

Посебни отисак  
из  
Споменице Мауровићу  
о шесетогодишњици његова живота

Југослованска тискарна, Љубљана (К. Чеч)

1936

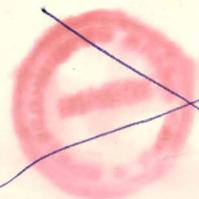


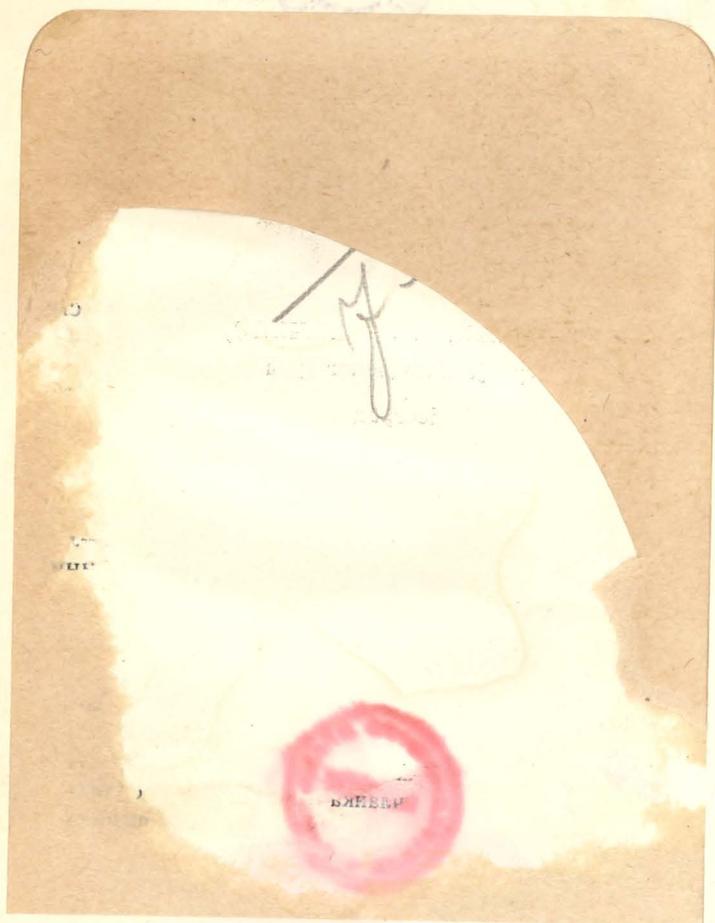
35018

## О заједничким тестаментима

од

Милоша М. Јовичића,  
судије Касационог суда  
Београд





4432

\* I. Појам. Тестаментом се располагање на случај смрти, по правилу, врши само појединачно: сваки оставилац изјављује своју последњу вољу у посебном акту. И сусопственици некога имања, кад желе да своје делове у њему оставе једном истом лицу, морају то учинити сваки у засебном тестаменту. То исто важи и у случају, када се и најближи сродници желе узајамно да поставе за наследнике. Сваки од тих тестамената представља засебан и самосталан правни акт, како по форми тако и по садржини.<sup>1)</sup>

Од овога општега правила једини изузетак је учињен установом заједничкога тестамена. То је тестаментарна наредба двају лица изјављена у једном акту. Она је створена нарочито из потребе да, тамо где међу супрузима постоји заједница добара, ови могу о заједничкој имовини да чине заједничка располагања на случај смрти, без ограничења која су постојала за брачне уговоре.<sup>2)</sup>

II. Историјски преглед. Заједнички тестаменти, као посебна установа, у римском праву су, може се рећи, непознати. Диоклецијан је у једном случају огласио за пуноважан заједнички тестаменат уговор о узајамном именовану за наследнике двојице браће, војника, који није испуњавао форму потребну за војнички тестаменат. (L. 19 c. de pact. 2. 3.). Валентинијан III је једном новелом (tit XX) из 446 године по Хр. признао, као општу установу, заједнички тестаменат међу супрузима. Али у Јустини-

\*) О заједничким тестаментима, и поред онога што у нас о њима садрже системи наследног права, многи и данас имају нејасне претставе, како је недавно показао један случај из праксе. То долази поглавито од непотпуности нашега §-а 779 Гз. Сврха је овога да, у сажетом обиму, изнесе резултате досадашњих испитивања науке и праксе о овој материји и по могућству изведе на чисто извесна питања, која се појављују као спорна. За основу излагања служиће Српски грађански законик.

<sup>1)</sup> Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III 1899 S. 187.

<sup>2)</sup> Krainz-Ehrenzweig, System des österr. Privatrechts II-2, 5. Aufl. S. 375; Stubenrauch, Kommentar zum AbGB. II. 1903 S. 549.

јаново право, приликом кодификације, ова новела није примљена, нити оно садржи одредбе о заједничким тестаментима.<sup>3)</sup>

У старијем немачком праву заједнички тестаменти су били допуштени. Али су они добили општу важност и дошли до пунога развоја после рецепције римскога права у општем, п а н д е к т н о м праву. Наука је у томе праву разликовала: *testamentum simultaneum* код кога су више лица у једном тестаменту, независно једно од другог, изјављивали последњу вољу, и без икакве унутрашње везе међу њима; доцније се захтевало да заједнички тестаменти буду: *testamenta reciproca (mutua)*, заједнички тестаменти у којима су се оставиоци узајамно постављали за наследнике или легатаре; најзад, трећа врста заједничких тестамената били су: *testamenta correspectiva*, заједнички тестаменти у којима је пуноважност воље једнога оставиоца била претпоставка за пуноважност воље другог.<sup>4)</sup> При томе су заједнички тестаменти били допуштени између свију лица.<sup>5)</sup>

Од савремених законодавстава Швајцарски грађански законик заједничке тестаменте не познаје, а Француски грађански законик их изречно забрањује (art. 968, 1097 Code civil). Collin-Capitant мотив овој забрани изјаве двеју воља у истом акту налазе у томе што би тестамент који би био дело двеју воља, добио уговорни карактер, из чега би изишло, да би престао бити опозивљив, ако о томе нема сагласности воља оба тестатора.<sup>6)</sup>

Од осталих европских законика заједничке тестаменте допуштају и Немачки и Аустријски и Српски грађански законик. Само док Немачки грађански законик садржи о овој материји читаво једно поглавље (§§-и 2265—2273), дотле Аустријски (у нас: Хрватски и Словеначко-Далматински) општи грађански законик садржи само прописе §§-а 583 и 1248, од којих само овај последњи регулише допуштеност и правну природу заједничких тестамената; а Српски грађански законик садржи само пропис §-а 779.<sup>7)</sup>

III. Допуштеност. У свима поменутих правима заједнички тестаменти су допуштени, поред брачних уговора, само

<sup>3)</sup> Kipp, Erbrecht, 1923 S. 89—90; Endemann, 187—188; Pfaff-Hofmann, Excurse II 104; O. Fischer, у »Archiv für bürgerliches Recht« VI. S. 59, 61.

<sup>4)</sup> Windscheid, Pandekten III, 3. Aufl. § 568; Kipp, 90.

<sup>5)</sup> Endemann, 189; Fischer, 54.

<sup>6)</sup> Cours élémentaire de droit civil III, 4. ed. p. 842.

<sup>7)</sup> Заједнички тестаменти допуштени су и у мађарском (у нас у војвођанском) праву. Almási, Ungarisches Privatrecht I 303.

међу супрузима. Претпоставка, дакле, за њихову пуноважност је постојање пуноважнога брака. Ако се брак огласи за уништен, и такав тестамент губи важност и сматра се за неважан од самога почетка.<sup>8)</sup> Исто тако су без важности, по целој својој садржини, и заједнички тестаменти између лица која уопште нису у браку, ма како она била блиска и сродна.<sup>9)</sup>

Претходни пуноважан брак у немачком праву је неопходна претпоставка за заједнички тестамент (§ 2265). Немогућан је заједнички тестамент ни међу заручницима, који доцније ступе у брак.<sup>10)</sup> У аустријском праву је друкчије. По једнодушном тумачењу и науке и праксе, могућан је заједнички тестамент и између заручника, само ако заручење буде завршено браком. Ово решење, и поред прописа §§-а 583 и 1248 Огз. који говоре само о супрузима, заснива се на једном дворском декрету из 1817 године који се тиче брачних уговора, али се екстензивним тумачењем примењује и на заједничке тестаменте.<sup>11)</sup> У нашем §-у 779 Гз. ни иначе сличне одредбе нема. Ипак је, за брачни уговор о наслеђивању, у једном конкретном случају Београдски апелациони суд, и у недостатку изречне одредбе, заступао гледиште да је такав формалан уговор могућан и међу заручницима који су неколико дана касније закључили брак (пресуда Апелационог суда Бр. 3661—1932 и противразлози Бр. 9826 1932). Касациони суд у Београду, међутим, одбацио је ово тумачење (примедбе Бр. 7361—1932 и одлука опште седнице Бр. 450 1933). Отуда би се могло закључити да наш највиши суд ни код заједничких тестамената не би заузео друго гледиште, да би, дакле, такви тестаменти међу заручницима били у нашем праву немогући. Од наших правних писаца А. Ђорђевић (стр. 53) и д-р Д. Аранђеловић (стр. 80 примедба 2) допуштају заједнички

<sup>8)</sup> Stubenrauch, 552.

<sup>9)</sup> Stubenrauch, 549 Anm. 3; Pfaff-Hofmann, Kommentar zum österr. AbGB. II-I S. 166. (у будуће се наводи само именом); Lenhoff, Von den Ehepakten (у: Klang, Kommentar zum AbGB. III) S. 788; Kipp, 90, 94; Endemann, 190; Ђорђевић, Наследно право (у изводу) 1903 стр. 53; Аранђеловић, Наследно право 81; Марковић д-р Лаза, Наследно право 237.

<sup>10)</sup> Kipp, 90; Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1914 S. 689.

<sup>11)</sup> Unger, Erbrecht 1894 § 21 Anm. 4; Stubenrauch, 549 Anm. 3; Krasnopolski, Erbrecht 1914 S. 95; Krainz-Ehrenzweig, 375; Anders, Grundriss des Erbrechts, 1910 S. 38; Lenhoff, 787 u. Anm. 50; Мауровић, Nacrt nasljednog prava 1927, str. 34. — За брачне уговоре ово је исто сада изречно предвиђено у §-у 1200 Предоснове нашег новог грађанског законика.

тестаменат међу заручницима, ако је дошло до закључења брака; д-р Л. Марковић, напротив, сматра да они нису допуштени. Ми мислимо да треба усвојити прво гледиште.

Да разведени супрузи не могу правити заједнички тестаменат, јасно је. Али заједнички тестаменат, направљен за време док је брак трајао, не губи по мишљењу аустријских правника<sup>12)</sup> своју важност разводом брака пре смрти: он ће престати да важи само ако буде опозван.<sup>13)</sup> — У немачком праву (§ 2268 Гз.) у оваквом случају заједнички тестаменат у сумњи губи важност по целој садржини (не само у погледу супруга), у колико из самога тестамената и за такав случај јасно противно не излази.<sup>14)</sup> — У нашем праву треба усвојити решење дано у немачком праву и ако § 787 Гз. у случају развода брака предвиђа само уништај уговора на случај смрти, а не и заједничкога тестамената. За заједнички тестаменат претпоставка је супружнички однос, а оставиоци то више нису после развода брака. На овакво решење упућује, у осталом, и само место где се налази пропис о заједничким тестаментима: међу брачним уговорима. Параграф 787 говори само о уговору на случај смрти а не и о заједничком тестаменту и кад је реч о престанку услед уништаја брака, па се ипак, по правилном тумачењу, сматра да се то односи и на заједничке тестаменте. То исто мора важити и кад је реч о престанку због развода брака: развод би ту имао снагу обостраног прећутног опозивања.<sup>15)</sup> Наравно заједнички тестаменат разводом неће изгубити важност, ако су супрузи за такав случај у њему што противно предвидели (§ 13 Гз.).

IV. С п о с о б н о с т. Прописи о способности оставилаца и о недостатку воље (§§-и 426—428 Гз.) који важе за тестаменте уопште, имају пуну важност и кад је реч о заједничким тестаментима. Ту способност и моћ изјаве воље морају имати и један и други супруг у време прављења заједничког тестамената, да би овај био пуноважан. Ако је један од њих има а други нема, онда ће наредба способнога супруга бити пуноважна, а неће важити само наредба неспособнога.<sup>16)</sup> Друкчије ће бити само у случају кад

<sup>12)</sup> Pfaff-Hofmann, 167; Unger, § 21 Anm. 6; Stubenrauch, 549, 552.

<sup>13)</sup> Lenhoff, 788.

<sup>14)</sup> Endemann, 191; Kipp, 94; Matthiass, 690.

<sup>15)</sup> Овако и д-р Д. Аранђеловић, 81, и д-р Л. Марковић, 237. Нејасно А. Ђорђевић, 52.

<sup>16)</sup> Stubenrauch, 550; Krasnopolski, 97.

је заједнички тестаменат и кореспективан: тада неће важити ни наредба способнога супруга.<sup>17)</sup>

Исто тако и код заједничких тестамената важи правило, да се могу правити само лично а не и преко заступника (§ 2064 Немачког, § 564 Аустријског гз-а).

V. Ф о р м а. У погледу форме треба, пре свега, истаћи да заједнички тестаменти морају бити изјављени у једном акту (т. зв. *unitas actus*). То значи да воље оба оставиоца морају бити садржане у једној спољној форми, морају се спољно појављивати као целина. Али то не значи и да заједнички тестаменат може да садржи и једну изјаву. Пошто се тиче двају лица, заједнички тестаменат мора у себи садржати две изјаве воље, спојене само спољно у једну целину: »двогуби садржај у једној форми . . . која може да обухвати обе изјаве воље«, како се изражавају Pfaff-Hofmann.<sup>18)</sup>

Питање: која од форми прописаних у закону за тестаменте може да испуни овај захтев сједињавања двеју последњих воља у себи, често задаје озбиљне тешкоће. Ово долази отуда што, по својој природи, све тестаментарне форме у Грађанском законнику нису погодне за састав заједничког тестамената.

Од јавних тестамената заједнички се тестаменат може изјавити и у форми §-а 432 и у форми §-а 440 Гз. Јединство акта о заједнички израженој последњој вољи у оба случаја пружа протокол и потврда надлежног судије, који тестаменат прима на потврду (§ 432) или прима усмену изјаву оставилаца и сам је ставља на протокол (§ 440).<sup>19)</sup> Треба додати да, по пракси аустријских судова, кад се тиче јавне форме заједничких тестамената, они могу бити изјављени и у самом брачном уговору поред осталих одредаба самога уговора; само је тада често тешко разликовати уговорну одредбу од тестаментарне изјаве.<sup>20)</sup>

Тешкоће се појављују код приватних тестамената, и оне су нарочито велике у нашем праву због укидања приватног алографског тестамената и недостатка нарочите одредбе о форми приватног заједничког тестамената.

Несумњиво је да се заједнички тестаменат не може изјавити у

<sup>17)</sup> Lenhoff, 788—789.

<sup>18)</sup> Unger, § 21; Stubenrauch, 549; Krasnopolski, 96; Lenhoff, 786—787; Pfaff-Hofmann, 166; Maurović, 34; Ђорђевић 52.

<sup>19)</sup> Unger, § 21 Anm. 5; Pfaff-Hofmann, 167; Stubenrauch, 550; Lenhoff, 789; Maurović, 34; Ђорђевић, 53; Аранђеловић, 81.

<sup>20)</sup> Rušnov-Posilović, Tumač obćemu građanskom zakoniku II str. 44 i 583.

облику приватног усменог тестаментa (§ 447 Гз.) пошто обе изјаве супруга, и ако следују непосредно једна за другом, ипак су два временски одвојена тестаментa те не задовољавају захтев јединства акта.<sup>21)</sup> Заједнички писмени приватни тестамент (§§-и 429 и 430 Гз.) по својој природи уопште је могућан с обзиром на јединство акта. Само је, у недостатку нарочитог прописа, тешко одредити форму у којој се такав тестамент може признати за формално правилан. У немачком праву постоји посебан пропис §-а 2267 Гз., у коме је прописано као довољно за пуноважност заједничког тестаментa ако један од супруга напише својеручно целу садржину тестаментa, заједно са наредбом другогa супруга, потпише је и стави место и дан, а други супруг тој изјави дода својеручну изјаву да тестамент важи и као његов и да ту изјаву потпише, уз ознаку места и дана, који може бити и доцнији од првога. Али то се може, по тумачењу писаца и праксе, и тако учинити што ће други супруг целу садржину тестаментa поновити својеручно са изјавом да је то њихова заједничка воља; ово је довољно јасно обележено и тиме што се супрузи у тестаменту изражавају са »ми«.<sup>22)</sup> У аустријском праву писци сматрају да оваква изјава из §-а 2267 Немачког гз-а није довољна, јер недостаје сопствена изјава другогa супруга, већ захтевају да сваки супруг своју наредбу својеручно напише а затим да обоје заједничку исправу потпишу, што није искључено ни по немачком праву.<sup>23)</sup> Наши правни писци се у овоме питању не слажу. Тако, док Аранђеловић (стр. 80) захтева форму коју траже аустријски правници, дотле Л. Марковић (стр. 237) сматра да је и у нас довољна форма прописана у §-у 2267 Немачког гз-а, јер би иначе постојала стварно два тестаментa написана на истом листу хартије. Ми мислимо да у нас треба усвојити гледиште Л. Марковића. Оно више одговара тежњи законодавца из 1911 године који је, укидајући приватни алографски тестамент, у исто доба упростио ранији олографски приватни тестамент (§ 430 Гз.). Због овога је основано узети, у недостатку друкчијег изречног прописа, да простија форма и код заједничког тестаментa више одговара његовој вољи. Наши судови, зато што је ова врста тестаментa доста ретка, немају у томе погледу неку утврђену праксу.<sup>24)</sup>

<sup>21)</sup> Unger, § 21 Anm. 5; Anders, 38; Pfaff-Hofmann 167; Stubenrauch, 550; Lenhoff, 787.

<sup>22)</sup> Kipp, 93—94 u. Anm. 7 u. 9.

<sup>23)</sup> Krainz-Ehrenzweig, 376; Lenhoff, 787.

<sup>24)</sup> У једном скорашњем случају из судске праксе један од супруга био је написао заједничку изјаву последње воље, изражавајући се у множини (са

VI. Врсте. Заједничким тестаментом супрузи могу чинити располагања на случај смрти у главном на три начина. Они могу, пре свега, заједнички именовати за наследнике или легатаре, на целе или један део својих имовина трећа лица. То су тако звани тестаменти у корист трећих (*testamentum mere simultaneum*).<sup>25)</sup> Затим, заједничким се тестаментом супрузи могу уз ајамно именовати за наследнике и легатаре или један другогa за наследника, а други првога за легатара; то су уз ајамни тестаменти (*zamjenite oporuke; t. reciprocum s. mutuum; gegenseitige, wechselseitige Testamente*).<sup>26)</sup> Најзад, заједнички, специјално уз ајамни тестаменти могу садржавати такву наредбу по којој је важност једне учињена зависном од важности друге наредбе, тако да једна без друге не могу да постоје; то су т. зв. кореспективни, уз ајамно условљени тестаменти (*wechselbezügliche Testamente*).<sup>27)</sup> Ови тестаменти се морају изречно обележити као такви на згодан начин; то бива редовно уношењем клаузуле о раскидном услову, а као услов могу бити постављени: неопозивање, пуноважност, дејство.<sup>28)</sup> Али они тиме ипак не добијају карактер уговора о наслеђивању, већ остају тестаменти, задржавајући сва тестаментарна својства.

»ми«) и датирао је, па су је оба супруга потписала; уз то је на особеном листу хартије други супруг поновио својеручно исту садржину тестаментa, опет изражавајући се у множини, и сам је потписао, без ознаке датума. По том су те две изјаве прикључене једна другој, везане заједно и утврђене печатом, стављене у заједнички омот са заједничком ознаком и као такве су нађене после смрти првога супруга, када је извршена и обзнана датиране изјаве. Судови су, по нашем мишљењу с правом, тако изјављен и везан тестамент огласили за пуноважан заједнички тестамент оба супруга (пресуда Окружног суда Бр. 11848—1931, пресуда Апелационог суда Бр. 5758—1932 и решење Касационог суда Бр. 1948—1933). Решење је, дакле, дано приближније немачком схватању. Оно, уосталом, одговара у главном и пропису §-а 192 Гсп. од 1865 године, који је садржавао о приватној исправи исту одредбу коју и § 430 Г. З. за олографски тестамент, само још са допуном о обавези и другогa лица по приватној исправи.

<sup>25)</sup> Unger, § 21; Pfaff-Hofmann, 167; Krasnopolski, 96; Krainz-Ehrenzweig, 376—377; Lenhoff, 788; Rušnov, 583; Maurović, 35; Ђорђевић, 53; Аранђеловић, 80.

<sup>26)</sup> У примедби 25 наведени сем тога и: Stubenrauch, 549, 550—551; Kipp, 89; Марковић, 236.

<sup>27)</sup> § 2270 Немачког гз-а; Ђорђевић, 51 и 53; Аранђеловић, 81; Марковић, 236—237; Kipp, 89 u. 98; Pfaff-Hofmann, 167; Stubenrauch, 549; Krainz-Ehrenzweig, 376; Krasnopolski, 96; Lenhoff, 789; Maurović, 35.

<sup>28)</sup> Stubenrauch, 551; Pfaff-Hofmann, 168; Krasnopolski, 96; Krainz-Ehrenzweig, 376; Lenhoff, 789.

У случају сумње да ли је заједнички тестаменат само узајамни или и кореспективни, у немачком праву, с обзиром на пропис §-а 2270 Немачког гз-а, кад су тестаменти узајамни сматра се да су у исто доба и кореспективни, дакле им се даје јаче дејство.<sup>29)</sup> У аустријском праву, с обзиром на стилизацију §-а 1248 Огз-а, узима се у сумњи обратно: да постоје само чисто узајамни тестаменти, дакле тестаменти слабијег дејства.<sup>30)</sup>

Али сем ових главних и чистих облика, у којима супрузи именују само трећа лица или се само узајамно именују за наследнике, могуће су код ових тестамената и комбинације, на пример: један супруг постави себи за наследника другог супруга, а овај себи треће лице (т. зв. једностранни тестаменти); или се именују за наследнике и узајамно и неко треће лице (или нека трећа лица) на поједине делове имовина; или се оба супруга узајамно именују за наследнике с тим да после смрти и преживелога заједнички наследник постане неко треће лице.<sup>31)</sup>

Наш § 779 Гз. гласи: »Ако би у једном тестаменту муж жену своју а жена мужа узајмице или другог кога за наследнике поставили, па би после реч натраг узели онда таква наредба престаје и раскида се. Но ако једно наредбу своју порече, а друго при речи остане, онда од овога стране наредба стоји, а само се она поречена квари.« У њему су, дакле, изречно предвиђени само заједнички тестаменти у корист трећих и узајамни. Али се из тога не сме закључити да све остале врсте заједничких тестамената у нашем праву нису допуштене. Напротив, једном усвојени, заједнички тестаменти могу се по вољи оставилаца супруга правити и као мешовити и као кореспективни на основу прописа §§-а 13 и 538 Гз., пошто ни једна од тих врста није противна ни моралу ни јавном поретку. Ни у аустријском §-у 1248 Огз. нису изречно предвиђене све поменуте врсте, већ само оне које и у нашем §-у 779, па и наука и пракса тамо ипак допуштају и друге врсте заједничких тестамената, поред оних изречно предвиђених.<sup>32)</sup>

У случају сумње да ли су узајамни тестаменти у исто доба и кореспективни или не и у нас се, у недостатку изречнога прописа

<sup>29)</sup> Kipp, 98.

<sup>30)</sup> Pfaff-Hofmann, 167; Stubenrauch, 551; Anders, 38; Krasnopolski, 97; Krainz-Ehrenzweig, 376; Lenhoff, 784—785; Wolff, Grundriss des österr. bürgerlichen Rechts 1923 S. 296.

<sup>31)</sup> Pfaff-Hofmann, Excurse 106; Unger, § 24 Anm. 9; Stubenrauch, 551; Rušnov, 583; Kipp, 95; Lenhoff, 788 и 791.

<sup>32)</sup> Овако и Ђорђевић, 53; Аранђеловић, 80 и 81; Марковић, 237.

какав постоји у немачком праву, мора усвојити решење да ти тестаменти нису кореспективни.<sup>33)</sup>

Треба, најзад, напоменути да су, поред заједничких тестамената, могући и заједнички кодицили (наредбе без постављања наследника) и ако то у закону није изречно поминуто.<sup>34)</sup>

VII. Садржина и правна дејства. — Правна дејства сваке од поменутих врста заједничких тестамената истичу из саме садржине њихове и према њој се имају и утврђивати. При томе се, у сваком случају, мора имати у виду да, и ако заједнички тестаменат чини јединство у погледу самога акта, ипак се имовине супруга морају посматрати као посебне и могу имати и посебну судбину, што све зависи од садржине заједничкога тестамената.<sup>35)</sup>

Извесна питања истичу се код узајамних тестамената у којима постоје наредбе и у корист трећих лица. У њима се трећа лица могу одредити за наследнике као обични супститути (§ 461 Гз.) или као потоњи наследници (фидеикомисарни супститути § 464 Гз.) фидеикомисарне супституције или као легатари.

а). Ако се супрузи најпре узајамно именују за наследнике, а поред тога заједнички за наследника именују и неко треће лице на случај смрти преживелога супруга, тада су могући ови случаји:

(1) Треће лице је означено или замишљено као обичан (вулгарни) супститут, дакле би имало доћи на наслеђе једнога супруга у случају да други супруг на то наслеђе не дође. У томе случају преживели супруг је наследник првог умрлога, и чим он прими наслеђе, право трећега лица на наслеђе првог умрлога супруга престаје. Али ће ипак тај трећи, по израженој вољи у заједничком тестаменту, доћи као обични супститут на наслеђе посебне имовине самога преживелога супруга, уколико ова не садржи наслеђену имовину првог умрлога супруга, пошто први умрли супруг није доживео да буде наследник преживелога (§ 461 Гз.; § 604 Огз.). Међутим ако преживели супруг, пошто је наследио првог умрлога, опозове своју наредбу, тада ће наслеђе трећег лица бити потпуно осујећено. Исто ће то бити и у случају кад треће лице не доживи смрт преживелога супруга који није опозвао.

<sup>33)</sup> Ђорђевић, 53 и Марковић, 238 у истом смислу.

<sup>34)</sup> Krainz-Ehrenzweig, 376; Lenhoff, 788.

<sup>35)</sup> Krainz-Ehrenzweig, 377; Lenhoff, 792.

(2) Треће лице је означено или замишљено као фидеикомисарни супститут. У таквом случају најпре преживели супруг прима као наслеђе имовину умрлога, а после његове смрти долази на наслеђе имовине првог умрлога треће лице као потоњи наследник. У нас је ово могућно само у смислу одредбе §-а 464 Гз. Што се пак тиче посебне имовине преживелога супруга, треће лице ће њега, ако га преживи, по његовој смрти наследити као обични супститут (као и под (1)) јер фидеикомисарна супституција прећутно садржи у себи и обичну.<sup>36)</sup> Оповивање наредбе у тестаменту у погледу трећега од стране преживелог супруга осујећује, у овоме случају, трећем лицу само наслеђе ове последње имовине (самог преживелог супруга) али не и наслеђе имовине првог умрлога супруга.<sup>37)</sup>

До закључка да ли је треће лице обични или фидеикомисарни супститут долази се тумачењем самога тестаента. Ако би се при томе појавила сумња: да ли се треће лице има схватити као обични или фидеикомисарни супститут, тада се, по мишљењу Ehrenzweig-а, за аустријско право има дати јаче дејство заједничком тестаменту и треће лице сматрати за фидеикомисарног супститута пошто је то, како вели Ehrenzweig, најближе редовној намери оставилаца. Мислимо да се ово гледиште има усвојити и код нас.

Све што је изложено под (1) и (2) односи се на обичан узајамни тестамент. Ако је тај тестамент и кореспективан, оповивање наредбе од стране преживелога супруга има дејство само за оповиваоца: он губи наслеђе имовине првог умрлога; треће пак лице неће, истина, наследити његову посебну имовину, али добија одмах имовину првог умрлога коју преживели супруг, због оповивања оваквог тестаента, одмах губи. Међутим плодове, прикупљене са те имовине до оповивања, оповивалац не враћа.<sup>38)</sup>

<sup>36)</sup> Ово последње изречно истичу § 608 Огз. и § 2102 Немачког гз. У нас за ово гледиште изречно и Марковић, 245. — Оваква наредба је могућна и у немачком праву. Само се у њему у сумњи сматра, по §-у 2269, да преживели супруг постаје неограничени наследник првог умрлога и да су трећа лица само наследници преживелог супруга и то на основу наредбе овога (т. зв. систем јединства); Kipp, 95—96.

<sup>37)</sup> О изложеноме под (1) и (2) в. Аранђеловић, 82; Krainz-Ehrenzweig, 377; Lenhoff, 791. — Неки аустријски писци: Unger, § 24 Anm. 9; Pfaff-Hofmann, Excurse 106; Stubenrauch, 551, мисле да у случајевима под а) увек постоје обе супституције трећега: и обична и фидеикомисарна. Али о томе в. Lenhoff, 791—792.

<sup>38)</sup> Unger, § 24 Anm. 9; Pfaff-Hofmann, Excurse 106—107; Stu-

б). Ако су заједнички остављени легати па време издавања легата није одређено, онда ће легатар дефинитивно примити легат тек после смрти другог супруга, пошто је остављање легата извршено заједнички. Али се поставља питање о квоти легата у односу на имања оба оставиоца. У аустријском праву мишљења су о томе подељена. По једном мишљењу<sup>39)</sup> у сумњи се има узети јаче дејство: легатар има добити цео легат из имовине првог умрлога супруга, па то и у случају кад преживели супруг, који је примио наслеђе првог умрлога, своју наредбу опозове. Други правници<sup>40)</sup> налазе да из имовине првог умрлога легатар има безусловно само право на једну половину заједнички одређеног легата, а право и на другу половину легатар ће стећи тек под условом ако преживи и другог супруга и ако наредба овога последњег буде у време његове смрти у важности (напр. неопозвана). Ово гледиште поменути правници заснивају на пропису §-а 888 Огз. који говори о заједничкој обавези. Ово последње гледиште има се усвојити и у нашем праву, јер »Закону је страна мисао и о само условљеној тражбини легата пре смрти оставиоца« (Lenhoff), а то је овде преживели супруг.

Законски део деце (§ 477 Гз.) не може се окрњити ни заједничким тестаментом: он мора остати неповређен у сваком случају, сем у случају изједначења женске деце са мушком у наслеђу (§ 478 Гз.). Наследници првога умрлога супруга, са правом на законски део, моћи ће овај да захтевају већ одмах после смрти његове. Они то право имају и кад су сами »трећа лица« из заједничкога тестаента, постављена на извесне мање делове.<sup>41)</sup>

#### VIII. Престанак важности.

а). Оповивање. — Заједнички тестамент је по својој природи тестамент а не уговор о наслеђивању, поред свега тога што је, као и у изворнику нашега Грађанског законика, предвиђен погрешно у глави о брачним уговорима.<sup>42)</sup> Отуда и за заједничке тестаменте, ма које врсте они били, важи § 448 Гз., по коме се тестаменти могу опозвати једностраном вољом свакога супруга у погледу његове наредбе, и то у свако

benrauch, 552 Anm. 2; Rušnov, 584; Anders, 38; Krasnopol'ski, 97 Anm. 6; Krainz-Ehrenzweig, 377 u. Anm. 17; Lenhoff, 789 u. 792.

<sup>39)</sup> Stubenrauch, 551; Krainz-Ehrenzweig, 377—378.

<sup>40)</sup> Krasnopol'ski, 97 Anm. 6; Lenhoff, 793; Mayr, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II—2 S. 236 Anm. 33 — наведен код Lenhoff-а.

<sup>41)</sup> Lenhoff, 792.

<sup>42)</sup> Pfaff-Hofmann, 165 Anm. 1 u. 166; Krainz-Ehrenzweig, 375; Wolff, 296; Lenhoff, 784 u. 786.

д о б а, чега код уговора о наслеђивању, по правилу, не може бити без узајамне сагласности оба супруга (§ 781 Гз.). Због ове особине њихове, кад се појави сумња о томе: да ли је у питању заједнички тестамент или уговор о наслеђивању, претпоставља се тестамент, код кога постоји већа слобода располагања од стране интересованих.<sup>43)</sup>

Опозивање могу да изврше оба супруга заједнички, а може и сваки од њих засебно опозвати своју последњу вољу — § 779 Гз. Заједнички они то могу учинити и у уговору о наслеђивању, који би накнадно закључили.

Опозивање оставиоци могу да изврше само лично: као ни прављење тако се ни опозивање тестаента не може извршити преко заступника. Оставиоци пак могу то, у погледу својих воља у заједничком тестаменту, као што је горе речено, извршити у свако доба, и пре и после смрти једнога од њих. Јер заједнички тестамент и после смрти једног супруга задржава своју правну природу опозивљивога акта, не стичући ни тада природу уговора о наслеђивању. Само код кореспективних тестамената не ма ч к о право садржи извесна ограничења. По њему је једнострано опозивање кореспективних тестамената могућно само за време живота другог супруга, који о томе опозивању мора бити обавештен (§§-и 2270 и 2271 Немачког гз.) После смрти једнога супруга други, по немачком праву, нема могућности да опозове овакав тестамент; само се изузетно то може учинити ако опозивалац одбије оно што му је завештано (§ 2270) и у још неким случајевима, као и ако је опозивалац себи задржао право опозивања своје воље. Али у немачком праву постоји и могућност побијања таквих тестамената.<sup>44)</sup> — У аустријском и нашем праву ни ових ограничења нема. Једнострано опозивање и кореспективних тестамената могућно је у њима за живота другог супруга и без обавештења овога о опозивању;<sup>45)</sup> а могућно је и опозивање после смрти једнога супруга, само што тада, као што је речено под VII а), опозивалац губи одмах оно што је по таквом тестаменту наследио од умрлога.

Опозивање заједничког тестаента може се извршити на више начина, као и код обичних тестамената. То може бити, пре свега, заједничким ништењем тестаментарне исправе, затим пре-

<sup>43)</sup> Pfaff-Hofmann, 168; Stubenrauch, 550; Anders, 38; Rušnov, 583; Lenhoff, 785.

<sup>44)</sup> Kipp, 99—103; Endemann, 194—195.

<sup>45)</sup> Pfaff-Hofmann, Excurse 106.

цртавањем сопствене наредбе од сваког оставиоца посебице, уколико је она посебно изражена; даље, формалним изречним опозивањем у тестаментарној форми, као и прављењем новог тестаента којим се одређују наследници.<sup>46)</sup> <sup>47)</sup>

Опозивања се оставиоци, по аустријском и нашем праву, не могу одрећи, пошто је опозивљивост тестаента битни елемент његове природе.<sup>48)</sup>

Дејство једностраног опозивања заједничких тестамената је да, после опозивања од стране једнога супруга, именовани наследник губи правно очекивање које је дотле имао према опозиваоцу и његовој имовини; али једнострано опозивање по правилу нема утицаја и у погледу очекивања наслеђа од другог супруга који није опозвао: опозивање има утицаја само на вољу опозиваоца. Ово важи како у случају кад је заједнички тестамент направљен само у корист трећих лица, тако и у случају кад је чист узајамни тестамент или »једнострано« заједнички тестамент. Само код кореспективних узајамних тестамената једнострано опозивање наредбе једнога супруга повлачи и престанак наредбе другог супруга.

Што се тиче дејства опозивања у случајевима, кад су се супрузи узајамно именовали за наследнике, а поред тога именовали заједнички и неко треће лице, било као обичног, било као фидеикомисарног супститута, о томе је било речи горе под VII.

б). Поред опозивања заједнички тестамент може изгубити важност и уништајем или разводом брака, у смислу §-а 787 Гз. О томе смо говорили у одељку III.

IX. De lege ferenda. — Заједнички тестаменти су у нас врло ретка појава. Нека нарочита потреба за њима не постоји

<sup>46)</sup> §§-и 719, 721 и 1248 Огз.; §§-и 448 и 779 Гз. — Аранђеловић, 81 пр. 2 и 84—86; Марковић, 231—234; Kipp, 103.

<sup>47)</sup> У горе поменутом случају (прим. 24) после смрти мужа и после обзване заједничке воље из писмена које је био написао муж а потписала и жена, преживели супруг је своје својеручно писмено издвојио из физичке везе са писменом умрлога супруга и задржао код себе до своје смрти, не уништивши га. После његове смрти судови су основано узели да, и ако физички прекинута, правна веза та два писмена, која су, везана на изложени начин, претстављала један акт, није прекинута, и у недостатку јасно изражене воље за опозивањем од стране преживелог супруга, огласили за пуноважну и наредбу преживелог.

<sup>48)</sup> § 716 Огз. Аранђеловић, 85; Марковић, 231; Lenhoff, 793 који истиче да само прављење уговора о наслеђу води пуноважном искључењу могућности опозивања. В. и Рушнов, 583.

нити се осећа. Међутим, као што смо видели, постоје код ових тестамената извесне веће тешкоће и незгоде, које доводе у сумњу основаност њиховога постојања. Још пре више од пет деценија те су тешкоће истицали Pfaff и Hofmann и озбиљно критиковали ову установу, износећи њене рђаве стране. Они се, у томе погледу, поред осталог овако изражавају: »Постојање једног поред другог уговора о наслеђу и заједничких тестамената у једном праву, доноси собом многе незгоде. Странке, које намеравају једну изјаву, дају другу, или се сматрају везане заједничким тестаментом, не будући то. Или после њихове смрти настаје спор о томе да ли се нешто има да схвати као уговор о наслеђу или не. Преживели може да изневери очекивања другог. Томе се тражи помоћ у т. зв. кореспективним наредбама. Али незгоде које отуда истичу кад преживели супруг, пошто је прибавио оно што му је остављено у кореспективном тестаменту умрлога, своје наредбе опозове, тако су велике, да многи тврде, да такво опозивање преживелог, који је примио оно што му је завештано, није више допуштено. То се пак не слаже са суштином тестамена. Једнострано опозивање је могућно у свима случајевима и у свако доба. Само оно повлачи за собом, кад су оно завештање и опозвана наредба у истини кореспективни, губитак тако стеченога. Али колике тешкоће ствара такво повраћање! Уз то, сумње да ли је једна наредба кореспективна или не, које се појачавају тиме што најчешће само један део једнога и један део другог тестамена стоје у таквом узајамном односу зависности; па и тада, кад је кореспективност утврђена, често није лако рећи на које се поједине наредбе она протеже...«. <sup>49)</sup> Ове и још друге незгоде и тешкоће истичу се у аустријском праву и у најновије време и изражава се жаљење што заједнички тестаменти уопште постоје. <sup>50)</sup>

Сви ови разлози, а поред њих још и неодређеност и тешкоћа форме приватних заједничких тестамената, о чему је горе било речи, говоре *de lege ferenda* одлучно противу ове установе у нашем праву. И комисија за израду новог Грађанског законика за Краљевину Југославију с пуним правом је у »Предоснови грађанског законика« избацила заједнички тестаменат, изостављајући у §-у 618 другу реченицу §-а 583 Огз. о допуштености заједничког тестамена међу супрузима, и не уносећи у главу о брачним уговорима пропис §-а 1248 Огз. који одговара нашем садашњем

<sup>49)</sup> Excurse, 105—106.

<sup>50)</sup> Lenhoff, 785.

§-у 779 Гз. и којим су установљени заједнички тестаменти. Желети је да тако и остане.

Међутим, ако би се, у току даљег рада на кодификацији грађанскога права, вратило на мисао о задржавању заједничког тестамена, <sup>51)</sup> неизоставно ће бити потребно у самом закону регулисати сва питања која се појављују као спорна код ове специјалне установе. У исто доба требаће упростити форму тако како неће остављати никакву сумњу. То упрошћавање форме захтевано је чак и у, много потпунијем од нашега, немачком праву; <sup>52)</sup> за наше је право оно, као што смо видели, куд и камо потребније.

<sup>51)</sup> Приликом израде Немачког грађанског законика он је тек на другом читању поново унесен у систем. Endemann, 189 Anm. 11.

<sup>52)</sup> v. Gierke у Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1915 I S. 298.



35018