

Мр Милош Станковић*

ПРАВНА ПРИРОДА АФАТОМИЈЕ

Аутор у чланку анализира афатомију, правни посао за случај смрти Франака, који се у литератури сматра зачетком тестаментна код старих Германа, али и кореном уговора о наслеђивању нормираних у великим грађанскоправним кодификацијама. Циљ рада је да се кроз анализу правне природе афатомије испита тачност ове основне хипотезе и да се да одговор на питање да ли су у упоредној правној традицији евентуално постојали правни послови који су настали пре афатомије и који се такође могу сматрати зачецима уговорног наслеђивања.

У првом делу рада аутор констатује да су друштвено економске прилике, културна и правна свест старих Германа диктирале нужност стварања другачијих правних послова којима би се располагало за случај смрти, јер ови народи нису познавали завештање. Потом анализира начин на који се предузи мала афатомија у Салијском и у Рипуарском законнику, указује на сличности и разлике овог института код Салијских и Рипуарских Франака и презентује различите теорије којима се објашњава правна природа овог института.

Аутор закључује да се афатомија може сматрати кореном уговорног наслеђивања у најширем смислу, али не и уговора о наслеђивању у смислу у коме их познају савремена права, као и да ова констатација може да буде тачна само за германска права, али не и за правну цивилизацију уопште.

Кључне речи: *Афатомија. Тестамент mancipatio familiae. Германско право. Уговор о наслеђивању.*

1. УВОД

Римски историчар Тацит је, пишући у 1. веку н. е. о Германима с којима су Римљани већ увелико ратовали, описивао разноврсне, за

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *milos.stankovic@ius.bg.ac.rs*

њега необичне обичаје код тих варварских племена. То је било од вишеструке користи, јер је један век пре њега Цезар такође описивао живот Германа у своме делу о Галским ратовима (*De bello Gallico*), хвалећи се својим успесима у сукобима са њима. Тако је данас могуће упоређивати разлике које су се догодиле током једног столећа развоја овог варварског друштва. И један и други, а нарочито Тацит био, је зачуђен што су се обичаји германских народа у материји наслеђивања толико разликовали од римских наследноправних правила, а поготово због чињенице што они нису познавали тестамент, који је за Римљане био једна стара, скоро исконска институција и без које се скоро није могао замислити одлазак с овога света.¹ Све до почетка потпуније рецепције римског права у германским земљама се чак сматрало да се тестаментом штети положају наследника.² То је била последица потпуно другачије структуре породице код ових народа у односу на ону која је постојала у Риму, а која се заснивала на солидарности и једнакости свих њених чланова које је повезивало крвно сродство. Истина, и код Германа је постојао породични старешина који је вршио *mundium* над својим члановима, али он за разлику од римског *pater familias*-а није био власник породичних добара, већ је њима само привремено управљао у најбољем интересу свих, јер су породична добра припадала свим члановима породице заједно. Тако је и заједничка воља чланова породице опредељивала начин сукцесије имовине у случају смрти једног од њих, па отуда и објашњење због чега није било места завештању, као акту индивидуалне воље, немогућем без постојања приватне својине.³

Међутим, када је у германску племенску заједницу постепено почела да продире приватна својина, право да се њоме располаже *post mortem* било је искључено. И то је била последица специфичности које упознајемо захваљујући Цезару и Тациту. Наиме, ови народи су, за разлику од Римљана, веровали да смрћу једног лица не само што престају његова права на стварима, већ и његова воља у

¹ Јер, већ од Закона 12 таблица могу се пратити корени тестамента у различитим облицима (вид. Драгомир Стојчевић, *Порекло и функција тестаментa calatis comitiis*, Београд 1949 (докторска дисертација, дактилографисано), а умрети без тестаментa је представљало једну од најгорих клетви међу Римљанима. Код Тацита читамо: „Међутим, у свакога су наследници и следбеници властита деца, и не прави се никакво завештање. Ако нема деце, имање наслеђују најпре браћа, стричеви, ујаци“, Publije Kornelije Tacit, *Germanija Agrikola Razgovor o govornicima*, prevod, beleške i pogovor Darinka Nevenić Grabovac, Beograd 1969, 13.

² Срђан Шаркић, *Општа историја државе и права*, Београд 1999, 172; Charles Lefebvre, *Cours de doctorat sur L'histoire de droit civil francais, L'ancien droit des successions première partie*, Paris 1912, 19.

³ Pierre Clément Timbal, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions Libéralités*, Paris 1960 (Daloz), 150; M. G. Lepointe, *Les successions dans l'ancien droit*, Paris 1936, 72.

погледу тих ствари, па би по њиховим схватањима било неприродно ту вољу даље следити и поступати по њој.⁴ Одсуство тестаментна као једностране изјаве воље којом се располаже својом имовином за случај смрти последица је два општија правна и животна принципа под којима су живели Германи. Први разлог је свакако колективистички стил живота, привређивања и својинских овлашћења, због чега и многи други народи који су живели у таквим или сличним заједницама (нпр. Спарта) не познају тестамент. Можда је још значајнији разлог резервисаност према могућности да, како то каже Живојин Перић, „идеје и менталитет мртвих производе правно дејство“, односно према „признању да смрћу не престаје све што је у човеку“.⁵ Међутим, постепени продор приватне својине и мењање друштвеног менталитета постепено је наметао нужност да се на један уређен и унапред предвиђен начин ипак омогући припадницима колектива да својом вољом одреде начин на који ће преносити своју имовину на потоње генерације. То ће код Германа изродити не само посебне правне послове посредством којих ће остваривати ове циљеве, већ ће утицати и на њихову особену правну природу.

2. УГОВОРНО НАСЛЕЂИВАЊЕ КАО ПРЕТЕЧА ЗАВЕШТАЈНОГ НАСЛЕЂИВАЊА

Настанак уговора о наслеђивању се у литератури по правилу везује за средњовековна германска права, а при том се првенствено имају на уму франачка афатомија (*affatomia*) и лангобардски тинкс (*thinx*). Ове установе су се најпре појавиле у франачком Салијском законуку (који је настао почетком VI века), а потом у Ротаровом едикту (првој писаној збирци лангобардског права из 643. г.). И поред одређених разлика, ове две установе омогућавале су пренос имовине лицима ван круга наследника одређених законом односно обичајем. Еволуција ових усанова кретала се од института породичног до усанова наследног права.⁶ О тачности ове тврдње сведочи и текст Салијског законика. Поред члана 59 којим је у овој кодификацији било регулисано законско наслеђивање, члан 46 којим се регулише

⁴ Р. С. Timbal, 150.

⁵ Ж. Перић, *Le Mysticisme dans le Droit de succession*, *Revue Generale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, t XXXXIX, Paris 1925, 40/44, 105 111, наведе но према: Оливер Антић, *Наследно право*, Београд 2008, 26, фн. 32.

⁶ Лефебр (*Lefebvre*) је изричит да корене *l'institution contractuelle* (уговорно одређивања наследника у француском праву и уопште у грађанским правима настајалим по узору на Наполеонов кодекс) треба тражити у франачкој афатомији и лангобардском тинксу. С. Lefebvre, 155 156. Слично: Piero Balestra, *Del Contratto successorio di vitalizio*, Lugano 1929, 10 11.

институт афатомије почиње речима: „при одређивању наследника (афатомији)...“.⁷ Даљи текст јасно указује да је овај институт имао за циљ да се њиме за наследника одреди и неко друго лице ван круга законских наследника. Пошто је сасвим очигледно да ова установа нема карактер тестаментa, остаје потреба да се утврди правна природа афатомије, као института којим се у пракси вољно распоређивала заоставштина за случај смрти?

У литератури се често указује да се поклони (углавном чињени цркви) и уговор о наслеђивању, као и институти из којих се развио, третирају само као прелазна историјско-правна фаза ка примени тестаментa у средњовековном германском праву.⁸ Овакав став је у сагласности с развојем кроз који су претходно прошла права старог истока и римско право, али који ће касније бити уочљив и у српском средњовековном праву. Он се огледа у чињеници да је уговорно одређивање наследника у најширем смислу речи заиста историјски претходило именовању наследника у форми једностране изјаве воље. Међутим, да ли је то довољно да би се рекло да су корени уговора о наслеђивању у смислу у коме их познају савремена права никли баш у средњовековним германским правима, односно у установи афатомије?

3. АФАТОМИЈА

3.1. Афатомија у Салијском законнику

Афатомија је правни посао којим је једно лице преносило за живота на друго лице своју целокупну имовину или један њен део. Свечана форма коју је подразумевала афатомија састојала се из три фазе. У првој би оставилац на народном суду, на рочишту у присуству три сведока и судије тунгина (*thunginus*) или центуриона, који би се појављивали са штитом, у једном симболичком поступку преносио добра на посредника.⁹ Форма се састојала у томе што би то

⁷ Овде преузимамо превод на наш језик који су дали Пухан и Микуландра, уз сав ризик који то подразумева. Но, пошто су у питању добри зналци римског права и терминологије, ослонац на њихов превод овог законика с латинског језика, на коме је законик и био написан, је прихватљив. Ипак, на овом месту се уочава чињеница да преводиоци у ствари објашњавају реч „афатомија“ на свој начин, а у оригиналу стоји само тај појам (без појашњења), *Салијски закон*, превели Иво Пухан и Никола Микуландра, редиговао Јаков Бумбер, Београд 1951, 71, 73, 93, 95.

⁸ С. Шаркић, 172.

⁹ Овај посредник (с којим лице које је располагало имовином није смело да буде у родству) ће касније бити називан именом *Salmann*, а овај формални поступак преноса имовине *festuca in laisum jacta*, Marc Péter, *Étude sur le pacte successoral*, these de doctorat présentée a la Faculté de droit Université de Genève, Genève 1897, 17.

лице, као да преноси својину, бацало гранчицу у крило посреднику одређујући коју имовину, у ком делу и ком лицу или лицима посредник треба даље да је пренесе. Потом је наступала друга фаза. Посредник би заснивао заједницу живота са оставиоцем у његовој кући и пред тројицом или више гостију располагао повереном имовином, а потом све то чинио и пред сведоцима. Затим би био дужан да у року од дванаест месеци¹⁰ пред краљевим судом или у присуству самог краља и три сведока, баца гранчицу у крило лицима која су одређена за наследнике и пренесе им имовину у сразмери коју је одредио први преносилац, односно оставилац.¹¹ Ова солемнитетна форма представљала је гаранцију да ће се постићи жељени ефекти, али је обавезивала оставиоца да одмах пренесе добра у руке посредника кога је одабрао.¹² Дакле, радило се о правном послу *inter vivos*. Ако би неко оспорио овакво располагање, задатак три сведока који су присуствовали рочишту пред тунгином или центурионом био је да потврде и понове да су видели које је лице пренело имовину на ког посредника и како је даље наложило да се та имовина расподели. Затим су следећа три сведока морала да потврде да је посредник у чије је крило бачена гранчица заиста боравио у кући лица које је располагало имовином и да је тамо сакупио троје или више гостију које је почастиио кашом и да су потом призвали сведоке, да би на крају последња три сведока дала потврду да је посредник који је примио имовину, на краљевом суду или пред краљем „ту имовину јавно и пред свима бацио у крило онима који су именовани за наследнике.“¹³

Иако Салијски законик ништа не говори о томе каква је треба-ло да буде правна природа односа између оставиоца и наследника, изгледа да су се афатомијом служили само припадници родовско-племенске аристократије и то под условом да нису имали деце.¹⁴ Наследник одређен афатомијом преузимао је сва права на наслеђе која би иначе припадала оставиоцевом биолошком сину.¹⁵ Таквом

У држави Карла Великог овлашћено лице које је учествовало у овом формалном поступку се звало *missus dominicus*. E. Glasson, *Le droit de succession dans les lois Barbares*, Paris 1886, 43.

¹⁰ У науци се по једном схватању овај рок од дванаест месеци рачунао од тренутка смрти лица које је афатомијом располагало, а по другом, то је био рок између предузимања две свечане форме преношења имовине најпре на посредника, а онда и на наследника. M. G. Lepointe (1936), 66.

¹¹ Салијски закон, 71-73.

¹² P. C. Timbal, 153; Srđan Šarkiћ, Dragoljub Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Beograd 1993, 54; С. Шаркић, 134.

¹³ Салијски закон, 73.

¹⁴ Jacques Chomilier, *Adoption: un lien pour la vie*, Marseille 2009, 17; E. Glasson, 42.

¹⁵ Emmanuelle Santinelli, *Continuité ou rupture? L'adoption dans le droit mérovingien*, *Médiévales* 35/1998, 11.

закључку иде у прилог и пажљива анализа свечане форме у којој се преносила својина у поступку афатомије.

Иако у литератури нисмо наишли на објашњење зашто се симболички пренос права својине на наследника обављао баш бацањем гранчице у крило, чини се да је могуће учинити бар покушај да се реконструише значај оваквог чина. Како се грана надовезује на стабло, а оно на корен, тако је и њен пренос метафорички имао да означи двоструки континуитет, континуитет имовине и континуитет породице. У време када заједничка својина полако уступа место индивидуалној, приватној својини, сећање на низ предака који су допринели њеном стварању и очувању још увек је свеже. А како оставилац нема сопственог потомства, гранчица коју преноси симболизује не само да се у његовим рукама налази изданак и део породичне својине, већ и да је онај на кога се гранчица преноси, од сада такође оставиочев изданак, односно да је он након усвојења његов потомак. Друга фаза афатомије такође даје основ за тумачење да је у накнаду за имовину која се преносила на њега, наследник преузимао бригу о кући свог „оца усвојиоца“, односно такође симболички преузимао улогу домаћина куће тиме што би сачекао госте и послужио их кашом.¹⁶ Његов боравак у кући лица које је располагало имовином служио је томе да наследник демонстрира трећим лицима своје стечено право.¹⁷ Посредник је постајао само фиктивни власник на пренесеним добрима. Иако је на њима имао државину, право плодоуживања остајало је преносиоцу, односно будућем оставиоцу. Међутим, улога посредника била је нужна јер су Германи познавали само правне послове међу живима, односно били су им непознати модалитети (нпр. рок) којима би њихова правна дејства модификовали и везали за тренутак смрти.¹⁸

Облик афатомије предвиђен Салијским закоником представљао је изгледа крај њеног еволутивног пута, јер се устаљивањем својинских права на непокретностима и слабљењем колективистичког духа изгубила и првобитно постојећа потреба учешћа и сагласности шире заједнице у њеном предузимању, већ је за њену пуноважност било довољно да буде закључена *ante regem*. Још један доказ слабљења формализма био је и тај што афатомија није морала нужно да представља основ којим се располагало целом имовином, већ се временом могло располагати и само једним њеним делом.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ M. G. Lepointe (1936), 65.

¹⁸ Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, *Les successions agnatiques mitigées*, Paris 1935, 69 70.

¹⁹ P. Balestra, 13 14.

3.2. Афатомија у Рипуарском законнику

Афатомија је у чл. 48 и 49 Рипуарског законика била регулисана много еластичније него у Салијском законнику. Изгледа да под утицајем римског права њена форма није била тако компликована као она коју су примењивали Салијски Франци. Она се састојала у томе што је лице (мушкарац или жена) које није имало ни мушког ни женског потомства имало право да у присуству краља и сведока, без учешћа посредника, усвоји неко друго лице из веома широког круга потенцијалних усвојеника (родитеља, супружника, било које треће лице) и преда му добра и то у писаној форми или у форми *per traditionem*. Ипак, чињеница да се примењивала само ако будући оставилац који је предузимао афатомију не би имао биолошко потомство, значила је да се афатомија раскидала (као и усвојење код Лангобарда) ако би након њеног предузимања будући оставилац добио сина.²⁰ Било је случајева и када је афатомија предузимана и да би се од трећих лица сачувао и обезбедио положај лица које је већ било усвојено и у чију корист се већ добродично располагало.²¹ Оставилац је све до своје смрти на добрима која су била обухваћена афатомијом задржавао право плодуюживања, а наследник је на њима стицао сва своја права тек тренутком оставиочеве смрти. То значи да је он све до смрти оставиоца био само презумптивни наследник, који није уживао ништа више до наследну наду.²²

По мишљењу неких аутора уговор о афатомији су између себе могли да закључе и супружници, одређујући једно друго за реципрочне наследнике.²³ Међутим, надживели супружник је на овај начин могао да стекне само доживотно плодуюживање на заоставштини умрлог брачног друга, која је након његове смрти припадала законским наследницима супружника који је умро пре њега (изузетак су представљале одредбе Баварског законика према којима је удовица наслеђивала заоставштину свог супруга у својину, али под условом да касније не закључи нови брак).²⁴ Ова правила, иначе редовна међу супружницима, могла су у форми афатомије да предвиде и друга лица, односно да једно друго одреде за наследника, али би тада били дужни да унесу и једну формалну одредбу којом би право надживелог лица ограничили само на плодуюживање.²⁵

²⁰ E. Santinelli, 12; C. Lefebvre, 156; F. Peltier, G. H. Bousquet, 70-71.

²¹ C. Lefebvre, 156.

²² M. G. Lepointe (1936), 66.

²³ E. Glasson, 44; M. G. Lepointe (1936), 67.

²⁴ E. Glasson, 44, фн. 3; M. Péter, 19.

²⁵ E. Glasson, 44.

3.3. Правна природа афатомије

О томе каква је била правна природа афатомије у науци се искристалисало неколико схватања.

Према првом гледишту, афатомија је имала уговорну правну природу, при чему су се мишљења у оквиру овог правца разликовала према томе ком уговору је афатомија била најсличнија. Једна група аутора сматрала је да је овај правни посао старих Франака најсличнији поклону. По мишљењу Тимбала (*Timbal*) начин на који је једно лице путем афатомије одређивало наследнике састојао се у томе што је оставилац фиктивно усвајао једно лице у које је имао поверење, а које је као посредник требало да ту имовину касније пренесе на трећа лица која би оставилац одредио. Он је заправо чинио поклон задржавајући за себе право плодоуживања на поклоњеном добру.²⁶ Слично њему, Антић у афатомији види једну врсту поклона за случај смрти, код кога је располагање неопозиво, сматрајући да је оставилац који је имао потомке посредством афатомије могао само да измени висину њихових наследних делова, али не и да одреди друге наследнике уместо њих.²⁷ Друга група аутора, попут Ешбаха (*Eschbach*) и Бонеа (*Bonnet*) ју је дефинисала као двострани правни посао и корен модерног уговора о наслеђивању.²⁸ Петер (*Péter*) такође аргументује у прилог тог схватања, наводећи као битну особину афатомије и код Салијских и код Рипуарских Франака њену неопозивост, али и правна дејства по којима се она веома приближавала уговорном одређивању наследника, што су елементи правне природе и других сродних установа код германских народа тог времена.²⁹ Бастаић и Кризман су је определили као институт који је у себи садржао елементе уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању, односно према њиховом мишљењу реч је о „својеврсном уговору према којем је оставитељ за живота своју имовину преносио на одабраног наследника, који је примао обвезу да уздржава оставитеља.“³⁰ Обавеза посредника да у оставиочевој кући госте послужи кашом и тако симболички да до знања да ће се

²⁶ P. C. Timbal, 152.

²⁷ Oliver B. Antić, *Sloboda zaveštanja i nužni deo doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, Beograd 1983, 42. Као поклон за случај смрти на целој заоставштини афатомију дефинишу и Пелтије и Буске. Frédéric Peltier, G. H. Bousquet, 72.

²⁸ M. Péter, 18.

²⁹ M. Péter, 18 19.

³⁰ Konstantin Bastaić, Bogdan Krizman, *Opća historija države i prava I pregled razvitka*, Zagreb 1977, 90. Пример уговора у коме један старији човек усваја младића и одмах преноси на њега своја добра под условом да га овај издржава до краја живота (*traditio respectuali*) наводи се и у литератури на француском језику. F. Peltier, G. H. Bousquet, 72 73.

он надаље старати о њему, заиста иде у прилог оваквог схватања. Најзад, Халбик (*Hallebeek*) је афатомију подвео под уговоре у корист трећег лица, где се целокупна имовина једног лица преносила на посредника, који је попут трастија био обавезан да је пренесе на треће лице, односно на корисника, у складу са жељом „поклонодавца“.³¹

Према другом схватању, афатомија је представљала врсту усвојења. Лефебр (*Lefebvre*) је окарактерисао као „мешавину усвојења и тестаментарног даривања“, односно специфичан институт изникао из германске традиције којим су Германи који нису имали мушког потомства мењали два римска института: усвојење и тестамент.³² Овакво резонување старијих аутора, међу које су се сврстали и Лоријер (*Laurière*) или Мерлин (*Merlin*), Петер (*Péter*) покушао је да објасни чињеницом да су се олако повели синтагмом *adoptare in haereditatem* којом је у Рипуарском законнику била описивана ова установа.³³ Међутим, ово гледиште није напуштено ни у савременој науци. Аутори као што су Сантинели (*Santinelli*), Лет (*Lett*), Шомилије (*Chomilier*) или Аврамовић такође истичу да афатомија подсећа на тестаментарну адопцију римског права. Истина, полазећи од ове почетне премисе поменути аутори се разликују, јер Сантинели истовремено наводи да је реч о уговорном одређивању наследника, Лет да је реч о правном послу међу живима који је омогућавао једном лицу да на друго пренесе целокупну своју имовину или неки њен део, док Шомилије опредељује њену правну природу као „неопозиви тестамент“.³⁴ Ипак, Шомилије и поред тога не одустаје од идеје да се код афатомије превасходно ради о усвојењу. Усвојилац је, истиче он, неопозиво преносио одређена добра под власт усвојеника који је требало да га наследи, при чему је оставилац (поклонодавац) задржавао на тим добрима право доживотног плодуживања, док је наследник (поклонопримац) стицао право да њима располаже тек тренутком оставиочеве (поклонодавчеве) смрти.³⁵ Гест бацања гранчице у крило лица на које се имовина преносила код Салијских Франака, али и облик афатомије Рипуарских Франака заиста дају основ за овакво тумачење.

О афатомији код Франака остала су забележена и два примера из далеке историје. Они с једне стране сведоче да је она примењивана ако не искључиво, а оно углавном између припадника племства, а с

³¹ Jan Hallebeek, Contracts for a third party beneficiary: A brief sketch from the Corpus iuris to present day civil law, *Fundamina: A Journal of Legal History* 13/2007, 14.

³² C. Lefebvre, 156.

³³ M. Péter, 17.

³⁴ E. Santinelli, 10; Didier Lett, Droits et pratiques de l'adoption au moyen âge, *Médiévales* 35/1998, 6; J. Chomilier, 30; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207.

³⁵ J. Chomilier, 30.

друге, даје за право оним научницима који сматрају да се ова германска установа понајпре може изједначити са усвојењем. Краљ Гонтран је имао само ћерку, па је усвојио свог нећака Шилдеберта да би га поставио за свог наследника, предајући му симболично том приликом копље. Цела ова *adoptio in hereditatem* била је учињена у облику једног свечаног јавног акта, а иако је краљ Гонтран након тога имао неколико сукоба са Шилдебертом и његовом мајком Бринотом, никада није ни помислио да је опозове.³⁶ У другом случају, Теодорик, краљ Острогота, је на исти начин и уз исте формалности одредио за свог наследника краља Одоакара.³⁷

Ако се пажљивије анализирају схватања о правној природи афатомије која смо предочили, може да се извуче закључак да један број аутора покушава да објасни овај институт франачког права комбинујући различите правне институте који су нама данас познати. На пример Тимбал и Шомилије имају „гранична схватања“, јер и један и други у афатомији виде и елементе доброчиног уговора (поклона) и елементе усвојења, с том разликом што први аутор даје приоритет уговору о поклону као доминантнијем елементу у одређивању наследноправне сукцесије код Германа, док други сматра значајнијим адопцију.

Према трећем схватању, афатомија подсећа на римски тестамент *mancipatio familiae*. На први поглед би то можда могло да се објасни чињеницом да су Франци на освојеним територијама затекли романизоване Гале и Римљане који су у односу на њих имали далеко већи степен културне и правничке еманципације и којима је био стран родовско-племенски начин живота Франака, те да је убрзо дошло до „процеса романизације варвара и варваризације романског становништва“.³⁸ У том смислу се у правној књижевности наилази на мишљење да су Германи, којима је испрва био непознат тестамент, тек под правним, политичким и културним утицајем Римљана почели да усвајају принцип да је могуће својом слободном и једностраном изјавом воље располагати имовином за случај смрти.³⁹ И заиста, упркос чињеници да је од свих варварских закона римско право најслабији утицај остварило управо на Салијски законик, сличност афатомије са завештањем *mancipatio familiae* је више него очигледна.⁴⁰ Ипак, не треба заборавити да се *mancipatio*

³⁶ С. Lefebvre, 156, фн. 1.

³⁷ Е. Glasson, 42.

³⁸ Љубица Кандић, Салијски закон и друштвени односи у Франачкој у доба Меровинга, *Анали Правног факултета у Београду* 1/1969, 53.

³⁹ Р. Balestra, 11.

⁴⁰ Сима Аврамовић, Војислав Станировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2013, 203–204; S. Šarkić, D. Popović, 52; O. F. Robinson, T. D. Fergus, W. M.

familiae појављивала у најстаријем римском праву које је увелико било заборављено у време настанка германских законика и да је престала да се примењује много пре настанка афатомије.

Доминантно мишљење у највећем делу и српске и стране литературе је да римско право није допуштало ни позитивне ни негативне уговоре о наслеђивању (или макар да је то био случај до Јустинијанових реформи), независно од тога да ли су се односили на заоставштину уговорника или трећег лица.⁴¹ Разлози забране састојали су се у томе што се њима ограничавала слобода завештања и што је њихов предмет смагран супротним добрим обичајима (*adversus bonos mores*), јер се односио на смрт лица чија је заоставштина предмет уговора. То је по општем мишљењу подразумевало жељу наследника да декујус, који је себе већ обавезао уговором, што пре нестане (*votum mortis captandae*), односно постојао је страх да би уговорни наследник могао да убрза смрт уговорног оставиоца.⁴² Уосталом и сам Гај у параграфу 99 друге књиге својих Институција вели: „Да најпре размотримо о наслеђивању које може бити двојак: наслеђујемо или по тестаменту или на основу закона.“⁴³

Међутим, ако се пажљиво анализирају форма и правна природа римског завештања *mancipatio familiae*, могу се извући интересантни закључци. Оставилац је манципацијом фиктивно продавао своју целокупну имовину (*mancipatio familiae*) неком лицу у које је имао поверење, најчешће пријатељу (*familiae emptor*), који се обавезивао да ће по декујусовој смрти пренети ту имовину на неко треће лице које иначе не би наследило по закону или на лица које је одредио оставилац, најчешће на његовог сина.⁴⁴ *Familiae emptor* је тако

Gordon, *An introduction to European legal history*, Glasgow 1985, 12; M. Ganser, 13.

⁴¹ Драгољуб Аранђеловић, *Предавања из Римског права*, Београд 1938, 302, 307; Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 2002, 231; Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Београд 1981, 163; Душан М. Пешуновић, Уговорно наслеђе по нашем праву, *Архив за правне и друштвене науке 1/1923*, 5; Ivo Puhani, *Rimsko pravo*, Београд 1977, 371; Lav Dujmov, *Ugovor kao pravni osnov za nasljeđivanje*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, VI 1968*, 104; M. Péter, 14.

⁴² Henri Mazeaud, Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil tome quatrième, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris 1963, 554; Gabriel Lepointe, *Droit romain et ancien droit français Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Paris 1958, 469; M. G. Lepointe, *Les successions dans l'ancien droit*, Paris 1936, 249; Michel Grimaldi, *Droit civil Successions*, Paris 2001, 337; Dale Hutchinson, *Succession Agreements in South African and Scots Law, Exploring the Law of Succession, Studies National, Historical and Comparative*, (ed. Kenneth G C Reid, Marius J de Waal, Reinhard Zimmermann), Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, 227; Mile Boras, Lujko Margetić, *Rimsko pravo*, Rijeka 1998, 173.

⁴³ Gai Institutiones Гај: *Институције*, превео Обрад Станојевић, Београд 2009, 129.

⁴⁴ D. Stojčević, 170; O. Stanojević, 240; I. Puhani, 378; Žika Bujuklić, *Forum Romanum Rimska država, pravo, religija i mitovi*, Београд 2009, 716. Борас и

на основу манципације у прво време развитка ове форме тестаментна постајао прави власник и наследник на завештаочевој имовини, а лица којима је завешталац одредио да он распореди заоставштину су своја права изводила непосредно од њега а не од завештаоца, што је неке ауторе навело на закључак да је овај тестамент служио само сингуларној а не и универзалној сукцесији.⁴⁵ Као што се види, сличност у сачињавању завештања *mancipatio familiae* и франачке афатомије је упечатљива. Она чак иде дотле да ни *familiae emptor* ни посредник код афатомије, нису смели да буду лица с којима је оставилац у сродству.⁴⁶

Анализирајући правну природу овог римског тестаментна, Бујуклић ће на основу чињеница да наследник не извлачи своје субјективно наследно право непосредно од оставиоца, већ на основу правног посла са *familiae emptor*-ом у кумулацији с одржајем у трајању од годину дана (*usucapio pro herede*), извући закључак да је овде реч о правном послу међу живима, те на основу аргумента да овај правни посао није садржао именоване наследника као кључни елемент који је свако завештање морало да садржи, закључити да *mancipatio familiae* „и мада формално није тестамент, он је практично остваривао исту сврху.“⁴⁷ Мишљење да је тестамент *mancipatio familiae* заправо био двострани правни посао *inter vivos*, а не завештање, односно да је слобода тестирања заправо настала из слободе уговарања, изнео је читав низ аутора: Ајзнер и Хорват,⁴⁸ Антић,⁴⁹ Стојчевић,⁵⁰ Аранђеловић,⁵¹ Ламбер (*Lambert*),⁵² али се чини

Маргетић наглашавају да је реч о преносу целокупне завештаоачеве имовине, како постојеће, тако и будуће на *familiae emptor a. M. Boras, L. Margetić, 179*. Ово због неодређености предмета правног посла може да буде одлика само правних послова за случај смрти.

⁴⁵ Bertold Eisner, Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 480.

⁴⁶ Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд 2012, 418, фн. 158; С. Аврамовић, В. Станимировић, 207; S. Šarkiћ, D. Popović, 54; С. Шаркић, 134.

⁴⁷ Ž. Бујуклић, 717. Слично: М. Милошевић, 417 418.

⁴⁸ „Манципациона опорука *iuris civilis* имала је облик *двостраног правног посла, тј. уговора* (курзив М. С.)“, В. Eisner, М. Horvat, 480 481; М. Boras, L. Margetić, 482.

⁴⁹ „Из овог облика завештања види се да нема јасне границе између слободе уговарања и слободе тестирања. То је период ране младости слободе тестирања где се она тражећи пут своме развитку ослања на установу од које је и потекла“. О. В. Antić (1983), 38.

⁵⁰ D. Stojčević, 170.

⁵¹ Д. Аранђеловић, 309.

⁵² E. Lambert, Introduction, *La fonction du droit civil compare*, Paris 1903, наведено према: Sima Avramović, *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu* doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd 1981, 12.

да је нарочито експлицитан био Силајџић. Он наводи: „*Mancipatio familiae* је карактеристичнија од извршења тестаментa. У опћој еволуцији наслеђног права овај се развитак јавља у фази уговорног наслеђивања, која се изједначаје с правним пословима међу живима... *Mancipatio familiae* игра важну улогу у еволуцији прописа тестаментa. То је институција која је омогућила да се избјегне неопозљивост примитивног уговора о наслеђству.“⁵³

Ипак, непобитна је чињеница да су тестамент *mancipatio familiae* и тестамент *per aes et libram* почели да излазе из употребе у Риму још почетком трећег века, те да је мало вероватно да је романско и романизовано становништво пренело елементе њихове форме на Франке пет векова касније. Како онда објаснити оволику сличност између правних послова за случај смрти којима су се служили и Римљани и Германи на почетку своје правне еманципације?⁵⁴ Оно наводи на закључак да је у многим друштвима формално двострано располагање *mortis causa* претходило једностраном. Такво објашњење суштински даје и Вајс када упоређујући различите старе кодексе и институте у њима каже да је „очевидно да каткада имамо упадљиве сличности и тамо, где су узајамни утицаји скоро невероватни или потпуно искључени. У таквим случајевима је једини могући одговор онај о сличностима друштвених услова. Када познати текстови коначно буду очишћени од интерполација, фалсификата и анахронизама, сличности ће бити још убедљивије и разумљивије“.⁵⁵ „... Различити правни инструменти су проширивали обим слободе уговарања утирући пут настанка нове установе – слободе тестирања. Правни системи древних цивилизација нису никада дошли до тога да једно лице, својом сопственом вољом, може себи одредити наследника“.⁵⁶

Међутим, чини се да је на основу претходно изнетих констатација нужно поставити још једно питање: ако се афатомији од стране великог броја аутора даје уговорна правна природа, а истовремено је очигледна њена сличност са римским тестаментом *mancipatio familiae*, да ли се поменути облик завештања римског права, а не афатомија може сматрати истинским кореном уговора о наслеђивању? Поједини француски аутори негативан одговор на постављено питање образлажу на следећи начин. Прво, полазећи од тога да германска права нису познавала тестамент, они су правне

⁵³ Alija Silajdžić, *Testamentat u šeriatskom pravu*, Sarajevo 1941, 109 110.

⁵⁴ Adrian Schmidt Recla, *Mancipatio familiae und Affatomie, Überlegungen zu Parallelentwicklungen im römischen und fränkischen Recht und zu Rezeptionsbedingungen im Frühmittelalter*, Leges Gentes Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schriftkultur, Mainz 2006, 461 486.

⁵⁵ Алберт Вајс, Неке карактеристике старих кодекса, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/1969, 151.

⁵⁶ O. V. Antić (1983), 33.

послове старих Германа којима су уређивали правну судбину своје заоставштине сматрали неопозивим правним пословима међу живима, чак и ако нису имали за последицу пренос ствари са онога ко је њима располагао у корист неког другог лица тренутком закључења уговора.⁵⁷ Из тога су извели закључак да афатомију од римског завештања суштински разликују две особине: прво, то што је производила правна дејства и пре делације и друго, што је за разлику од тестаментна била неопозива.⁵⁸ Међутим, ако ове критеријуме доведемо у везу са манципационим тестаментом који јесте био правни посао *inter vivos*, видећемо да се разлика у великој мери смањује. Она се исцрпљује у могућности да завешталац и *familiae emptor* закључе нови правни посао у форми манципације, којим би *familiae emptor*, који је на основу тестаментна *mancipatio familiae* постао фидуцијарни власник, врати оставиоцу добра над којима је стекао право својине.

Најзад, како је то обично случај, палета различитих теорија којима се објашњава правна природа једног института не би била потпуна без једне компромисне, „мешовите“ теорије. Тако су Хас (*Hasse*) и Беслер (*Besseler*) сматрали да афатомија ни у ком случају не може да буде квалификована као уговор, јер су предузете формалности део франачке традиције, али да не може да буде ни тестамент, јер германски народи нису познавали овај правни посао. Из тог разлога је по њиховом мишљењу афатомија институт *sui generis*, ни тестамент, ни уговор о наслеђивању.⁵⁹

4. ЗАКЉУЧАК

Афатомија је у Салијском и у Рипуарском законнику представљала двострани правни посао који је имао за циљ да измени круг законом одређених наследника, макар утолико што се могао предузети само у одсуству биолошког потомства. Међутим, скоро да на овој тачки престају све даље сличности. Форма за предузимање афатомије је код Рипуарских Франака била много једноставнија, а по свему судећи, њоме су за разлику од Салијских Франака могли да се користе и супружници, одређујући једно друго за наследнике. Правна природа афатомије Салијских Франака је најсличнија тестаменту *mancipatio familiae* римског права (што не значи да је из њега и проистекла), док је њен облик у Рипуарском законнику много ближи тестаментарном усвојењу. Код Рипуарских Франака је овај правни посао изгледа дефинитивно производио правна дејства тек тренут-

⁵⁷ P. C. Timbal, 153; C. Lefebvre, 156; M. G. Lepointe (1936), 66.

⁵⁸ E. Santinelli, 11; C. Lefebvre, 19, фн. 1.

⁵⁹ M. Péter, 18.

ком смрти преносиоца, док су његова правна дејства у Салијском законику наступала *inter vivos*.

Савремени аутори се труде да правну природу правних послова из раног развоја људске и правне цивилизације одреде кроз модерне институте који представљају завршетак њиховог еволутивног пута. Узети за основу уговор о наслеђивању немачког или швајцарског права или поклон будућих ствари француског права, па их потом упоређивати с афатомијом и тинксом представља анахронизам. То је уочљиво и по томе што се правна природа ових древних германских института не може сагледавати једнострано, већ увек кроз комбинацију оних института које ми данас познајемо као усвојење, поклон или мешовити поклон уз задржавање различитих модальитета за преносиоца, односно оставиоца (најчешће плодоуживање). У том смислу, ако уговор о наслеђивању тражимо у средњем веку подразумевајући под њим уговор којим једно лице одређује друго за свог универзалног или сингуларног сукцесора у савременом смислу, свакако га нећемо пронаћи. Међутим, ако под овим институтом подразумевамо двострани правни посао који за предмет има будућу заоставштину или неко тачно одређено право или ствар из заоставштине, који за циљ има вољну промену законом и обичајима утврђеног круга наследника, који је делимично производио правна дејства међу живима, а делом за случај смрти и који се од завештања разликује по својој неопозивости, његове клице ћемо наћи већ код Франака и Лангобарда, а прве, јасније обресе у XIII веку.⁶⁰

Ако се пође од ове почетне премисе, имајући при том на уму да су различити народи у различитим историјским епохама достигли одређени ниво културне, економске и правне еманципације, онда је могуће извући још један закључак. Он се састоји у томе да је располагање за случај смрти које је подразумевало некакав вид сагласности онога у чију се корист располагало (оно што бисмо данас назвали двостраним правним послом), увек претходило завештању као једностраном правном послу. А то даље значи да се и афатомија и тинкс, али и *Morgengabe*, могу сматрати коренима уговорног наслеђивања у германским правима. Али, ако пратимо развој једне идеје апстрахујући неминовне међусобне разлике, као корени уговорног наслеђивања једнако се могу посматрати вавилонски нудуну, исламски васијет, поклон за случај смрти (од вавилонског, преко спартанског и римског права, па до Саксонског огледала), *Vergabungen* Швапског огледала, а нарочито римски тестамент *mancipatio familiae*.

⁶⁰ М. Péter, 34; P. Balestra, 15.

Miloš Stanković, LL.M.

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL NATURE OF AFFATOMIA

Summary

In Salian and Ripuarian Code affatomia represented a bilateral legal transaction that was aimed at changing of the scope of heirs determined by the customs, at least insofar being applied in the absence of biological descendants only. However, almost all further similarities in the field cease at this point. The form for using affatomia with Ripuarian Franks was much simpler than the one with the Salian Franks. Unlike the Salian Franks, affatomia could by all odds be used by Ripuarian Franks spouses in determining each other for a heir. Legal nature of the Salian Franks affatomia is most similar to the *mancipatio familiae* type of will in the Roman law (which does not mean it emerged from this law), while its form in the Ripuarian Code is much closer to testamentary adoption. As with Ripuarian Franks, affatomia seems to have definitely produced legal effects only after the death of the disponent, while its legal effects with the Salian Code performed *inter vivos*.

Contemporary authors are trying to designate the legal nature of legal affairs from the early development of human and legal civilization through modern institutes that represent the completion of their evolutionary path. Taking the inheritance contract of the German or Swiss law, or the future assets donation of the French law, for example, and then comparing them to affatomia and thinx is an anachronism. This is evident by the fact that the legal nature of these ancient Germanic institutes can not be viewed unilaterally, but always through a combination of those institutes which we know today as adoption, gift or mixed donation with retention of different modalities for the transferor or the testator (usually usufruct). In this sense, if we are looking for a inheritance agreement in the Middle Ages, the contract in which a person determines other person for his/her universal or singular successor in the modern sense, we will certainly not find one. However, if within this institute we see bilateral legal transaction whose subject is the future legacy or exactly specified legal issue from legacy, which aims to voluntarily change the law and customs of the established circuit of heirs, who partially performed legal effects among the living, and partly in case of death, the one that differs from the legacy through its irreversibility, we will then find its roots with

the Franks and the Langobards, while its first clear shapes and forms we will find as early as XIII century.⁶¹

If we start from this initial premise, bearing in mind that different nations in different historical epochs attained a certain level of cultural, economic and legal emancipation, it is possible to draw another conclusion. It is the fact that disposal of assets in case of death, which meant some form of approval of the one in whose favour assets were disposed (what we would call today a bilateral legal transaction), has always preceded legacy as a unilateral legal transaction. Further on, it means that *affatomia* and *thinx*, as well as *Morgengabe*, can be considered roots in Germanic contractual inheritance law. But if we follow the development of an idea, abstracting the inevitable differences, Babylonian *nudunu*, Islamic *vassijet*, *donatio mortis causa* (from Babylon, through the Spartan and Roman law, to the Mirror of the Saxons), *Vergabungen* of the *Schwabenspiegel*, especially the Roman *mancipatio familiae* last will, can all equally be regarded as the roots of the contractual inheritance.

Key words: *Affatomia*. – *Mancipatio familiae last will*.– *Germanic law*.– *Inheritance agreement*.

⁶¹ M. Péter, 34; P. Balestra, 15.