

УСМЕНИ ТЕСТАМЕНТ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Усмени тестамент пролазио је, у својој генези од римског до савременог права, кроз веома бурне преображаје, који су га носили од редовне форме у искључиво изузетну, из јавног облика у приватни и поново враћали у јавни, да би понекад и неповратно ишчезао из појединих правних система.

Разлоге овоме „немиру“, за који се никако не може рећи да је својствен наследном праву, треба тражити у двојном захтеву коме тестамент мора одговорити. С једне стране, он мора бити такав да завешталац своју слободу тестирања може реализовати увек, а нарочито када му је то најпотребније. С друге стране, облик те реализације мора бити у складу са начелом правне сигурности. Усмени тестамент с лакоћом може одговорити правом захтеву. Међутим, удовољити при томе и правној сигурности, што је, као што ћемо видети, од подједнаке важности са првим захтевом, није ни мало лако.

1. Улога тестаменталне форме

Једна од основних особина тестаменталне форме чије је стриктно поштовање остало непромењено од римског права па до данас, јесте његова строга форма. Но, како се савремено право у принципу ослободило компликованих и строгих форми древних права, може се поставити питање није ли и ова традиционална строгост у погледу облика завештања претерана, или је чак, непотребни остатак старог.

а) Тестаментална располагања се односе на најближе завештаоачеве сроднике и могу задирати у њихове виталне интересе (н.пр. располагање у корист лица ван породице, или чак ексхередација најужих сродника). Поред тога садржина тестаменталне форме може имати непроцењиву вредност (признање очинства, изјаву о усвојењу и др.). Због тога постаје императив да завешталац својој изјави последње воље приступи озбиљно и промишљено, а не да она буде плод његовог „тренутног“ расположења. У том погледу прецизни захтеви форме имају велики значај.

б) Потпуно и тачно остварење захтева форме омогућује да се са великом дозом сигурности може утврдити да је оставилац заиста изјавио последњу вољу и каква је њена садржина, односно добијамо веродостојан доказ који поставља извесност како у погледу постојања тако и у погледу садржине тестаменталне форме. Ово последње нарочито је значајно у случајевима када је завештаоачева изјава обимна и разноврсна.

в) Строги захтеви форме, ако не отклањају, сигурно је да знатно умањују могућност злоупотреба тестаменталне форме помоћу утицаја на завештаоачеву вољу. Принуда, превара, претња и заблуда теже се реализују и лакше откривају уколико је форма тестаменталне форме строга и сложена (зато се може рећи да је судски тестамент скоро имуна мана воље). Поред тога, тестамент, у односу на правне послове *inter vivos*, треба да има још један заштитни слој више, пошто се од „крунског сведока“ не може тражити никакво разјашњење.

Закључак који се *primo facies* намеће је да форма тестаментa, због своје заштитне функције, треба да је што тежа и сложенија. Међутим, да одговор не би био јностран потребно је укратко осврнути се на један други принцип, принцип слободе тестирања.

2. Слобода тестирања

Правило да странке у својим грађанскоправним односима сопственом вољом стварају, мењају и гасе своје правне односе последица је постојања диспозитивних норми карактеристичних за грађанско право, гледано шире, ова слобода израз је правнофилософског начела аутономије воље које је у епоси либерализма прошлог века достигло своју апотезу. Теорија аутономије воље и ширење слободе коју је носила нашла су место у свим областима грађанског права: у стварном праву — нарочито кроз принцип широке слободе власника у погледу његових својинских овлашћења у уговорном праву — начело слободе уговарања, у статусном — слобода личности итд. У наследном праву ова теорија добија одраз у виду начела слободе тестирања, заокружујући тиме једну целину, нови, знатно обимнији, круг грађанскоправне слободе.

Слобода тестирања значи да завешталац, за случај своје смрти, може својом имовином, у принципу, слободно располагати. Ова слобода уско је повезана са слободом власника у располагању објектима његовог права својине, са којим у суштини и стоји у једном вишем јединству.

Поред тога, слобода тестирања има и своје посебно, практично, оправдање у савременом друштву, због чега је она поред осталог, опште прихваћена чињеница у уговорном праву. Ова слобода један је од значајних подстицаја за рад и штедњу а тиме и увећање масе добара, како са индивидуалног тако и са друштвеног гледишта. Појединац је мотивисан и зато што може располагати својом имовином и *mortis causa*, остављајући је својим потомцима и другим лицима, на начин и у обиму како он сматра да је добро и правично, испољавајући при томе своју природну тежњу за што бољим материјалним обезбеђењем својих потомака, и евентуално других лица, све у складу са специфичностима сваког конкретног случаја, које законски наследни ред нема, нити може имати у виду.

Да би слобода тестирања била у пракси остварљива, нарочито у случајевима када је то оставиоцу најпотребније логика ствари намеће одговор да облик у коме се може она реализовати мора бити једноставан и сваком приступачан, односно да буде што „неформалнији“.

3. Слобода тестирања и строга форма тестаментa, ма колико супротстављени, чине једно неопходно јединство и нужно се допуњују. У савременом друштву, због дубоких промена које се у њему одигравају и које често не иду у прилог фиксирању начела правне сигурности („атомизирање“ друштва, сталне миграције, одумирање старих сродничких веза, нестанак страха од религијске санкције итд.), тај склад између слободе тестирања и правне сигурности има изузетан значај.

Из овога је видљиво да строгост тестаменталне форме није непотребни реликт старог, нити антагонизам слободи тестирања, већ прворазредна потреба сваког савременог правног система, императив који штити слободу тестирања у њеном пуном значају. Међутим, пронаћи праву меру за сваки конкретни правни систем која ће бити у стању да заштити слободу тестирања, али да при томе не постане сметња за њену реализацију, није ни мало лако. Зато је и однос према усменом тестаменту, код кога се ова питања постављају у најоштријој форми, у савременим правима веома различит.

I Усмени тестамент у нашем праву

1) Постављање проблема

Југословенско право је у погледу броја тестаменталних форми једно од најбогатијих у савременом упоредном праву. Савезни Закон о наслеђивању од 1955. године прихвата седам облика завештања: ологографски, алогографски, судски, дипломатско-конзуларни, тестамент на броду, војнички и усмени тестамент. Преношењем нормативне надлежности у области наследног права на републике и покрајине⁽¹⁾ дошло је до формирања неколико наследноправних система, који се међусобно у погледу различитих питања, мање или више разликују. И ако се може генерално рећи да су нови закони остали верни СЗОН-у, како у погледу броја тестаменталних форми тако и у погледу захтева форме за њихову пуноважност, може се поставити питање места и улоге усменог тестаamenta у нашем позитивном праву.

Савезни Закон о наслеђивању, у ставу 1 члана 78. предвиђа да „Завешталац може изјавити своју последњу вољу усмено пред два сведока само ако услед изузетних прилика није у могућности да „направи писмени тестамент“. Овакву исту одредбу садрже и ново донети републички и покрајински Закони о наслеђивању.⁽²⁾ Пошто су нови закони о наслеђивању у потпуности преузели наведену одредбу СЗОН-а, значи да је усмени тестамент и даље задржао свој статус оформљен 1955. године: 1) нередовна, односно изузетна форма и 2) приватна форма последње наредбе воље.

(1) Уставним амандманима од 1971. године републике и покрајине постају надлежне за доношење материјалноправних, а Уставом од 1974. године и за доношење процесноправних, прописа у материји Наследног права. У периоду 1973 — 1976. године све републике и покрајине донеле су своје закоје о наслеђивању, осим СР Хрватске где и даље примењује савезни Закон о наслеђивању.

(2) В. чл. 76 ЗН СР Босне и Херцеговине, чл. 76. ЗН СР Македоније, чл. 73 ЗН СР Србије, чл. 65 ЗН СР Косова, чл. 74 ЗН СР Војводине, чл. 73 ЗН СР Црне Горе и члан 72 ЗН СР Словеније. Ваља напоменути да су и остали чланови нових Закона о наслеђивању у вези са усм. тестаментом једнаки са одговарајућим одредбама њиховог заједничког изворника-савезног Закона о наслеђивању.

2) Појам изузетних прилика

Лице које има *testamenti factio aktiva* може у свакој прилици реализовати своју слободу тестирања употребивши неки од редовних облика тестаментa. Међутим, уколико се завешталац нађе у „изузетним приликама“ када се не може служити редовним формама па ни бродским ни војничким тестаментом као ванредним, једина могућност за остављање пуноважне последње воље остаје усмени тестамент. Поставља се питање које су то „изузетне прилике“ које спречавају завештаоца да сачини тестамент у једној од шест писмених форми?

а) Изузетне прилике могу бити такве природе да погађају једну већу или мању групу људи у вези једног неотклоњивог и општепознатог догађаја који их је задесио и битно погоршао њихов животни положај. такви су случајеви: рат, снажни земљотрес, велики пожари и поплаве, рударске несреће, железничке несреће, хаварије бродова или ваздухоплова, и све друге тешке природне или друге катастрофе. За све њих је карактеристично да погађају по правилу већи број људи, да се лако могу утврдити, односно проверити и да самим својим постојањем говоре у прилог тези да се завешталац *in concreto* налазио у „изузетним приликама“ које његов усмени тестамент чине правоваљаним. Због тога, овакве „изузетне прилике“ можемо назвати објективним, односно објективном компонентом „изузетних прилика“ (ово, наравно, не значи да је суд у присуству ове компоненте, ослобођен дужности утврђивања стварне немогућности употребе писмене форме). Објективна компонента „изузетних прилика“ није се као проблем постављала ни у судској пракси.⁽³⁾

б) Међутим, поставља се питање у којој мери болест, повреде или неки други догађаји и прилике у којима се нашао завешталац и који погађају искључиво његову личност, утичу на пуноважност усменог тестаментa.

Наше право, односно права, не даје неки прецизнији показатељ, чак ни *exempli causa*, који би помогао суду при испитивању те субјективне компоненте. Мислимо да је то главни разлог одређених лутања и недоумица наше судске праксе у погледу примене одредби о усменом тестаменту. Изнећемо неколико карактеристичних примера.

У једном случају⁽⁴⁾ првостепени суд прихватио оставитељкин усмени тестамент који је изјавила пред адвокатом и његовим приправником, као сведоцима, оставивши сачињавање писменог тестаментa за касније. У поступцима пред вишим судовима овај „усмени тестамент“ је одбачен, али је случај остао као пример да и једноставан предмет може довести до дугих и скувих спорова.

У пракси се знатно чешће постављало питање да ли болест завештаоца, и у којим околностима, представља довољан разлог за употребу изузетне форме тестирања. Пракса нижих судова постепено је ширила

⁽³⁾ В. Решење Врховног суда НР Хрватске ГЗЗ 106/56.
лика у смислу чл. 78 Закона о наслеђивању, Гласник адвокатске коморе у АПВ, Нови Сад,

⁽⁴⁾ В. Константиновић, Н.: Пуноважност усменог тестаментa услед изузетних прилика, бр. 12, стр. 8 — 10.

појам „изузетних прилика“ прихватајући болест завештаоца као чињеницу која је сама по себи довољна за употребу усменог тестаментa. Ово је дало повода неким врховним судовима да, мислимо сасвим оправдано, прекину овакву праксу.⁽⁵⁾ Код субјективне компоненте појма „изузетних прилика“ од одлучујућег је значаја испитати природу и карактер ове (нпр. болести), време њеног трајања⁽⁶⁾, чињеницу да ли је наступила нагло, и све ово сагледати у односу на могућност сачињавања редовних облика завештања, посебно судског, односно писменог тестаментa уопште.⁽⁷⁾

Сматрамо да када је у питању болест завештаоца, као у пракси најчешћи елемент субјективне компоненте, мора бити присутан и фактор изненадности („изненадна тешка болест“) који, наравно, имплицира и изненадно погоршање раније болести. Јер, управо тај чинилац доводи завештаоца у једну, објективно проверљиву, ситуацију када он није у стању да сачини писмени тестамент. Истичемо да у конкретном случају треба увек, и темељно, проверити могућност сачињавања судског тестаментa, пошто је то једина форма завештања доступна сваком лицу које поседује општу способност за прављење тестаментa (нпр. неписмени, лица са одређеним телесним манама, тешки непокретни болесници и сл.).

Међутим, 1963. године Врховни суд Југославије, одступајући од своје раније праксе,⁽⁸⁾ екстензивно тумачи „изузетне прилике“. У том преседану, прихваћен је оставитељски усмени тестамент пошто је поменути Суд оценио да је тестаторка лежала болесна осам година, била физички исцрпљена и неписмена. Врховни суд Србије, као другостепени, сматрао је да сама чињеница што је оставитељка лежала осам година указује да та болест за њу више и није била изузетна прилика и да је имала довољно времена и могућности да позове судију ради састављања судског тестаментa. Врховни суд Југославије, по ревизији, одбацује овакво становиште Врховног суда Србије и, позивајући се на то да је „оставитељка осетила да јој се ближи крај живота“, прихвата наведени усмени тестамент.⁽⁹⁾

Мислимо да када је у питању изузетна форма тестирања овако широком тумачењу нема места. Код овог облика завештања, да би се омогућила реализација слободе тестирања и у најтежим ситуацијама, заштитна улога сведена је на минимум, као и сама форма. Због тога је неопходно рестриктивно тумачење и, у сваком конкретном случају, детаљно истраживање објективног и субјективног елемента, на које, и поред широке формулације, указује и сам Закон, односно закони („...услед изузетних прилика није у могућности...“).

Међутим, може се поставити питање да ли заблуда о изузетним приликама, значи случај у коме је присутна само субјективна компо-

⁽⁵⁾ В. решење Врховног суда НР Македоније, Гзз 14/57 и одлуку Врховног суда СР Србије Гж 3927/65.

⁽⁶⁾ Наравно, време трајања болести није само по себи одлучујуће. У том смислу в. пресуду Врховног суда СР Србије Гж 105/64.

⁽⁷⁾ У том смислу в. одлуку Врховног суда СР Хрватске цитирану код Константиновић, Н.: ор. cit., стр. 11, и пресуду Округног суда у Панчеву Гж 956/68.

⁽⁸⁾ В. Решење Врховног суда Југославије, Рев. 1413/63.

⁽⁹⁾ В. Пресуду Врховног суда Југославије, Рев. 2208/64.

нента, може довести до пуноважности усменог тестаментa? Рекло би се нови изазов за несавсна лица и још једна замка за начело правне сигурности. Ипак, према нашим позитивним прописима, овакав усмени тестамент могао би бити пуноважан. Међутим могућност настанка и нарочито опстанка оваког усменог тестаментa је практично занемарљива, пошто лице на коме лежи *onus probandi* ⁽¹⁹⁾ мора доказати да је завешталац био у таквим околностима и таквом субјективном стању, да је с обзиром на одређени, објективно проверљиви, догађај, у конкретној ситуацији, заиста могао сматрати да се налази у „изузетним приликама“. У таквој хипотези тестатор се стварно и нашао у „изузетним приликама“ које би, према важећим нормама, омогућиле пуноважност оваког усменог тестаментa, наравно све под претпоставком да је постојала немогућност коришћења било које писмене форме завештања.

3) Сведоци усменог тестаментa

Присуство сведока је битан елемент за пуноважност усменог тестаментa. Уједно, то је и област у оквиру које се може поставити низ значајних питања од којих зависи пуноважност усменог тестаментa.

а) *Testes rogati*

Сведоци усменог тестаментa не морају бити посебно позвани ради учешћа у састављању овог тестаментa, већ то могу бити и лица која су се случајно затекла на месту „изузетних прилика“. Строги захтев римског, и неких савремених права, да сведоци морају бити *testes rogati*, није прихваћен у нас, пошто се његово оправдање може тражити само код усменог тестаментa као редовне форме. У изузетним околностима завешталац не може да бира ни време ни место, па ни сведоке свога тестаментa.

б) Узраст, личне особине и квалитети сведока усменог тестаментa

Сведоци усменог тестаментa морају имати карактер тестаменталних сведока. Закон, односно закони, захтевају да сведоци буду пунолетни, што мислимо, не искључује могућност да се и еманциповани малолетници појаве у тој улози. Ови сведоци морају поседовати и пословну способност, али се због негативне законске формулације поставља питање да ли и делимично пословно способно лице може бити сведок усменог тестаментa? Пошто закони нису били експлицитни мислимо да у таквој ситуацији суд треба да, на основу свих елемената конкретног случаја, одлучи о подобности делимично пословно способних лица да буду сведоци усменог тестаментa.

За разлику од сведока код других облика завештања, сведоци усменог тестаментa не морају бити писмени (не морају знати ни читати ни

⁽¹⁹⁾ То би у оваквом случају требало да буде лице које се позива на усмени тестамент.

писати). Међутим, они морају имати очувано чуло слуха и разумети језик на коме тестатор изјављује своју последњу вољу. Поред тога, сматрамо да сведок мора имати и чуло вида, како би са сигурношћу могао потврдити завештаочев идентитет сем у случајевима када се овај може и на други начин несумњиво утврдити. Нема лица, као и лица са другим недостацима, могу бити сведоци ове врсте тестаментa уколико су у стању да пренесу завештаочеву последњу вољу.

Наша позитивна права не траже неке посебне квалитете на страни тестаменталних сведока, као што је то захтевало предратно право и као што то прописују нека страна права (нпр. да није осуђиван за лажни исказ или друга нечасна дела).

в) Сроднички однос и брачна веза

Сви потомци и преци оставиоца, без обзира на степен сродства, као и колатерали до четвртог степена закључно, грађански сродници и то: усвојеници завештаоца и сви њихови потомци, као и завештаочев усвојилац, не могу бити сведоци усменог тестаментa. Брачни друг оставиоца и брачни другови свих горе наведених лица, такође не могу бити сведоци усменог тестаментa.

Изгледа да су овако строга ограничење оправдана само код усменог тестаментa као редовне форме завештања. О нашем праву, мислимо, да је оваква рестрикција исцрпљива, с обзиром да већ постоји забрана остављања било какве користи како сведоцима, тако и свим њиховим потомцима (крвним и грађанским), свим прецима (укључујући и усвојеноца), колатералима до четвртог степена сродства закључно (у СР Словенији до трећег) и брачним друговима свих ових лица. Уколико се завешталац заиста нашао у „изузетним приликама“ он није у могућности да бира сведоке пред којима ће изјавити своју последњу вољу, а поред тога, ни могућност да се оставилац нађе у изузетним приликама баш у кругу породице, није занемарљива.

г) Број сведока

Наша права захтевају присуство најмање два сведока да би завештаочева усмена наредба последње воље била пуноважна. Нека друга права, као што ћемо касније видети, траже присуство три сведока. Изгледа да је, када је у питању усмени приватни тестамент, ово друго решење прихватљивије, јер не само да пружа веће гаранције начелу правне сигурности, него и спречава ништавост усменог тестаментa у случају неслагања изјаве сведока. Оваква ништавост може погодити и у суштини пуноважни тестамент и тако онемогућити остваривање завештаочево последње воље у одсуству сваке његове кривице. Међутим, у случају неслагања изјава сведока усменог тестаментa, у присуству повећаног броја ових сведока, као тачна може се узети изјава већине. Ово је утолико од већег значаја уколико је изјава последње воље обимнија и сложенија.

А) Истовремено присуство сведока

Наша права, као и већина права других држава, захтева истовремено присуство сведока усменог тестаментa. Овакав став сасвим је оправдан, поред осталог и зато што се сама завештаочева изјава, после дужег или краћег времена, може разликовати; разлика може бити и незнатна, али је сведоци могу сасвим другачије схватити. Међутим, у сасвим изузетним ситуацијама (земљотрес, потапање брода, рударске и сличне несреће) када је истовремено присуство сведока било практично неостварљиво, требало би прихватити и усмени тестамент који је завешталац изјавио у релативно кратком временском размаку сведоцима свога тестаментa.⁽¹⁾ Флексибилност нормe којом се служе наша права иде у прилог овом ставу.

Б) Дужност сведока

У већини правних система који дозвољавају усмени тестамент сведоцима се налаже да „одмах“, „без одлагања“, „што пре“ и сл. доставе надлежном органу писмено о завештачевој последњој вољи, или ову понову пред тим органом.

Наше право (права) такође предвиђа ову обавезу, тежећи, сасвим оправдано, очувању аутентичности завештаоачеве изјаве у што је могуће већој мери. Међутим, иако закони налажу сведоцима да „без одлагања“ саставе писмено о тестаторовој вољи или ову „што пре“ понове пред судом, уз навођење места, времена и прилика у којима је изјава учињена, може се догодити да они овој својој дужности не удоволе и да се за постојање и садржину усменог тестаментa дозна чак после неколико година. Несавесност сведока, наравно, неће имати за последицу ништавост тестаментa, али може довести до обавеза ових да накнаде евентуалну насталу штету која је могла погодити како фиктивне тако и „праве“ наследнике.

в) Подударност изјава

Пошто је у нашим правима довољно присуство два сведока, значи да њихов исказ, у погледу свих битних питања, мора бити у суштини подударан. Уколико је, међутим, завештаоачевом казивању присуствовало више сведока њихово неподударно сведочење неће довести до ништавости тестаментa, као што ће то бити случај када је присутно само два сведока. У овом другом случају, уколико нема озбиљних разлога који говоре против, треба прихватити као завештаоачев тестамент подударну изјаву већине сведока.

4) Рок пуноважности

Наша права допуштају употребу олакшане, привилеговане форме, пошто „изузетне прилике“ онемогућавају коришћење редовне, сложеније

(1) В. Благојевић, В.: Наследно право у Југославији, Београд, II изд., стр. 277 — 278.

и уједно знатно сигурније, форме тестирања. Међутим, када прилике престану бити изузетне, односно када завешталац буде у могућности да сачини тестамент у редовном облику, престају и разлози који су инспирисали законодавца да одступи од правила. Због тога сва права ограничавају важење усменог тестамента одређеним протеком времена (од 14 дана до шест месеци). У нашем праву тај рок износи 30 дана и почиње тећи моментом престанка дејства „изузетних прилика“. Уколико би за време дејства „изузетних прилика“ наступиле друге такве прилике, треба узети да рок тече изнова.

5) Што се тиче питања опозивања, чувања, проглашења и доказивања усменог тестамента, може се рећи да није било озбиљних спорова и проблема нити у теорији нити у пракси и да ту важе, у принципу, иста правила као за остале облике завештања. Због ограничености простора у неке специфичности код ових питања нећемо улазити.

II Усмени тестамент у упоредном праву

Упоредноправна анализа показује да постоје три основна става о усменом тестаменту у савременом законодавству: 1. усмени тестамент као редовни облик завештања; 2. усмени тестамент као изузетна форма последње наредбе воље и 3. усмени тестамент као правно не дозвољени начин изражавања слободе тестирања.

1. Усмени тестамент као редовна форма завештања постоји у аустријском Грађанском законнику, који се примењује и у Лихтенштајну, као и у обичајно-правним нормама које се и данас примењују у неким земљама у развоју.

а) Усмени тестамент у аустријском праву је традиционално редовна форма последње наредбе воље. То је у суштини римски *testamentum nuncupativum*, очуван и нешто измењен у средњевековном праву које је важило на територији Аустрије пре доношења Грађанског законика. Према АГЗ за пуноважност усменог редовног тестамента потребно је истовремено присуство три сведока који могу потврдити да је последња воља изјављена озбиљно, уз одсуство преваре и заблуде, као и да потврде идентите оставиоца. Тестатор своју вољу изјављује у слободној форми (нису потребне свечане речи или некакав посебни редослед). Изјаве сведока о садржини тестамента морају бити сагласне о њеним битним елементима, јер ће у противном завештање бити ништаво.⁽¹²⁾

б) У неким Афричким земљама поред прописа који по правилу представљају рецепцију прописа бивших колонијалних сила које су некада владале на том подручју, у употреби је и древно, обичајно наследно право. Тако је и у најмногољуднијој земљи овог континента, Нигерији где и данас, у неким њеним областима, влада обичај да старији људи дају одређена упутства „извршиоцу тестамента“ (бабасинку) у

⁽¹²⁾ В. Параграфе 585 и 586 АГЗ. Иначе, овај Законик предвиђа могућност употребе усменог тестамента и као изузетне форме, о чему ће касније бити речи.

погледу расподеле њихове имовине за случај смрти. При томе завешталац својом последњом вољом само делимично коригује расподелу заоставштине коју су предвидела стара обичајна правила, или пак омогућава и својој ванбрачној деци да добију део наслеђа. Имајући у виду значај и снагу древних обичаја и културни ниво, посебно стање писмености у таквом друштву, усмени тестамент је социјална нужност. Због тога су писмени тестаменти ретки чак и у неким градовима ове земље. ⁽¹³⁾

Слично је и у Гани, где поред енглеског Закона о тестаментима (The Wreles Act) од 1837. и шеријатског права, и даље важи, као трећи извор позитивног права, обичајно право. Овим трећим извором користи се највећи део сеоског становништва. Облик у коме они изјављују своју последњу вољу назива се „Samansiw”. То је усмена наредба последње воље којом завешталац пред већим бројем сведока одређује расподелу своје имовине за случај смрти. За разлику од европског права код Samansiw-а је потребно да буде „што је могуће више бенефицијара као сведока изјаве”. ⁽¹⁴⁾

2. У већини савремених правних система усмени тестамент се појављује као изузетна форма тестирања, дозвољена само у посебним ситуацијама, са ограниченим временским трајањем и уз блаже захтеве у погледу форме, због чега се ови тестаменти често називају и привилегованим. Међутим, облици у којима се појављује и услови за његову пуноважност дају нам повода да разликујемо три групе држава.

а) У прву групу долазе државе које једном широком формулацијом одређују околности под којима се може правити усмени тестамент. То су ДР Немачка, Пољска, Мађарска и Етиопија.

Ови правни системи постављају један правни стандард, „изузетне прилике”, и тиме дају широка овлашћења судској пракси да у сваком конкретном случају оцењује постојање или одсуство овога услова, односно пуноважности тестаментa. Правно-технички облик којим се у закону одређује изузетна ситуација која омогућује употребу ове форме именом је различит, али у суштини је исти: „посебно стање нужде” ⁽¹⁵⁾, „изузетне околности”, ⁽¹⁶⁾ „ситуација опасна по живот” ⁽¹⁷⁾, „предосећање скоре смрти”. ⁽¹⁸⁾

Заједничко за ову групу права је и то да се за пуноважно располагање усменим тестаментом тражи да су ове изузетне околности биле таквог интензитета да се завештање у редовној форми није могло извршити. Сва поменута права траже присуство два сведока осим пољског, које захтева три.

⁽¹³⁾ B. Lloyd, P. C.: Studies in the Laws of Succession in Nigeria, London, 1965, стр. 155.

⁽¹⁴⁾ B. Ollennu, N. A.: The Law of testate and Intestate Succession in Ghana, London, 1966, стр. 284.

⁽¹⁵⁾ В. Параграф 383 Грађанског законика Немачке Д. Р. од 1975

⁽¹⁶⁾ В. Члан 952 Грађанског законика НР Пољске од 1964. г.

⁽¹⁷⁾ В. параграф 634 Грађанског законика Мађарске Н. Р. од 1959. који иако донекле изузетне околности, ипак оставља судовима широке могућности за тумачење.

⁽¹⁸⁾ В. Члан 892 Грађанског законика Етиопије од 1960. год.

б) Друга група држава одређује ближе карактеристике „изузетних прилика“ поопштравајући услове за пуноважност усменог тестаментa. То су Аустрија, Швајцарска и СР Немачка.

У аустријском Грађанском законикy предвиђено је да се усмени тестамент, као привилегована форма, може сачинити на путовању бродом и у местима где влада куга и друге сличне заразне болести.⁽¹⁹⁾ Швајцарско право, и ако сиромашно у погледу броја тестаменталних форми, поред олографског и нотаријалног, као редовних, допушта и усмени тестамент и то као изузетну форму завештања. Овај облик тестирања може се пуноважно искористити само у случајевима када се због низа изузетних околности које спречавају завештаоце да употреби редовне форме последње наредбе воље и то у случајевима када је суочен са непосредном смртном опасношћу, прекидом комуникација, епидемијом или ратом.⁽²⁰⁾

Право СР Немачке такође дозвољава мали број тестаменталних форми. Поред олографског и тестаментa пред нотаром као редовних форми, ово право познаје и изузетни тестамент. Захтеви у погледу форме за овај последњи тестамент у нужди, су веома строги. Да би изузетни тестамент био пуноважан потребно је одсуство могућности сачињавања редовног тестаментa и постојање смртне опасности која прети завештаоцу. Поред два сведока који морају бити присутни завештаоцевој изјави, неопходно је и присуство председника општине, што овај тестамент сврстава у јавне облике. У случају да се завешталац налази у тако блиској смртној опасности да је вероватно да се испуњење услова у погледу присуства председника општине не може остварити испуњени су услови за тестамент пред три сведока.⁽²¹⁾ Међутим, за пуноважност овог облика потребно је да се завештаочева изјава забележи и пред њим прочита, при чему је тестатор одобрава и потписује заједно са сведоцима. Тако овај изузетни тестамент престаје да буде усмени и постаје нека врста алографског тестаментa.

в) Трећа група држава усваја усмени тестамент само у виду војног или тзв. војничког тестаментa. Међутим, и у оквиру ове групе постоје одређене разлике у погледу услова за пуноважност овога облика завештања.

Енглеско право је у погледу броја тестаменталних форми веома шкрто. Од редовних форми дозвољен је једино тзв. „Енглески тестамент“ који у ствари представља неку врсту алографског тестаментa.⁽²²⁾ Изузетна, привилегована форма представља драстично одступање од редовне, али је зато строго ограничена. Повлашћеном формом могу се служити искључиво лица у активној војној служби која се директно односи на рат који је у току или који прети да одпочне. Раније су се овом формом могли користити само војници и морнари, односно припадници копне-

(19) В. Параграф 597 АГЗ.

(20) В. члан 506 Швајцарског ГЗ од 1907. године.

(21) В. параграфе 2249 и 2250 немачког ГЗ од 1896. године.

(22) Тестаментом наслеђивање регулисано је The Wills Act-ом од 1837. год. касније проширено судском праксом (cases).

них и поморских снага. Касније је судска пракса, путем аналогije, проширила ову могућност и на припаднике ратног ваздухопловства, болничарке и дактилографкиње. Ова лица у ратним приликама могу изјавити пуноважан тестамент у било којој форми (нпр. писмено без сведока, усмено и тд.). Једини услов који мора бити при томе испуњен, је да се постојање и садржина тестаamenta могу утврдити сигурним доказима, што је неким ауторима дало повода да овакве тестаменте назову неформалним. ⁽²³⁾

Совјетско право од редовних форми прихвата једино нотаријални тестамент. Од посебних врста познаје једино тестамент на броду који је у свему исти са редовним обликом, с тим што улогу нотара преузима капетан брода. То су до 1942. г. биле једине форме у којима се могла изјавити последња воља. Те године, у циљу омогућавања реализације слободе тестирања и војним лицима у тешким приликама када је употреба редовне форме немогућа, уводи се изузетни, привилеговани облик завештања. Примена овога тестаamenta касније је временски продужена и он се може употребити и данас. ⁽²⁴⁾ Да би се ова форма могла пуноважно искористити потребно је да је завешталац војно лице и да своју вољу изјави пред командантом војне формације којој припада или, уколико је у болници, пред директором болнице. О његовој изјави сачињава се писмено које затим потписује завешталац и присутно службено лице оверава. Међутим, уколико тестатор услед тешке болести не може да се потпише, то ће учинити неко друго лице које ужива грађанска права. Као што се види, у овој последњој хипотези, изузетни тестамент совјетског права постаје нека врста усменог тестаamenta.

Грчко право ⁽²⁵⁾ предвиђа могућност коришћења изузетног, усменог завештања само у облику војног тестаamenta. Војна лица, у случајевима епидемије, блокаде, експедиције или заробљавања, могу изјавити своју последњу вољу у присуству два сведока. О томе се сачињава писмено које потписује тестатор и сведоци. Међутим, у колико завешталац изјави да није у стању да се потпише, за пуноважност овог тестаamenta довољна је и изјава сведока о томе, тако да изузетни војнички тестамент постаје и усмени. ⁽²⁶⁾

3. У трећој групи држава усмени тестамент није дозвољен ни у једном виду. Тако је у Француској, Белгији, Луксембургу, Монаку, Луизијани (у САД) и Квебеку (у Канади), у којима се у ствари примењује француски Code Civil. Италијанско и чехословачко право такође не познају усмени тестамент као правно дозвољени облик изражавања слободе тестирања.

⁽²³⁾ B. Parry, D. H.: The Law of Succession, London, 1972., стр. 23—24.

⁽²⁴⁾ Etude sur la forme du testament dans le droit comparé préparée par l'Institut de droit comparé de Belgrade, Belgrade, 1961, стр. 196.

⁽²⁵⁾ Ово право, од редовних форми, познаје олографски и тестамент пред нотаром, а од посебних, поред војничког тестаamenta, прихвата тестамент на броду и тестамент у карантину.

⁽²⁶⁾ В. чланове 1753 и 1754 грчког Грађанског законика од 1950. године. тину, али за њих тражи писмени облик.

Закључак

Усмени тестамент је у наследним правима у Југославији регулисан на једнак начин, јер су нови закони о наслеђивању преузели одредбе о усменом тестаменту савезног Закона о наслеђивању из 1955. године (који и данас живи као позитивно право примењујући се у СР Хрватској пошто ова република још није донела свој закон).

1) Мислимо да друштвена реалност и даље опрвадава постојање усменог тестамента у нашем праву. Међутим, сматрамо да је код стварања нових закона о наслеђивању требало свестраније анализирати одредбу члана 78. савезног Закона о наслеђивању и њену примену у пракси. Широко постављени појам „изузетних прилика“, који наше право (права) ставља у ред најлибералнијих упоредноправних система у погледу услова за пуноважност усменог тестамента, главни је недостатак одређи о овој изузетној форми завештања. Овај став потврђује се и одређеном несигурношћу и недоследношћу судске праксе, чак и Врховног суда Југославије.

Савремени друштвени услови (нпр. изолованост у великим градовима, константне миграције у којима се губе блиске везе у „фамилији“, пораст просечне вредности заоставштина, смањење круга законских наследника итд.), често представљају изазов за несавесна лица и погодан „миље“ за злоупотребу усменог тестамента. Зато већина упоредноправних система, како капиталистичких тако и социјалистичких земаља, предвиђа врло строге услове за пуноважност усменог тестамента, који често иду и до практичне, а не тако ретко и до формалне, забране ове форме тестирања.⁽²⁷⁾ Заштита начела правне сигурности у сваком савременом праву представља праворазредни императив.

2) Сматрамо да у нашем наследном праву (правима) постоји извесна празнина између судског и усменог тестамента, као јединих могућности за реализовање слободе тестирања одређеног круга лица. Ради се, наиме, о оним радним људима и грађанима који, због недовољног образовања или телесних мана, не могу да се послуже ни једном другом формом, осим судским или усменим тестаментом. Знатан део ових лица живи у удаљеним селима где је комуникација са судом отежана. Уз то, треба додати, да су то најчешће старији, људи, па се проблем одласка у суд још више компликује. Због тога ова лица често прибегавају усменом тестаменту које је, пак, најчешће ништав услед недовољне интензивности „изузетних прилика“. С друге стране, могућности за злоупотребу ове форме завештања у таквим ситуацијама још су веће.

3) Сматрамо да се ови проблеми који се постављају у нашем тестаменталном праву (правима) могу решити увођењем нове форме завештања, односно изменом усменог тестамента.

⁽²⁷⁾ Понекад изгледа да је неко право веома благонаклоно према усменом тестаменту. Међутим, оно на посредан начин битно сужава примену усменог тестамента и чини га „безопасним“ тиме што прописује садржину и максималну вредност имовинског располагања овом формом завештања. В. чл. 892 и даље етиопског Грађанског законика.

У изузетним околностима, када је угрожен завештаочев живот, а коришћење писмене форме тестаментa није могућно или је, у конкретним приликама, знатно отежано, завешталац би своју последњу вољу могао исказати пред председником Савета месне заједнице и два сведока. Као што се види овај тестамент био би јавни облик усменог тестаментa. То би омогућило, с једне стране, довољну ширину за реализацију слободе тестирања за све радне људе и грађане, када им је она најпотребнија, а, с друге стране, учврстило начело правне сигурности у овој осетљивој материји.

Међутим, у колико би смртна опасност била толико блиска да је немогућно сачекати долазак председника Месне заједнице, треба дозволити могућност сачињавања усменог приватног тестаментa, али пред три сведока.

Ове измене, ⁽²⁸⁾ као и измене у погледу омогућавања да се и сродници завештаоца могу појавити у улози сведока усменог тестаментa (наравно уз општу забрану да се сведоцима, њиховим сродницима до одређеног степена и брачним друговима свих ових лица, остави било каква корист на основу тог тестаментa (омогућиле би да се превазиђу одређени недостатци, нарочито у погледу помањкања правне сигурности, које собом носи садашњи усмени тестамент, као и да се попуни одређена празнина у нашем тестаменталном праву, које и поред обиља форми ипак не пружа једнаке могућности ни довољне гаранције за реализацију слободе тестирања свим радним људима и грађанима.

мр Оливер Антић

⁽²⁸⁾ Због ограничености простора дате су само најважније контуре потребних измена усменог тестаментa, уз навођење основних разлога, али је вођено рачуна о систему којим је инспирисан Закон (закони) о наслеђивању, тако да га ове не би нарупиле.