете и свечане ријечи, које су раније изговаране при прављењу најстарије форме римског тестаента, приликом именовања наследника. Изјава дата на овакав начин садржи именовање наследника и све атрибуте тестаента, па је самим тим имала снагу тестаента и сматрана је тестаментом.

Временом се овај облик тестаента мијењао и развијао, тако што је смањиван формализам и поједностављивана форма код прављења тестаента. Неријетко завјешталац је имао неугодности, због јавног именовања наследника.¹⁵³⁾ Дешавало се и то врло често, да сродници који су били пажљиви према оставиоцу, нагло измијене своје понашање, када дознају да нијесу поменути у оставиоцевом тестаменту. То је био један од разлога што је временом ухватио коријен обичај, да завјешталац пред присутним свједоцима не саопштава садржину завјештања. Правни посао је био ваљан, ако завјешталац изјави да је завјештање написано на дрвеним плочицама (премазаним с једне стране танким слојем воска - **tabulae testamenti**), и покаже их. Поред тога ово завјештање је за завјештаоца имало и ту добру страну што га је увијек могао опозвати.

¹⁵³⁾ О. Станојевић, Римско право, Београд, 1986, стр. 214.

Уобичајена форма овог завјештања састојала се у томе, што је он писан на тзв. диптиху, тј. двијема воском премазаним дрвеним дапчицама, које су биле везана као два листа у књизи, тако да се текст завјештања налазио на унутрашњим странама, а потписи и печати седам свједока на спољашњим странама. Свједоцима унутрашње стране завјештања нијесу ни показиване. Тестамент сачињен на овај начин звао се **per aes et libram**, или трипартитни, јер се ослања на правила три правна система (цивилног, преторског и царског).

Даљи развитак римског завјештања ишао је путем изостављања свечаних изјава из његове садржине и потпуног упрошћавања његовог састављања, фаворизујући при томе вољу завјештаоца као битни елемент завјештања, придајући свједоцима и форми само несумњиву доказну снагу о постојању и садржини оставиоачеве последње воље.

Овај тестамент, уз полако изблиједјелу успомену на тестамент **calatis comitis** и војнички тестамент “уочи боја”, представљали су основне форме за изражавање последње воље завјештаоца, током читавог класичног периода, па и добрим дијелом посткласичног.

ђ) Преторски тестамент

Вријеме је потврдило оно што је иначе било познато, да је развој друштва бржи од правних прописа, па су тако временом манципација, либрипенс и фамилие емитор код тестаментa **per aes et libram**, још увијек фигурирали из чисто формалистичких разлога, без било каквог практичног дејства.¹⁵⁴⁾ То је био изазов за претора, да учини корак даље у ослобађању тестаментa од сувишног формализма, што је резултирало његовим прописом (око 70. године прије н. е.).

Претор у том гласовитом акту, готово свечаним тоном охрабрује завјештаоце, да ће, ако је питање наслеђа спорно **"si tabulae testamenti extabunt non minus quam**

¹⁵⁴⁾ Д. Стојчевић, Римско приватно право..., стр. 171.

septem testium signis signatae"¹⁵⁵⁾ (ако ми буду поднијете (на увид) таблице тестаментa, потписане не мање од седам свједока - потписа), дозволити прије свега **bonorum possessio**. То је значило, да ће Претор сматрати завјештањем сваки писани акт оставиоца који садржи именоване наследника и потврђен је печатима оставиоца и седам свједока.

Дакле, овакав тестамент је био ваљан с гледишта преторског права. При том је било без значаја да ли је састављен у форми манципације или не.¹⁵⁶⁾ Познато је да овакав акт, са становишта **ius civile** нема снагу тестаментa, јер при његовом сачињавању није изговорен **nuncupatio**, без кога као његовог битног елемента нема тестаментa.

Због овог недостатка, интестатски наследници су на основу цивилног права, имали право да траже наслеђе. Код оваквог стања ствари, било је јасно да наследници из преторског тестаментa нијесу постајали хередес, него су имовину добијали у бонитарну својину. Претор је, дакле, дозвољавао "државину добара на основу таблица"¹⁵⁷⁾ (**bonorum possessio secundum tabulas**), с обзиром да цивилно право овакав тестамент није признавало. Наследници су, дакле, постајали преторски сопственици. Овакво преторско завјештање давало је наследнику право само на **bonorum possessio**, без икаквог наследноправног учинка у судару са интестатским наслеђивањем старог цивилног права. Другим ријечима казано, ово завјештање је било **sine re**, све до његове потпуне правне заштите.¹⁵⁸⁾ Потпуну правну заштиту овакви наследници добијају тек у II вијеку н. е. у доба императора Антонина Пија, који преторског сопственика штити са **exceptio doli**, на основу које бонитарна својина постаје **cum re**, чиме преторски сопственик на основу таквог писаног завјештања има преимућство

155) Edictum perpetuum (rekonstrukcija Otto Lenel), Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1907. g. III, dio, tit. XXV, A.

156) Д. Стојчевић, Римско приватно право... стр. 171.

157) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 241.

158) М. Борас-Л. Маргетић, Римско право, Загреб, 1986, стр. 192. и д.

над интестатским наследником цивилног права. На овај начин писани преторски тестамент постаје најупотребљаванији облик тестаментa. Од овог времена тестаменти **in scriptis**, постају најчешћа форма у којој је оставилац могао изразити своју последњу вољу. Као најзначајнији састојци форме појављују се потписи и печати свједока, што инспирише претора, да око 70. године пре н. е. обзнани да ће сваком писму, које садржи именоване наследника, уз евентуална друга наређења, признати снагу завјештања, ако су га потписали оставилац и седморица свједока.¹⁵⁹⁾

Преторски тестамент римски правници су називали **testamentum factum iure praetorio** – тестамент начињен по преторском праву.

Римско посткласично право наставило је и даље продубило тенденције започете у хонорарном праву, које су се односиле на даље поједностављење форме, при склапању великог броја правних послова.¹⁶⁰⁾ Настављено је са даљим упрошћавањем форме при прављењу тестаментa у овом периоду; вољи оставиоца признавала се снага темељног принципа и најбитнијег елемента при прављењу тестаментa,¹⁶¹⁾ остављајући осталим формалностима значај доказа о постојању те воље.

е) Посткласично и Јустинијаново право

Промијењени односи власти условили су да Посткласично и Јустинијаново право, поред већ постојећих варијанти тестаментa **per aes et libram**, додају још три "приватне" форме тестаментa и то:

1) **Писани тестамент** потписан од завјештаоца и седам свједока. Ово је била значајна форма тестаментa, а назван је "трипартитни", јер су за његову форму били узети елементи из три правна система.

¹⁵⁹⁾ О. Антић, Наследно право, Београд, 2002, стр. 194–198.

¹⁶⁰⁾ А. Ромац, Стварање феудалних односа и римско посткласично право (дисертација), Београд, 1963. стр. 334.

¹⁶¹⁾ О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 213–215; Д. Стојчевић, Римско приватно..., 168–172; А. Ромац, Римско право, стр. 370–374.

2) Следећи облик је **усмени тестамент** саопштен пред седам свједока.

3) Трећи облик је **олографски тестамент**, својеручно написан и потписан, за чију форму нијесу били неопходни свједоци.

Поред ових "приватних" форми Јустинијан је задржао и двије "јавне" форме тестаментa:

1) **Testamentum apud acta conditum** – тестамент издиктиран у службене списе.

2) **Testamentum principi oblatum** – тестамент повјерен на чување владару,¹⁶²⁾ који је до смрти оставиоца чуван у императоровој канцеларији.

Био је то довољно еластичан оквир за изражавање последње воље завјештаоца, који је оставило посткласично и Јустинијаново право, јер омогућава избор начина за изражавање последње воље завјештаоца, између више (формалних облика тестаментa и толико добар избор начина за прављење тестаментa, да му савремена права нијесу имала шта битније додати.¹⁶³⁾

Ово је **res apta** да на овом мјесту ставимо акценат на чињеницу, да су измијењене друштвено–економске прилике посткласичног и Јустинијановог доба условиле настанак битних и бројних промјена римског наследног права. Пошто је о њима на одговарајућем мјесту већ било говора, држимо да је довољно само поменути их: друштвена пракса брише разлику између цивилног и преторског наслеђивања; именовање наследника у завјештању, више не зависи ни од какве форме; законско наслеђивање на Западу се потпуно удаљило од преторског интестатског наслеђивања и најзад од Јустинијановог законодавства и добило размјере које све више асоцирају на средњовјеко-

¹⁶²⁾ Ова чињеница више од било чега свједочи, какав је значај римско право придавало установи тестаментa, а нарочито посткласично и Јустинијаново право. Податак да је ова врста тестаментa повјерена на чување владару све говори.

¹⁶³⁾ О. Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 241.

вно законско наслеђивање.¹⁶⁴⁾ Даље је дошло до измјене: правне природе **collatio bonorum** еманциповане дјече класичног преторског права; законског наследног дијела законских наследника; као и нужног наследног дијела.¹⁶⁵⁾

Држимо да ваља указати и на неке установе римског наследног права из класичног доба, чије се важење протегло и на посткласично право. На овај начин показаћемо двије ствари: слика наследноправних односа у посткласичном праву биће јаснија, а његова посредничка мисија између посткласичног и средњовековног права све израженија.

Примјера ради, наводимо ове наследно–правне установе:

а) Принцип: **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**, упркос извјесним изузецима, остало је на снази и у посткласичном и Јустинијановом праву.

Ову тврдњу не може да пољуља, ни супротно становиште неких аутора.¹⁶⁶⁾ Да би што упечатљивије подупро чињеницама овакво становиште, аутор се позива на једну "интерпретацију придодату уз **Codex Gregorianus**".¹⁶⁷⁾ Касера на извођење оваквог закључка не спречава ни конституција императора Гордијана из 243. године, која се налази у поменутом Грегоријановом кодексу, која прописује да је наследник **ex certa re** прави наследник (**sic haberi, ac si sine eius rei, commemoratione heres institutus fuisset** – има се сматрати као да је постављен за наследника без спомињања одређене ствари). Придодата интерпретација слиједи исту - основну идеју садржану у већ поменутој конституцији цара Гордијана, да наследнику (именованом) на одређену ствар, припадају и оне ствари које нијесу именоване (**res certa et illa quae non sunt nominata perveni- ant**). Подупирући даље своју тврдњу, Касер упире прстом

¹⁶⁴⁾ М. Борас–Л. Маргетић, н. д., стр. 244–250.

¹⁶⁵⁾ Исто, 244–250.

¹⁶⁶⁾ М. Касер, *Das römische Privatrecht*, München II, 1969, стр. 476–477.

¹⁶⁷⁾ М. Борас–Л. Маргетић, н. д., стр. 248.

на једно завјештање из 552. године којим се истини за вољу, цркви оставља 10/12 заоставштине.¹⁶⁸⁾ Из ове чињенице Касер изводи закључак, да преостали дио оставине вјероватно припада законским наследницима. У питању је неспоразум, јер исправа о којој је ријеч, уопште не садржи текст неког завјештања, већ говори о већем броју,¹⁶⁹⁾ утврђивања, читања и подметања завјештања, а сама исправа тек спорадично помиње само оне дјелове завјештања који говоре о располагању у корист равенске цркве. У скоро свим случајевима исправе говоре о свједоцима, који пред равенским властима свједоче да су на завјештањима које су се пред властима отвараола, печати и потписи њихови. Међу поменутих исправама, само двије садрже именовање наследника, оба пута у питању је равенска црква. Ове исправе треба тумачити тако, да је завјешталац извршио распоред и преосталих 2/12 оставине, али то није при отварању завјештања посебно назначено.

Дакле, напријед цитирано правило – **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**, важило је не само у Италији него и на Западу, и то још раније, него што је важност Дигеста, које су ступиле на снагу у источној половини Царства 30. децембра 529. године, "... на захтјев папе Вигила",¹⁷⁰⁾ прагматичном санкцијом **pro petitione Vigili** 554. године, проширена на Италију и прије него што је император Јустин II протегаво важност те кодификације 569. године на територију цијелог царства.¹⁷¹⁾

И на крају излагање о римском наследном праву посткласичног и Јустинијановог времена, а нарочито о Јустинијановим реформама наследног права и њиховим стварним дометима, ваља завршити кратком оцјеном последи-

168) Марини – I papiri diplomatici, Roma, 1805, стр. 110-115, бр. 74; 115, бр. 74 а.

169) Марини, 248, говори о пет, а има их макар душло више.

170) J. Gaudemet, н. д., стр. 776.

171) К. Е. Zachariae von Lingenthal, Jus Graeco – Romanum, Lipsiae, I – VII, 1856–1884. II, 10 – 13.

на реформаторског рада у области наследног права, великог законодавца. Прије свега Јустинијанове реформе наследног права, удаљиле су још више римско право од старог цивилног права града – државе, него што је то учинило посткласично право. Ово удаљавање се нарочито види у законском наследном праву, гдје се губи сваки траг агнатском сродству, иначе централном правном институту старог града – државе, а треба га довести у последичну везу и са **beneficium inventarii**, на основу чега се наследно право старог Рима, коначно дистанцирало од овјештале идеја, да наслеђивање имовине представља: част, дужност и обавезу, према покојнику и према граду – држави, трансформишући се тако у субјективно имовинско право наследника, помоћу кога он увећава своју имовинску масу.

Слика о поријеклу тестаментa и његовом развоју кроз историју римског права неће бити јасна, уколико не бацимо свијетло на феномен и генезу слободе тестирања у овом правном систему.

4. Слобода завјештања у римском праву

Суштинско објашњење домета слободе тестирања у старом Риму, даје нам пета таблица Закона XII таблица,¹⁷²⁾ гдје се готово узвишеним тоном наређује: "**...3. Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. 4. Si intestato moritur, cui sus heres nec escit, adgnatus proximus habeto. 5. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)**" – (3. Како (pater familias) одреди о својој имовини и о туторству, нека то буде закон. 4. Ако умре без тестаментa онај који нема свог наследника, нека најближи агнат добије имовину. 5. Ако нема агната, нека гентили добију имовину). Међутим, то уопште не значи да су Римљани потпуно слободни у располагању својом имовином коме

¹⁷²⁾ Закон XII таблица; Ј. Даниловић, О. Станојевић, Текстови из римског права, Београд, 1982, стр. 30; А. Ромац, Извори римског права, Загреб, 1973, стр. 18–30, 20; А. Маленица, Извори римског права, I том, Београд, 1989, стр. 65–80, 69–71.

хоће и колико хоће, на што их иначе овлашћује пропис пете таблице децемвиралног закона.

Одредба децимвиралног закона (XII, 5,3), регулише наслеђивање оног дијела имовине зване **pecunia**, док друга одредба наведеног закона (XII, 5,4), говори о судбини оног дијела имовине зване **familia**, после смрти породичног старјешине. Стари Римљани су у најранијем добу под појмом **familia**, највјероватније подразумијевали, сва она добра, која су у том периоду сврставана у **res mancipi**, што значи "хередиј, кућа подигнута на хередију и оне покретнине које су темељ војничко–сељачког господарства (робови, волови, коњи, мазге)".¹⁷³⁾ Поред побројаног, без сумње под појмом **familia**, подразумијевала су се и лица под очинском влашћу, док под појмом **pecunnia**, подразумијевала се сва остала имовина. Власника добара, која се називају **pecunia**, закон XII таблица овлашћује да њима може слободно располагати и за случај смрти, јер се сматрало да је власник те ствари стекао сопственим радом или су пак представљале његов ратни плијен, па је зато над њима имао потпуну власт. Правни режим лица и имовине, које називамо **familia**, битно се разликује, и резултат је њихове припадности општини, граду – држави, а у најраније вријеме старог Рима, породицу је наслеђивало само једно лице, тако да је породица била недјeljива, што значи да оставилац над овом имовином није имао неограничену власт, па самим тим ни право потпуно слободног располагања за случај смрти.¹⁷⁴⁾

Горе описано стање трајало је онолико дуго, док је трајало сразмјерно сиромаштво Рима. Освајањем нових територија и велике количине обрадиве земље, долази до богаћења државе, наследство губи своје некадашње својство, дозвољена је подјела породице, па разликовање појмова **pecunia** и **familia**, потпуно ишчезава, а и кћери стичу право наслеђа.

173) М. Борас–Л. Маргетић, н. д., стр. 29.

174) Исто, 29–32.

Питање стварних домета слободе завјештања у римском праву спорно је у науци и о њему постоје углавном два, сасвим опречна мишљења.¹⁷⁵⁾ Заступници првог мишљења тврде, да је неограничена слобода тестирања, логична последица потпуног тријумфа аутономије воље, индивидуалистичког духа римског права, неприкосновености својине, што ће много столећа касније објеручке пригрлити и грађанско друштво.

Други, пак, тврде да је ова слобода била омеђена крутим и релативно уским границама. По ондашњим схватањима, породична имовина сматрана је светињом, па је самим тим тешко било и замислити, да би **pater familias**, сву имовину могао оставити било коме из било којих побуда. Скоро је било немогуће замислити да се неки породични старјешина одважи да на примјер "остави сву имовину играчици у циркусу, а својим потомцима просјачки штап".¹⁷⁶⁾ Чини нам се да је ово друго мишљење ближе друштвеној збиљи и истини.

Истина је да са становишта права слобода тестирања постоји, или другим ријечима казано нема ограничавајућих фактора. Дакле, у то вријеме не постоје правни механизми, као што су: забране, преваре, пријетње, принуде, заблуде и сл., који би ограничавали слободу тестирања. У недостатку правних постојао је читав низ ванправних механизма: религија, морал, јавно мњење, цензорске биљешке и сл., који су били сасвим довољни да завјештаоца натјерају на "поштовање неких општеприхваћених начела".¹⁷⁷⁾ Довољна је и помисао да ће потомци престати са приношењем жртава, његовања породичног култа, па да се спријечи оставиочево неодговорно располагање породичном имовином. Већ смо напријед истакли¹⁷⁸⁾ да ја суштинска функција тестаментa и есенцијални узрок његовог настанка, да се на темељу и у име нових схватања и

175) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 242.

176) Исто, 242.

177) Исто, 242.

178) Види, стр. 55–58.

нових етичких назора, заснованих на суштинским промјенама у породици и сродству, породична имовина подијели друкчије, него што закон наређује. Тестаментом се, дакле, кориговао и мијењао законски ред наслеђивања у корист интестатског – тако што су на наслеђе позивани умјесто најближег агната, најближи когнати – дјеца оставиоца. На овај начин треба тумачити овлашћење које даје пета таблица Закона XII таблица: **ita ius esto** – нека то буде закон.

Треба рећи да се слобода завјештања у римском праву ширила, тако да се наследно право преткласичног и класичног периода суштински разликује, од наследног права Закона XII таблица, иако садржи клице модерних правних решења доцнијих периода римске правне историје.¹⁷⁹⁾ Када је о римском класичном наследном праву ријеч, његова основна карактеристика је слобода располагања имовином за случај смрти. Тако да је у класично доба оставилац, могао "скоро потпуно слободно",¹⁸⁰⁾ завјештати своју оставину.

Временом је дошло до промјена у схватањима о карактеру фактора, који су ограничавали слободу тестирања. Ове промјене се нарочито односе на нагло слабљење утицаја религијских санкција и јавног мњења. На овај начин је утрт пут за живље бављење питањем слободе тестирања од стране и цивилног и хонорарног права. Као резултат овога јављају се два појма: формално и материјално нужно наследно право.

5. Кодицил

Кодицил је настао у царско доба. Постоји упоредо са завјештањем, као други облик разраде оставиоачеве последње воље. Своје поријекло кодицил дугује обичајима

179) М. Борас–Л. Маргетић, н.д., стр. 183–184.

180) Исто, 183. Сматрамо да синтагму "скоро потпуно слободно", треба посматрати у координатама ограничења слободе завјештања у старом Риму о чему је горе било ријечи.

који су ухватили коријен крајем периода Републике, гдје "се додатно уз опоруку, саставља посебна исправа",¹⁸¹⁾ која је садржавала она оставиочева наређења, која нијесу улазила у завјештање.

Ова наређења, обично су се односила на фидеикомисе. Кодицил је управо представљао обично писмо (мали **codices**, па отуда **codicilli**), насловљено наследнику, уз молбу да учини извјесне радње у корист трећих лица. У почетку је извршење такве завјештаоачеве наредбе зависило искључиво од наследникова поштења (**fides**). Правну заштиту кодицили добијају први пут у доба Августа, заједно са фидеикомисима "средством екстраординарне когнације".¹⁸²⁾ Даља генеза кодицила ишла је у правцу признавања свих кодицила, па макар и не били потврђени у завјештању, па чак и да завјештања нема, већ да је кодицил насловљен само на законског наследника. У том смислу, класично право разликује **codicilli testamentarii** (уз завјештање) од оних **ab intestato**. Познато је да су ови други дјелимично ограничавали законско наслеђивање.

Кодицилом се заоставштина није могла "ни дати ни одузети"¹⁸³⁾, како би се избјегло мијешање прописа, који важе за завјештање, са онима који регулишу кодициле, зато се њиме не може наредити ни лишавање наследства.¹⁸⁴⁾

Постојање више кодицила, није представљало сметњу за њихову ваљаност, а ранији се укидао, само ако је противречио каснијем.

Када је о садржини кодицила ријеч, истичемо чињеницу, да кодицил не може садржавати именовање наследника, осим, ако је у ранијем завјештању наследник правилно постављен за института, онда је завјешталац могао задржати право у завјештању, да ће само име наследника назначити у кодицилу (**testamentum mysticum**). Ово је пр-

181) М. Хорват, н.д., стр. 324.

182) Исто, 324.

183) А. Ромац, Извори..., стр. 495.

184) Јустиниани, Инст. 2,25,2.

ва, суштинска разлика између кодицила и завјештања. Раније су кодицили углавном садржавали фидеикомисе. Касније су поред ових, садржавали и друга различита наређења, као што су: именоване татора и манумисије, другим ријечима "све, осим именоване наследника и разбаштињења".¹⁸⁵⁾

Што се услова, неопходних за кодицил тиче, и овдје се захтијева **testamenti factio activa**. Класично право не тражи неку прописану форму. Ово је у том времену друга суштинска разлика између кодицила и завјештања.

Посткласично доба, све више брише разлике између кодицила и завјештања, приближавајући их, како у погледу форме, тако и садржине, а и других услова. Јустинијаново право је задржало још разлику у погледу броја свједока потребних за његово прављење, гдје је за све облике изјаве последње воље "**exepo testamento quinque testes vel rogati**"¹⁸⁶⁾ (изузев тестаментa, потребно истовремено присуство петорице свједока). Има, још једна разлика, што кодицил, који је ништав због недостатка активне тестаментификације, конвалидира њеним каснијим стицањем.

Најзад, завјештању је придодавана тзв. кодициларна клаузула. Њена је основна интенција, да се завјештање има сматрати кодицилом, ако због формалних недостатака не би имало снагу завјештања. Ова клаузула је због свог практичног значаја, толико била примјењивана, да се њено постојање подразумијевало само по себи у сваком завјештању.

II НУЖНО НАСЛЕЂИВАЊЕ

Римско је право, поред Законског и тестаменталног наслеђивања, познавало и трећи облик делације – законско нужно наследно право. Било би сасвим погрешно, одредбу пете таблице закона XII таблица: "Како (патерфа-

¹⁸⁵⁾ М. Хорват, н.д., стр. 324.

¹⁸⁶⁾ CJ. 6,36,8,3 (Codex Justinianus, Recensuit, Paulus Krueger, Berolini, 1877)

милијас) одреди о својој имовини и о туторству, нека то буде закон",¹⁸⁷⁾ тумачити као овлашћење, које оставиоцу даје одријешене руке у погледу именовања наследника, одређивања легата, ослобађања робова и одређивања тутора. Ово је право, међутим, сужено интерпретацијом, тумачењем било законима, било на основу одлука оних чије је овлашћење да "**iura constituentium**"¹⁸⁸⁾ (стварају право).

Уколико постоји ваљано завјештање, закон ипак и мимо завјештања и завјештаоачеве воље, позива на наслеђе извјесна лица, која или нијесу уопште или нијесу довољно узета у обзир у завјештању. Због тога им закон признаје или штити њихово наследно право због њихове блиске родбинске везе са завјештаоцем.

У старо доба, док је породична имовина била конхерентна и док је припадала свим члановима породице, а чланови породице за вријеме живота шефа породице улазили у имовинску масу породице, породичном старјешини није било дозвољено, да завјештањем преноси породичну имовину на само неке чланове породице или пак на лица изван породице. Породична имовина припада свим члановима породице, без обзира на завјештање. Јасно је онда, зашто се нужно наследно право у старом Риму, развило тек онда, када је дозвољена потпуна слобода завјештања.¹⁸⁹⁾ Нужно наследно право, као лимитирајући фактор слободе завјештања, појављује се тек онда, када је слобода завјештања, могла доћи у сукоб са интересима породице, баш у циљу заштите интереса најближих сродника.

Основна идеја нужног наслеђивања, огледа се у чињеници, да је завјешталац дужан најближим члановима породице обезбиједити одређени дио имовине (наследства) – законски нужни дио (**legitima portio**). Деси ли се ипак супротно, завјештајне наредбе, не производе правно де-

187) Закон XII таблица, 5, 3.

188) Д. 50,16,120.

189) Д. Стојчевић, Exhereditatio sui у првобитном римском праву, стр. 41–55.

јство, у мјери, неопходној за реализацију нужног наследног дијела.

Нужно наслеђе је у Риму имало своју историјску генезу, о чему ће више бити више ријечи у редовима, који слиједе.

1. Формално нужно наследно право

Формално нужно наследно право исцрпљивало се у обавези оставиоца да одређени број лица помене у тестаменту, а да је при том без значаја чињеница да ли овако поменута лица добијају свој дио, или су пак искључена из наслеђа. Старо цивилно право, изграђујући правило слободне тестирања, ослања се на претпоставку да ће завјешталац поступати савјесно, што значи да неће без озбиљног разлога изоставити, односно мимоићи своје најближе сроднике. Деси ли се ипак да оставилац у свом завјештању мимоиђе неког од најближих сродника из првог наследног реда (**sui heredes**), сматрало се, да је такво завјештање ништаво.¹⁹⁰ Из овог произилази, да најближи агнат, на основу првобитног система нужног наслеђивања, није уживао такву заштиту, по којој би му оставилац морао завјештати дио наследства, већ само обавезу по којој га оставилац у опоруци напросто није могао мимоићи. Оставилац је могао да бира између двије могућности, или да га именује за наследника, или изричито лиши наследства. Због тога се прва фаза у развоју нужног наслеђивања и зове формалним нужним наследним правом.

Последице изостављања најближих сродника из тестаментa, биле су различите зависно од тога, којег је сродника, оставилац изоставио. Ако је завјешталац заобишао сина у свом завјештању, онда је оно (завјештање – С. М.) у цјелини ништаво и примјењује се интестатско наслеђивање. Ако је завјешталац мимоишао неког другог од наследника из круга **sui heredes**, вршена је исправка, па су мимоиђени добијали "или заједно са постављеним насле-

¹⁹⁰) А. Ромац, Римско право, стр. 381.

дником свој дио (када је наследник био један од особа из првог наследног реда – **suus heres**), или пак половину оставине (ако је постављени наследник био **extraneus heres**).¹⁹¹⁾

Завјешталац је, поред тога, могао искључити из наследства (**exhereditio**), било којег или све своје сроднике, без обавезе да назначи разлоге, због којих је то учинио. Истина, син је морао бити искључен поименично, а сви остали наследници су искључивани општом формулом.

Цивилно право је у круг лица која су имала право да буду поменути у тестаменту, убрајало синове оставиоца, који су поименично морали бити именовани, док је за остале чланове породице била довољна општа формула: "остали нека буду лишени наслеђа – **ceteri exheredes sunt**".¹⁹²⁾

Активношћу претора проширен је круг лица која су имала право на поименично помињање у тестаменту, тако да су то право имали сви мушки потомци оставиоцеви, без обзира на то да ли се налазе у породици или су из ње изашли еманципацијом или адопцијом. Важећа правила нужног наследног права, претор је, дакле, протегаво на све припаднике првог наследног реда на основу преторског права (**unde liberi**). Претор је то постигао на начин што је заобиђенима давао **bonorum possessionem contra tabulas** – државину упркос тестаменту, у висини наследног дијела који би му припао по интестатском наслеђивању.¹⁹³⁾ Очигледно је да оваква опорука није у цјелости поништавана, већ само у дијелу у којем су били оштећени наследници по преторском праву. Претор је у правни живот Римљана увео и начело, да се искључење из наследства свих мушких потомака мора извршити поименично (**nominatim**), за женске сроднике била је предвиђена општа формула. Лако је примијетити, да су женски сродници и даље могли бити

191) Исто, 381.

192) О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 242.

193) Исто, 242; А. Ромац, Римско право, стр. 381, Edictum perpetuum, III dio, tit. XXV, § 142.

искључени из наслеђа на уобичајени начин (општом формулом), чиме су ови сродници стављани у неповољнији положај у наследном праву и праву уопште. Ову неправду је отклонио тек Јустинијан изједначивши све оставиочеве потомке не осврћући се на пол.

2. Материјално нужно наследно право

Историјски посматрано, ово право је, млађе од формалног права. Његову садржину чини право извјесног круга лица да буду и поменути у тестаменту и да добију наследнички дио из заоставштине оставиоца. Творци овог права били су претор, правна наука и императорове одлуке. Претор је, док је егзистирало само формално нужно наследно право, да би отклонио његове недостатке одређеним лицима, које оставилац није поменуо у тестаменту, на одређеном дијелу заоставштине давао државину добара – **bonorum possessio contra tabulus** (државина насупрот тестаменту). Претор је на ово био принуђен, да не би ништио тестамент цивилног права.

Појава формалног и материјалног нужног наследног права резултат је промјене у начину производње, ширењу приватног власништва, промјена у породичним односима, религијским и моралним схватањима и схватањима јавног мњења о неопходности наследноправне заштите најближих сродника оставиоца¹⁹⁴) од оставиочевог лакомисленог располагања породичном имовином. Оставилац није више могао злоупотребити права која је имао, није могао нарушити интересе најближих сродника, изостављајући их или их неосновано лишавајући наследства. Установом тзв. нужног наследног права, чија је суштина ограничење пуне слободе тестирања, ефикасно је штићен

194) А. Ромац, н.д., стр. 380–383; Д. Стојчевић, Римско приватно право... стр. 173–175; О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 242–243; Д. Стојчевић–А. Ромац, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1984, стр. 19–20; А. Ромац, *Рјечник римског права*, Загреб, 1983, стр. 438–439.

интерес одређеног круга најближих оставиочевих сродника.

Прошло је доста времена док се није учврстило схватање која то лица имају право на нужни наследнички дио. Нужни наследници били су: потомци, преци и оставиочева браћа и сестре. Нужни наследници могли су да буду и полубраћа и полусестре, уколико је заоставштину наслиједила "недостојна особа" – **turpis persona**, а то су најчешће: подводачи, глумци и циркуске играчице. У почетку није било јасно колики дио мора добити нужни наследник. Временом су центумвирални судови, који су иначе били надлежни да о овоме одлучују, под утицајем правне науке, прихватили аналогно решење из **lex Falcidia** који се односио на легате, одредили да тај дио буде четвртина онога дијела што би добили интестатски наследници као свој законски дио.

Право на нужни дио могло се остварити тужбом, која се звала **querela inofficiosi testamenti** – тужба због недоличног понашања, јер је било укоријењено мишљење да оставилац поступа супротно моралу (**inofficiosus**), ако не прихвата природне обавезе према сродницима. Није познато, којим је све сродницима у почетку било дозвољено коришћење овог правног средства. Од краја класичног периода, ово право су имали: потомци, преци, браћа и сестре завјештаоца.¹⁹⁵⁾ Право на подизање тужбе, имали су само они, који би наслиједили оставину завјештаоца и без завјештања – дакле, завјештаочеви законски наследници.

Querele inofficiosi testamenti, представљала је тужбу супсидијарног карактера, јер се могла користити, само онда, ако није било неког другог правног средства, како би најближи сродници реализовали своје право на нужни наследнички дио.¹⁹⁶⁾ Ова тужба је строго личног карактера – **actio vindictam spirans**, што значи да није била нас-

195) А. Ромац, н.д., стр. 382; О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 243.

196) Исто.

ледива, застаријевала је за двије године, а по Јустинијановом праву за пет година, од дана када је тестаментални наследник стекао наследство. Римски су правници сматрали да је **pater familias**, који најближим сродницима не остави нужни наследни дио, не поступа у складу са моралом и не поштује природне обавезе према својим најближим сродницима, у најмању руку ван уобичајеног психичког стања.¹⁹⁷⁾ Покретање ове тужбе носило је велики ризик за тужиоца, ако не успије у спору стизала га је морална казна. Поред тога, проглашаван је недостојним за наслеђивање било чега, по било ком основу из заоставштине, јер се огријешо о пијетет према покојнику.

Временом је сазрело мишљење, да је понекад сасвим оправдано искључити из наследства и најрођенијег. Треба разријешити моралну дилему, има ли син право да захтијева нужни наследни дио, а покушао је да убије оца или је пак ангажовао плаћене убице, како би извршили оно што је он смјерао. Јустинијан је тачно побројао услове под којима је неко могао бити лишен нужног наследног дијела.

Јустинијан је поново уредио нужно наследно право, "својим Новелама 18 из 536. године и 115 из 542. године, али на прилично нејасан и законодавно гледано не најсретнији начин".¹⁹⁸⁾

Јустинијан прописује да нужни наследни дио, до четворо дјеце износи трећину, а преко тога половину незавјештаног наследног дијела дјетета. Деси ли се пак да завјешталац остави нешто нужним наследницима, онда они имају право да захтијевају само надопуну до нужног дијела – **ad supplendam legitimam**,¹⁹⁹⁾ употребом тужбе **actio suppletoria**. Уколико је завјешталац, у завјештању потпуно заобишао своју дјецу, а ако њих нема онда родитеље, односно браћу и сестре, без ваљаног разлога, онда је завјештање ништаво у оном дијелу који се односи на именовање наследника, због чега се на наследство пози-

197) О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 243.

198) М. Борас, Л. Маргетић, н.д., стр. 275.

199) Nov. 115, 5.

вају законски наследници, док остала наређења из завјештања попут: записа, манумисије робова и одређивања татора, задржавају првобитну правну ваљаност.

Жели ли ипак завјешталац, да његово завјештање, којим је повриједио право нужним наследницима на њихов нужни наследнички дио, остане на снази, оставилац мора у завјештању навести разлог искључења из наследства, док завјештајни наследник мора тај разлог и доказати, ако га нужни наследник оспорава.

Јустинијан је разлоге искључења из наследства детаљно набројио, прописујући четрнаест таквих разлога,²⁰⁰⁾ али упркос томе, ово набрајање представља лоше законодавно решење,²⁰¹⁾ зато што је живот могао наметнути и друге сасвим оправдане разлоге, које судија није смио узети у обзир, јер га је у томе спречавало законодавчево набрајање разлога ексхередације.

Јустинијан је сажето казано: извршио корјените реформе нужног наследног права, понајприје због тога што је забранио употребу **querellae**, уколико је нужни наследник добио било што од оставиоца. Једном новелом, Јустинијан је повисио нужни дио на половину, промијенио круг лица која се сматрају наследницима, тако да се нужним наследницима сматрају десцеденти и асцеденти (ови други, само ако нема потомака). Образлажући рационални резон повећања нужног наследног дијела, Јустинијан каже да је ријешо да ту одредбу коригује, како убудуће тај пропис не би "гледали црвенећи се".²⁰²⁾ Питање нужног наследног дијела, велики законодавац је ријешо на следећи начин: ако отац или мајка има једно, двоје, троје или четворо дјеце, онда им се мора оставити једна трећина оставине, а не само три унције.²⁰³⁾ То значи да им се морају оставити, четири унције оставине и то је висина

200) Nov. 115, 3.

201) Zacharia v. Lingenthal, n.d., II, стр. 170 – 171.

202) Nov. 18, с. 1.

203) Три унције су једнаке једној четвртини (*quarta legitima*) оставине, а четири унције једној трећини.

нужног дијела за поменути број дјеце.²⁰⁴⁾ Ако родитељи буду имали више од четворо дјеце, онда им морају оставити половину цијеле имовине, тако да њихова укупна обавеза зауставља на броју од шест унција.²⁰⁵⁾

Нужни дио није могао бити било чим оптерећен, али је могао бити предмет било којег правног посла, чак и у форми даровања међу живима. Нужни наследник је по Јустинијановом праву, могао бити лишен права на нужни дио "само на темељу оправданих разлога који су били таксативно набројени".²⁰⁶⁾

На подлози онога што је речено о нужном наследном праву, изводимо закључак који се може сажето изразити са двије–три реченице. Најприје, појава нужног наследног права, представља суштински заокрет у ограничавању потпуне слободе тестирања и наследно-правне заштите најближих сродника оставиоца, од његовог лакомисленог располагања породичном имовином. Затим, историјски развитак ове установе у римском праву (као и у каснијим системима, све до модерног доба), ишао је путем смањења круга лица која се сматрају нужним наследницима, уз истовремено повећање нужног наследног дијела.

III ТЕСТАМЕНТИ FACTIO – CAPACITAS – INDIGNITAS

Када је о правној ваљаности завјештања ријеч, онда понајприје треба установити, да ли завјешталац, који га сачињава "има способност за прављење тестаментa".²⁰⁷⁾ Када се то установи, утврђује се да ли је завјештање сачињено, сагласно одредбама цивилног права, осим за војнике, завјештаоце, којима је допуштено да завјештање мо-

204) Nov. 18, c. 1.

205) То значи кад постоји четворо и више дјеце, нужни дио је равн половине оставине.

206) А. Ромац, Римско право, стр. 383.

207) Гај, Институције, II, 114.

гу правити на њима најприкладнији начин, "због тога што су невични праву".²⁰⁸⁾

Завјештање није могао сачинити ни малољетник, па макар, био и лице **sui iuris**, јер још не посједује способност пуног расуђивања.²⁰⁹⁾

Држало се, да: син, туђи роб, посмрче и глуви, имају **testamenti factio**, па чак и да не могу сами састављати завјештање, али могу за себе и друга лица стицати права на основу завјештања.²¹⁰⁾

Под појмом **testamenti factio** класично право је подразумевјевало способност оставиоца да сачини правно ваљану опоруку. Пошто је тестамент веома важан акт воље, за његово је састављање била предвиђена нарочита форма. Правна и пословна способност улази у ред општих услова за састављање тестаamenta, уз постојање и посебних услова. Римски правници за способност прављења тестаamenta користе ријеч **capacitas** или **testamenti factio**. Посткласично право користи исти израз и за способност да неко буде тастаментални наследник. Пандектисти праве разлику између ова два појма, тако да за способност прављења тестаamenta користе израз **testamenti factio activa**, а за способност тестаменталног наслеђивања **testamenti factio passiva**.

1. Тестаменти **factio activa**

Пошто је прављење тестаamenta, био искључиви правни посао цивилног права, због тога је активна тестаментификација – **testamenti factio activa**, била овлашћење само пунољетних римских грађана, који су били **sui iuris**, изузимајући војнике, који су могли бити **alieni iuris**. Лице које није имало пословну способност (малољетно, ду-

²⁰⁸⁾ Исто, II, 114.

²⁰⁹⁾ Ulpiani, Reg. 20, 12. (Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani, in Usum Scholarum, Ediderunt, Paulus Krueger, Theodorus Mommsen, Guilelmus Studemund, Berolini, Apud Weidmannos, 1878.

²¹⁰⁾ D. 28, 1, 16.

шевно болесно и сл.), или му је пак пословна способност била ограничена (**prodigus, intestabilis**), такође није имало активну тестаментификацију.²¹¹⁾ Јасно је, дакле, да је **testamenti factio activa**, ужи појам од правне или пословне способности.

Временом се, међутим, круг лица којима састављање тестаментa није било допуштено, мијењао. Речено је већ (види стр. 63), да тестамент **calatis comitis**, нијесу могли састављати плебејци и жене, јер им је приступ куријатским скупштинама био забрањен. Положај плебејаца касније је битно побољшан, јер су добили могућност да користе **mancipatio familiae** и састављају преторове форме тестаментa.

Када је о женама ријеч, њима је у старом праву **tutor legitimus**, могао забранити прављење завјештања, чак и када су биле **sui iuris**.²¹²⁾ И ова забрана се могла изиграти, тако што је склапан привидни брак – **coemptio in manum testamenti faciendi gratia**. Император Хадријан дозвољава женама активну тестаментификацију, али уз претходно одобрење татора. Познато је да су дјевице весталке одувјек имале право тестирања, а на основу Августових кадукарних закона, то право имају "и жене са **ius liberorum**",²¹³⁾ Јустинијан изједначава активну тестаментификацију жена и мушкараца.

Правила која регулишу питање **testamenti factio**, спадала су у јавно право – **ius cogens**, тако да странкама ништа није остављано на вољу, нити су оне у том правцу могле било шта промијенити.²¹⁴⁾ Тестаментификација и активна и пасивна, морала је постојати у моменту сачињавања тестаментa и трајати све до смрти, иначе је тестамент касније постајао ништаван.

211) А. Ромац, Римско право, стр. 376.

212) Исто, 376

213) Исто, 376.

214) Исто, 377.

Женама је право тестирања признато у II вијеку н. е. Првобитно је тражено одобрење татора, да би касније жене могле располагати имовином и без таторове сагласности.

Класично право битно проширује круг лица која су могла састављати тестамент, да би крајем класичног периода право састављања тестаментa било признато свим лицима која су имала имовину и која имају правно релевантну вољу. Од овог правила били су изузети **intestabiles**, који су представљали такву категорију људи, које је погађала посебна врста моралне дисквалификације, због тога што су одбили да свједоче без оправданог разлога. Они које је погађала ова морална санкција, били су лишени могућности састављања тестаментa, а нијесу могли бити ни тестаментални наследници.²¹⁵⁾ Услед појаве нове религије и општрих борби унутар ње, око превласти, појављују се разни невјерници, кривовјерци и отпадници од вјере који су поред религијских казни, кажњавани и "одузимањем права на тестамент".²¹⁶⁾

2. Тестаменти *factio pasiva*

Пасивна тестаментификација или способност неког лица да буде тестаментални наследник, такође се разликовала од опште правне способности, а била је битно шири од активне тестаменталне способности.

Воконијев закон из II вијека старе ере забрањује женама могућност да буду тестаментални наследници оставилаца, који су припадали првом цензорском реду (сенаторски сталез), осим ако није у питању супруга, кћерка или свештеница – весталка.

Доношење овог закона доводи се у везу са јавним дјеловањем чувеног, конзервативног цензора Катона, који је важио за непоткупљивог борца против женског луксуза

215) О. Станојевић, Римско право, 2001, стр. 243.

216) Исто, 243.

и врлог присталицу старог морала и старе славе. Овим законом желио је да онемогући припаднике највиших друштвених слојева да имовину остављају другим женама, већ једино супругама и кћерима. Ова забрана није била дугог вијека, јер је закон временом пао у заборав. Јустинијаново законодавство, не ограничава наследна права жена.²¹⁷⁾

Августови женидбени закони (**Lex Iulia de adulteriis, Lex Iulia de maritandis ordinibus**), садрже такође одређене забране. Тако су мушкарци од 25 до 60 година живота, а жене од 20 до 50 година, лишени права на наслеђе по тестаменту, ако нијесу били у браку. Поред тога, и они који су били у браку, а нијесу имали одређени број дјете, губили су право да наслиједе цјелокупну имовину. Имовина која је настала на овај начин звала се кадукарна (чији је наследник отпао) и преузимали су је други наследници или државна благајна. По називу ове имовине (**caduca**), ови се закони још зову и Августови кадукарни закони.

За наследнике нијесу могле бити именоване - недовољно одређене особе (**personae incertae**). У ову групу улазе правна лица, божанства и посмрче (**postumus**), јер се није знало којег ће пола бити, а није му се знало ни име. Доцније је и овим лицима признато својство тестаменталног наследника. У **personae incertae** спадала су и оне особе чије име није било могуће унапријед утврдити на неспоран начин, због чега такво именовање наследника, ни по класичном праву није било правно ваљано. И зачето дијете је по интестатском наслеђивању могло да добије свој дио наслеђа, што свједочи правило: **Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis eius agitur** – Зачето дијете сматра се за већ рођено, уколико се ради о заштити његових интереса. Уколико је тестамент ипак био сачињен, тада га је само рођење посмрчета чинило ништавним.²¹⁸⁾ Зато је, да би се ово избјегло, у класичном периоду било

217) А. Ромац, Римско право, стр. 377.

218) О. Станојевић, н.д., 2001, стр. 244.

дозвољено да се за наследника именује посмрче. Именовање посмрчета за наследника, било је именовање под одложним условима, ако се дијете живо роди.

За пасивну тестаменталну способност, није се тражио статус лица **sui iuris**, због чега је за наследника могао бити именован "не само властити него и туђи десцедент".²¹⁹⁾ Није била ријетка појава да се за наследника постави сопствени роб, ако му оставилац истовремено подари и слободу. Именовање робова за тестаменталне наследнике својих господара, најчешће није било мотивисано захвалношћу за обављену службу, нити широкогрудношћу господара, већ намјером да се на роба пребаци **infamia**, због презадужености. Пошто роб није могао одбити пријем наслеђа (роб је био **heres necesarius**), погађале су га последице стечаја оставине због неизмирених дуговања. Дешавало се да оставилац за свог наследника постави туђег роба, али уз фикцију, да је његов господар, према оставиоцу имао пасивну тестаменталну способност.

Пасивна тестаментална способност морала је постојати у тренутку сачињавања завјештања и трајати све до пријема наслеђа.

Један од разлога, који је лишавао наследника права на наслеђе на основу тестаментa, била је недостојност (**indignitas**). Истина, индигнус је могао бити именован за наследника, могао је чак и стећи оставину, али наслеђе није могао задржати, о чему изричито свједочи начело: **Indignus potest capere, non retinere**. Недостојност се цијенила на основу односа именованог наследника према оставиоцу. Имовину, стечену на овај начин тестаментом, узимала је државна благајна, јер је однос између постављеног наследника и оставиоца оправдавао њено одузимање. То се дешавало у следећим случајевима: када наследник на тјера или на други начин присили оставиоца да сачини тестамент, лиши га живота или неосновано покрене тужбу

219) А. Ромац, Римско право, стр. 377.

због недоличног понашања (**querella inofficiosi testamenti**).

Интересантно је напоменути да старо право није допуштало тестаментална располагања у корист државе, града, корпорације. Класично право је напустило овај принцип, полагањем узмичући пред овом забраном, док је посткласично право, цркву не само признало за наследника, већ и фаворизовало, па је на тај начин црква дошла у посјед имовине великог броја вјерника.

Посткласично право, под утицајем хришћанског учења, забрањивало је јеретицима, да наслеђују имовину.

IV НИШТАВОСТ И ОПОЗИВ ТЕСТАМЕНТА

Познато је, наиме, да је тестамент строго формалан правни посао. Захтјеве које је римско право постављало, као услов за ваљаност овог правног посла, морали су бити испуњени, како са "чисто" формалне, тако и са његове садржинске стране.

Римски су правници говорили да завјештање: или није правноваљано сачињено, ако не садржи формалности које закон (право) тражи, или је ништавно, ако је (примјера ради), син, који се налазио под очинском влашћу мимоиђен, или да се завјештање укида – сачињавањем другог, на основу кога неко постаје наследник, или рођењем **suus heresa**, или пак да накнадно постаје ништавно, јер се нико није прихватио наслеђа.²²⁰⁾

Ваљано сачињено завјештање могло је изгубити правну снагу и на други начин, као на примјер, кад завјешталац после прављења завјештања доживи **capitis deminutio**, "а на које начине ово бива изложено је у првој књизи".²²¹⁾ Гај даље развијајући ову тезу наставља: "За такав случај

²²⁰⁾ D. 28, 3, 1.

²²¹⁾ Гај, Институције, II, 145.

кажемо да су тестаменти постали ништавни, иако и они који су укинати постају ништави, а и они који су од почетка непуноважни сматрају се ништавим, а за оне, који су пуноважно сачињени и потом због губитка статуса поништени, може се исто тако рећи да су укинати. Али, будући да је погодније да се сваки поједини случај и називом разликује, за неке тестаменте се каже да нису пуноважно састављени, а за друге, који су ваљано направљени, да су укинати или поништени".²²²⁾

Деси ли се, пак, да се нико не прихвати наследства, онда ниједна наредба у завјештању не производи правне последице. Међутим, уколико један од више наследника прихвати наследство, онда одредбе завјештања о туторству, одмах постају правноваљане, па зато не треба чекати, да се сви остали прихвате наследства.²²³⁾

Завјештање није правно ваљано и онда, када завјешталац није именовоао за наследнике лица која су под његовом влашћу (**sui**), или их није искључио из наслеђа (**exheredare**). Значи, ако је завјешталац мимоишао "своје" (**praeteritio**) завјештање је у цјелости било ништавно или се дјелимично мијењало, сагласно овим правилима:

- ако завјешталац није именовоао за наследника сина под својом влашћу или га, пак, није поименично (**nominationim**) искључио из наследства, завјештање је на основу цивилног права било неваљано и примјењивало се законско наслеђивање;

- ако завјешталац није именовоао за наследнике кћер или унука, који се налазе под његовом влашћу, или бар није искључио из наслеђа општом формулом – **ceteri omnes exheredes sunt**, завјештање је ваљано, али су кћи и унук добијали свој законски дио, уз претпоставку, да је завјешталац именовоао за наследника неког "свога" (**suus**),

²²²⁾ Исто, II, 146.

²²³⁾ D. 26, 2, 9.

уствари добијали су половину оставине, ако је завјешталац именовоао за наследника лице ван породице.²²⁴⁾

Римско је право, постављало бројне захтјеве за ваљаност завјештања. Тако је завјештање у одређеним правним ситуацијама, могло бити неваљано од самог почетка – **testamentum nullum**, а дешавало се да ништавост – **testamentum infirmatum**, наступи и касније (**testamentum ruptum**, **testamentum irritum**, **testamentum destitutum**).

1. Testamentum nullum

Testamentum nullum (тестамент ништав од почетка). О овом тестаменту је ријеч онда, када завјешталац није довољно водио рачуна о захтјевима форме при сачињавању тестаментa.²²⁵⁾ Нарочито је то случај, ако прављењу тестаментa не присуствује тражени број свједока, ако су за свједоке позвана лица која то не могу бити, када тестамент не садржи именовање наследника, или ако именовање није учињено на одговарајући начин, услед непостојања одређених материјалноправних услова за прављење тестаментa (ако завјешталац нема активну тестаментификацију – **testamenti factio activa**), "или ако су биле повријеђене норме нужног наследног права".²²⁶⁾

2. Testamentum ruptum

Дешавало се да завјештање, које је од почетка било важеће, касније постане неважеће, и то у два случаја. Први је, ако се послије прављења завјештања појави оставиочев **suus heres**, рођење посмрчета на примјер, када се адрогира одређена особа, или пак склопи **manus** брак (жена из оваквог брака је **suus heres**). Други случај накнадне ништавости завјештања, имамо онда када завјешталац на-

224) М. Борас – Л. Маргетић, н.д., стр. 194.

225) А. Ромац, Римско право, стр. 380.

226) Исто, 380.

прави друго, ново, завјештање. Треба рећи да је у старо доба, то био и једини начин стављања ван правне снаге сачињеног завјештања. Занимљиво је да је акт требало сачинити у истој форми, али са супротним дејством – **contrarius actus**. Доцније је ова строгост ублажена, па је сачињени тестамент, могао бити укинут, због других разлога (општећење печата или потписа свједока, отварањем и сл.).

У посткласичном праву срећемо прописе, који временски ограничавају правну ваљаност завјештања, на тај начин што су императори Хонорије и Теодосије II (418.н.е) прописали да завјештање старо десет година не производи више правно дејство, правдајући овакву одредбу тврдњом, да је тешко претпоставити да би последња воља завјештаоца тако дуго остала на снази, односно непромијењена. Јустинијаново право је ту одлуку модификовало на тај начин, што је одређено, да тако старо завјештање, завјешталац може опозвати у присуству три свједока, записнички пред судом или другим органом јавне власти. Зна се да је у римском праву важило правило, да се тестамент може увијек опозвати, оставилац се чак "није ни могао одрећи тог свог овлашћења".²²⁷⁾ Оправдања за овакво становиште нађено је у правилу да је људска воља промјенљива, све до последњег часа живота – **ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad extremum vitae exitum**.

3. Testamentum irritum

Овај тестамент је ништав, ако завјештаоца касније задеси **capitis deminutio**, уколико нпр. због изречене казне изгуби статус слободног човјека – **status libertatis**, као и онда, када због адрогације постане особа **alieni iuris**. Завјештање је такође било ништаво, ако би завјешталац, иначе римски грађанин, пао у ропство, јер се тада примјењивала претпоставка (**fictio legis Corneliae**), на основу

²²⁷⁾ Исто, 380

које се сматрало да је римски грађанин, који је допао rop-ства, умро у часу заробљавања, како би се на овај начин сачувала правна ваљаност оставиоачевог тестаментa.²²⁸⁾

4. Testamentum destitutum

Дешавало се мада не тако често, да тестамент, који је првобитно сачињен на правно ваљан начин, изгуби правно дејство (недејствујући тестамент), ако се нико од постављених наследника или супститута не прихвати наследства, због тога што нијесу хтјели или нијесу могли. Ништавост овог тестаментa, произилазила је дакле из чињенице да овај правни посао није остварио своју основну сврху, а то је пренос права и обавеза на наследнике. Римски га правници називају **testamentum destitutum** (недејствујући тестамент), или **testamentum desertum**.

И овај је тестамент под одређеним условима, било могуће нападати помоћу **querella inofficiosi testamenti**.

5. Оповив тестаментa

Римско је завјештање, опозив правни посао. Због тога оно губи ваљаност, ако га завјешталац опозове. Завјешталац на то има право увијек, све док је жив.²²⁹⁾

Дешавало се да правно релевантан тестамент "буде укинут супротном вољом".²³⁰⁾ Није довољно, међутим, да га завјешталац укида, само зато, што он не жели да он и даље производи правне последице. Чак и у оном случају кад вршца тестаментa буде пресјечена он и даље важи на основу цивилног права. Па чак и онда када неко уништи или спали плоче завјештања, оно што завјештање садржи

²²⁸⁾ Исто, 77.

²²⁹⁾ Ulp. D. 34,4,4: 'ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum'.

²³⁰⁾ А. Ромац, Извори римског права, Загреб, 1975, стр. 493.

не губи тиме своју правну ваљаност, иако је у оваквим ситуацијама тешко доказивати његов садржај.²³¹⁾

Та његова жеља мора, дакле, бити изражена на одговарајући начин. Жеља завјештаоца, да одредбе већ сачињеног тестаментa, даље не вриједи, неће довести до његовог укидања. То се неће десити, чак ни онда, ако завјешталац умјесто раније направљеног тестаментa, започне да саставља нови, али га не доврши или због тога што се покајао или што га је смрт претекла, или на основу говора у Сенату "**divi Pertinacis**"²³²⁾ (божанског Пертинакса), ако нове плочице завјештања не буду сачињене у складу са правним прописима. Исто вриједи и за недовршено завјештање, пошто се недовршено завјештање, ван сваке сумње, сматра неваљаним: "**...nam imperfectum testastamentum sine dubio nullum est**".²³³⁾

Деси ли се, пак, да је у завјештању нешто намјерно избрисано, онда оне, који покрећу спор, треба одбити приговором, а ако је брисање плод случаја, а не намјере, онда се тужиоци не могу одбити, без обзира на то, да ли се избрисано може или не може прочитати, јер и када недостаје читаво завјештање, несумњиво је ваљано све што је у њему написано. Ако је завјешталац нешто избрисао не треба дозволити тужбу, "**si vero alius invito testatore, non denegabuntur**"²³⁴⁾ (али ако је то учинио неко други, против воље завјештаоца, дозволит ће се тужба – дословно: **non denegabitur**, неће се одбити).

Старо цивилно право тражило је одређене услове да би се завјештање могло опозвати, као што су: прављење новог и истовјетну форму цивилног права, тражену за овај правни акт. Касније је укоријењено начело да: касније завјештање, увијек и у цјелини укида раније.

231) Гај, Институције, II, 151.

232) Justiniani, Inst. 2, 17, 7.

233) Justiniani, Inst. 2, 17, 7.

234) D. 28, 4, 1, 3.

Римска јуриспруденција, преторско право и царско законодавство, дозволили су и неке друге форме опозива завјештања. Више се за опозивање завјештања није тражило, само, сачињавање новог, него и друге завјештаоачеве изјаве воље о опозиву, а прије свега, ако завјешталац намјерно уништи писмено завјештање, откине печате, раскине врпцу, прецрта сва или само нека наређења у свом завјештању и сл.

V ОСТАЛА НАРЕЂЕЊА ЗАВЈЕШТАОЦА

Поред именовања наследника, као темеља и главе тестаментa (по мишљењу римских правника), овај акт је често садржавао и нека друга располагања оставиоца, као што су легати, фидеикомиси и поклон за случај смрти о чему ће бити нешто више ријечи у редовима који слиједе.

1. Легати

Легат (**legatum**), вуче своје поријекло од ријечи **lex** – закон, али изгледа да је **legare** у Закону XII таблица, по-дразумијевало свако тестаментално располагање.²³⁵⁾ Легат је формална, једнострана изјава последње воље завјештаоца, призната цивилним правом, којом он наређује тестаменталном наследнику, да из наслијеђене имовине да неком трећем лицу, неку корист, односно одређено право или пак ствар.

Легатар се у нешто каснијој правној теорији назива и хоноратом (**honoratus** – награђен, почашћен), зато што је из легата стекао неку корист, за разлику од лица оптерећеног легатом, који се назива онератом (**oneratus** – дужан, оптерећен), потпуно у складу са његовом обавезом да мора извршити легат.

Легати су, дакле, имовинска располагања путем тестаментa, која као и наследство производе правно дејство,

²³⁵⁾ О. Станојевић, Римско право, 2001, Београд, стр. 244; А. Ромац, Римско право, стр. 391.

послије смрти оставиоца. Из реченог произилази да је легат био могућ само код тестаменталног наслеђивања.²³⁶⁾ Зато је одређиван у тестаменту, а изузетно и у кодицилу, који је морао бити потврђен тестаментом.

Легат се од наслеђа разликују по томе, што представља сингуларну сукцесију, зато што легатар добија једно или евентуално неколико права, за разлику од наследника, који наставља личност завјештаоца. Уз то, легатар је најчешће лице, које не улази у круг наследника.²³⁷⁾ Предмет легата могу бити: ствари, новац или нека друга корист, опрост дуга на примјер. Најчешћи корисници легата су физичка лица, а понекад и понека институција.

Легатар је исто као и тестаментални наследник, морао имати пасивну тестаментификацију према завјештаоцу. За легатара је карактеристичан паралелизам форме, која се тражила за постављање тестаменталног наследника. Легати се одређују послије именованга наследника. Зна се да ако овог именованга нема, тестамент није ваљан, па самим тим ни легати, што у модерним законодавствима није случај. Изузетно "легат може бити одређен и у посебном документу који се прилаже уз тестамент, тзв. кодицилу. Уколико је пронађен кодицил уз тестамент, а о њему нема речи у самом тестаменту, такав кодицил се зове неовверен, а ако се помиње, онда је оверен".²³⁸⁾ Легати одређени у неовјереном кодицилу не производе правне последице.

Легат је правни посао, који је сличан уговору о поклону, а нарочито, поклону "за случај смрти" – **donatio mortis causa**, уз постојање очите разлике. Легат представља једнострану изјаву воље оставиоца, а поклон подразумева сагласност воља уговорних странака.²³⁹⁾

За разлику од теорије, гдје је повучена оштра граница измађу легата и наследства, у пракси сусрећемо форме,

236) Исто.

237) Исто.

238) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2001, стр. 245.

239) Исто, 244.

које је тешко сврстати у једну или другу групу. Познато је, да од посткласичног периода и наследници могу добити неке ствари из оставине, као што и код легата постоје одређене обавезе, које падају на терет легатара.²⁴⁰⁾ Такав је **legatum sub modo** (да подигне споменик оставиоцу, на примјер). Ова обавеза, ипак не представља нови легат, јер римско право не дозвољава оно, што нека савремена права допуштају – сублегат. Оно на основу чега римски правници праве разлику, између наследника и легатара јесте то што наследник, продужава личност декујуса и сва његова права и обавезе, који су преносиви, док легатар добија само нека права, а могуће су и обавезе.

1.а. Врсте легата

Старо римско – цивилно право познавало је четири врсте легата, који су добили име по ријечима које је завјешталац употребљавао при одређивању легата, односно према начину правне заштите појединих легата. Истина је, да је римско класично право, било привржено форми више декларативно, него суштински, "код легата је начин одређивања био веома важан".²⁴¹⁾ То је ишло толико далеко да је од употребе ријечи зависила правна ваљаност легата.

Од четири врсте легата, које срећемо у уџбеницима, двије су биле мањег значаја и рано су престале да се користе. Цивилно право је познавало четири врсте легата, чије је правно дејство зависило од тога, које ће ријечи бити употребљене приликом његовог одређивања. У питању су ове врсте легата: **legatum per vindicationem, legatum per damnationem, legatum sinendi modo i legatum per praecip-tionem.**

1. Legatum per vindicationem одређиван је ријечима **do** – "дајем" или **lego** – "легирам" и давао је легатару сво-

²⁴⁰⁾ Исто, 245.

²⁴¹⁾ Исто, 245.

јину над неком ствари или пак неко друго стварно право, као право службености на примјер. То је разлог због којег је завјешталац морао бити власник легиране ствари, како у моменту прављења завјештања, тако и у часу његове смрти "осим генеричних ствари, које су му морале припадати у моменту смрти".²⁴²⁾ Легатар је постојао сопственик ствари смрћу оставиоца (неки правници сматрају – отварањем тестаментa), а да је при том без значаја чињеница у чијим се рукама легирана ствар налази "и без помоћи наследника или било ког другог може да захтева ствар својинским тужбама".²⁴³⁾ Ова је форма легата, давала овлашћење легатару, да одмах послѣ делације реализује своје право користећи **rei vindicatio** или **vindicatio servitutis**, зато што је ова врста легата имала непосредно стварно-правно дејство.

2. Legatum per damnationem производио је облигацију, која је падала на терет наследника, јер је био обавезан, да легатару из заоставштине преда легирану ствар. Ова врста легата установљава се ријечима: **heres meus dare damnes esto** – нека мој наследник буде обавезан да да. Овај легат успоставља облигациони однос између наследника и легатара, који не можемо сврстати у деликте, јер нема противправне радње, а ни у контракте, јер између странака нема сагласности воља, него у квазиконтракте.

Овај легат, не даје легатару непосредна својинска овлашћења или неко друго стварно право, већ му једино дозвољава, да помоћу тужбе **quasi ex contractu**, захтијева да наследник изврши своју обавезу, према њему, на начин који је одредио завјешталац.²⁴⁴⁾ Предмет овог легата, могле су бити ствари укључујући и будуће, а и одређена права, као и нека друга радња или пропуштање, па чак " и

242) А. Ромац, Римско право, стр. 391–392.

243) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2003, стр. 308.

244) А. Ромац, н.д., стр. 392.

ослобађање од дуга (**liberatio legata**) који је легатар имао према оставитељу".²⁴⁵⁾

Постојали су и неки други облици овог легата, као онај назван: **legatum per partitionem**, на основу којег је легатар добијао одређени дио заоставштине, једну половину, на примјер, али и поред тога није постојао универзални, већ само сингуларни сукцесор. За остварење својих права, легатар је могао подићи **actio ex testamento**. Десили се, пак, да наследник неосновано побија своју обавезу, осуда је гласила **in duplum**.

3. Legatum sinendi modo налагао је наследнику обавезу, да обавезно допусти (**sinare** – допустити) легатару реализацију свог права, односно да узме легирану ствар. Док се код претходног легата, обавеза наследника, састоји у чињењу (**in faciendo**), код овог легата, обавеза оптерећеног наследника, састоји се у трпљењу, нечињењу (**in non faciendo**).

4. Legatum per praecceptionem установљавао је право једном од санаследника, да може изабрати неку ствар, која касније не би улазила у оставинску масу, тј. била би изузета из диобе. Овакав концепт овог легата, одговара учењу сабинијанаца, док су прокулеанци овај легат поистовјећивали са **legatum per vindicationem**, због чега је могао бити установљен и у корист трећих лица, а не искључиво санаследника.

Временом је граница између појединих врста легата бивала све тања.²⁴⁶⁾ Прво је дошло до приближавања легата, који су производили стварноправно дејство (**legatum per praecceptionem** и **legatum per vindicationem**), а касније и оних са облигационоправним последицама (**legatum sinendi modo** и **legatum per damnationem**). Пошто је, због ширине садржаја **legatum per damnationem** најчешће био у употреби, император Нерон (**SC Neronianum**), је од-

²⁴⁵⁾ Исто, 392

²⁴⁶⁾ Исто, 392.

лучио, да се легат, који није остављен у прописаној форми, има сматрати да је остављен у форми легата **per damnationem**. На овај начин омогућена је конверзија формално ништавих легата у најчешће употребљавану форму легата.²⁴⁷⁾

Посткласично право, више не захтијева употребу одређених ријечи, што значи да форма губи првобитни значај, при конституисању легата, тако да је створена јединствена форма легата, и он је сада зависно од садржаја, а не више од форме, производио стварноправне или облигационоправне последице. Сагласно томе, легатар је за реализацију свог права, на располагању имао ова правна средства: **actionem in rem ili actionem in personam**.

Када је о предмету легата ријеч, треба рећи да је он нарочито у раније доба зависио од врсте легата (код легата **per vindicationem, per praeseptionem i sinendi modo**), по правилу била нека ствар или стварно право, за разлику од дамнационог легата, чији су предмет могле бити најразличитија права и обавезе, па чак и опроштај дуга и сл. Када је предмет легата генерично одређена ствар, право избора припадало је наследнику, код дамнационог, а легатару код виндикационог легата. Дешавало се да завјешталац право избора (**legatum optionis**), да легатару, а могло се десити да се право избора да неком трећем лицу.

2.а. Стицање легата

Да би легатар могао остварити своје право, односно да би могао стећи легат, било је нужно да заоставштина припадне тестаменталном наследнику и да се он прихвати наследства. Поред овога за стицање легата, важну улогу су играли и рокови, које је римска правна теорија називала: **dies cedens i dies veniens**.

1. Dies cedens, наступа по правилу у моменту делације, односно смрти завјештаоца. Од тог момента легатар до-

²⁴⁷⁾ Исто, 392.

бија право стицања легата, које је могло прећи и на његове наследнике. Уколико је "легат остављен под суспензивним увјетом, легатар је морао доживјети испуњење тог увјета, јер иначе то његово право није било наследиво".²⁴⁸⁾ Ако је легат везан за одређени рок онда је **dies cedens** наступао одмах, заједно с делацијом, а кад рок није одређен, легатар је своје право стицао послје истека тог рока, што ће рећи исто као код суспензивног услова.

2. Dies veniens, је наступао у часу када наследник прихвати наследство. То је моменат од којег легатар може реализовати права, на која га легат овлашћује.²⁴⁹⁾ Уколико је и **dies veniens**, везан за рок или услов, онда је тражено да рок истекне, а услов се испуни.

3.a. Ограничење легата

Гај на једном мјесту каже, да се фидиекомисом може оставити, како ствар, која припада завјештаоцу, тако и ствар, која припада наследнику, легатару, па и било ком другом.²⁵⁰⁾ Могло се захтијевати, да легатар уступи не само ону ствар, која му је легирана, него и неку другу, без обзира да ли припада самом легатару или је туђа. При томе се морало водити рачуна, да ствар не прелази вриједност ствари добијене по завјештању, ако је ова вриједност већа, онда је таква наредба ништава.²⁵¹⁾

Наслеђивање породичне имовине понекад није представљало, нарочиту имовинску привилегију за наследнике. Стари назори и старе вриједности, губе некадашњи сјај, тако да "заоставштина без породичног култа",²⁵²⁾ представља оно што Римљани жељно очекују или са жељом, ако је наслеђе оптерећено овом обавезом. Како од-

²⁴⁸⁾ Исто, 393.

²⁴⁹⁾ Исто, 393.

²⁵⁰⁾ Гај, Институције, II, 2, 261.

²⁵¹⁾ Исто, II, 2, 261.

²⁵²⁾ Цитирано према О. Станојевићу, Римско право, Београд, 2003, стр. 308.

ржати породични култ, ако је заоставштина презадужена, тако да ова племенита обавеза, представља прави "намет" за наследнике.

Овакве ситуације нагониле су неке наследнике да озбиљно поразмисле, да ли ће прихватити наслеђе "ако је добит мршава, а терети велики".²⁵³⁾ Међутим, нијесу сви наследници имали право избора, већ су се неки од њих морали прихватити наследства. Њихов наследноправни положај је могао бити двоструко отежан, како због мале породичне имовине, тако и због великих обавеза, које су установљене у корист сингаларних сукцесора, легатара прије свих. То је био основни разлог због чега су тестаментални наследници све чешће одбијали да прихвате наследство, па су на наслеђе позивани интестатски наследници, тако да легати губе на значењу, зато што се завјештање није могло извршити.

Учесталост ових појава, нужно је изискивала одговарајућу реакцију римског законодавца, који се проблемом легата бавио у више наврата, ограничавајући њихово дејство. Мотиви који су произвели реакцију законодавца, били су двојаки: с једне стране требало је заштитити наследника, а с друге онемогућити растакање "имовине лукративним пословима".²⁵⁴⁾ Законодавац је због тога законима почео ограничавати "апсолутан или релативан износ легата".²⁵⁵⁾

Између правила, која ограничавају легат, апострофирамо гласовито Катоново правило – **regula Catoniana**, које гласи: **quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit** (оно што је од почетка било неваљано, не може протеком времена постати ваљано), на основу којег је легат и касније био ништаван, уколико је ништавост постојала у часу сачињавања тестаментa. Тако је на основу овог правила, виндикациони легат, био ништав, ако легирана ствар није постојала у тренутку сачињавања за-

253) Исто, 308.

254) А. Ромац, Римско право, стр. 393

255) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2003, стр. 308.

вјештања, без значаја је њено касније појављивање.²⁵⁶⁾ Треба рећи да гласовито Катоново правило, које се односило само на питање ваљаности легата, касније прераста у опште правило.²⁵⁷⁾ Такође нијесу производили правне последице "легати остављени као нека врста казне за наследнике (**legata poenae nomine relicta**) те легати остављени неодређеним особама (**legata incertis personis relicta**)".²⁵⁸⁾ Ништави су били и они легати, који су остављени завјештањем, које је накнадно постало ништаво.

Стављање легата у законске оквире, прије свега је последица тежње законодавца да се наследнику обезбиједи одређени дио наследства "да он због преоптерећености легатима не би био сведен, како се у изворима каже, само на празно име наследника (**inane nomen heredis**)".²⁵⁹⁾

Прва два покушаја нијесу баш прославила законодавца, јер је **Lex Furia testamentaria** (донешен око 200. г. пре н. е.), дакле, почетком друге половине периода републике), максимирао износ легата на 1.000 сестерција. Није прошло много времена да би се увидјело, да се овај законски пропис може лако заобићи. Временом је овај закон прекривен велом заборављања. То је мотивисало законодавца, да направи још један корак напријед у правцу заштите наследника. Године 169. пре н. е. у правни живот Римљана уведен је **Lex Voconia**, који прописује, да легатар не може добити више од наследника из оставинске масе.²⁶⁰⁾ Ни ова законска забрана није постигла своју сврху, јер је завјешталац могао заобићи ову забрану, тако што ће оставити више малих легата, и на тај начин наследникову имовину свести на багателну вриједност.²⁶¹⁾

256) А. Ромац, н.д., стр. 394

257) Ово правило и Богишић уноси у свој Законик у себи својственом стилу: "Што се грбо роди, вријеме не исправи", члан 1006. ОИЗ. (В. ОИЗ за Књажевину Црну Гору, јубиларно издање, 110. година од првог издања, Обод, Цетиње).

258) Исто, 394

259) Исто, 394.

260) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2003, стр. 309.

261) Исто, 309; А. Ромац, Римско право, стр. 394.

Питање адекватне имовинске заштите наследника, коначно је ријешено 40. године пре. н. е. када је донијет Фалцидијев закон – **Lex Falcidia**, који прописује, да наследнику мора остати нетакнута једна четвртина заоставштине, чувена – **quarta Falcidia**. Друкчије казано, сва располагања оставиоца, легатима, поклонима за случај смрти, фидеикомисима, могу највише износити три четвртине заоставштине. Десили се ипак, да легати у часу смрти декујуса, премашују ову вриједност, онда се они **ipso iure**, сразмјерно смањују. На основу тумачења из класичног доба правило "Фалцидијеве четвртине", протеже се и на нужни наследнички дио најближих сродника. Јустинијаново право је ипак, у неким случајевима дозвољавало одступање од забране садржане у **Lex Falcidia**.²⁶²⁾ Ово правило ограничава слободу завјештања, а о његовој дуговјечности најречитије свједочи чињеница, да су га преузели многи савремени правни системи.

2. Фидеикомиси

Срж завјештања представља имовинско располагање завјештаоца, али не треба ни једног часа сметнути с ума, да је завјештање могло да садржи и нека друга наређења и неке друге жеље оставиоца. Та наређења су била различита и њима је декујус остваривао своје жеље, које су се могле односити и на мјесто и начин његове сахране, а могле су бити усмјерене и на одређена поступања везана за неке дјелове оставине, а могле су садржавати и неку наредбу најближим сродницима (као на примјер да се најстарији син завјештаоца ожени дјевојком, коју му он сугерише) и сл.

Заједничка карактеристика свих ових оставиочевих наређења је, што она првобитно, садржински не представљају правну, већ једино моралну обавезу, за онога на кога

262) А. Ромац, Римско право, стр. 394.

се односе.²⁶³⁾ Дакле, жеља оставиоца препуштена је доброј вољи и савјести наследника.

Фидеикомис представља неформалну молбу завјештаоца, којом он позива наследника, да из оставинске масе, трећем лицу нешто учини или да. Поред наследника оваква молба могла се односити и на сингуларне сукцесоре, као што су легатари, а могла је бити насловљена једном фидеикомисару да нешто да или учини другом. Фидеикомисар је лице, којем је корист била намијењена, а фидуцијар лице, коме је молба била насловљена.

У ранија времена, прављена је општра разлика између ове установе и легата. Као што смо рекли напријед, легат посједује искључиво имовинске атрибуте, за разлику од фидеикомиса, који та својства нема. Уз то легат је уживао судску заштиту путем тужбе, док се фидеикомис наслања на савјест наследника.²⁶⁴⁾ Следећа разлика између ове двије институције везана је за форму, за легат је прописана строга форма, а фидеикомиси су неформална молба, нијесу морали бити везани за завјештање, па је ова обавеза падала не само на наследника, него и легатара, па и самог фидеикомисара. Фидеикомисима је могао бити оптерећен чак и законски наследник, као и обдарени из поклона за случај смрти, што је за легат било незамисливо.²⁶⁵⁾

Завјешталац, је као и код завјештања морао и код фидеикомиса имати активну тестаментификацију. За правну ваљаност фидеикомиса, није од значаја састављање завјештања и именовање наследника, ни употреба одређених ријечи, па ни латинског језика на крају.²⁶⁶⁾ Иако је фидеикомис могао бити установљен и у усменој форми, ипак најчешћи облик његовог састављања је био кодицил.

263) А. Ромац, н.д., стр. 394–397; О. Станојевић, н.д., 2003, стр. 309–310.

264) Види стр. 98–100 и 107–109.

265) А. Ромац, н.д., стр. 395.

266) А. Ромац, Извори... стр. 524 – 527.

Кодицил представља мало писмо, које је у ствари било прилог тестаментa – **codicilli testamentarii**, сачињено на неформалан начин, "и у молбеном тону с порукама, односно молбама насљеднику или легатару које нијесу биле садржане у опоруци".²⁶⁷⁾ Фидеикомиси су најчешће остављани на овај начин, али је кодицил могао бити сачињен и мимо завјештања и упућен законском насљеднику, па чак и самом фидеикомисару.

Фидеикомиси ни у доба републике нијесу били правно заштићена установа, јер је њихово извршење зависило искључиво "од добре воље фидуцијара".²⁶⁸⁾ Овакво стање је трајало све до Августовог доба, јер је он личним примјером показао да фидеикомисе треба извршити (испунио је фидеикомисе, који су му били остављени), и омогућити заштиту онима који је захтијевају у поступку **extra ordinem**.

Генезу заштите фидеикомиса, можемо пратити кроз неколико фаза. Прво су спорове настале из фидеикомиса решавали надлежни конзули, да би у доба цара Клаудија, за решавање ових спорова, био конституисан посебан државни орган – **praetor fideicommissarius**, док је провинцијским намјесницима, ова надлежност била повјерена за спорове у провинцијама.²⁶⁹⁾

Саму ријеч **fideicommissum**, чини именица "**fides**", која се преводи са више синонима, који означавају: част, поштење, повјерење, вјеру; и глагол "**comittere**", што значи уступити, повјерити, препустити, дати. Дакле, и етимолошко значење ове правне установе, говори о њеним првобитним моралним карактеристикама с једне стране и одсуству правне заштите фидеикомиса с друге стране.²⁷⁰⁾

Ако имамо у виду привредно–социјалну функцију легата и фидеикомиса, онда се они не разликују, јер обје ус-

267) А. Ромац, Римско право, стр. 395.

268) Исто, 394.

269) Исто, 394.

270) Исто, 394; О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 309.

танове обезбјеђују неком трећем лицу имовинску корист из заоставштине.²⁷¹⁾

Разликујемо двије врсте кодицила: они који су верификовани завјештањем (**codicilli testamento confirmati**) и који су понекад садржавали именоване наследника, као и они које називамо самостални кодицили (**codicilli non confirmati testamento**). Ова врста кодицила, није морала имати одређивање наследника, што представља основ разликовања између завјештања и кодицила.

Речено је већ, да је за прављење кодицила прописана активна тестаментификација, али класично право није тражило, никакву нарочиту форму.²⁷²⁾ Јустинијаново право, тражи пет свједока и за кодицил. Оставилац је у тестаменту, могао "одредити (касније се то претпостављало) да ће она (опорука – С. М.) ако не буде ваљана као **testamentum** – вриједити као кодицил".²⁷³⁾ Овдје се ради о тзв. кодициларној клаузули, путем које је била могућа "конверзија једног правног посла у други".²⁷⁴⁾

Јаки замах "комерцијализације који је захватио римско друштво",²⁷⁵⁾ нужно се одразио и на правну природу фидеикомиса, који попримају имовинске атрибуте. Фидеикомиси су нарочито били подесни, да се из заоставштине издвоји дио, који се касније даје неком на старање, али у туђу корист, дакле, у корист неког другог лица. Фидеикомис је могао да садржи и таква наређења, којим се тражи да један од наследника ослободи одређеног роба. Треба рећи да је у почетку ово добротинство чешће коришћено у завјештању, него у фидеикомису. Фидеикомис је био прикладно средство, помоћу којег су се изигравале забране прописане Воконијевим законом и Августовим женидбеним законодавством. Правни учинак фидеико-

271) А. Ромац, н.д., стр. 394; О. Станојевић, н.д., 2003, стр. 308.

272) А. Ромац, Римско право, стр. 395.

273) Исто, 395

274) Исто, 395.

275) О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 309.

миса, огледао се у чињеници, ако неко не може да наслиједи (жена, особе ван брака или са недовољно дјепе), може добити фидеикомис. Помоћу фидеикомиса могуће је било именовање супститута (наследника првоименованом наследнику, ако овај умре).

Предмет фидеикомиса односио се на различите ствари: давање ствари, опрост дуга, ослобађање дуга, као и препуштање читавог наследства одређеном лицу – универзални фидеикомис. Класично право прописује да фидеикомисе карактерише постојање искључиво облигационо-правних тражбина, док су легати имали и стварноправне последице.²⁷⁶⁾

Када је о стицању и реализацији права из фидеикомиса ријеч, важила су иста правила која су примјењивана на легате.²⁷⁷⁾

Вриједна је помена чињеница, да фидеикомиси у почетку, нијесу били ограничени, како у погледу лица, тако и износа користи коју су та лица добијала. То је трајало, док фидеикомиси нијесу добили правну заштиту, када долази до увођења одређених ограничења, тако што се правила релевантна за легате протежу и на фидеикомисе. Идући тим трагом сусрећемо се са једним сенатским мишљењем – **SC Pegasianum** (донијетим за владе цара Веспасијана), којим је и за фидеикомисе прописано ограничење, које је за легате прописао Фалцидијев закон. То значи да је завјешталац, морао и у овом случају, наследнику препустити неокрњену једну четвртину наследства – **quarta Pegasiana**. Император Хадријан је прописао да фидеикомиси остављени перегринима, припадну државној благајни.²⁷⁸⁾ Паралелно са смањивањем формализма прописаног за легате, тече процес, на основу кога се интервенцијама у царском законодавству легат и фидеикомиси све

276) А. Ромац, Римско право, стр. 394–397; О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 309–310.

277) А. Ромац, Римско право, стр. 395.

278) Исто, 395.

више приближавају. Овом тренду, нарочито је погодовала чињеница, што римско право тражи минимум формализма за кодициле у којима су фидеикомиси обично остављани.

Тенденција брисања разлика између легата и фидеикомиса се наставља, да би Јустинијаново право укинуло разлике између ове двије установе, тако да ови појмови постају синоними, а на легате и фидеикомисе примјењују се иста правила,²⁷⁹⁾ упркос чињеници, што су оба појма и даље формално егзистирала.²⁸⁰⁾ Речено је већ, да се на ове наследноправне установе од времена цара Јустинијана, примјењују иста правила, уз опаску - ако се ради о колизији, онда се примјењује блаже правило, што значи оно које је "створено у правној теорији и јудикатури за фидеикомисе".²⁸¹⁾ Што се судске заштите легатара и фидеикомисара тиче, треба рећи, да и један и други могу подићи тужбу – **ex testamento**, која је сврстана у квазиконтрактне односе. Легатар и фидеикомисар су за обезбјеђење својих права имали законско заложно право на заоставштину која је припала наследнику.

2.a. Врсте фидеикомиса

Поред најчешће врсте фидеикомиса, чији предмет представља одређена ствар или право остављени фидеикомисару, а који се садржински посматрано не разликује значајније од легата, а прије свега легата **per damnationem**, развиле су се двије посебне врсте фидеикомиса, и то: општи (универзални) и породични фидеикомис.

1. Општи или универзални фидеикомис – fideicommissum hereditatis или **hereditatis fideicommissaria**, односи се на цијело наследство или његов идеални дио.

²⁷⁹⁾ А. Ромац, Римско право, стр. 394–397; А. Ромац, Извори... стр. 524 – 527; О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 309–310.

²⁸⁰⁾ А. Ромац, Римско право, стр. 395.

²⁸¹⁾ Исто, 395.

Основно својство овог фидеикомиса огледа се у томе, што тестатор наследнику оставља заоставштину или само њен дио, уз молбу да све што је примио, уступи фидеикомисару, одмах или тек када буде испуњен неки суспензивни услов.²⁸²⁾ Правно дејство овог фидеикомиса суштински се огледало у жељи завјештаоца да наслеђе или неки његов дио припадну трећем лицу, које он директно или није могао или није хтио именовати за наследника. Очигледно је, дакле, да наследник у овом правном послу нема неких нарочитих имовинскоправних овлашћења, прије би се рекло, да он представља средство за трансмисију оставине са завјештаоца на фидеикомисара²⁸³⁾, а наследник је имао само статус – **heres fiduciarius**. Али упркос томе, он је у старо доба фигурирао као наследник, зато је одговарао за дугове завјештаоца.

Како је вријеме одмицало, почело се све више увиђати да је овакав положај фидуцијара неодржив из простог разлога што од пријема наследства није имао никакве имовинске користи, а уз то морао је из заоставштине извршити све обавезе завјештаоца. Законодавац је дошао на идеју, по којој је неопходно да се што више правних последица ове врсте фидеикомиса, прије свих обавезе, пренесу на фидеикомисара. Да би се то постигло, донијета су два сенатска мишљења, која представљају адекватан правни оквир за разрешење овог проблема. Ријеч је о следећим правним актима: **SC Trebellianum** и **SC Pegasianum**.

Прво мишљење – **SC Trebellianum** (донијето 56. г. н. е. за владе императора Нерона), прописује да пренос оставине са фидуцијара, значи да и актива и пасива заоставштине суштински припадају фидеикомисару. За реализацију својих права, фидеикомисар је могао користити **actiones utiles**, којом је непосредно тужио оставинске ду-

282) А. Ромац, Извори... стр. 526–531; А. Ромац, Римско право, стр. 396–397.

283) А. Ромац, Извори... стр. 526–531.

жнике, али је зато он сам, а не фидуцијарни наследник био одговоран за завјештаочеве дугове.²⁸⁴⁾

Друго мишљење – **SC Pegasianum** (донијето 75. г. н. е. за владе цара Веспасијана, вјерује се да је аутор и предлагач овог нормативног акта, био чувени правник Пегасус, у то вријеме шеф прокулеанске правне школе), преузима начело садржано у **Lex Falcidia** и преноси га са легата и на фидеикомисе, што значи да је на основу овог сенатског мишљења, фидуцијарни наследник имао право на неокрњену једну четвртину наследства – **quarta Pegasiana**. Јустинијан је направио још један корак напријед, јер је односе регулисане поменутиим сенатским мишљењима, поједноставио до те мјере, што је изједначио универзалног фидеикомисара и универзалног наследника, уз то је укинуо **SC Pegasianum**, пренијевши његове одредбе у **SC Trebellianum**.

2. Другу врсту фидеикомиса представља породични фидеикомис (**fideicommissum familiae relictum**). Његов настанак дугујемо супституцији, јер је из ње изникао.²⁸⁵⁾ Познато је, наиме, да се супституција чешће примјењивала код фидеикомиса, а ређе код наследства. Није дакако ријеч само о вулгарној супституцији, већ је завјешталац могао наложити фидеикомисару, да послѣ протока неког времена или пак када наступе одређени услови, наследство пренесе, другом, трећем и тако редом супституту – **substitutio fideicommissaria**.

Користећи овакве форме супституција, завјешталац је могао наложити фидеикомисару, да за случај смрти наследство или његов дио, мора уступити неком члану породице (прворођеном сину нпр., који стиче атрибуте фидеикомисара, а овај на исти начин следећем члану породице и тако редом). Завјешталац је, код оваквих супституција истовремено могао да "ограничи могућност

²⁸⁴⁾ Исто, стр. 526–531; А. Ромац, Римско право, стр. 396–397.

²⁸⁵⁾ Исто, стр. 526–531; исто, стр. 396–397.

располагања имовином и пословима **inter vivos**,²⁸⁶⁾ што је имало за последицу, трајно задржавање породичне имовине у кругу те исте породице. Чини нам се да овакво овлашћење завјештаоца, објашњава сву популарност породичног фидеикомиса у срадњем вијеку.

Овом врстом фидеикомиса, завјешталац је наређивао "да ће увек убудуће неподељену заоставштину добити најстарији (**primogenitura**) или најмлађи син (**ultimogenitura**)".²⁸⁷⁾ Породични је фидеикомис нашао широку примјену у средњем вијеку, јер се њим спречавало даље уситњавање земљишних посједа. То је било од суштинске важности, зато што у средњем вијеку земљишни посјед значи не само услов опстанка, већ опредјељује и друштвени статус сопственика или држаоца земљишног посједа. У овој чињеници управо и лежи разлог, што је неке од ових фидеикомиса забрањивало римско, а савремена права су још више ову забрану продубила.²⁸⁸⁾

Држимо да је згодна прилика, да излагање о појму, врстама и историјском развоју римског тестаментa, окончамо закључком "који се сам неодољиво намеће",²⁸⁹⁾ а чији сажетак може да гласи: тестамент, своје поријекло дугује римском правном систему, који је уз мноштво других правних установа и тестамент развио до суптилних нијанси, дајући му неопходну гпкност, која, међутим, није ишла науптрг његове језгровитости, било да је у питању битна форма, било садржина ове установе.

Због тога нам није ни најмање страна становиште оних аутора, који тврде да је посткласично право дало довољно добар и довољно широк избор форми, у којима је завјешталац могао изразити своју последњу вољу, да чак и савремена права, без битних додатака користе форме тес-

286) А. Ромац, Римско право, стр. 396.

287) О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 309.

288) Исто, 309.

289) С. Марковић, Тестамент у црногорском обичајном праву, Београд, 1995, стр. 39.

таментна, установљене у римском посткласичном праву.²⁹⁰⁾ Сматрамо такође, да је сасвим на мјесту констатација да су модерна права у битним цртама преузела основна начела о тестаменту, онако како их је овој установи удахнуло римско посткласично право.²⁹¹⁾

3. Поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*)

Поклон за случај смрти (*donatio mortis causa*), јесте правни посао, за који дјелимично важе начела уговорног, а дјелимично начела наследног права. Правна природа, а нарочито начин настанка уговора за случај смрти, речито свједоче о томе да је овај правни посао заправо уговорни однос између двије стране, који настаје сагласношћу воља уговорних страна – дародавца и обдареног.²⁹²⁾ Насупрот томе у пословима **mortis causa**, те сагласности нема. За ваљаност овог правног посла, није се тражила активна тестаментификација (**testamenti factio activa**) за дародавца, већ само општа правна и пословна способност. Поклон за случај смрти производи је правне последице, независно од наслеђивања, јер овај правни посао важи и онда, кад се нико не прихвати наследства, а дародавац није везан ограничењима типа **incapacitas i indignitas**.²⁹³⁾

Поклон за случај смрти, производи правне последице, само ако обдарени надживи дародавца.²⁹⁴⁾ Поклон за случај смрти, могао је бити сачињен у техничком смислу на два начина. Први начин, производи је такву правну последицу, гдје се на обдареног одмах преноси својина над неком ствари или неко друго право, уз дародавчеву мо-

290) Д. Стојчевић, Римско право, стр. 168–172; О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 298–305; А. Ромац, Римско право, стр. 370–376.

291) А. Ромац, Римско право, стр. 376.

292) М. Хорват, н.д., стр. 339; А. Ромац, Римско право, стр. 397–398; А. Ромац, Извори... стр. 531–532; М. Борас–Л. Маргетић, н.д., стр. 200.

293) А. Ромац, Римско право, стр. 397.

294) Justiniani, Inst. 2,7,1; М. Хорват, н.д., стр. 339; А. Ромац, Римско право, стр. 397; М. Борас – Л. Маргетић, н.д., стр. 200.

гућност, да уколико је смртна опасност прошла, тражи повраћај права својине на поклоњеној ствари, употребом кондикције, од Јустинијановог времена – **condictio causa data causa non secuta**. Овај облик уговора о поклону за случај смрти, личи на правни посао са резолутивним условом. Други начин склапања поклона за случај смрти има за последицу даровање под суспензивним условом,²⁹⁵⁾ што значи да ће овај правни посао бити реализован, само уколико се услов испуни, односно ако обдарени надживи дародавца. Код овог правног посла, својина није одмах преносена на поклонопримца, па се њен повраћај могао захтијевати својинском тужбом.

Поједностављено казано, поклон за случај смрти постоји и онда, када дародавчеви мотиви нијесу у тијесној вези са владајућим моралним схватањима. Овај правни посао постоји и тада, када дародавац више воли да дарована ствар буде његова, него обдареног, или више воли да припадне обдареном, него свом наследнику. Дакле, поклон за случај смрти неријетко је био мотивисан, предстојећим опасностима, које су чекале дародавца, као што су: одлазак у рат, дуго и опасно путовање, тешка и изненадна болест, напад гусара и друмских разбојника и сл.

Расправљајући ова питања, римски су правници заузели становиште, да код оваквих поклона, поклонодавац поклања ствар, радије поклонопримцу него свом наследнику, иако би је најрадије задржао за себе, ако би предстојећа опасност изостала. У литератури се као очигледан примјер оваквог поклона наводи случај Одисејевог сина Телемаха, који дарује пријатеља Пиреја:

"Одврати тад му мудри Телемах речима овим:

Пиреје, не знамо како завршиће се све?

Ако ме бесни просци убију из потаје

моју ће очевину међусобно поделит',

зато бих желео ја, када су дарови ови

ионако код тебе, да их уживаш ти,

295) М. Хорват, н.д., стр. 339; А. Ромац, Римско право, стр. 397.

а не неки од њих. Ако их побијем ја,
радостан онда ћеш мени донети их у кућу".²⁹⁶⁾

Одисејев син Телемах живећи у страху да ће га убити мајчини просци, жели да дарује свог пријатеља Пиреја. Ако пак надвлада просце у том сукобу, наређује да му се дарови врате. Дакле, да су прилике биле редовне Телемах уопште не би даровао свог пријатеља Пиреја.

Такође се не сматра поклоном,²⁹⁷⁾ новац који на примјер дају статулибер или легатар некоме, ради испуњења неког услова, без обзира да ли се то даје, наследнику или неком другом лицу. Исти правни режим има и новац који неко добија, да се прихвати наследства или да га одбије, као и онај који прими новац, да би се одрекао легата. Слично је и са миразом, када муж обећа да ће га вратити послје женине смрти, јер се ово право стиче само у случају смрти, због чега се овакав мираз назива: **dots recepticiae**.²⁹⁸⁾

Без обзира на своје специфичне атрибуте, поклон за случај смрти, као опозиви правни посао за случај смрти, садржински сличан легату, почео се временом изједначавати са установом легата. Овакав развојни пут поклона за случај смрти, припремљен је још у класично доба, да би коначна реализација успиједила у Јустинијаново доба. У овом периоду, на поклон за случај смрти, почињу се примјењивати одредбе Августових кадукарних закона, правила о нужном дијелу **Lex Falcidia**, као и правила о акресценцији. Ограничења која су на основу **Lex Falcidia** важила за легате, од времена Септимија Севера, протегнута су и на поклон за случај смрти.²⁹⁹⁾ Даља генеза установе поклона за случај смрти ишла је у правцу прихватања ста-

296) Хомер, Одисеја, ЦИД, Подгорица, 1999, 17, 76–83.

297) D. 39, 6, 31, 2. Gaius libro octavio ad edictum provinciale.

298) D. 39, 6, 31, 2. Назив потиче од глагола recipere, што значи поново – натраг вратити, примити, добити и сл.

299) М. Хорват, н.д., стр. 339; М. Борас–Л. Маргетић, н.д., стр. 200.

новишта да поклони за случај смрти могу бити оптерећени фидеикомисима, а поклонодавац је овлашћен на употребу **querellae inofficiosi testamenti**, уколико тврди да је његово право из поклона умањено завјештајним располагањем. Очигледно је Јустинијаново право потпуно изједначило установе легата и поклона за случај смрти. Тако је од овог времена поклон, као и легат слободно опозиви правни посао (а не само онда, ако дародавац избјегне смртну опасност). За повраћај дароване ствари, поред кондикције, дародавац може користити и реивиндикациону тужбу.³⁰⁰) Када је о форми поклона за случај смрти ријеч, захтијева се форма која вриједи за кодицил, који се по Јустинијановом праву мора правити пред пет свједока. И за фидеикомисе тражила се иста форма.

О готово потпуној изједначености поклона за случај смрти са установама легата и фидеикомиса, најречитије свједочи следећа чињеница, што одредбе о уписивању у јавне књиге (**insinuatio**), а вриједјеле су за остале поклоне, нијесу се протезале на поклоне за случај смрти.

Римско наследно право познавало је још један вид стицања за случај смрти, назван – **mortis causa capio**. Овај правни посао настаје тако, што би завјешталац наследнику или легатару, условио стицање плаћањем неког износа трећем лицу. Пошто се овакав начин стицања није могао подвести ни под један познати облик стицања, назван је **mortis causa capio**. Касније се, међутим, и на овај начин стицања наследства почињу примјењивати ограничења и друге мјере, које су важиле за легате и фидеикомисе, иначе би овај облик стицања наследства био згодан начин за заобилажење поменутих ограничења прописаних за легате и фидеикомисе.

300) М. Хорват, н.д., стр. 339.

Г Л А В А П Е Т А

ТЕСТАМЕНТ У ВИЗАНТИЈСКОМ ПРАВУ

1. Однос римског и византијског права

Сматрамо да ову нашу књигу у којој се расправља питање тестаментa у старовјековном праву, треба завршити на тај начин што ћемо на кратко бацити поглед на завјештање у византијском праву, с обзиром на испреплетаност и међусобно прожимање римског и византијског правног система.

Када се говори о односу римског и византијског права, тај се однос често карактерише оном већ овјешталом флоскулом, да византијско право није ништа друго, већ "еволутивни продужетак римског права".³⁰¹⁾ Основано се сматра да је до оваквог закључка дошао Жак Кижa, најпознатији представник школе елегантне јуриспруденције, која је свој врхунац достигла у Француској у XVI вијеку.

Није, дакле спорно да се византијско право, наслања на темеље римског права, а да је нарочито посткласично и

³⁰¹⁾ С. Аврамовић, Општа правна историја – стари и средњи век, Београд, 2003, стр. 21.

Јустинијаново право (сређено и објављено у његовој монументалној кодификацији), извршило веома снажан утицај на византијско право, а нарочито на рано византијско право.³⁰²⁾

Велики законодавац – цар Јустинијан, може се сматрати претечом јаке централизације државне власти, јер је први од европских владара, спровео до крајњих могућности централизацију свог огромног царства. Да би остварио идеју јединствене империје на начин како је он схватао, Јустинијан је инсистирао на уједначености примјене закона и уједначености судске праксе. Баш ова страна Јустинијанове државотворне дјелатности, има немјерљив културни значај за цјелокупну европску цивилизацију.

Оцјењујући домете Јустинијанове кодификације, Фјодор Успенски, аутор грандиозне Историје византијског царства, констатује да Јустинијанов законодавни подухват, представља за свеколику цивилизацију Европе "споменик необичне трајности и животности, и високо уздиже име Јустинијаново међу свим законодавцима".³⁰³⁾ Погрешно би било тврдити да Јустинијан има нарочито значајну улогу у стварању права, или пак доношењу нових закона, прије свега његова заслуга се огледа у систематизацији римског позитивног права. За вријеме Јустинијанове владе " и уз његову помоћ споменици римског права били су сакупљени, проверени и међусобно упоређени, тако да резултати правног рада Јустинијановог доба представљају већ сами по себи драгоцен и незаменљив извор; из њега су обилно захватили средњовековни научници, али и савремени правници".³⁰⁴⁾ Захваљујући понајприје Јустинијановом кодификаторском подухвату римско је право по-

302) А. Вајс, Љ. Кандић, Општа историја државе и права – Феудални период, Београд, 1999, стр. 33–35; С. Шаркић, Општа историја државе и права, Београд, 1955, стр. 120–123; Д. Пантић, Општа правна историја – цивилизације, државе, правни системи и кодификације, Београд, 2003, стр. 75–80.

303) Ф. Успенски, Историја византијског царства, I, II, III, Београд, 2000, I, стр. 377.

304) Ф. Успенски, н.д., I, стр. 377.

примило карактер универзалног права свих цивилизованих народа Европе. Можда у овој чињеници лежи и највећи културни значај Јустинијановог кодекса. Не треба сметнути с ума да је Јустинијанов законодавни подухват, био јако политички обојен, јер је идеја универзалног царства ишла "руку под руку", са кодификацијом римског права, као универзалног правног система. Ношен жељом о обнови Царства, Јустинијан је дошао до сазнања, да та идеја мора имати свој одраз и на терену права, јер је цар знао да каже да се "држава заснива не само на снази оружја већ и на праву".³⁰⁵⁾

Занимање за класично римско право постаје устаљена појава, тако да од доба императора Хадријана чак постоји посебна институција (конзисторија), која се уз остало бавила и тумачењем закона.³⁰⁶⁾ Ова установа, нарочито добија на значају за вријеме Јустинијанове владавине.

Енергични император је у првих неколико година последије устоличења, а на крилима огромних спољнополитичких успеха, посебну пажњу посвећивао законодавној дјелатности. Тако је већ 528. године формирао комисију од десет врхунских правника, пробраних по знању и моралном дигнитету међу људима тог времена. Комисију су предводили гласовити Трибонијан и Теофил. Задатак комисије био је "да сакупи и по садржају и хронолошки распореди царске законе",³⁰⁷⁾ како оне који су донијети још у Хадријаново доба, тако и оне чија је садржина пренијета у Хермогенијанов, Грегоријанов и Теодосијев кодекс, а и оне који су касније донијети.

Комисија је пред собом имала веома сложен, обиман и тежак задатак, али је упркос огромним тешкоћама са којима се суочила током свог рада, успјела да Јустинијанове налоге веома брзо и изузетно успјешно изврши. Први резултати рада комисије брзо су били видљиви, тако да су

305) Цитирано према О. Станојевићу, Римско право, 2003, стр. 112.

306) Ф. Успенски, н. д. I, стр. 377.

307) Исто, I, стр. 377.

већ у априлу 529. године, систематизовани и верификовани текстови царског законодавства, били објављени у 12 књига, под именом Кодекс. Ријеч је о гласовитом **Codex Iustiniani**, који је 534. године поново редигован, да би изашао, као ново допуњено издање. И управо та "последња редакција или зборник који садржи између 4.600 и 4.700 одлука, од Хадријана па до 534. године, представља онај Јустинијанов кодекс који наука користи све до данас".³⁰⁸⁾

Јустинијанова кодификација, успоставља јединствени правни систем, који брише разлике између старог права, садржаног у дјелима римских правника класичног периода и новог права, садржаног у царским конституцијама – **leges (Codex)**.³⁰⁹⁾ Изгледало је бар у почетку, да су цареве амбиције овим биле задовољене, али је цар промијенио своје мишљење током рада комисије за кодификацију, вјероватно на инсистирање Трибонијана и осталих чланова комисије. Донијета је одлука, да се кодификаторски рад прошири, израдом нових зборника, прије свих оног, који треба да садржи, оно што је највредније у римском праву – списе класичних римских правника (**ius – Digesta**). Не спорећи значај Јустинијановог кодекса ни једног тренутка, ипак скрећемо пажњу на чињеницу, да је од њега (кодекса пр. С. М.) далеко значајнији други кодификаторски подухват. Резултат тог подухвата су Пандекте или Дигесте, које посједују атрибуте оригиналног и веома ученог правног дјела, а ауторство се приписује већ поменутом Трибонијану, који је стајао на челу специјалне петнаесточлане комисије. Код овог законодавног подухвата, задатак комисије је био знатно сложенији, јер је требало систематизовати у једну књигу, сва дотадашња мишљења, објашњења и тумачења закона, која су дали или записали римски правници оног времена. Обиље правног материјала, требало је претходно пронаћи у писаном облику и те-

308) Исто, I, стр. 378.

309) О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 112.

мељито га претрести, при чему је за ту потребу било анализирано "око 3.000 зборника".³¹⁰⁾ При изради овог монументалног дјела, избили су на површину Трибонијаново образовање и његове организаторске способности за све вријеме рада комисије за кодификацију. Правни материјал, који је комисија прикупила и проучила током свог рада, распоређен је по одјелјцима и подијељен на седам дјелова, који су разврстани у 50 књига.

Значај Дигеста уочио је одмах Јустинијан, тврдећи да се ово дјело узвисило "као неки свештени храм или цитадела у заштиту античког права које је било несређено пуних 1.400 година".³¹¹⁾

Следећи Јустинијанов корак, послје издавања Дигеста, 529. године, имао је за циљ издавање приручника за правнике почетнике. Резултат тог рада су Институције сачињене у четири књиге, чији су аутори правници Теофил и Доротеј. Пандекте, Кодекс и Институције, сачињавају оно што се назива **Corpus iuris civilis** и на њима се темељила правна пракса следећих столећа. Кодификација не представља крај развоја римског права, већ његову даљу генезу пратимо кроз новеле, односно законе донијете послје објављивања Јустинијановог корпуса, на што посебно треба сконцентрисати пажњу, приликом проучавања примјене правних норми у свакодневном животу.

Каснијом допуном кодекса царских одлука, сачињен је: **Codex repetitae praelectionis**. Најзад, су придодате "конституције које је сам Јустинијан издао: **Novellae**".³¹²⁾

У XVI вијеку Годфроа, по први пут штампа све ове збирке (осим прве, која нажалост није сачувана), под називом: **Corpus iuris civilis** (зборник грађанског, односно римског права).

310) Ф. Успенски, н.д., I, стр. 378.

311) Исто, I, стр. 378.

312) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2003, стр. 112.

Није само универзалистичка идеја (која је својевремено била основна државотворна идеја у Византији), мотивисала цара Јустинијана, да прионе на кодификацију римског права. Други мотив лежи у чињеници, што је више-вјековни развој римског права био сувише шаролик, због чега је било нужно увести неки ред у законодавну дјелатност државе.³¹³⁾

Та шароликост у више од хиљадугодишњег развоја римског права, одсликава се у неколико праваца: прије свега постоји законодавна дјелатност скупштине и сената, дјелатност претора, списи учених правника, као и царско законодавство у форми царских одлука. Оваква испарцелисаност римског правног система, довела је до збрке у његовој примјени нарочито пред судским органима. Познато је, наиме, да се римски прагматизам противио кодификовању права, због чега је уз остало била омогућена позната гipкост и еластичност римског права, која се нарочито рефлектује кроз његово "тумачење". Увођење неког реда у законодавство Старог Рима, постаје нужност, коју већ наговјештавају поједини законодавни подухвати. Прије свих то се односи на "вјечити едикт", затим на зборнике "конституција из III и V вијека (Грегоријанов, Хермогенијанов и Теодосијев), као и Закон о цитирању".³¹⁴⁾ Поред већ истакнутих – државотворних, политичких и правних мотива цара Јустинијана, да приступи изради кодификације не треба сасвим занемарити ни сујету имперора.³¹⁵⁾ Међутим, овој мани његове личности не треба придавати претјерано велики значај приликом рангирања мотива значајних за настанак највећег дјела његове владавине.³¹⁶⁾ Због свега напријед реченог Јустинијанова

313) Исто, 112.

314) Исто, 112.

315) Р. Поповић, Нека питања из Јустинијанове кодификације, Београд, 1928, стр. 4–8.

316) Исто, 4–8.

кодификација је сасвим очекиван законодавни подухват, државника и законодавца великог формата.

Нећемо претјерати, ако кажемо да је тек источном дијелу, некада моћног римског царства пошло за руком, да створи "први заокружени и разумљив систем римског права".³¹⁷⁾ Истина, дотадашње римско право, представља изузетно развијен, рафиниран, али ипак знатно несређен систем, са мноштвом старих закона, преторских одредби, обиљем списка бројних правника, који се неријетко у каснијим дјелима сукобљавају са сопственим становиштима изнијетим у ранијим књигама. У овако замршеним правним ситуацијама, тешко су се сналазили и учени римски правници. Тога је можда и понајвише био свјестан цар Јустинијан, који примјећује, да је у свом историјском развоју римско право постало толико широко, зато се "простире у недоглед па га не може обухватити никаква људска памет".³¹⁸⁾ На крају излагања о односу римског и византијског права и о Јустинијановом кодексу треба бар набројати његове саставне дјелове, а то су: **Novus Codex Justinianus**, **Codex Repetitae Praelectionis**, **Digesta**, **Institutiones** и **Novellae**.

Није нам ни на крај памети да оспоравамо Јустинијанов грандоизни законодавни подухват и његов велики значај за европску културну баштину и историју европске цивилизације уопште, али држимо да треба указати на неке пропусте у раду комисије задужене за кодификацију. Треба рећи да се ужурбани рад комисије, примјећује у последњој редакцији овог великог дјела, у форми неких мањих пропуста. Редактори Зборника нијесу успјели да елиминишу "неке противречности у параграфима старих правника".³¹⁹⁾ Поред овог пропуста, честа су понављања, нема унутрашњег јединства правне материје, а и погрешна

317) О. Станојевић, Римско право, Београд, 2003, стр. 113.

318) Исто, 113.

319) Ф. Успенски, н.д., I, стр. 378.

означавања садржаја цитираних одломака, нијесу тако ријетка. Када је о практичном значају Корпуса ријеч, указујемо на чињеницу, да је он, а прије свега Институције, служио као приручник за судске органе и да је био послат у све провинције и градове, како би се макар донекле уједначила судска пракса. Једнодушна је оцјена да је Кодекс сачињен "са великом умешношћу и познавањем предмета: закони су подведени под одређене одељке и распоређени по хронолошком и предметном реду, сваки параграф носи име императора, место и време издања".³²⁰⁾

О значају Јустинијановог епохалног кодификаторског подухвата, можда најилустративније говоре, ове оцјене узете из мноштва сличних, које без глорификације, сасвим објективно сагледавају значај Јустинијановог капиталног кодификаторског подухвата.

Један од највећих византолога прошлог вијека Георгије Острогорски, оцјењујући значај Јустинијанове кодификације каже: "Највеће и најдуготрајније дело Јустинијановог доба било је кодификација римског права".³²¹⁾

Нијесу усамљени византолози, који сасвим разложно тврде да Јустинијанов законодавни подухват "има огромни значај у историји европске културе".³²²⁾

На једном другом мјесту о значају Јустинијановог кодификаторског подухвата, каже се између осталог и следеће: "Оксфордска историја римског света убраја Јустинијана у највеће личности западне цивилизације".³²³⁾

Ни домаћи аутори не штеде ријечи похвале, када се говори о значају Јустинијанове кодификације. Тако се на једном мјесту уз остало каже и ово: "Јустинијанова кодификација представља најзначајнији правни зборник у историји, не само по вредности садржаја, већ и по утицају на

320) Исто, I, стр. 378.

321) Г. Острогорски, Историја Византије, Београд, 1970, стр. 93.

322) Ф. Успенски, н.д., I, стр. 378.

323) Д. Пантић, н.д., стр. 75.

потоњи развој права. Према раширеном мишљењу, две књиге које су највише утицале на развој европске цивилизације и које су највише цитиране, биле су Свето писмо (Библија) и Јустинијанова Дигеста".³²⁴⁾

Неме никакве сумње, да је велики император и законодавац, овакву славу заслужио, углавном захваљујући својој кодификацији, мада не треба тако олако прећи ни преко његових освајања.

Нема сумње да Јустинијанов кодификаторски подухват, представља рефлекс императоровог образовања, које га је уздигло на пиједестал најобразованијег човјека свога доба и главног протагонисту идеје о обнови светог римског царства.³²⁵⁾ Јустинијанову славу као владара и законодавца не може помрачити ни његов карактер, у суштини обичног човјека, и са врлинама и са манама. Његова колебљивост, несталност и понекад ситне сујете, мали су у поређењу са ширином његовог свестраног образовања. Без обзира на његов свестрани дух погрешно би било, њему приписивати и оно што он стварно није урадио. " Није он него Велизар водио велике освајачке ратове, није он него Трибонијан извршио кодификацију римског права, а Јован Кападокијски спровео најважније управне реформе, али је он инспирисао сва та дела".³²⁶⁾ То је било сасвим довољно. Ако томе додамо обнову универзалног римског царства, као непресушног врела са којег су се напајали сви византијски владари, онда не треба да чуди што су Византинци, Јустинијанову рестаурацију сматрали, највишим доприносом универзалистичкој идеји, упркос чињеници што је обновљено царство било кратког вијека.

Упркос забрани да се његова кодификација коментарише и мијења, сам Јустинијан је притиснут друштвеном збиљом морао, да одустане од овако високо постављеног

324) О. Станојевић, Римско право, 2003, стр. 116–117.

325) Г. Острогорски, н.д., стр. 88.

326) Исто, 88.

идеала.³²⁷⁾ Јустинијан издаје нове царске конституције писане и на грчком и латинском језику, које су касније скупљене и објављене под називом Новеле. Ово прилагођавање законодавства новонасталим друштвеним приликама, имало је за последицу његову феудализацију.³²⁸⁾

Истина, феудализација византијског права текла је спорије, него у осталим европским земљама, због развијених робно–новчаних односа, јаке муниципалне привреде и непрекинутог државног континуитета у Византији. Од овог времена па све до слома Византије, с опадањем робно–новчаних односа, долази до постепене промјене римског права, које се мијења законодавном дјелатношћу византијских царева.³²⁹⁾ Ова активност византијских царева нарочито је интензивирана од VI вијека. Законодавни акти византијских владара од VI вијека носе назив конституције, а од VIII вијека номои – закони. Посматрано са садржинске стране закони које су издали византијски владари, садрже норме феудалног права, које допуњавају или пак из коријена мијењају римско право.

Како је вријеме одмицало, све више на значају добија један нови извор права, који представља спој световних и црквених прописа, а називају се *номоканони*. Ови извори права нарочито добијају на значају, ако се зна да црквено право у Византији, нормира неке односе, који су до тада били у домену световног, римског државног права, а понајприје питања која спадају у област породичног и наследног права.

³²⁷⁾ Исто, 75; С. Шаркић, Општа правна историја, стр. 120; А. Вајс–Љ. Кандић, Општа историја државе и права – феудални период, Београд, 1999, стр. 33–35; О. Станојавић, Римско право, 2003, стр. 112–117; С. Аврамовић, Општа правна историја – стари и срадњи век, 2003, стр. 165–177.

³²⁸⁾ А. Вајс–Љ. Кандић, н.д., стр. 33–35; С. Шаркић, Политичке и правне идеје у Источном римском царству, Београд, 1984, стр. 130–133.

³²⁹⁾ А. Вајс–Љ. Кандић, Општа историја државе и права – феудални период, стр. 33–35.

2. Тестамент у византијском праву

Законодавство иконоборачке династије (Еклога), удаљава византијско наследно право од свог узора – класичног римског права. Послије одступања од узора, које се нарочито примјећује у поменутом правном зборнику, наследно право у Византији, од Прохирона, поново прихвата наследно–правне принципе Јустинијановог законодавства, на основу којих оставиоца у случају законског наслеђивања, прво наслеђују десцеденти (и синови и кћери), па тек онда асцеденти (отац и мајка), а ако ни њих нема, наслеђују побочни сродници.

Јустинијан је изванредно разумио вријеме у којем је владао, друштвене процесе је оштроумно мјерио аршинима тога времена, а на његове изазове одговарао је значајки и одлучно. Ослушкујући све учесталије захтјеве друштвеног морала и социјалне правде, Јустинијан је измијенио породично законодавство. Централно мјесто Јустинијановог породичног законодавства, представља изузетно повољан правни положај жене. Жене су у својим правима изједначене са мушкарцима, некадашња суверена власт породичног старјешине, потпуно губи на значају и уступа мјесто хришћанском човјекољубљу и друкчијем приступу међусобним обавезама супружника. Такође долази до промјене очинске власти, како у смислу еманципације дјеце када је слобода брака у питању, тако и када су у питању њихова имовинска права. Продор хуманих идеја видимо и када је ријеч о правном положају робова, јер се ублажавају престроги закони и поједностављује начин њиховог ослобођења

Јустинијанове законодавне реформе, нијесу мимоишле ни наследно право, него се баш у области наследног права огледају револуционарни домети ове законодавне реформе. Тако закон о наследству прописује да наследно право има и удовица и кћери и сестре оставиоца. Не треба посебно истицати суштински заокрет ових решења у од-

носу на античка схватања наследноправног положаја жена.

Ипак се не можемо отети општем утиску да је законодавна дјелатност онај критеријум који Јустинијану даје "најпочасније место у општој историји, место које ће он заувек задржати упркос многим негативним аспектима његове активности у другим областима".³³⁰⁾

Еклога прописује да жена из брака у којем је имала дјецу, стиче наследно право на мужевљевој имовини у висини наследног дијела једног дјетета (**filiae loco**), а ако нема дјеце, жена по престанку важења Еклоге, губи то право.³³¹⁾

Византијско право је уочавало разлику између тестаменталног и интестатског наслеђивања. Форма која је тражена за правну ваљаност византијског тестаментa, била је знатно блажа, од оне коју је захтијевало старо римско право.³³²⁾ Да би тестамент био правно ваљан, обавезно је морао бити сачињен у писаној форми. Поред тога било је нужно да је завјешталац, при чистој свијести, и да је у стању да своју последњу вољу слободно изрази. Оставиочеву последњу вољу морали су верификовати свједоци, који на исправу "стављају потписе и ударају печате".³³³⁾

Ништаво је завјештање, које сачини лице млађе од 14 година, затим пијанице, глувонијеме, душевни болесници, расипници, извршиоци кривичних дјела и отпадници од хришћанске вјере. Византијско наследно право познаје нужни наследни дио, јер је завјешталац приликом прављења тестаментa, један дио имовине морао оставити најближим сродницима (својој дјечи и родитељима). Преосталим дијелом заоставштине, могао је слободно располагати, уз обавезу да издвоји мираз и поклоне који су дати жени.

330) Ф. Успенски, н. д. I, стр. 379.

331) С. Аврамовић, Општа правна историја – стари и средњи век, Београд, 2003, стр. 175.

332) С. Шаркић, Општа историја државе и права, стр. 123; М. Борас – Л. Мергетић, н. д., стр. 245–250.

333) С. Шаркић, Општа историја државе и права..., стр. 123.

Ништаво је било и оно завјештање, којим завјешталац искључује из наследства дјецу или родитеље, односно браћу и сестре, без ваљаног разлога.³³⁴⁾ Да би се спријечило олако лишавање наследства, законодавац је предвидио врло дуг списак разлога, који су морали бити испуњени да би законски наследник могао бити лишен наследства. Поменућемо неке од тражених услова: неморално понашање, увредљиво понашање према завјештаоцу, извршење различитих кривичних дјела, напуштање православне вјере и др.

Веома је важна новина коју је у византијско наследно право увео Константин Порфирогенит, одредивши да једну трећину имовине завјештаоца, који умре, а не сачини тестамент или умре без потомства, обавезно наслеђује црква "за спас душе покојника".³³⁵⁾

Већ смо рекли да византијски тестамент (**diatheke**), представља установу наслеђену из римског и хеленистичког права. Разлика скоро да није било, једина се односила на број свједока чије је присуство било обавезно акту сачињавања ове исправе, да би она била правно релевантна. Колебања нијесу Бог зна велика, тако Еклога умјесто седам свједока из римског права, тражи пет, док је на селу било довољно присуство и тројице свједока.

Да би имали какву–такву представу о могућој садржини византијског завјештања, наводимо дио једног завјештања из 460. године :"(...) Ово завјештање чиним пред очима седморице замољених законитих свједока ниже потписаних, а диктирао сам је на грчком (...). Нека мој наследник буде (...) моја жена Аурелија Тизоја, и то у погледу свих ствари од мене остављених, (...) те да јој припада половина бунара, а да друга половина бунара буде заједничка са свештеником Херемном (...) Хоћу да Тизоја

334) С. Шаркић н.д., стр. 123; М. Борас – Л. Маргетић, н.д., стр. 275.

335) Цитирано према С. Аврамовићу, Општа правна историја ... , 2003, стр. 175.

плати оно што дугујем својим дужницима. Сви остали нека буду изнаслеђени (искључени из наслеђа)".³³⁶⁾

Није нам намјера да улазимо у дубљу анализу овог садржински врло занимљивог завјештања, већ само да скренемо пажњу на једну чињеницу, која нам се чини врло вјероватном, тј. да оставилац није имао дјеце, а ни родитеље, па сву имовину завјештава супрузи, искључујући све остале сроднике из наследства, не наводећи ваљане разлоге за то, што би морао урадити да је имао дјеце и родитеље.³³⁷⁾

Ово завјештање садржи и легат ("... а, да друга половина бунара буде заједничка"...) и фидеикомис ("... Хоћу да Тизоја плати оно што дугујем"...). Нећемо претјерати, ако кажемо да је највјероватнији мотив овакве завјештаоачеве "широкогрудости" његово располагање оставином "за спас душе", јер је немање потомства сматрано Божјом казном, па је те грехове требало окајати.

Најзад, Касер на основу анализе горњег завјештања из 460. године, каже да се она (завјештања – С.М.), већ од V вијека састоје у пуком набрајању појединих предмета, који сачињавају оставинску масу. Мада је основна идеја горњег завјештања у основи погођена, ипак није све онако како Касер тврди. Наиме, прије ће бити да главни дио завјештања о којем је ријеч, децидно подупире схватање, да су се и V вијеку наше ере, задржала бројна начела и одредбе наследног права из класичног периода, а међу њима и начело: **nemo pro parte testatus** и др.

Лако је уочити чињеницу, да је византијско наследно право, преузело све основне принципе законског наслеђивања, установљене у Јустинијановом законодавству. Слиједећи овај основни траг, византијско право је његовало и друге институте римског наследног права, а прије свих: легате, фидеикомисе, кодициле и слично.

336) SDHI, III, 160. и д.

337) Као фуснота 334.

З А К Љ У Ч А К

Досадашње излагање о тестаменту у старовјековном праву, даје нам довољно основа да закључимо да је идеја слободе завјештања у старом вијеку имала различит развојни пут у зависности од тога о којој старовјековној држави је ријеч.

Хамурабијево законодавство, а и законодавства других источњачких деспотија, нијесу у кординатама ондашњег друштвено–економског развоја, могла доћи до идеје слободног појединца и његове слободне воље. У овим друштвима са затвореном кућном привредом као доминирајућим обликом привређивања, још није сазрела идеја да правни субјект својом слободном вољом себи непосредно одреди универзалног сукцесора. Међутим идеја да оставилац може утицати на судбину своје имовине и послје смрти није била страна овим цивилизацијама. Постојале су дакле неке заобилазне форме помоћу којих је оставилац могао да промијени важећи законски наследни ред и тако измијени устаљени ток ствари. То се најчешће постизало помоћу установе усвојења за случај смрти, гдје је усвојеник стицао наследно право, као да је законски наследник. Чак ни египатски **imit – per**, није тестамент, иако нијесу усамљени египтолози који тврде да је у питању тес-

тамент. Овдје се ипак не ради о завјештању јер усвојеник постаје сингуларни сукцесор, а не универзални као код тестаменталног наслеђивања.

Ни стари Грци до краја свог самосталног развоја, нијесу познавали установу завјештања, као облик испољавања последње воље **de cuiusa, de functusa**. Слобода завјештања код старих Грка тече кроз два паралелна тока развоја ове установе. Први од њих има првенствено у виду шире наследноправне последице као што су: породични, имовински, религијски, политички и други донети сукцесије **mortis causa**. Други ток развоја идеја слободе завјештања у античком грчком праву има у виду искључиво имовинскоправни аспект наслеђивања.

Античко грчко право познаје неколико облика алтернативног, сингуларног испољавања слободе завјештања: усвојење за случај смрти, поклон за случај смрти и легатски тестамент. Ово су били облици помоћу којих је оставилац својом слободном вољом могао да измијени законски наследни ред. Упркос тој чињеници, ни ово није тестамент, јер овако постављени наследници нијесу универзални, него сингуларни наследници **de cuiusa**.

Своје поријекло тестамент дугује римском правном систему, који је уз мноштво других правних институција и тестамент развио до најсуптилнијих нијанси, дајући му неопходну гивкост, која, међутим, није смјела ићи против његове језгровитости, без обзира да ли се ради о форми или садржини ове институције.

Свето начело старих народа, да наследника одређује Бог, а не човјек, чак је и у старом Риму споро уступало мјесто супротном начелу, јер је од најстаријег римског тестаментa **calatis comitis**, који по многим својим атрибутима подсећа на сличне правне послове осталих античких народа, па до развијених облика римског тестаментa, којем ни савремена права немају богзна шта битније додати, протекла је цјелокупна историја Западног римског царства, односно хиљадугодишњи период римске историје права.

Римљани су знали за тестамент од најстаријих времена, и не само да су знали, него су га и широко користили. За Римљане је прављење тестамена, представљао морални императив и религијску обавезу. Умријети без тестамена било је за Римљане равно проклетству и великој несрећи.

Оваквим поимањем тестамена и његовом широком примјеном, Римљани представљају историјски изузетак у поређењу са осталим античким народима, јер они или уопште нијесу познавали ову установу или су знали за неке заобилазне путеве, којима су се постизали резултати тестамена. Међутим, тестамент и тестаментално наслеђивање, које би имало превагу над интестатским наслеђивањем, ниједан стари народ на том ступњу развоја није познавао.

Познато је да је тестамент од самог свог настанка служио као инструмент за измјену законског наследног реда. Функција тестамена као коректива законског наслеђивања, без сумње је једна од његових најзначајнијих функција, а истовремено и један од главних узрока његовог настанка. Помоћу тестамена, оставилац је штитио своју дјецу, тако што их је тестаментом именовано за наследнике, на основу чега, она постају наследници умјесто првопозваног интестатског наследника – брата оставиоца. На основу завјештања, дакле, наследно право стичу најближи сродници, умјесто најближих агната завјештаоца.

На крају придружујемо се мишљењу оних аутора, који пратећи генезу римског тестамена од старог права до посткласичног, тврде да је римско посткласично право дало довољно добар и довољно широк избор форми, у којима је завјешталац могао изразити последњу вољу, да чак и савремена права, без битних додатака користе форме тестамена, установљене у римском посткласичном праву.

Није спорна чињеница да су скоро сви старовјековни правни системи познавали неке форме у којима је завјешталац могао изразити своју вољу и утицати на распоред своје имовине и послуже смрти. Те заобилазне форме, којима се узгред буди речено мијењао законски

наследни ред и које су имале извјесне правне учинке завјештања, још увијек не посједују све темељне атрибуте завјештања у римском и модерном значењу тога појма. Такође, није спорно да од свих старовјековних правних система, једино римско право познаје "прави" тестамент, те да тестамент своје поријекло дугује овом правном систему.

Тестамент као цивилизацијско достигнуће производ је друштвено–економских прилика, правног положаја породице и породичног старјешине, римског прагматичног духа и римског правничког генија.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

- 1) Аврамовић С., Општа правна историја - стари и средњи век, Београд, 1999.год.
- 2) Аврамовић С., Општа правна историја – стари и средњи век, Београд, 2003.год.
- 3) Аврамовић С., Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву – Докторска дисертација, Београд, 1981.год.
- 4) Albert G, La liberte de Tester. Paris – Angres, 1895.год.
- 5) Антић О., Наследно право, Београд, 1994. год.
- 6) Антић О., Наследно право, Београд, 2002. год.
- 7) Arangio – Ruiz., Instituzioni di diritto romano, Napoli, 1957. год.
- 8) Bastaić K. – Krizman B., Опћа историја државе и права I, Pregled razvitka, Zagreb, 1981. god.
- 9) Билаламов законик, Законици Древне Месопотам-ије (с енглеског превео, студију и коментаре сачинио др Марко Вишић), Београд-Подгорица, 2003. год. стр. 136–142.

-
- 10) Boissonade G, *Historie de la Reserve Hereditaire*, Paris, 1873. год.
- 11) Bonfante P., *Corso di diritto romano*, Roma, VI, 1930. год.
- 12) Bonfante P., *Storia del diritto romano*, Milano, 1958. год.
- 13) Boras M., Margetić L., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1986. год.
- 14) Вајс А. – Кандић Љ., *Општа историја државе и права*, Београд, 1984. год.
- 15) Вајс А. – Кандић Љ., *Општа историја државе и права – феудални период*, Београд, 1999. год.
- 16) Гај, *Институције* (превео О. Станојевић), Београд, 1982. год.
- 17) Gaudamet J., *Institutiones de l'Antiquite*, Paris, 1967. год.
- 18) Даниловић Ј. – Станојевић О., *Текстови из римског права*, Београд, 1982. год.
- 19) Де Куланж Ф., *Античка држава*, Београд, 1956. год.
- 20) *Ecclesiastikue*
- 21) *Edictum perpetuum* (rekonstrukcija Otto Lenel), Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1907. год.
- 22) *Законици древне Месопотамије* (са енглеског превео студију и коментаре сачинио др Марко Вишић), Београд – Подгорица, 2003. год.
- 23) *Закон XII таблица*, Даниловић Ј. – Станојевић, *Текстови из римског права*, Београд, 1982. год.
- 24) *Zachariae von Lingenthal*, К. Е., *Jus Graeco Romanum*, I – VII, Lipsiae, 1856–1884. год.
- 25) *Iustiniani institutiones*, Recensuit: Kruger, Paulus, Berolini, Apud Weidmannos, 1908. год.

-
- 26) Kaser M., *Das romische Privatrecht*, Munchen II, 1969. god.
- 27) Кечекјан С. Ф., *Општа историја државе и права*, Београд, 1946. год.
- 28) Кркљуш Љ. – Шаркић С., *Општа историја државе и права*, Београд, 1989. год.
- 29) *Codex Justinianus, Recensuit Paulus Krueger*, Berolini, 1877. god.
- 30) Cornulier – Luciniere., *Etudes sur le droit de tester*, Orleans, 1880. god.
- 31) *Corpus iuris civilis, Volumen primum: Institutiones-Digesta. Recognoverunt Paulus Kriger, Theodorus Mommsen*, Berolini, 1911. god.
- 32) Куран (превео Бесим Коркут), Сарајево, 1977. год.
- 33) Куртовић Ш., *Опћа историја државе и права*, I књига, Загреб, 1977. год.
- 34) Levy - Bruhl., *Intestatus, Studi in memoria di E. Albertario*, I, Paris, 1953. god.
- 35) Маленица А., *Римско право*, Нови Сад, 2003. год.
- 36) Маленица А., *Извори римског права*, I том, Београд, 1989. год.
- 37) Marini – *I papiri diplomatici*, Roma, 1805. god.
- 38) Марковић С., *Тестамент у црногорском обичајном праву*, Београд, 1995. год.
- 39) Милосављевић Ж., *Римско приватно право*, Београд, 1900. год.
- 40) *Novellae, - Corpus iuris civilis, Editio stereotypa, Volumen tertium, Novellae, Recognovit, Rudolfus Schoell Opus Schoelli Morte Interceptum, Absolvit, Guilelmus Kroll*, Berolini, Apud Weidmannos, 1895. god.

-
- 41) Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, (јубиларно издање - 110 година од првог издања), Обод, Цетиње
- 42) Острогорски Г., Историја Византије, Београд, 1970. год.
- 43) Павловић М., Државноправна историја света, Крагујевац, 1993. год.
- 44) Пантић Д., Општа правна историја – цивилизације, државе, правни системи и кодификације, Српско Сарајево, 2001. год.
- 45) Пантић Д., Општа правна историја – цивилизације, државе, правни системи и кодификације, Београд, 2003. год.
- 46) Р. Поповић, Нека питања из Јустинијанове кодификације, Београд, 1928. год.
- 47) Пухан И., Римско право, Београд, 1970. год.
- 48) Ромас А., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981. god.
- 49) Ромас А., *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973. god.
- 50) Ромас А., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1983. god.
- 51) Ромас А., *Stvaranje feudalnih odnosa i rimsko postklasično pravo – disertacija (daktilografisano)*, Beograd, 1963. god.
- 52) Ромас А., *Rječnik latinskih pravnih izraza, Vademecum iurideicum*, Zagreb, 1985. god.
- 53) Самарцић Ђ., Општа историја државе и права, Сарајево, 1967. год.
- 54) Станојевић О., Римско право, Београд, 1986. год.
- 55) Станојевић О., Римско право, Београд, 2001. год.
- 56) Станојевић О., Римско право, Београд, 2003. год.
- 57) Станојевић О., Историја правних и политичких институција I, Београд, 1982. год.

-
- 58) Стојчевић Д., Римско приватно право, Београд, 1983. год.
- 59) Стојчевић Д., Порекло и функција тестаментa *Calatis comitis* (док. дисерт.), Београд, 1946. год.
- 60) Стојчевић Д., *Exheredatio sui* у првобитном римску праву, *Анали П.Ф.* у Београду, год. 1952. I стр. 41-55.
- 61) Stojčević D. – Romac A., *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1984. г.
- 62) Struve V. V. – Kalistov D. P., *Stara Grčka*, Београд, 2000. г.
- 63) Theodorides A., *Le Testament dans l'Egypte ancienne*, *Revue Internationale des droits de l'Antique*, Bruxels, 1970. г., t. XVII, serie 3, п. 117 – 216.
- 64) Ulpianus, *Regulae*, (*Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani*, in *Usum Scholarum*, Ediderunt, Paulus Krueger, Theodorus memmsen, Guilelmus Studemund), Berolini, Apud Weidmannos, 1878.god.
- 65) Успенски Ф., *Историја византијског царства*, I,II,III, Београд, 2000. год.
- 66) Festić R., *Opća historija države i prava*, Sarajevo, 1998. god.
- 67) *Fontes Iuris Romani Antikui*
- 68) Хамурабијев законик (с њемачког превео и коментар написао Чедомир Марковић), Београд, 1925. год.
- 69) Хомер, *Одисеја ЦИД*, Подгорица 1999. год.
- 70) Horvat M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1962. god.
- 71) Шаркић С., *Општа историја државе и права*, Београд, 1995. год.
- 72) Шаркић С., *Политичке и правне идеје у источном римском царству*, Београд, 1984. год.

73) Шаркић С. – Поповић Д., Велики правни системи и кодификације, Београд, 1993. год.

74) Schulin, F., Das griechische Testament vergleichen mit dem romischen, Basel, 1881. год.

75) Schulz, F., Classical Roman Law, Oxford, 1969.god.

Скраћенице

В.	-----	-Види
Год. (God)	-----	Година
Д.	-----	Digesta
И д.	-----	И даље
И др.	-----	И други (а,е)
Инст.	-----	Institutiones
И сл.	-----	И слично
СЈ.	-----	Codex Justinianus
Loc. cit.	-----	Наведено мјесто
Н. Д.	-----	Наведено дјело
Nov.	-----	Novellae Iustiniani
ОИЗ.	-----	Општи имовински законик
Op.cit.	-----	-Наведено дјело
ПФ.	-----	Правни факултет
Reg.	-----	Regulae Ulpiani
Стр. (Str).	-----	Страница
Tit.	-----	Titulus
ХЗ.	-----	Хамурабијев законик
UE	-----	Tituli ex corpore Ulpiani
Up.	-----	-Упореди
FIRA	-----	-Fontes Iuris Romani Antikui

САДРЖАЈ

УВОД-----	5
ГЛАВА ПРВА	
ПОЈАМ ТЕСТАМЕНТА	
Дефиниција, опште карактеристике и настанак тестаментa -----	7
ГЛАВА ДРУГА	
ТРАГОВИ ТЕСТАМЕНТА У ЗАКОНОДАВСТВУ ИСТОЧЊАЧКИХ ДЕСПОТИЈА	
1. Тестамент и Хамурабијево законодавство -----	12
2. Тестамент у египатском праву -----	18
3. Тестамент код Јевреја -----	23
ГЛАВА ТРЕЋА	
ТЕСТАМЕНТ КОД СТАРИХ ГРКА	
1. Развој слободе завјештања код старих Грка ----	27
2. Облици изражавања последње воље у грчком праву -----	31

ГЛАВА ЧЕТВРТА

I ТЕСТАМЕНТ У РИМСКОМ ПРАВУ

1. Настанак и особине римског тестаента	39
2. Садржина тестаента у римском праву	48
а) Именовање наследника	48
б) Супституције	52
1. Вулгарна супституција	52
2. Пупиларна супституција	52
3. Квазипупиларна супституција	53
3. Форма тестаента	54
а) Тестамент <i>calatis comitis</i>	55
б) Тестамент <i>in procinctu</i>	58
в) Тестаменти прављени у посебним приликама	60
г) Тестамент <i>mancipatio familiae</i>	63
д) Тестамент <i>per aes et libram</i>	65
ђ) Преторски тестамент	67
е) Посткласично и Јустинијаново право	69
4. Слобода завјештања у римском праву	73
5. Кодицил	76
II НЕУЖНО НАСЛЕЂИВАЊЕ	78
1. Формално нужно наследно право	80
2. Материјално нужно наследно право	82
III ТЕСТАМЕНТИ FACTIO	
– CAPACITAS – INDIGNITAS	86
1. <i>Testamenti factio activa</i>	87
2. <i>Testamenti factio pasiva</i>	89
IV НИШТАВОСТ И ОПОЗИВ ТЕСТАМЕНТА	92
1. <i>Testamentum nullum</i>	94
2. <i>Testamentum ruptum</i>	94
3. <i>Testamentum irritum</i>	95
4. <i>Testamentum destitutum</i>	96
5. Опозив тестаента	96

V ОСТАЛА НАРЕЂЕЊА ЗАВЈЕШТАОЦА -----	98
1. Легати -----	98
1.a. Врсте легата -----	100
2.a. Стицање легата -----	103
3.a. Ограничење легата -----	104
2. Фидеикомиси -----	107
2.a. Врсте фидеикомиса -----	112
3. Поклон за случај смрти (donatio mortis causa) -----	116
ГЛАВА ПЕТА	
ТЕСТАМЕНТ У ВИЗАНТИЈСКОМ ПРАВУ	
1. Однос римског и византијског права -----	120
2. Тестамент у византијском праву -----	130
З а к љ у ч а к -----	134
ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА -----	138