

Тестаменат у шеријатском праву, 1941.

Садржај

Увод

Први дио

§ 1. Установа наслеђства

§ 2. Слобода тестирања

Други дио

Насљеђивање и слобода тестирања прије ислама код Арапа

Трећи дио

Тестаменат у шеријатском праву

§ 1. Појам наслеђника у шеријатском праву

§ 2. Слобода тестирања у шеријатском праву

§ 3. Правна природа тестамента

§ 4. Садржај тестамента

§ 5. Услови пуноважности тестамента

§ 6. Способност за прављење тестамента

§ 7. У чију се корист може тестирати

§ 8. Предмет тестамента

§ 9. Форма тестамента

§ 10. Извршилац тестамента

§ 11. Да ли се може тестирати с мирије некретнинама

§ 12. Ништавност тестамента

§ 13. Разлика између тестамента у грађанском и шеријатском праву

§ 14. Тестамент и шеријатско-судска пракса

Закључак

Уврдено у нови инвентар бр.
1. јануар 1942. год.
Београд.

170

UNIVERZITET U BEOGRADU
PRAVNI FAKULTET

S
CENTAR ZA INFORMACIONU I
DOKUMENTACIJU DELATNOSTI
Inv. br. 81-126
SIGN.



TESTAMENAT U ŠERIATSKOM PRAVU

DOKTORSKA RASPRAVA
ALIJE O. SILAJDŽIĆA
BRANJENA 29. LIPNJA 1940.

ISPITNA KOMISIJA:

PRETSJEDNIK DEKAN:
Dr. ĐORDE TASIĆ,
REDOVNI PROFESOR UNIVERZITETA

ČLANOVI:

Dr. DRAGOLJUB ARANDELOVIĆ, Dr. MILAN F. BARTOŠ,
REDOVNI PROFESOR UNIVERZITETA REDOVNI PROFESOR UNIVERZITETA

Dr. MEHMED BEGOVIĆ,
VANREDNI PROFESOR UNIVERZITETA





EL VASIJETU UHTUL MIRASI — TESTAMENAT
JE BRAT NASLJEDSTVA.

MUHAMED, A. S.



Mu Dr.
39185

PREDGOVOR

Dajući ovom svom radu širi publicitet, osjećam za prijatnu dužnost da izrazim i ovom prilikom svoju duboku zahvalnost gospodinu Dr. Mehmedu Begoviću, profesoru Univerziteta, po čijem sam savjetu i uzeo za doktorsku disertaciju: Testamenat u šeriatskom pravu. Mogu njemu da zahvalim za svoju odluku na ovaj posao, kao i za njegov svršetak. Mnogobrojne poteškoće na koje sam nailazio svuda, samo njegovom pomoći mogao sam ih savladati. Gospodin profesor Begović je vazda bio spreman da mi se nađe u pomoći, ne žaleći truda ni vremena.

Pri obradi testamenta u rimskom pravu obraćao sam se gospodinu Dr. Relji Z. Popoviću, profesoru Pravnog fakulteta, koji je svakom prilikom bio susretljiv, na čemu mu se ovom prilikom zahvaljujem.

Isto tako dugujem zahvalnost gospodinu H. Mehmedu Handžiću, kontr. nastavniku Više islamske šeriatsko-teološke škole, koji mi je kao upravnik Gazine biblioteke u Sarajevu stavio na raspolaganje stručnu literaturu i olakšao njenu upotrebu; kao i gospodinu Osmanu Omerhodžiću, šeriatskom sudiji i honorarnom nastavniku pomenute škole na pruženim podacima iz šeriatsko-sudske prakse.

Sarajevo, 20. lipnja 1941.

PISAC

UVOD

Pri izučavanju pojedinih institucija u pravu u novije vrijeme se sve više služi uporednom metodom. Ona otvara šire vidike i pruža mogućnosti da se ocijeni cjelishodnost i opravdanost pojedinih pravnih propisa i da ukaže na savremenost njihovu. Ta metoda stoji u tjesnoj vezi sa sociološkom metodom. S tim u vezi sve se više poklanja pažnja izučavanju pravnih odnosa pojedinih naroda, traže se zajedničke i dodirne tačke kod raznih pravnih sistema, kao i njihove karakteristike.

Za uporedno izučavanje prava kod pojedinih kulturnih naroda postoje za to i specijalni instituti. U novije doba privuklo je pažnju pravnih pisaca i šeriatsko pravo. Pri pomenutim institutima postoje posebna odjeljenja koja ga izučavaju.

Izučavanje šeriatskog prava ponekad ima pored istorijske i praktičnu važnost. To naročito vrijedi za našu državu u kojoj muslimani regulišu jedan dobar dio pravnih odnosa po prisima porodičnog, nasljednog i zadužbinskog šeriatskog prava. Zato se kod nas i s te strane osjeća potreba za naučnom obradom šeriatskog prava, po ugledu savremene pravne nauke. Ono je ostalo naučno neobrađeno, jer je njegova evolucija prekinuta padom političke moći islamskih naroda. Njegova obrada je bila kazuistička, kao što je slučaj s rimskim pravom.

Dok su islamski narodi napredovali, ono je išlo u korak sa životom. Međutim, kasnije se sve više podvlači potreba da se život prilagodi pravu, a ne pravo životu, kao što je normalno. Život se ne da okovati u neka pravila koja ne trpe izmjena. Veliki islamski pravnici su vodili računa o ovim faktima, te su stvarali pravila za nove odnose i potrebe, ukoliko nisu mogli naći odgovarajućih propisa u glavnim izvorima.

S prekidom evolucije u šeriatskom pravu svakim danom se osjećalo da pojedina pravila ne odgovaraju potrebama života.

Mjesto iznalaženja novih pravila za novo nastale potrebe, dugo se propovijedalo da šeriatsko pravo ne poznaje evoluciju i da se svi društveni odnosi moraju rješavati po pravilima koja su već stvorena za sva vremena. Šeriatsko pravo koje se dotle razvijalo pravilno, odjedanput mu je razvitak prekinut. Mjesto da se ono prilagođava životu, život je morao da se prilagođava njemu.

Posljedica takve pogrešne koncepcije je njegov izostanak iza životnih potreba i njihova razvijanja. To shvatanje je dovelo dotle da se šeriatsko pravo u čitavim granama ljudskog života ne primjenjuje ni u čisto muslimanskim državama. Isto tako postoje čitavi skupovi ljudskih odnosa za koje šeriatsko pravo nema uopće svojih propisa ili ih ima vrlo malo, i to samo u općim potezima.

Međutim, šeriatsko pravo sa svojim osnovnim principima omogućavalo je evoluciju u svim pravcima i za sve ljudske potrebe. Njegovi osnovni principi sadrže mnogo životne snage i u stanju su i nakon trinaest vijekova da zadovolje potrebe savremenog života. O tome ćemo se uvjeriti i u materiji koju smo uzeli za predmet našeg obradivanja.

Dosta neopravdano se gleda na šeriatsko pravo s nekim nepovjerenjem. To nepovjerenje dolazi otuda, što je uobičajeno da se podvlače samo njegove negativne strane koje se izdvajaju iz sistema.

Prirodno bi bilo da je šeriatsko pravo pristupačno kako masama na koje se primjenjuje, tako i onima koji ga primjenjuju. Međutim, ono je ostalo donekle nepristupačno i onima koji ga primjenjuju a da i ne spominjemo one na koje se primjenjuje.

U većini država gdje muslimani žive kao vjerske manjine, primjena šeriatskog prava je zagarantovana međunarodnim ugovorima, osnovnim državnim zakonima, te specijalnim propisima. Ta garancija se obično odnosi na propise koji regulišu porodične, naslijedne i zadužbinske odnose muslimana. Kao pozitivni propisi oni su predmet naučnog obradivanja i kod nas.

Do najskorijeg vremena literatura o šeriatskom pravu na našem jeziku gotovo nije ni postojala.

Problem institucije nasljedstva je otvoren i aktuelan u svima društvenim sistemima. To pitanje, veoma važno s pravnog,

ekonomskog i socijalnog stanovišta, i nas će interesovati, te ćemo pokušati da iznesemo stanovište šeriatskog prava po tom pitanju. Iz nasljednog prava zadržaćemo se na pitanju testamentnog nasljeđivanja po šeriatskom pravu, koje se znatno razlikuje od testamentnog nasljeđivanja u savremenom pravu. Testamenat po šeriatskom pravu razlikuje se kako po svojoj sadržini tako i po svojoj formi.

PRVI DIO

**USTANOVA NASLJEDSTVA I SLOBODA
TESTIRANJA**

§ 1.

USTANOVA NASLJEDSTVA

Savremeno društvo interesuju mnoga pravna pitanja koja duboko zadiru u njegov socijalni i ekonomski život. Pravna nauka ima za zadaću da ta pitanja teoriski ispita i pokaže put i način na koji će se ta pitanja dovesti u sklad s potrebama koje se svakim danom sve više ukazuju. Jedno od tih mnogo-brojnih i važnih pitanja je i pitanje na koji način ćemo riješiti prelazak imovinskih prava jednog lica, čiji se život ugasio. Nije svejedno za jednu zajednicu ko će da stupi na mjesto jednog lica, čiji je život prestao, kad se radi o njegovim imovinskim pravima¹⁾). Interesovanje za ovo pitanje nasljedivanja i institucije nasljedstva nije bilo isto u raznim periodama vremena i kod raznih naroda.

Ljudsko društvo je moralo proći kroz razne faze svoga razvijanja dok nije dostiglo stepen današnjeg razvoja. Razni narodi, razne generacije imale su svoje posebne načine za uređenje životnih odnosa u raznim razdobljima. Imali su svoje sopstvene metode, svoja ubjedjenja i shvatanja. Svaka od ovih generacija, svaki od ovih naroda, skoro svaki pojedinac koji je u danom momentu bio član društva, imao je svoje ciljeve, boreći se za opstanak. Svaka od tih generacija stvarala je i svoj sistem društvenog uređenja, pomoću koga i u okviru koga je smatrala da može najbolje da ostvari te ciljeve i svoje ideale, vodeći računa o činjenicama koje su u pojedinim momentima bile od značaja za formiranje društvenog sistema. Trudili su se da taj sistem najbolje odgovori potrebama vremena, da bude što vjernija slika i izraz stvarnog stanja, težnja

¹⁾ Adalbert pl. Shek Vugrovački, Najbliži zadaci bosansko-hercegovačkog zakonodavstva na polju gradanskog pravosuda, »Mjesečnik«, 1914., str. 3.

i idealu svoga vremena²⁾). Stoga vidimo u svim granama društvenih nauka jedno stalno previranje. Sve je u jednom vječitom stanju formiranja.

Kad se govori o reformi prava i njegovom prilagodavanju životnim odnosima, naročito se nameće i problem opravdanja same ustanove nasljedstva. »Svo pravo, javno i privatno, materijalno i formalno, unutrašnje i spoljašnje, sadašnje kao i predašnje nalazi se u manjoj ili višoj vezi s drugim manifestacijama društvene djelatnosti ljudi. Ali se ta intimnost naročito i karakteristično ispoljava kod nasljednog prava³⁾). Ni s kojom pravnom institucijom nisu povezani toliki ekonomski interesi kao s nasljednim pravom. Nije bez značaja, da li se nasljedni red poklapa s ekonomskim interesima. Iako jedna generacija možda neće ni osjetiti uticaj nasljednog reda, on se ipak vrši i djeluje lagano, ali uspešno i sigurno. Pojedine klase naroda siromaše, seljačka imanja se razaraju, tradicionalni propisi se petrificiraju, ekonomski snaga se raspada⁴⁾). Taj problem je uvek bio predmet pravne nauke, ali u razna vremena dobivao je različita rješenja koja su odgovarala shvatanjima vremena u kome su donošena.

Po *Grociusu* pravo nasljeđa i institucija nasljedstva jesu nužna posljedica prava svojine, koje kao prirodno pravo ovlašćuje svoga titulara da raspolaže pravom svojine, bilo to među živima ili na slučaj smrti. Kipp veli: »Bez nasljednog prava individualna svojina bi bila samo polutanstvo, mi bi u tom pogledu bili samo uživaoci«.

Nesumnjivo je da o pravu nasljedstva ne može biti ni govora bez postojanja individualne svojine. Nasljedivanje pretpostavlja da se ima šta da naslijedi. Potrebno je da postoji privatna svojina koja pretstavlja izvjesnu inovinsku vrijednost. Nasljedstvo i svojina se dopunjaju. Nasljedstvo daje svojini punu socijalnu vrijednost u pravu⁵⁾.

Pravnici smatraju, dakle, nasljeđe kao prirodno pravo. Oni podvlače njegovo stalno postojanje s jedne strane kao poslje-

²⁾ Dr. Borislav T. Blagojević, Osnov prava nasleda, »Branič«, 1935., str. 173.

³⁾ Živojin Perić, Socijalna shvatanja u nasljednom pravu »ab intestato« (preveo R. Živković), »Branič«, 1936., str. 93.

⁴⁾ Adalbert pl. Shek Vugrovački, op. cit. str. 3.

⁵⁾ Dr. Branislav Nedeljković, Porodica i nasljedstvo, »Arhiv«, 1940., str. 18.

dica težnje pojedinaca da produže svoj rod, a s druge strane da se izbjegnu poremećaji u društvu, koji bi mogli nastati smrću jednog lica.

Institucija nasljedstva ima veze s problemom života, čije rješenje može bar donekle zadovoljiti, ako se u njeg unese pojam vječnosti. Posmatran kao pojam koji se svršava, on nema vrijednosti. Međutim, naglašava se »da ne treba tražiti vječnosti izvan života pri rješavanju društvenih pitanja. Vječnost treba tražiti u pojavama koje nam ona pruža u vidu beskrajnog niza generacija, koje se smjenjuju na istom polju rada. Život ćemo učiniti besmrtnim, ako ga stopimo sa životima ljudi koji žive u isto vrijeme s nama, da ga nastavimo u drugim koji će preuzeti naše mjesto na zemlji, da im predamo poslove našeg života i da osjećaje naše duše izjednačimo s osjećajima društva. Tada će pod utiskom osjećaja da se život nastavlja, radne energije postati intenzivnije, jer čovjek neće više raditi radi postizanja neposrednog uspjeha, plašeći se i strahujući da neće postići svoj cilj, već će raditi s povjerenjem i odlučnošću da bi doprinio ostvarenju dalekih rezultata, radiće za будуćnost kao da neće umrijeti, a to je idealni rad koji vodi povećanju moralne i naučne imovine čovječanstva⁶⁾.

Teološka shvatanja koja su imala velikog uticaja na cijelo društveni život dala su svoje mišljenje i o ustanovi nasljedstva. To mišljenje je bilo veoma rašireno i dugo vremena poštovano. Po tom mišljenju sva dobra kao i sve drugo što postoji na zemlji potječe od Boga koji čovjeku propisuje prava i dužnosti na zemlji. Kao osnovna dužnost je zajednički život. Čovjek treba da živi za društvo i za Boga. Porodica igra jednu veoma važnu ulogu u društvu. Radi toga Bog određuje i pravo nasljedstva kao jedno prirodno pravo, da omogući održavanje porodice. Ovo se učenje najbolje karakteriše u njemačkoj pravnoj poslovici: »Gott, nicht der Mensch macht den Erben⁷⁾). U tom smislu veli Muhamed: »Sam Bog je odredio prava nasljednika i njihove dijelove⁸⁾). Prema ovoj koncepciji nasljedstvo nalazi svoje opravdanje u volji Božjoj.

⁶⁾ Vivante, prof. univerziteta u Rimu, La pénétration du socialisme dans le droit privé, Lyon, 1903., p. 13—14., citiran od B. Blagojevića, Ugovori po pristanku, str. 103.

⁷⁾ Paul Wilutzky, Vorgeschichte des Rechts — Prähistorisches Recht, IV. Buch, Breslau, 1903., s. 178.

⁸⁾ Ajni, Umdatul kar fi šerhi sahihil Buhari, VI., s. 472.

Ova teološka koncepcija je naročito kritikovana od strane filozofa pred Francusku revoluciju. Oni joj poriču svaku osnovanost. *Montesquieu* u svome »Duhu zakona« proklamuje načelo da zakoni moraju da odgovaraju prilikama i potrebama svakog naroda i zemlje. Ovaj filozofski pokret koji se afirmisao u revoluciji poljulja je autoritet učenja teologa. Tribuni revolucije ističu da je društvo osnov svih odnosa, te da prema tome sva prava izviru iz njega. Ovo novo shvatanje drukčije gleda i na ustanovu nasljedstva i nasljednog prava. *Robespierre* i *Mirabeau* ističu da država ima pravo da donosi propise u pogledu nasljedstva. Ona može da ukine ovu ustanovu. Ukoliko je zadrži i priznaje, to čini samo zato, jer smatra da na taj način najbolje odgovara potrebama društva. Ona na taj način štiti kako interes zajednice tako i interes pojedinaca. Tako je ustanova svojine zajedno s ustanovom nasljedstva zadržana u novom društvenom poretku, koji je stvoren Francuskom revolucijom. Mi je srećemo i danas u svima zemljama i u svima pravnim sistemima.

I u najnovije doba se povlači pitanje ustanove nasljedstva i njenopravdanje. Ovo pitanje povlači za sobom čitav kompleks pitanja o svima drugim ustanovama koje stoje u tijesnoj vezi s institucijom nasljedstva. Ta veza se naročito ogleda s ustanovama porodice, svojine i države. Da bi mogli ispitati važnost i opravdanost ustanove nasljedstva prethodno se moramo upoznati kakvih posljedica ona ima na ustanove s kojima je u vezi. Potrebno je ispitati njeno, kako pozitivno tako i negativno, dejstvo prema ovim ustanovama pa da bi mogli donijeti zaključak da li ovu ustanovu treba ukinuti, ili zadržati ili napokon prilagoditi je prilikama i potrebama savremenog društva.

Prvo ćemo se ukratko osvrnuti na ovu ustanovu u vezi s porodicom. Promjenjeni životni odnosi povlače za sobom i promjenu pravnih shvatanja i pravnih institucija. Nagli razvitak života u toku XIX vijeka imao je velikog uticaja i na ustanovu nasljedstva kao i na sve druge pravne ustanove. Taj uticaj ogleda se i na ustanovi porodice. Porodica je pod uticajem različitih činjenica dobivala u raznim periodama vremena i različito značenje i različiti obim. Nekada je pretstavljal stub društva, dok nije postala, kako se naglašava, posljednja čelija egoističke zaštite pojedinaca. Ona gubi razvitkom tehnike svoj

stvarni ekonomski značaj. U posljednje vrijeme od nje se traži da postane u novom društvu čelija vaspitanja i društvenog formiranja. To je njen pravi i glavni značaj. Ona treba da pretstavlja životnu zajednicu dvaju slobodnih i jednakih lica, koja proistiće iz braka zasnovanog isključivo i samo na uzajamnoj ljubavi bračnih drugova, bez ikakvih materijalnih interesa koji danas igraju pri zaključenju braka i u porodici značajnu pa i predominantnu ulogu⁹⁾.

Ni obim porodice nije bio isti u raznim periodama. On se mijenja. U početku je obuhvaćala čitavo pleme. Postepeno se njen obim smanjivao. To smanjenje u toku istorije išlo je dотле da se danas odnosi gotovo samo na bračne drugove i njihove potomke. Rijetko kad da obuhvaća i neke pretke.

Kroz istoriju se mijenja i razvija i država. Sve više se njene funkcije množe. Ona uzima na sebe mnoge poslove koji su spadali u djelokrug rada pojedinaca i porodice. Njen zadatak i djelokrug rada je jako proširen, što ima značaja i za shvananje same institucije nasljedstva. Preuzimajući mnoge dužnosti porodice, treba da preuzme i njene povlastice i prava.

Tvrdi se da je prvobitna svojina porodična i kolektivna. U plemenu čovjek sav pripada porodici. Izdvajanjem u bratstva ona se sužava. Tako postaje pleme i poslije nacija. Potrebe se naruju izvan porodice i njene kućne privrede. U općoj istoriji svojine, svojina je pripadala *gensu*. U to doba tehnički izraz svojine odnosi se samo na pokretne stvari. Zemlja je pripadala *gensu*.

Svojina se u novije doba sve više socijalizira i smatra kao socijalna funkcija, čiji se obim i predmet određuje od strane društva prema njegovim potrebama i interesima. Ona je izgubila svoju nepričuvanost, apsolutnost i vječnost. Ova nova shvatanja o svojini imaju velikog uticaja i na instituciju nasljedstva i nasljednog prava. Zato je podvrgnuta kritici od strane teoretičara XIX vijeka. Ta kritika je bila naročito oštra od strane socijalista.

Svi se kritičari slažu u tome da ustanova nasljedstva kao takva privilegiše i trpi nejednakost u društvu, a glavni cilj društva je da otkloni tu nejednakost. U tome oni nalaze dovoljno razloga da se ova ustanova ukinе. Za njih nema dovoljno opravdanja da se ona zadrži. Ali kad se postavi pitanje na

⁹⁾ Dr. B. T. Blagojević, op. cit. str. 173.

koji način da se ukine ili kako da se reformiše, teoretičari se razilaze. Oni se ne slažu ni u pogledu sredstava ni u pogledu obima. Jedni na primjer traže da se ona konačno ukine. Drugi, međutim, predlažu da se otklone negativne strane ove ustanove, kako bi se otklonila nejednakost u ljudskom društvu. Ona treba da služi pravilnom razvitku društva i pojedinaca sa svojim pozitivnim osobinama. U novije vrijeme kritika se ne zadovojava krajnjim gledištima, nego nastoji da ih izmiri, zauzimajući sve više pozitivan karakter. Ne zadovoljava se samim negiranjem postojećeg stanja, nego iznosi i predloge za njegovo uredenje i rješenje u budućnosti.

Institucija nasljedstva posmatrana kroz savremenu kritiku, ima mnogo negativnih strana, ali joj se priznaju i njene dobre osobine i naročito se podvlače. Ona je plod prilika u kojima se razvija i izraz porodično-pravnih osjećaja kod pojedinih naroda. Glavni osnov je ljubav iz krvnog srodstva, koja u režimu privatne svojine ne dopušta da ostavioca naslijedi ko drugi osim njegov najbliži srodnik. Putem nasljedstva jača se princip privatne svojine i održava kontinuitet dobara i rada u porodici. Ono je podstrek za sticanje dobara i napredak¹⁰⁾.

Tako ona vodi računa o ljubavi roditelja prema svojoj djeci, ukoliko se radi o nesposobnoj djeci za rad i privredovanje. U ovom slučaju ustanova nasljedstva pruža mogućnosti roditeljima da obezbijede svojoj djeci potrebna sredstva za život. I savremeno društvo štiti porodične interese koji se sastoje u tome da se izvjesna dobra, koja pretstavljaju uspomene za čitave generacije, sačuvaju. Ovu zaštitu pruža najbolje sama ustanova nasljedstva. Ona, najzad, dolazi kao neizbjježna posljedica postojanja porodične veze između pojedinaca koji se smjenjuju u nizu generacija, pretstavljajući oličenje postojanja te veze na izvjesnim dobrima koja su kao takva u različitim vremenima smatrana¹¹⁾.

To bi bile pozitivne strane ustanove nasljedstva, koje priznaju i savremeni kritičari. Oni priznaju da će ove dobre strane postojati i u najdaljoj budućnosti kod svakog društvenog uređenja.

Pored isticanja dobrih strana ustanove nasljedstva, kritičari ukazuju i na njene negativne strane. Štaviše oni nalaze da

¹⁰⁾ Đorđe Krstić, Nasljeđe na seoskim dobrima, »Arhiv«, 1929., str. 173.

¹¹⁾ Dr. B. T. Blagojević, op. cit. str. 174.

WIBERT. F. X 21-126

je ovih posljednjih broj mnogo veći i da je njihova važnost mnogo zamašnija. Na prvom mjestu se ističe da kod ustanove nasljedstva trpi ideja jednakosti koja od svoga formalnog značenja pomalo dobija i svoje sadržajno, stvarno značenje i na koju se ukazuje kao na osnov društvenog uređenja. Nejednakost ima svoga velikog oslonca u ustanovi nasljeda koje na taj način onemogućuje ostvarenje konačnog cilja društva: socijalnu jednakost. I radi toga se traži ukidanje ustanove nasljedstva. Institucija nasljeda, u današnjem svom smislu, napada se i u odnosu na svojinu, za koju se dosada neizbjježno vezala. Svojina je, kao što smo naglasili, postala socijalna funkcija, čije se vršenje, silom prilika, povjerava izvjesnim licima. Vršenje ove funkcije, kao i svih drugih socijalnih funkcija, trebalo bi povjeriti onima, koji će je najuspješnije obavljati. Ostaviti slučaju da rješava ko će ove funkcije vršiti, ne može se ničim pravdati. Nasljeđe je, takođe, jedan slučaj koji rješava ko će preuzeti funkciju svojine, koja je do smrti jednog lica vršena na korist cjeline. Tako ustanova nasljedstva u većini slučajeva onemogućuje pravilno vršenje ove funkcije.

Svojina sa svojim pojmom bi bila polutanska bez prava nasljeđivanja. Međutim, danas se naglašava da u interesu svojine, kao socijalne funkcije, treba ukinuti ustanovu nasljedstva. Nova shvatanja koja se odnose na postojanje i djelanje pojedinaca u zajednici, na medusobne odnose roditelja i djece, koji su odnosi pravdali i nametali ustanovu nasljedstva, traže danas njeno ukidanje, ako ne u cijelosti a ono bar u onom obliku u kome ona danas postoji. Svaki pojedini član ljudske zajednice treba da radi i od svoga rada i truda da živi. Svaka institucija, koja bi omogućavala i dozvoljavala da neko živi od rada i truda drugog, treba da bude ukinuta ili da bude doveđena u takve granice, gdje će biti isključena mogućnost života na račun drugog a bez ikakva rada i truda. Takva je institucija nasljedstva. Ona daje mogućnosti pojedincima da žive a da ne rade. Štaviše dogada se da upropaste nasljedenu imovinu, a da i sami ostanu bez sredstava za život, ostaju ono što su bili i prije nego su dobili nasljedstvo. Na taj način ona daje pogrešno shvatanje o učestvovanju pojedinaca u društvu, daje pogrešan put društvu, izazivajući poremećaje i sprječavajući pravilan razvitak.



S druge strane promjenjeno shvatanje o zadatku pojedinaca u društvu dovelo je do promjene shvatanja međusobnih odnosa roditelja i djece, upravo dužnosti roditelja prema djeci. Veliki dio dužnosti roditelja je prešao na društvenu zajednicu — vaspitanje, školovanje, osiguranje i drugo. Osim toga roditeljska dužnost traži od njih da ih osposobe za samostalan život, da kod njih razviju kult rada. Oni ne smiju od njih stvarati takve članove društva koji će pasti njemu na teret i živjeti od rada drugih. Stvaranje ljenjivaca je štetno kako po društvo tako i za njih same. Zbog toga se ne preporučuje da se djeci ostavi poslije smrti toliko da mogu živjeti a da ne rade. Radi tog pravilnog ispunjenja roditeljske dužnosti prema djeci predlaže se ukidanje nasljedja. Samom ljubavlju roditelja prema djeci, radi osiguranja njihove budućnosti i sretnog života, opravdava se ukidanje ove institucije.

Najzad se navodi kao razlog za ukidanje ustanove nasljedstva ideja pravične raspodjele tereta. Državna zajednica, kao i ostale društvene organizacije, primile su na sebe veliki broj dužnosti koje su prije spadale u dužnost pojedinaca. Neophodno je da one pribave i potrebna sredstva za vršenje tih dužnosti. Osim toga država se toliko angažuje u stvaranju uslova i pribavljanju dobara od strane pojedinaca, da bi bilo pravedno da uzima isto toliko učešća u prisvajanju i uživanju tih dobara. Stoga se i s te strane predlaže ukidanje institucije nasljedstva.

Pošto smo ukratko iznijeli dobre i loše strane ove ustanove i na taj način bacili malo svjetla na nju, nameće se pitanje da li ustanovu nasljedstva treba zadržati ili potpuno ukinuti. Ako budemo mjerili te dvije strane, pretegnula bi ona strana na kojoj se nalaze negativne strane ove ustanove. Podvlačeći ove negativne strane, u toku XIX vijeka sve škole, čije su tendencije naginjale socijaliziranju društva, zahtijevale su potpuno ukidanje institucije nasljedstva. Međutim, mi smo vidjeli da ova ustanova ima i pozitivnih strana, da nam se nameće dužnost da te strane zadržimo i nadalje, jer, teoretski govoreći, lako je donijeti rješenje da se jedna ustanova ukine, ali čime bi nadomjestili one dobre strane koje su zadovoljavale potrebe društva. Tako nam se nameće dužnost ne samo da izbjegavamo krajnosti, nego da pokušamo da kod jedne pravne ustanove otklonimo rđave strane, a zadržimo pozitivne. Dužnost nam je ovu ustanovu prilagoditi interesima društvene zajednice. Insti-

tucija nasljedstva je jedan od izraza u kojima se manifestuje društveni život¹²⁾). Ta manifestacija se ogleda u obliku veze koja postoji između umrloga i njegovih potomaka pa i drugih srodnika i to bilo u obliku staranja koje jedna generacija, i pored proširenja akcije u ovom pogledu od strane države i ostalih javnih organizacija, pokazuje u vaspitanju druge generacije, bilo u obliku zajedničkog interesa generacija bilo u pogledu izvjesnih predmeta¹³⁾). Ne možemo predviditi u budućnosti ni u jednom društvenom uređenju da bi mogao doći momenat kada bi ova ustanova izgubila sve dobre strane i prestala zadovoljavati potrebe u društву. Samo po sebi se razumije da ova institucija neće igrati istu ulogu u svim društvenim sistemima i u svima periodama vremena. Ukoliko se u društvu bude više manifestovao egoizam i ova će ustanova dolaziti više do izražaja. Obim i dejstvo ove ustanove je veće u gradanskom društvu zbog jače razvijenosti egoističkih težnji, dok bi, naglašava se, u socijalistički uredenom društvu bila užeg obima zbog slabijih egoističkih osjećanja i oslabljenja materijalnih interesa u ovoj oblasti.

Pitanje egzistencije ustanove nasljedstva je u tijesnoj vezi s potrebama društva. Ukoliko te potrebe bude zadovoljavala, njeno opstojanje u društву biće osigurano. U tom smislu nam može najbolje poslužiti za primjer Sovjetska Unija. Reforme sprovedene u porodičnom pravu odmah po dolasku boljševika na vlast, trebale su da pripreme slom buržoaske forme porodice. Potpuno ukidanje institucije nasljedstva, propisano Dekretom od 27. travnja 1918. godine trebalo je da bude jedan od prvih i odlučnijih udaraca zadanih instituciji privatne svojine. Ali u toku vremena sovjetska vlada je bila primorana da učini izvjesna otstupanja od ovog prvobitnog borbenog stava, te je priznala sovjetskim građanima izvjesna privatna prava pa i samu privatnu svojinu. Tako dolazi do donošenja sovjetskog građanskog zakonika »Graždanskago Kodeksa« u kojem nalazimo otstupanje i od pomenutog dekreta i ponovno uvođenje institucije nasljedstva, iako u nepotpunoj formi, jer se o njoj govori samo u 19 članova — čl. 416—439. pomenutog zakonika¹⁴⁾. I ovaj

¹²⁾ Dr. B. T. Blagojević, op. cit. str. 173.

¹³⁾ loc. cit.

¹⁴⁾ Dr. Arsen Čubinski, Porodično i nasljedno pravo Sovjetske Rusije, »Arhiv«, 1930., str. 451.

nam primjer pokazuje da put kojim progres društva treba da ide nije u ukidanju i uništenju zatečenih i istorijski nastalih ustanova, nego u njihovom usavršavanju i prilagodavanju novim potrebama, vodeći računa o kulturnim prilikama i narodnoj svijesti.

Prema tome došli smo do uvjerenja da je institucija nasljedstva izraz životnih odnosa i potreba, a svaka pravna institucija nalazi svoje opravданje u tim odnosima i potrebama. Zato opstanak ustanove nasljedstva zavisi od tih potreba.

Dosad smo se upoznali u najkraćim crtama o ustanovi nasljedstva i njenim pozitivnim i negativnim osobinama. Iznijeli smo najkarakterističnija mišljenja pravnih pisaca. Nama izgleda najprihvatljivije mišljenje koje uči, da treba zadržati instituciju nasljedstva sve dotle dok zadovoljava potrebe društvene zajednice.

Još se treba upoznati s načinima pomoću kojih neko može biti pozvan na nasljedstvo. Jedni pravnici te načine nazivaju osnovima kojih ima tri, a iz kojih izvire pravo jednog lica da stupi u imovinska prava drugog na slučaj smrti. Ta tri osnova su ugovor, testamenat i zakon¹⁵⁾. Drugi, pak, pravnici uče da sva prava potiču iz zakona i da prema tome mora svakom pravu biti osnov u zakonu. Imamo samo ona prava koja se osnivaju na zakonu. Bolje rečeno, dok je pravo, ono izvire iz zakona, te je i zakonom zaštićeno. Prema tome osnov za pozivanje na nasljedstvo je samo jedan, a to je zakon. Međutim, pomenuta tri osnova mogu se primiti kao tri načina pomoću kojih se stupa u imovinska prava poslije smrti izvjesnog lica¹⁶⁾. Na jedan od pomenuta tri načina ili na sva tri od njih može neko biti pozvan na nasljede. Ugovor pretstavlja saglasnost dvaju volja koje imaju za cilj da jedno lice naslijedi drugo. Volje se saglašavaju da imovina jednog lica prede na drugo poslije smrti jednog od njih. Drugi način da neko može stupiti u imovinu jednog lica *mortis causa* jeste volja, i to posljednja volja toga lica. Jedno lice koje se trudilo i privredivalo čitava života slobodno je da tom svojom imovinom raspolaze u granicama zakona *inter vivos*. Ta sloboda mu se obično garantuje i na slučaj smrti. Njemu je, naime, slobodno da napravi

¹⁵⁾ Dr. Dragoljub Aranđelović, Nasljedno pravo, str. 7.

¹⁶⁾ Dr. Borislav T. Blagojević, Osnov prava nasljeđa, »Branič«, 1935., str. 173.

raspored svoje imovine, koji će se poštovati i poslije njegove smrti. Najzad, kao treći i posljednji način da neko može doći poslije smrti jednog lica u njegova imovinska prava jeste zakon. I ovdje se radi o jednoj volji i to o jednoj prepostavljenoj volji.

Kako se vidi sva tri ova načina imaju veze i osnivaju se na čovječijoj volji. Kod prvog slučaja postoje dvije volje, te prema tome to je najjači osnov, jer što dvije volje stvore, jedna sama ne ruši. U drugom slučaju postoji volja samo jednog lica, o čijoj se imovini radi. Ta volja se može mijenjati sve do smrti pa otuda i nosi ime posljednje volje. U trećem slučaju imamo takozvanu prepostavljenu volju pojedinaca. Nazivamo je prepostavljenom, jer se svakom daje mogućnost da reguliše svoje imovinske odnose na slučaj smrti kako on nađe za shodno, bilo ugovorom bilo testamentom i ukoliko se neko ne posluži tim mogućnostima, uzima se da je njegova volja ona volja koja se nalazi u zakonu. Primjećujemo da ova prepostavka vrijedi samo u onim nasljednim sistemima koji normiraju slobodu raspolaganja imovinom na slučaj smrti. Gdje te slobode nema, ne može se ni govoriti o prepostavljenoj volji. O tome ćemo se uvjeriti kad budemo govorili o slobodi testiranja u šeriatskom pravu, i to o testiranju mirije nekretninama. Ukoliko postoje ova sva tri načina za nasljedivanje, volja pojedinaca je odlučujuća o tome ko će doći na mjesto jednog lica poslije njegove smrti u pogledu imovinskih prava. Prema tome volja o pozivanju na nasljedstvo igra vrlo važnu ulogu kod sva tri načina. Ova volja je zaštićena zakonom koji obezbjeduje pojedincima pravo raspolaganja dobrima i poslije njihove smrti. Zato je potrebno da se više pozabavimo o ovoj slobodi testiranja, o zavještalačkoj slobodi.

§ 2.

SLOBODA TESTIRANJA

Naglasili smo da kod sva tri načina pozivanja na nasljedstvo igra glavnu ulogu volja ostavioca, negdje izričito manifestovana, a negdje se opet prepostavlja. Ta volja najviše dolazi do izražaja, kad ostavilac sebi odredi neko lice za nasljednika, lice koje će stupiti na njegovo mjesto i produžiti njegovu ličnost u imovinskom pogledu. Ova sloboda ostavioca

manifestuje se u formi testamenta. Lice koje ostavilac izabere da stupa mjesto njega jest testamentalni nasljednik. Testamenat je u većini savremnih zakonodavstava jedan od osnova ili načina pomoću koga se neko poziva da uzme imovinu ostavioca. Radi toga je potrebno malo više pokloniti pažnje ovom pitanju i ispitati njegov istorijski razvitak. Isto tako je potrebno osvrnuti se i na to kako se gledalo i kako se gleda od strane pravnika-teoretičara na slobodu raspolažanja za slučaj smrti i kako je njeno dejstvo u praktičnom životu s obzirom na ulogu koju treba da vrši ustanova nasljedstva. U doba vladanja individualizma ova se sloboda mogla sprovoditi u cijelosti i neograničeno. Kritika individualizma obuhvatila je i slobodu testiranja. U novije doba se sve više traži njeno ograničenje.

1. Sloboda testiranja u rimskom pravu. — Ne bi želili da se ogriješimo o tradiciju koja se poštaje prilikom proučavanja pojedinih institucija u pravu. Ta tradicija ima i svoga stvarnog opravdanja. Stvaralački duh rimskih pravnika omogućio je rimskom pravu da se popne do najviše tačke razvjeta, tako da je dugo vremena vladalo mišljenje da postoje tri univerzalne aksiome — hrišćanstvo, germansko carstvo i rimsko pravo. Tako je rimsko pravo smatrano kao nešto nedostizivo, pa je uzeto kao osnov gotovo u svim savremenim zakonodavstvima.

Rimsko je pravo poznavalo samo dva načina pomoću kojih je neko mogao stupiti u imovinska prava jednog rimskog grada-nina poslije njegove smrti. To je testamenat i zakon. Imovina jednog rimskog grada-nina mogla se naslijediti samo ili po testamentu ili po zakonskom redu nasljedivanja, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decadere potest*. Međutim, ovo je pravilo u kasnijem periodu razvjeta napušteno. Pravnici se ne slažu da li je u prvo doba razvjeta rimskog prava pojedinac mogao slobodno testamentom da odredi sebi nasljednika. Pitanje slobode testiranja i njenog razvjeta u rimskom pravu je sporno. Jedni pravnici zastupaju mišljenje da je oduvijek u rimskom pravu postojala neograničena sloboda raspolažanja imovinom na slučaj smrti. Oni su to svoje mišljenje potkrepljivali i osnivali na tekstovima najznamenitijih rimskih pravnika¹⁾. Štaviše oni su to potkrepljivali i najstarijim pravnim dokumentom, zakonom XII tablica, u kome su riječ »legassit« protumačili da je rimski

¹⁾ Dr. I. Baron, Institucije rimskog prava, IV. izdanje, Zagreb, 1925., (preveo Dr. M. Škepel), str. 297.

gradanin mogao testamentom odrediti sebi nasljednika po svojoj volji. S tim u vezi nameće se pitanje ukoliko je i da li je intestatsko nasljedivanje starije od testamentalnog. Po mišljenju pravnika koji uče da je sloboda testiranja postojala od početka, ta sloboda je u početku bila neograničena a tek kasnije je ista postepeno ograničavana. Međutim, postoji suprotno stanovište koje je rezultat novijih ispitivanja. Oni se ne zadovoljavaju površnim ocjenjivanjem pojedinih tekstova koji se mogu i na drugi način shvatiti i protumačiti. Prije svega izgleda prirodnije da je prvo postojalo intestatsko nasljedivanje. U staro doba nije postojala sloboda u pogledu raspolažanja imovinom, jer pojedinci nisu mogli ni imati svoje imovine u današnjem smislu. Društvo je bilo tako organizovano da je odgovaralo njegovo prirodi i interesima da je postojala samo porodična, kolektivna svojina. Član te grupe mogao je samo da je uživa za vrijeme svoga života, a poslije njegove smrti ostajala je u porodici novim generacijama. Tako nije ni bilo individualne svojine u današnjem smislu. Porodična, bratstvena i plemenska veza bila je tako jaka da je pretstavljala neko pravno lice, subjekta te zajedničke imovine. Porodica nije izumirala. Ona se i vještački obnavljala. Zato nije moglo ni biti nasljedivanja, jer nije bilo ostavioca²⁾.

Osim toga ni tekst zakona XII tablica »legassit« ne ukazuje na punu slobodu raspolažanja.

Moramo ispitati mogućnosti i okolnosti pod kojima se razvija sloboda raspolažanja na slučaj smrti. Pita se da li više odgovara primitivnom društvu intestatsko ili testamentalno nasljedivanje, da li je prirodnije da nasljednika nekom licu odreduje zajednica ili sam ostavilac. Individua nije bila tako jaka i slobodna da je mogla steći neku imovinu i s njom raspolažati slobodno, kako *inter vivos* tako ni *mortis causa*. Pojedinac se gubio u porodici, u tom malom kolektivu. Dobrima koja su mu stavljenia na raspolažanje nije mogao raspolažati ni za života a pogotovo na slučaj smrti. Ta sloboda se mogla samo kasnije postepeno da razvije. Trebalo je dugo vremena pa da se individua oslobođi potčinjenosti patrijarhalne porodice. Zajednica nije mogla pustiti da njeni članovi biraju slobodno sebi nasljednike, ne vodeći računa o njoj i o njenim interesima. Njoj je svakako u interesu da unaprijed odredi koja će lica stupiti

²⁾ Živojin Perić, op. cit. str. 99.

na mjesto njenog umrlog člana. Ako bi pojedinci mogli po svojoj volji praviti slobodno raspored svoje imovine, moglo bi se desiti da izaberu nekog ko nije po volji samoj zajednici i ko bi joj mogao krenjiti interes. Njoj je svakako u interesu da ta imovina ostane u rukama onih koji će produžiti život te zajednice i njene tradicije.

Zato se opravdano tvrdi da u prvo doba nema ni slobode testiranja niti samog zavještanja. Iako se prepostavlja da su Rimljani zahvaljujući svom osobitom stvaralačkom duhu imali u početku slobodu zavještanja, nije sigurno da su u ovome mogli praviti neke izuzetke od općeg pravila: da je svaka pravna ustanova morala proći kroz mnoge faze svoga razvijanja, dok je dobila svoju definitivnu formu i svoj vrhunac³⁾.

Kod drugih pravnih ustanova obično se smatra da se u zakonu XII tablica nalaze samo začeci tih pravnih institucija koje su se postepeno razvijale. Međutim, po mišljenju pristalica da je postojao testamenat u prvo doba, mora se dopustiti da su Rimljani još u najstarije doba svoga prava tako na jedanput stigli do više tačke razvijanja, a kod drugih institucija da su slijedili laganom i postepenom razvijajući koji jedino može biti dopušten sa gledišta istorije prava. Naročito porodični i plemenski život nije išao u prilog slobode testiranja. Pravnici koji ne priznaju da je bilo u prvo doba slobode testiranja iz riječi »legare« razumiju zavještanje u formi naredenoj od civilnog prava i to pojedinih predmeta iz zaostavštine, a ni u kom slučaju ne razumiju univerzalnu sukcesiju. Oni legatu suprotstavljaju pojmove *heredis institutio, fideicommisum, mortis causa donatio*.

Međutim, prema Pomponiu zakon XII tablica upotrebljava riječ »legare« u smislu opće zavještalačke odredbe u pogledu imovine — *heredis institutio, legata*, oslobođenje robova i postavljanje tutora maloljetnoj djeci. Prema Pomponievom shvatanju »legare« u doba zakona XII tablica imala je veoma široko značenje u pogledu slobode testiranja, a zatim se iz nepoznatih razloga i ne zna se u koje vrijeme, ograničila pojmom legata. Očigledno je da takav zaključak ne može podnijeti kritiku, jer protivrječi logici. Svakako je logičnije da je pravilo »uti legassit« prema svom bukvalnom smislu davalо samo slobodu određivanja legata.

³⁾ Konstantin Smirnov, Povodom pitanja o zavještalačkoj slobodi po rimskom pravu, »Arhiv«, 1922., str. 96.

Najzad su pravnici stvorili *testamentum per aes et libram* na osnovu ovog istog teksta, a takođe na osnovu pravila »cum nexum faciet mancipiumque, uti linqua nuncupassis ita ius esto«. Dakle, posve je moguće i prihvatljivo da su pravnici uveli zavještalačku slobodu u doba propadanja starih porodičnih i plemenskih veza oslanjajući se na tekst »uti legassit« koji su samovoljno protumačili.

Uostalom pravnici izvode zaključak iz fragmenata XII tablica da nije bilo dozvoljeno zavještanje kad su postojali *sui*. *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* — ako ko umre bez zavještanja, onda u nedostatku *sui heredes* neka uzme *familia*-u najbliži agnat i t. d. — Oni ovakvom shvatanju ovog teksta prigovaraju i daju jedno drugo značenje i smisao: ako onaj koji nema *sui heredes*, umre bez testamenta, neka uzme najbliži agnat *familia*-u⁴⁾. Dakle, samo ko nema *sui* može testirati. I prema atinskom pravu mogao je praviti testamenat samo onaj koji nije imao rođenih sinova. I staro germansko pravo nije poznavalo slobode testiranja. Pomenuta pravna staro-njemačka poslovica »Gott, nicht der Mensch macht den Erben« najbolje nam karakteriše kako je staro germansko pravo gledalo na raspolažanje imovinom na slučaj smrti. Veli se da je pravo testiranja moglo kasnije uskrsnuti iz kulta predaka. Najprije su njegove osobine stavljali zajedno s njim u grob. Ovo je sprečavalo dugo vremena da se razvije smisao za naslijednim pravom. Ali iz istih razloga, od straha koji je dolazio od umrloga, ako se njegove posljedne želje ne ispunе, razvio se smisao za raspolažanjem svojim dobrima na slučaj smrti i poštovanje te posljednje volje. Još je tome doprinijela i religija koja je bila potrebna za njegovu važnost⁵⁾. Na primjer u Indiji su se dugo vremena i u najnovije vrijeme protivili uvodenju prava testiranja. Još i danas ima krajeva u Pendžabu gdje se skoro i ne zna za pravo testiranja⁶⁾.

Iz ovoga se da zaključiti, da u početku razvijaka rimskog prava nije moglo biti ni riječi o exhereditaciji. Iz ovakvog tumačenja koje je logično i prihvatljivo proizlazi da ni zakon XII tablica nije bio u stanju da stvori »heredes« od agnata i gentila. Odakle ga onda mogao stvoriti akt »testari«? Isto tako

⁴⁾ Konstantin Smirnov, op. cit. str. 100.

⁵⁾ i ⁶⁾ Paul Wilutzky, op. cit. str. 179.

se ne može održati teza koja je zastupala da je *testamentum calatis comitiis* bio *lex specialis*, koji je mogao stvoriti ono što je bilo nemoguće privatnoj volji. To bi značilo da je *lex specialis* mogao stvoriti nasljednika — *heres*, drugog osim *sui*. U tom slučaju bi zakon XII tablica predviđao: *adgnatus heres esto, gentiles heredes sunt*, jer što može da učini *lex publica*, pogotovu bi mogao to isto učiniti *lex XII tabularum*.

Još je interesantno podvući da postoji jedno opće pravilo, kako u javnom tako i u privatnom pravu da onaj ko ima dužnosti i odgovornosti da ima i neograničenu vlast. Takav je slučaj s *pater familias*-om. On je bio pretstavnik rimske porodice koja nije smjela izumrijeti. Ako se nije mogla obnoviti prirodnim putem, rađanjem u samoj porodici, ona se obnavljala vještačkim načinom, arogacijom. Dakle, samo je *adrogatio* mogla da stvari *suus heres* koji se ni po *ius civile* ni po *ius sacrum* ne razlikuje od rođenog sina. Pretpostavlja se da je *institutio heredis* dozvoljena uslijed nedostatka rođenih nasljednika. Zahtjevanje od nasljednika da nosi ime testatora, ukazuje na opravdanje adopcije i arogacije koje su imale zadaću da održe ime i kult porodice koja je izumirala, te se vještački morala produžavati. *Adoptio per testamentum* koja se sreće u nepravničkim izvorima, kako izgleda, i suviše je mlada, a da bi je mogli dovesti u vezu s najstarijim testamentom. Veli se da je moguće da je *adoptio in hereditatem*, određivanje nasljednika zamjenjivalo arogaciju, ako bi pozvani htio da izbjegne *patria potestas* oporučiteljevu, ali da primi na se njeno *sacra*. U oba ova slučaja sudjelovalo je *pontifex maximus*, isti oblik pravnog akta i ista svrha. Ove obje institucije treba da nadoknade rođenog nasljednika. Sa slobodom testiranja se htio ujedno da ukloni nepočudni nasljednik, kako bi se spriječilo raspadanje imovine⁷⁾. Ovaj argumenat dovodi u vezu instituciju s institucijom privatne svojine. Arogacija nije akt zakonodavne vlasti nego akt privatne volje koju je poštovala zajednica. Testamenat je mogao ući u pravni poredak samo kao *privilegium*. Samo je, svakako, aktivno sudjelovanje (*calata*) naroda navikavanjem na izvanredno kao pravilo gubilo sve više i više od svoje važnosti. Najzad mu se pravo prisustovanja ograničilo na samo svjedočenje, kao što je bilo uobičajeno kod arogacije. Za ovaj preokret posredovao je *testamentum in*

⁷⁾ Rob. v. Mayr, Römische Rechtsgeschichte, I. Buch, 2. H. (Göschen, № 578.), S. 98.

procinctu. Izjava posljedne volje neposredno pred odlazak u boj u ratnom stanju svjedoči da su drugovi prisustvovali samo kao svjedoci. To nije vojnički testamenat u kasnijem smislu, jer je u to vrijeme bio građanin i vojnik jedno⁸⁾. Navodi se kao važan momenat za razvitak slobode testiranja prelaz dugova na testamentalnog nasljednika. Nekada u rimskom pravu dužnikove obaveze bile su lične i neprenosive. Povjerioci su ostajali neisplaćeni. Kasnije je stvorena ideja identičnosti nasljednikove pravne ličnosti s pravnom ličnošću *de cuiusa*. Tako je nasljednik postajao dužnik mjesto ostavioca. Isti je slučaj bio i s potraživanjima pokojnikovim⁹⁾.

Iz svih navedenih primjera i razmatranja mogli bi stvoriti jedan zaključak: da pravo XII tablica nije moglo poznavati slobodu testiranja u današnjem smislu. Ono nije poznavalo testamenta čiji je *caput et fundamentum* postavljanje nasljednika. Nije postojao ni opći pojam *heresa* koji se kasnije razvio, universalnog sukcesora koji je po testamentu ili zakonu »*succedit in universum jus quod defunctus habuerit*¹⁰⁾. Vlada mišljenje da je u prvo doba svoga razvijka testamenat *per aes et libram* koji je tvorevina interpretatora XII tablica bio legatno zavještanje, akt posljedne volje koji je sadržavao samo legate a ne *institutio heredis*¹¹⁾.

Testamentum calatis comitiis mogao je biti načinjen samo u određenim rokovima i to dva puta u toku godine. Radi toga se osjećala potreba da se stvari jedna nova forma koja će se moći praviti i u drugo doba godine i s manje poteškoća. Toj potrebi je imao da služi *testamentum per aes et libram* koji je bio surrogat komisionalnog testamenta i koji je služio za slučaj *subitae mortis*. Prema tome sadržina komisionalnog i mancipacionog testamenta morala je biti adekvatna. Drugim riječima moralo je mancipaciono zavještanje u svojoj prvoj fazi dati zavještaocu prilike da učini isto putem komisionalnog testamenta. Iz toga se izvodi: ako je mancipaciono zavještanje bilo legatno, takav isti karakter se mora pripisati i komisionalnom testantu. Kod mancipacionog testamenta je to karakteristično

⁸⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 101.

⁹⁾ Ž. Perić, op. cit. str. 99.

¹⁰⁾ Konstantin Smirnov, Successio in universum ius u rimskom na-sljednom pravu, »Arhiv«, 1939., str. 540.

¹¹⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 103.

Što je on neopozivljiv, jer je on uslijedio u obliku pravnog posla među živima — prodaje. Ovdje je vrlo važnu ulogu igrao *familiae emptor*. On je bio prvobitno *heredis loco*. Time je svakako rečeno da testamenat ne sadrži određivanje nasljednika nego samo određivanje legata^{12).} Izgleda vrlo logično da su riječi »uti legassit« postepeno prilagodavane svakom testamentalnom raspolažanju pa i za *heredis institutio*. Ovaj razvitak je išao uporedo s tumačenjem gornjeg teksta u smislu slobode da se može postaviti nasljednik od strane testatora.

Samo legatno zavještanje može da odgovara i da se dovede u vezu sa stariim pravom koje još nema izgrađenog pojma o universalnoj sukcesiji, te prema tome ni o mogućnosti imenovanja nasljednika u testamentu. U to staro doba imovina pokojnikova pretstavljalala je samo skup tjelesnih stvari koje su u svojoj suštini bez gospodara. Ako je bilo *sui*, imovina se nije raspadala na sastavne dijelove i nije ostajala bez gospodara. Moglo bi se uzeti da je nasljedivanje *sui-a* bilo osnov na kome se razvio docniji pojam univerzalne sukcesije, jer u kasnije doba *heres* zauzima mjesto ostavioca kao što su nekada činili *sui heredes*. Ali *sui* ne nasljeđuju u isto vrijeme i aktivu i pasivu, jer na njih ne prelaze dugovi *defunctusa*. Prema tome nema univerzalne sukcesije u današnjem smislu. U nedostatku *sui, gentili*, a u doba zakona XII tablica u početku *adgnatus proximus*, odabiraju stvari pokojnikove, jer se imovina pokojnikova raspadala, te nije sačinjavala jednu cjelinu, *hereditas*.

Razvitkom života ukazuje se potreba da se volja pojedinaca poštuje i poslije njihove smrti. Ta ideja se mogla prvo razviti u smislu legatnog zavještanja, svakako prije ideje o određivanju nasljednika. Poštivana je volja domaćinova da se u nedostatku *sui-a* razdjele gentilima pojedini predmeti koji su ulazili u sastav njegove imovine. Poznato je da je veza između gentila bila vrlo jaka. Opravdano je da zavještalac nije mogao mimoći svoje rođake, nego im je prema običajima morao nešto ostaviti poslije svoje smrti. Još je vjerovatno da je zavještalac mogao ostaviti legate i u korist lica koja su ulazila u stari krug *neccesarii, amici, propinqui, cognati*, od kojih je *pater familias* birao članove svog *consilium domesticum*, pa se ovaj krug mogao da ne podudara s krugom gentila. Ovo mišljenje, da testator ima moralnu

¹²⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 104.

obavezu da se sjeti svojih rođaka i prijatelja, je vrlo staro. Ovo njegovo sjećanje je bilo za njih »honor«, čast. O ovoj moralnoj obavezi je prvo vodio računa komicialni a kasnije i mancipacioni testamenat.

Jering je objasnio pojam *famili-a* i *pecunia*. Familija je pretstavljala skup *res mancipi* — stvari koje su se sticale po *ius civile*, dok *pecunia* skup *res nec mancipi*. Prema tome *familia* je jače vezana s porodicom nego *pecunia*. Pravnici se ne slažu da li je propis »uti legassit« dozvoljavao zavještalačko raspolažanje *familiom*. Testamenat *per aes et libram* nije odjednom ukinuo zavještanje u kalatnim komicijama. Oni su postojali jednovremeno. Neki pravnici su dokazivali da je *testamentum calatis comitiis* zakon u kome se imenovao *heres*. To svoje mišljenje su potkrepljivali time, što je on donošen poput zakona u narodnim skupovima i to glasanjem. Međutim, ovom se mišljenju prigovara da nema ubjedljivih dokaza. Komisionalni testamenat je, izgleda, stariji od zakona XII tablica. Postoji mogućnost da je sloboda određivanja legata postala u praksi komisionalnog testamenta. Ovo je vrijedilo kao običajno pravo pa je kasnije zakon XII tablica samo kodifikovao ovaj propis običajnog prava. Misli se da je narod glasao u kalatnim komicijama i prilikom arogacije. Ovaj akt je i dobio ime *adrogatio* — od *rogare populum*. Međutim, zavještanje se zove *testamentum* — od *testari*, dejstvo zavještaočevo, *testari* koju je zavještalač izgovarao pri komisionalnom testamentu, sadrži riječ »*testor*«. Dakle, svrha i smisao cijelog akta posljednje volje je da se prizovu svjedoci radi posvjedočenja odredbe testatorove. Jedni pravnici vele da može narod u isto vrijeme biti i svjedok i glasati. Ali ovome mišljenju se prigovara da nije prirodno miješati dvije uloge, jer da je nelogično da onaj koji je pozvan da riješi neko pravno pitanje nosi ime svjedoka.

U prvom stadiumu mancipacionog testamenta *familiae emptor* je bio *heredis loco* (Gai, 2, 103). Iz toga neki pravnici hoće da zaključe da je u komisionalnom testamentu bio *heredis institutio*, ali nije mancipaciono zavještanje bilo u stanju da stvari *heres* bar u prvoj svojoj fazi. Zbog toga i radi najboljeg upoređivanja s komisionalnim testamentom, bio je *familiae emptor*, iako ne *heres*, a ono *heredis loco*. Ali poređenje između komisionalnog i mancipacionog testamenta zahtjeva da, kako u mancipacionom testamentu nije postojala *heredis institutio*,

a bilo je samo jedno lice *heredis loco*, je to isto bilo i u komisionalnom testamentu¹³⁾.

Veli se da Gaj nije htio reći da je *familiae emptor* zauzimao mjesto nasljednikovo, drugim riječima bio je *quasi heres*. U kasnije doba kad se upravnom testamentu pojavila *heredis institutio*, nasljednik koji se koristio *honor-om institutionis*, bio je povjerenik zavještaločev koji je morao da izvrši volju zavještaločevu u pogledu legata i drugog. Nije se uobičajavalo da se ove obaveze povjere nekom drugom licu, jer bi to bila uvreda za nasljednika, smanjenje *honor institutionis* i vrijednosti nasljednikove kao univerzalnog sukcesora i u ovome smislu kao posljednika ličnosti testatorove. Ovo je ometalo razvijanje ustanove izvršioca testamenta — *executores testamentarii* — u rimskom pravu.

Komisionalni testamenat kao legatni neophodno pretpostavlja da je testator morao povjeriti kome da izvrši njegovu posljednju volju.

Gaj upoređuje položaj *familiae emptor-a* s položajem kasnijeg *heres-a* a u pogledu uručenja legata i uopće izvršenja zavještanja i samo u ovom smislu kaže da je *familiae emptor* bio *heredis loco*. Izgleda da su izrazi »*heredis loco*« i »*familiae loco*« bili pedagoška sredstva koja su imala zadaću da olakšaju učenicima njegovim razumjevanje.

Ova naša razmatranja navode nas da stvorimo zključak da nije postojala sloboda testiranja ni u zakonu XII tablica niti u kasnije stvorenom testamentu *per aes et libram*. Ta sloboda se postepeno razvijala radom interpretatora XII tablica. S pojavom shvatanja o univerzalnoj sukcesiji koja prepostavlja novo poimanje imetka u mjesto starog pojma *familia pecuniaque*, kao ukupnosti aktive i pasive, pojavila se i ideja da se pored *sui* i svaki drugi nasljednik mora nazivati *heres*. On mora da zauzme mjesto koje je napušteno smrću domaćinovom. On stupa u središte njegovih prava i obaveza, on je njegov posljednik i zamjenjuje ga u pravom smislu riječi. Ali ne kao njegov prirodni nasljednik koji je posljednik njegove ličnosti po krvi nego kao njegov univerzalni sukcesor, posljednik njegove domaće i ekonomski ličnosti. Misao o ovakvom poimanju imetka, ukupnosti aktive i pasive i o univerzalnoj sukcesiji mogla

¹³⁾ Konstantin Smirnov, Povodom pitanja o zavještalačkoj slobodi po rimskom pravu, »Arhiv«, 1922., str. 107.

se pojaviti samo u doba složenijeg ekonomskog života u Rimu, u doba razvitka trgovackih odnosa i povećanja značaja prava potraživanja i dugova, uopće obligacionih odnosa, s kojima je išao uporedo i razvitak obligacionog prava. Starije pravo nije moglo stvoriti univerzalnu sukcesiju, jer dugovi nisu bili dio imovine. Za njih je dužnik odgovarao svojom ličnošću koja se uslijed *capitis deminutio minima* mijenjala, te su zbog toga dugovi propadali. Svakako *suus heres* morao je da plati dugove koji su kao teret ležali na imovini. Kad se stvorio pojам univerzalne sukcesije, on je bio vezan za pojам *heres-a*, te je radi toga i *adgnatus proximus* postao *heres*. Otsada *heres* znači univerzalnog sukcesora. Tada se rada misao kod pravnika da i testator može postaviti takvog *heres-a*¹⁴⁾.

Ipak je pravo XII tablica moralno imati uticaja da postojanje *sui* isključuje pravo zavještanja. Pozicija koju su oni zauzimali bila je i suviše čvrsta. Testamenat je promjena pravnog poretka, zakonskog nasljednog prava u pojedinim slučajevima. Takva promjena voljom privatnog lica, slobodom testiranja, isključenjem zakonskih nasljednika, fiktivnim produženjem preminulog lica, jedne ili više po volji izabralih osoba, to su samo, ako se odbije osnivanje svojine i prava potraživanja bez sudjelovanja novog vlasnika ili kreditora i davanjem slobode neslobodnom bez sudjelovanja vlasti, za najstarije vrijeme kao još mogućnog sadržaja testamenta — ostupanje od normalnog pravnog poretka, koje se upravo ne mogu zamisliti kao akt čisto privatne volje¹⁵⁾.

Medutim, postepeno se stari porodični život raspadao i veze su slabile. Interpretacijom je stvorena *emancipatio* koja je služila kao sredstvo pomoću koga je *pater familias* mogao da se riješi raskošnog i nepočudnog sina. Ako je bilo mogućno pomoći emancipacije lišiti sina ne samo nasljedstva nego i pravne veze s porodicom, onda je postala moguća i *exhereditatio* koja je imala isti cilj.

Nastojalo se da se *suus*-ov položaj u porodici oslabi, koji mu je bio zajamčen zakonom XII tablica. To se postizavalo davanjem prava ostaviocu da stvari *heres-a*. To se pravo izazvalo u formuli »*heres esto*« a za isključenje istoga »*exheres esto*«. Stvaranjem ove posljednje formule definitivno je stvorena

¹⁴⁾ Konstantin Smirnov, op. cit. str. 110.

¹⁵⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 100.

sloboda testiranja. Da je sloboda testiranja bila određena zakonom, bilo bi moguće da se *praeteritio* — obilaženje djece od strane ostavioca — tumači kao *exhereditatio tacita*. Smisao *exhereditatio* bio je drugi. To je bilo sredstvo stvoreno od strane pravnika, kojim će se *suus* lišiti svoga urođenog prava. S njim se htio obesnažiti propis zakona XII tablica, koji je formalno još uvijek postojao. Obično se misli da su propisi o eksheredaciji imali za cilj da ograniče slobodu testiranja i da su pretstavljeni takozvano formalno nužno nasljedno pravo. Niko ne shvaća propis o formi *heredis institutio*, o određenju legata, imenovanju tutora i oslobođenje robova kao ograničenje slobode testiranja. Samo se forma koja je propisana za eksheredaciju smatra kao ograničenje slobode. Ali je rimske testamenat bio uglavnom djelo pravnika koji su prema svojoj staroj metodi stvorili pravo putem obrazovanja različitih formula, u koje su uvijali izvjesne ideje i pravnu sadržinu. Ako se nije strogo pazilo na izvjesne forme, volja je bila ništavna. Naročito se strogo vodilo računa o propisima koji su se odnosili na formu eksheredacije. Na to se gledalo iz socijalno-političkih razloga kod isključenja iz nasljedstva. U klasično se doba uopće testamenat interpretira s gledišta *favor testamenti*, s izuzetkom lišenja nasljedja. To, međutim, ne upućuje na ograničenje slobode testiranja. Ta sloboda nije tako stara kako to tvrde mnogi pisci, jer je teško vjerovati da se u najstarije doba razvitka prava znalo za slobodu testiranja. Kao što se smisao općeg nasljedstva mogla razviti samo iz porodične veze između roditelja i djece tako se i testamentalno nasljedno pravo pokazuje u pojedinstvima kao postepeno i djelimično odvajanje nasljedno-pravne od porodično-pravne reprezentacije. Za dokaz da je testamentalno nasljedivanje izgradeno prema zakonskom ne sme služiti *sui* nego *necessarii heredes*, jer oni nisu tako nazivani što su postojali nasljednici i protiv volje testatora nego naprotiv što su se morski primati nasljedja i protiv svoje volje, ako je samo to htio ostavilac (prinudni nasljednici)¹⁶⁾.

Postepeno razvijanje slobode testiranja ogleda se i kod ostalih naroda. Taj razvitak je spor i prolazio je kroz razne faze. Takav je slučaj s germanskim, francuskim i engleskim testamentom.

¹⁶⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 96.

U najstarije doba germanskog prava testamenat nije bio poznat. Pri njegovom razvitku interesantnu je ulogu odigrao takozvani izvršilac testamenta. Ti izvršioci u staro doba nose ime »*Salmänner*«, povjerljive ličnosti, u čije se vjerne ruke predavalо dobro svečanim poklonom da bi ga oni poslije smrti ostavioca predali određenim licima¹⁷⁾. Zaodjevali su, dakle, posljednju volju u formu pravnog posla među živima da bi joj na taj način što više osigurali izvršenje. S obzirom na porodični kolektivizam testamenat je u germanskom pravu bio nepoznat.

U *leges barbarorum* kod Franaka se spominje ustanova *affatomie*, a kod Lombardana *tinx*. Ove ustanove zamjenjuju testamenat, ali pod uslovom da ostavilac nema djece ili kad žive potomke opravdano isključi iz nasljedstva. To je bila neka vrsta *adoptio in hereditate*, koja se vršila pravnim poslovima među živim.

Tek u kasnije doba se pod uticajem crkve javlja testamenat. »Radi spasenja svoje duše vjerni su na slučaj smrti činili poklone siromašnim i zavještanju u korist crkvenih ustanova«¹⁸⁾.

Nešto slično je bilo i u engleskom pravu. I tu je kod testamenta vrlo važnu ulogu igrao izvršilac koji se održao sve do najnovijeg vremena. Ti izvršioci nose ime »*Trustees*«, kojima se u testamentu povjerava izvršenje posljednje volje i koji u engleskom pravu igraju mnogo važniju ulogu nego izvršioci u ostalim pravima.

Ni starom slovenskom ni srpskom pravu nije bilo poznato ni zakonsko ni testamentalno nasljedivanje. Pod uticajem Vizantije i prilično razvijene trgovine, te raspadanja porodičnih zajednica, u srednjevjekovnoj srpskoj državi javila se individualna svojina i s njom pravo nasljedstva srodnika. To je važilo za vlastelu. Izgleda da je testamenat bio nepoznat¹⁹⁾.

Iz svega izloženog se može izvući zaključak da je najvjerojatnije da sloboda testiranja nije bila poznata u početku pojedinih pravnih sistema ni kod jednog naroda nego se postepeno razvijala, dok je dobila svoj posljednji stepen. Doduše, ne može se tačno tvrditi da se ta sloboda morala razvijati onako kako to pravnici prepostavljaju i kako smo mi pokušali da

¹⁷⁾ Paul Wilutzky, op. cit. s. 179.

¹⁸⁾ Dr. Branislav Nedeljković, Porodica i nasljedstvo, »Arhiv«, 1940., str. 22.

¹⁹⁾ Dr. Branislav Nedeljković, op. cit. str. 23.

iznesemo. Moglo je biti i nekih otstupanja od toga. Ali se može sa sigurnošću tvrditi, da se sve razvija po izvjesnim logičnim i vječnim zakonima.

Pravnici su pokušali razvitak testamenta svrstati po periodama. Taj razvitak se veže za razvitak institucije svojine. U najstarije doba je svojina pripadala porodici. U to doba je moglo biti neke vrste testamenta i to u naročitoj formi pomoći usvajanja nekog u porodici, *adoptio in hereditate*. Razvijanjem individualne svojine pojavljuje se više testamenata kao na primjer u obliku poklona na slučaj smrti. Svečana forma se manifestovala pomoći posrednika koji bi izvršio poklon. Poklonoprimec bi na primjer došao u kuću poklonodavca i častio. Kasnije nije trebao ni posrednik, dok se nije na koncu razvila i potpuna privatna svojina.

2. Sloboda testiranja u savremenim zakonodavstvima. — U dosadanjem našem izlaganju htjeli smo da iznesemo gledišta pravnih pisaca i istoričara u pogledu slobode testiranja u najstarije doba pravnog razvitka kod pojedinih naroda, čiji su pravni sistemi imali uticaja na savremena zakonodavstva. Najviše smo se pazabavili u tom pogledu na istoriji rimskog prava i njegovog razvitka, jer je rimsko pravo poslužilo mnogim zakonodavstvima kao osnov. Osim toga dugo je vremena vladalo mišljenje u svijetu da ono nosi u sebi univerzalni karakter. To je imalo velikog uticaja pri kodifikacijama nacionalnih prava. Sva zakonodavstva koja su prožeta njegovim duhom uzela su kod nasljednog prava rimsku koncepciju u pogledu raspolažanja imovinom na slučaj smrti. S manjim ili većim korekcijama svuda je usvojena sloboda testiranja kakva je postojala u klasično doba rimskog prava. Smatralo se da je sloboda pravilo a ograničenje samo izuzetak koji vrijedi za najbliže srodnike ostavioca. Ova sloboda je naročito odgovarala filozofskim shvatanjima koja su vladala u doba ovih kodifikacija. Individualizam se ogledao i u slobodi raspolažanja svojom imovinom kako *inter vivos* tako i *mortis causa*. I u slučaju kad se *defunctus* ne posluži pravom da slobodno može napraviti raspored svoje imovine na slučaj smrti nego ostavi to volji zakonodavca, smatra se da je i tada njegova volja bila presudna u pogledu njegove imovine. Smatra se da je on baš htio da uzmu njegovu imovinu poslije njegove smrti lica koja zakon određuje. To je upravo njegova pretpostavljena volja,

njegov prečutni testamenat. Takve koncepcije su usvojene kod svih zakonodavstava koja su bazirana na pandektnom pravu. Takav je slučaj s francuskim, austrijskim, srpskim i drugim gradanskim zakonicima.

Prva kodifikacija je izvršena u Francuskoj. Iako je zakonom od 7. ožujka 1793. bila ukinuta sloboda testiranja iz političkih razloga da se ovim putem ne bi uspostavili odnosi koji su postojali prije Revolucije, ona je ponovo uvedena s institucijom nužnog nasljednog prava²⁰⁾). Testamenat je kod ovih zakonodavstava glavni osnov za pozivanje na nasljedstvo.

Interesantno je da se pomene propis § 422. sovjetskog gradanskog zakonika koji govori o raspolažanju imovinom na slučaj smrti. Prema tome propisu testamenat je naredba za slučaj smrti o predaji imovine licima koja po zakonu imaju pravo na nasljedstvo. To su potomci, preživljeli bračni drugovi i sva druga lica, pod uslovom da su nesposobna za rad, da su najmanje godinu dana prije ostaviočeve smrti bila od njega izdržavana. Testamenat postoji i u slučaju ako se radi o raspodjeli imovine pomenutih lica u drukčijoj srazmjeri nego je to predviđeno zakonom. Testator može testamentalnom nasljedniku naložiti legat, nalog, ali samo u korist zakonskih nasljednika koji se u ovom slučaju smatraju kao povjerioci de *cuius-ovi*²¹⁾.

²⁰⁾ Dorde Krstić, Nasljede na seoskim dobrima, »Arhiv«, 1929., str. 182.

²¹⁾ Dr. Arsen Čubinski, op. cit. str. 452.

DRUGI DIO

**NASLJEDIVANJE I SLOBODA TESTIRANJA
PRIJE ISLAMA KOD ARAPA**

U prvom dijelu ovoga našeg rada nastojali smo da pružimo jedan letimičan i kratak pregled istorije testamenta i slobode raspolaganja imovinom na slučaj smrti. Pri tome smo se držali uobičajene prakse pa smo taj razvitak prikazali u glavnom na rimskom pravu. Ujedno smo pokušali da tome razvitu damo jedan opći karakter, ispitujući uzroke i uslove pod kojima se razvijala sloboda testiranja.

U ovom dijelu pokušaćemo da ispitamo kakav je bio sistem nasljeđivanja kod Arapa prije islama. Pri ovom ispitivanju ne smijemo ispuštiti izvida specijalne društvene prilike prije islama kod Arapa, kao i sve druge važnije okolnosti koje su uticale na razvitak njihova života.

Arapsko Poluostrvo na kome se razvijao život predislamskih Arapa s malim izuzecima je pješčana pustinja koja nije pružala dovoljno uslova za normalan razvitak jednog kulturnijeg života. Materijalni život, osim u rijetkim oazama i primorskim mjestima, bio je vrlo oskudan i bijedan. Dok je u primorskim krajevima i tim oazama bila razvijena zemljoradnja, u ostalim dijelovima poluostrva je stočarstvo bilo glavno zanimanje. Predislamska arapska poezija koja je ogledalo kako duhovnog tako i materijalnog života odiše pustinjskim i nomadskim životom. Pustinjski Arap je stalno u pokretu, tražeći bolje uslove za život. Njega nema šta da veže za jedno mjesto. Zemlja mu nije mogla pružiti ni najpotrebnije za održanje golog života. To ga je sililo da traži bolje uslove za život. Ta teška životna borba razvijala je u njemu ratnički duh koji je prelazio u otimačinu i pljačku. Ovo je gotovo glavno zanimanje i jedino sredstvo za održavanje života. Ovi slabi i teški životni uslovi ogledali su se i na duhovnom stvaranju ovog naroda. Smisao za veću i jaču društvenu zajednicu nije se mogao razviti u dovoljnoj mjeri i zbog slabih komunikacionih uslova. Tu je povoljan teren za razvitak porodičnog i plemenskog egoizma. Nešto bolji uslovi

za duhovni razvitak bili su u gradovima u kojima je cvala trgovina. Na jugu Arabije cvalo je kulturni život. Isto tako na sjeveru pod uticajem persijske i vizantijске kulture. Međutim, u centralnoj Arabiji, može se reći, da nije bilo nikakve kulture, jer nije bilo ni stalnog zadržavanja na jednom mjestu. Dok su se na sjeveru i jugu miješali pomoću trgovine s kulturnim narodima, oni iz centralne Arabije, izolovani od svakog uticaja, pravili su zasjede i pljačkali karavane, koje su prolazile kroz pustinju i nosile trgovačku robu.¹⁾

Pogrešno je mišljenje koje vlada u svijetu da su Arapi prije islama bili posve izolovani od ostalih naroda koji su u to doba bili nosioci kulture. To se može reći samo za one iz centralne Arabije. Međutim, Arapi iz ostalih dijelova Arabije održavali su vezu i u materijalnom i u duhovnom pogledu sa susjednim narodima. Trgovina, uticaj grčke i persijske kulture, razne misije jevrejstva i hrišćanstva, koje su navaljivale na Arapsko Poluostrvo s namjerom da prošire svoju vlast, nisu bile bez ikakva uticaja. Arapsko se Poluostrvo nalazilo, dakle, između dvije velike kulture, na istoku persijske a na zapadu grčke. Međutim, taj uticaj nije bio koliki bi se mogao očekivati, jer osvajanje ovog poluostrva zahtjevalo je mnogo i ličnih i materijalnih žrtava²⁾. Arapi su mnogo izostajaliiza svojih susjeda u kulturnom pogledu. Živjeli su po plemenima. Oni iz centralne Arabije su se stalno selili od mjesta do mjesta, te kao nomadi nisu bili vezani ni za jedno određeno mjesto. U razna godišnja doba sa svojim blagom obilazili su pojedine predjеле, tražeći vode i paše. Arapi prije islama nisu potpadali pod uticaj kulture svojih susjeda iz više razloga. Oni su se razlikovali po svojoj prirodi od njih, razdvajalo ih je more, brda i pustinje, a naročito one iz centralne Arabije, velika udaljenost od grčkog i persijskog društvenog i duhovnog života. Osim toga arapski je narod bio nepismen i rijetko se nalazilo lica koja bi znala čitati i pisati. Primali su od susjeda samo ono što je bilo pristupačno pustinjskom čovjeku. Teški životni uslovi stvorili su od Arapa tip površnog čovjeka koji ne produbljuje stvari, nego ih gleda okom jednog praktičara koji traži neposrednu korist od njih, što nije slučaj kod Grka i Perzijanaca.

¹⁾ Ahmed Emin, *Fedžrul islam*, III. izdanje, Kairo, 1935., s. 6.

²⁾ Ahmed Emin, *Fedžrul islam*, III. izdanje, Kairo, 1935., s. 19.

Interesantno je naglasiti da žena kod Arapa prije islama u mnogim granama života učestvuje zajedno s muškarcem. Ona privređuje zajedno s njim. Samo što nije bila sposobna za rat, a rat je bio osnov i izvor života. Zato je žena bila zapostavljana, jer su prava bila prema dužnostima.

Iako su Arapi prije islama živjeli po plemenima odvojeno, postojala je veza koja je spajala Arape cijelog poluostrva u jednu nacionalnu zajednicu. Ta veza je pojačavana opasnošću od zajedničkog neprijatelja koji je stalno navaljivao na njih. Ta se veza njegovala održavanjem naročitih godišnjih skupova i proglašenjem Meke svetim mjestom svih Arapa. Osim toga pojedina plemena su nastojala otkloniti međusobna neprijateljstva pomoću bračnih veza između se.

Poznato je, da se pojedini narodi imaju se razlikuju kao i same individue po običajima, shvatanjima, stepenu inteligencije i u svemu drugom što se odnosi na duhovnu i materijalnu kulturu.

Već smo podvukli da pustinjski Arap ne nalazi dovoljno uslova za život u zemlji na kojoj se kreće. Zemlja je za njega samo prostor za stanovanje. Neplodnost zemljišta je uzrok da se više cijenila pokretna imovina od nepokretne. Pokretnu može da nosi sa sobom i da je lakše pribavi. Sva njegova imovina sastojala se iz najnužnijih stvari za život — život kojim živi pustinjski Arap. Kao najglavniji i gotovo jedini izvor njegova bogatstva je deva. Ona ga svojim mlijekom i mesom hrani, svojom dlakom i kožom odijeva, a u pustinji služi kao najbolje saobraćajno i prenosno sredstvo, koje nazivaju pustinjskom ladom.

Usljed slabih i oskudnih materijalnih uslova i duhovni razvitak je bio slab i neznatan. Jednostavni i primitivni pravni saobraćaj nije mogao zahtjevati ni stvoriti neki razvijeniji pravni poredak, a pogotovo privatno-pravni. Zbog bijede i siromaštva stanovnici Arapskog Poluostrva nisu mogli ni sanjati o nekom duhovnom razvitu i napretku. Oni su silom prilika praktični i nisu ih mogli ineteresovati neki dublji problemi, jer se morao na prvom mjestu boriti za svoje održavanje.

Kod Arapa prije islama nije postojala neka organizovana vlast niti sudstvo koje bi štitilo red i bezbjednost i koje bi dijelilo pravdu među plemenima i pojedincima. Kako pojedinci tako i pojedina plemena su obično samovlašćem rješavali međusobne

odnose³⁾). U najviše slučajeva se rješavalo silom i oružjem. Uzurpacije su bile redovna pojava. Veli se da su najumijereniji privezivali svoje pse na plodnim zemljištima pa dokle bi dopirao lavez pasa, računalo se da su ta zemljišta pripadala odnosnom licu.

Ne može se poreći da i najprimitivnije društvene zajednice nemaju nekog uređenja i propisa koji regulišu njihove odnose. I Arapi u najstarije i najprimitivnije doba svoje istorije imali su izvjesno pravno uređenje koje je bilo nerazvijeno i primitivno i nije se dovoljno osjećalo u međusobnom životu.

Među Arapima prije islama dijelili su pravdu i rješavali sporove jedna vrsta izbranih sudija. To su obično bili ugledni ljudi koji su se odlikovali sposobnošću i popularnošću u plemenu. Oni su najviše sudili u sporovima koji bi nastali uslijed takmičenja u junaštvu, slavi, vrlinama, položaju u društvu, slavnom rodu i porijeklu i drugim. Svako pleme je imalo ovakve ljudе kojima bi se obraćali svojevoljno⁴⁾. Ove sudije nisu konzultovali neke pisane i kodifikovane zakone niti su im služili neki poznati propisi. Oni su se pridržavali običajnog prava i tradicije. Nekad su sudili na temelju svog iskustva i ličnog uvjerenja, nekad po propisima židovskog prava, koji su dopirali do njih. Propisi po kojima se sudilo nisu imali sankcije u današnjem smislu. Zavisilo je od volje parničara da li će se obratiti ovim sudijama. Presuda se nije mogla prinudno izvršiti, iako bi se stranke obratile sudu i on im studio. Presude, dakle, nisu bile izvršive u današnjem smislu riječi ni prema jednoj stranci, jer je od njihove volje zavisilo da li će se povinjavati presudi ili ne. Jedina sankcija je bila što je osuđena stranka bila izvragnuta mržnji plemena, ako ne bi dobrovoljno izvršila naloge iz presude⁵⁾.

Kako se vidi pravni odnosi a i propisi koji su regulisali te odnose bili su posve nerazvijeni. Privatno-pravni odnosi su svakako još nerazvijeniji. Propisi stvarnog, obligacionog pa i porodičnog i nasljednog prava su bili oskudni. Imovinski odnosi su specijalno bili nerazvijeni uslijed slabog materijalnog stanja. Raspolaganja među živim su bila rijetka, a pogotovo na slučaj smrti, jer smisao za raspolaganje na slučaj smrti iziskuje viši

³⁾ Ahmed Emin, op. cit. s. 276.

⁴⁾ Mahmud Šukri El Elusi El Bagdadi, II. izdanje, Egipat, 1924., I., str. 308.

⁵⁾ Ahmed Emin, op. cit. str. 276.

stepen duhovnog razvitka i privrednog života, jer imovina pripada više porodici nego pojedincu.

Materijalni napredak je jedan od najvažnijih činilaca i uslova za duhovnu kulturu. Da bi čovjek udovoljio višim ciljevima kojima teži, potrebna su mu u najviše slučajeva izvjesna materijalna sredstva. Težnja za ostvarenjem tih viših ciljeva potiču čovjeka na stvaranje i rad. Ideali i ciljevi kulturnog čovjeka gone da razmišlja kako bi ih ostvario sa stečenom imovinom. Čovječiji život je i previše kratak da bi mogao za vrijeme njegova trajanja ispuniti sve svoje želje i ostvariti ciljeve. Sem toga čovjeku je urođeno da stalno teži nekom višem idealu, do koga se obično ne dopire. Jedino što mu ostaje, to je da se nalazi na putu njegova ostvarenja. Naša nesposobnost da postignemo te svoje ciljeve za života nagoni nas da poradimo na njihovu ostvarenju i poslije naše smrti. Naša su nastojanja kroz čitav život angažovana da obezbjedimo poštovanje naše volje. Štaviše htjeli bi da osiguramo njeno poštovanje i poslije smrti. Nagon za životom nas sili da po svaku cijenu živimo i poslije naše smrti. Mi dajemo pravac životu u kome više fizički ne učestvujemo. Nismo zadovoljni s kratkoćom našeg života, pa hoćemo da osiguramo sebi prije smrti da se naša volja respektuje i po prestanku života, bar u pogledu plodova našeg ličnog rada i truda. Zadovoljnije umiremo kad smo uvjereni da će naša volja biti poštivana u pogledu onog zašto smo se borili, dok smo bili u životu. Otud se stvorila ideja da vječito zadržimo svoje pravo na dobrima koja smo stekli. Smrt nam dopušta da uživamo svoja dobra samo izvjesno vrijeme. Zato nastojimo da odredimo lice koje će zauzeti naše mjesto i uživati to pravo mjesto nas.

Nas specijalno interesuje kako su bili regulisani odnosi kod Arapa prije islama u pogledu univerzalne i singularne sukcesije na slučaj smrti. Da bi mogli pravilno shvatiti i tumačiti šeriatske propise, moramo poznavati odgovarajuće propise koji su važili kod Arapa prije pojave islama. Mnoge institucije u šeriatskom pravu ostale bi nam neobjašnjive kada ne bi konzultovali predislamsku literaturu i običajno pravo. Ima pravnika koji s pravom podvlače, da je običajno pravo Arapa prije islama jedan od pomoćnih izvora šeriatskog prava. To svoje mišljenje baziraju na kur'anskom propisu: »Slijedi put kojeg je označio Ibrahim...«. Mnoge institucije šeriatskog prava potiču iz arapskog običajnog

prava prije islama. One nam postaju jasne jedino ako poznajemo prilike i okolnosti pod kojima su stvorene. Svaka pravna institucija ima svoju istoriju koju moramo poznavati da bi je mogli pravilno shvatiti i u društvu primjenjivati. Takav je slučaj i sa šeriatskim pravom. I ukoliko je islam donio nove norme i propise, oni će nam biti shvatljivi istom kad ispitamo kakvi su propisi regulisali izvjesne životne odnose prije pojave islama i da li su isti zadovoljavali životne potrebe, te šta je nagnalo zakonodavca da ih zamijeni ili reformiše i saobrazi novim potrebama društva. Sem toga potrebno je naglasiti da islam, i kao vjera, nije stavio van snage sve što je prije njega bilo. On je naprotiv imao da usavrši ono što je zatekao. To se naročito primjećuje kod propisa koji regulišu odnose među ljudima. On je mnoge ustanove zadržao kakve je zatekao, jedan najveći broj prilagodio je novim potrebama ljudske zajednice, a dokinuo je samo one institucije i propise koji su bili u suprotnosti s moralnim principima njegovog učenja. Iz navedenih razloga potrebno je ispitati organizaciju društva prije islama i norme koje su regulisale odnose u njemu.

Što se tiče privatnog prava možemo reći da imamo vrlo malo podataka koji bi nam mogli pružiti jednu sliku o regulisanju privatno-pravnih odnosa prije islama. I ukoliko bi se moglo naći, to je razbacano po raznim djelima koja se ne bave specijalno pravom. Šeriatski pravnici, izgleda, da nisu mnogo pažnje posvećivali običajnom pravu koje je živjelo prije islama. Izgleda nam da je uzrok tome što je to običajno pravo bilo vrlo primitivno, a naglim širenjem islamske države i dolaskom u dodir s daleko kulturnijim narodima, bili su kulturno pobjedeni od njih, te nisu ni obraćali toliko pažnje na primitivno običajno pravo Arapa prije islama. Sem toga jedna velika većina šeriatskih pravnika nije poticala iz Arabije u kojoj se islam pojavio. To se može vidjeti i kod pravnih škola na čije predstavnike utiče središta iz koje su ponikli i u kojoj su se razvijali.

Zato smo prisiljeni da u mnogim slučajevima pravimo pretpostavke u pogledu pojedinih propisa koji su važili prije islama. Osim toga nekad možemo i indirektno iz šeriatskih propisa zaključiti, kako su pojedini životni odnosi bili regulisani prije. Zato nam mogu da posluže vrlo dobro primjeri islamskog zakonodavca koji se služio postepenim donošenjem propisa kod pojedinih društvenih odnosa.

Poslije ovih općih napomena pokušaćemo ispitati kakav je naslijedni sistem vladao u arapskom društvu prije pojave islama. Ispitaćemo na koji se način likvidirala imovina jednog lica na slučaj smrti i kako se vršila sukcesija te imovine s jednog lica na drugo. Potrebno nam je, dakle, ispitati da li je bilo individualne svojine, kako se raspolagalo s njom, da li je prelazila na intestatske ili testamentalne naslijednike. U prvom dijelu ovog našeg rada mi smo se opredijelili za tezu koja zastupa mišljenje da u najstarije doba društvenog razvitka nije ni bilo naslijedivanja u svojinu u današnjem smislu riječi, jer je sva imovina pripadala zajednici, porodici kao pravnom licu, koja nije izumirala a koja se i vještački obnavljala adopcijom, te da su članovi te zajednice dobivali izvjesna dobra samo na uživanje. Pošto nije bilo nikad defunctusa, to nije moglo biti ni riječi o naslijedivanju. Isto tako kad se razvila institucija naslijeda, prvo je bilo intestatsko naslijedivanje, a poslije toga dolazi sloboda testiranja i testamentalno naslijedivanje.

Ne mogu se poreći izvjesni zakoni po kojima se upravlja razvitak društva. Savršenije forme pojedinih pravnih institucija su svakako kasnijeg datuma. U načelu svako društvo mora proći kroz izvjesne faze svoga razvitka, dok dostigne savršeniju formu. Nama izgleda da se ova opća načela mogu primjeniti i na arapsko društvo prije pojave islama. Činjenica je, da su Arapi prije islama živjeli najprimitivnijim životom. Njihov život je bio strogo plemenski. Iako su postojale neke veze između pojedinih plemena, poznato je opet da su između njih vođeni trajni ratovi koji su nekad trajali i po 40 godina. Da bi mogli dobiti jednu jasniju sliku o sukcesiji imovine na slučaj smrti, potrebno je ispitati sve okolnosti koje bi mogle da utiču na ovu instituciju.

Prije svega smo konstatovali da institucija naslijeda stoji u vezi s ustanovom privatne svojine, porodice, kao i državne zajednice.

Iako je postojala neka veza koja je okupljala Arape s cijelog poluostrva, ipak je plemenski osjećaj toliko njegovan i bio odlučujući da se može slobodno tvrditi da je pleme sa svojim interesima bilo iznad svega. Pojedinac se posve gubio u tom kolektivu i o njemu se vodilo računa samo kao o jednom članu plemena, te povreda časti i interesa pojedinaca su bila identična s čašću i interesima plemena. Arapski nacionalizam

je bio u dosta velikoj mjeri razvijen, kad su dolazili u pitanje Arapi i drugi narodi. Arapi su strogo vodili računa o pri-padnosti pojedinim plemenima i njihovim ograncima. To se najbolje vidi iz njihovog odličnog poznавanja geneologije. Svaki Arap je poznavao više desetina djedova i pradjedova od kojih je poticao. Oni su taj rodoslovni lanac obično vezali za neke vjerovjesnike i Božije poslanike. Koliko je to bilo kod njih razvijeno najbolje se vidi iz toga, što su i za svoje konje znali po 15—20 koljena od koga su poticali i to kako mušku tako i žensku lozu. Mnogo su poklanjali pažnje svom porijeklu i čuvali da se ne miješaju s neodgovarajućim i nedostojnim članovima drugih plemena. Dakle, plemenski osjećaj je bio razvijen do maksimuma.

Porodična je veza takođe jaka. Porodice su male ćelije plemena, male jedinke od kojih je sastavljeno pleme. Porodica je najmanja društvena jedinica, te ukoliko je u njoj zdrav život, utoliko će i samo pleme, sastavljeno od njih, biti jako i veliko. Koliko je jaka veza između pojedinih članova u porodici, te porodicā kao članova plemena možemo posredno zaključiti iz propisa koje zavodi islam. Društveno uređenje kod Arapa prije islama bilo je nepodesno za jači kulturni razvitak, nije bilo u stanju da odolijeva navalama sa strane, kao što nije zadovoljavalo ni potrebe unutrašnjeg arapskog društvenog života. Ono se moralo postaviti na druge, zdravije temelje. Trebalo je otkloniti sve smetnje i prepreke koje su podržavale neslogu i razdor među pojedinim plemenima pa i čitavim arapskim narodom. Islam dolazi s novim učenjem, novijim principima, novim društvenim uređenjem. Na prvom mjestu postavlja principe koji će ujediniti u jednu zajednicu politički i vjerski razjedjeni arapski narod. Nastoji da otkloni uskogrudnost i egoizam porodice, plemena pa i arapskog nacionalizma. Islam je imao u zamisli jednu sveopću ljudsku zajednicu u kojoj se pojedinci ne cijene po pripadnosti izvjesnim porodicama, plemenima ili nacijama. Ljudi se cijene po svojim ličnim sposobnostima i vrlinama. Ljude treba cijeniti po tome koliko koriste ljudskoj zajednici. Kod Boga je najpribraniji onaj koji je najpobožniji, koji se vlada po propisima religije, inne ekremekum indallahi etkakum⁶). Iz ovog propisa možemo indirektno

⁶⁾ Ahmed Emin, op. cit. str. 86.

zaključiti da prije pojave islama postoji jedan drugi kriterijum po kome se ljudi cijene, da li pripadaju izvjesnim porodicama, plemenima i nacijama.

Da bi bila što čvršća porodica i pleme morale su sve pravne institucije koje su djelovale u tom pravcu odgovarati tim ciljevima. Vjerovatno da nije bilo individualne svojine u današnjem smislu, u smislu rimskog prava, izuzam u mjestima gdje je cvala trgovina kao u Meki i drugim mjestima. Sva dobra, kako pokretna tako i nepokretna, izgleda, da su pripadala porodici, plemenu kao pravnom licu. Pojedinci su mogli dobiti u svojinu samo najnužnije i najpotrebnije predmete s kojima su se služili svakodnevno. Kroz istoriju se pravo pojedinaca u pogledu sticanja svojine na pojedinim stvarima mijenjalo. U koliko se već i davalo slobode pojedinim članovima da raspolažu s dobrima zajednice, to je bilo u interesu upravljanja i raspolaganja za potrebe same zajednice. Trebalo je da prođe mnogo vremena, da se pojedincima dozvoli raspolaganje tim dobrima *inter vivos*. Pojedinac se gubio u zajednici i sve njegove funkcije i pravni poslovi bile su funkcije same zajednice, te nisu mogle u principu ići na štetu nje same. Njeni članovi su samo njeni oruđe, njeni organi koji u ime nje funkcionišu. Ti članovi su postojali u interesu porodice i plemena. Porodica je vezala članove u jedan snop, da bi postala što jača. Ideja porodične veze i solidarnosti razdvajala je društvo na jedan beskonačan broj odvojenih tabora s posebnim i egoističnim ambicijama, što smeta radanju i razvijanju bratskog osjećanja među ljudima⁷).

Istorijska nasljeđa se osnivala u najstarije doba na postojanju jedne zajednice kojoj prema tome pripadaju sva dobra jednog lica. Ta zajednica je u prvi mah pleme, ali se dočnije ograničila na porodicu⁸).

Porodica kao titular prava ne nestaje. Ona je vječita, a oni kojih nestaje jednih za drugim, to jest članovi porodice, nisu titulari prava. Na taj način, po ovom shvatanju, onaj koji se zove naslijednikom, to u suštini nije: on ne može naslijediti, jer da bi se naslijedilo treba da postoji *de cuius a de cuiusa* nema, pošto porodica ne umire. Članovi koji prethode tobožnjem naslijedniku nisu bili sopstvenici dobara, ona su porodična a oni

⁷⁾ Živojin Perić, op. cit. str. 103.

⁸⁾ Dr. Borislav T. Blagojević, Zakonsko nasljeđivanje u svojinu između bračnih drugova, »Arhiv«, 1939., str. 222.

samo plodouživaoci^{8a)}). Ovo shvaćanje odstranjuje svaku ideju nasljedivanja.

Porodica je bila stub religioznog, nacionalnog, privrednog i moralnog. Ovdje prošlost i tradicija igraju vidnu ulogu. Porodica je prošlost, sadašnjost i budućnost. Mrtvi žive u ličnostima živih.

Nama izgleda da se ova opća načela primitivnog društva mogu primjeniti i prepostaviti za Arape prije islama, bar u najstarije vrijeme. Istim u kasnije doba se moglo razviti pravo nasljedivanja. Nama izgleda da je član porodice i plemena u najstarije doba samo izuzetno mogao raspolagati dobrima koja su pripadala toj zajednici. Trebalo je vremena da ti članovi mogu sticati dobra za sebe i da s njima mogu slobodno raspolagati *inter vivos*. Svakako je kasnije priznato pravo pojedincima da s tim istim stvarima mogu raspolagati i na slučaj smrti. Prvo sa stvarima koje su im pripadale kao njihova osobina.

Težište našeg pitanja je, da li je u Arabiji prije islama postojalo intestatsko ili testamentalno nasljedivanje. Već smo napomenuli da ne raspolažemo s dokumentima koji bi nam mogli pružiti sigurne i neosporne dokaze o tom pitanju. Iz svega izloženog mi bi mogli primiti pretpostavku da je posve logično da je moralo predhoditi zakonsko nasljedivanje koje je u prvom redu imalo u vidu interes porodice koja se održavala pomoću muških potomaka. Ovu pretpostavku osnivamo i na činjenici što je nečega sličnog bilo kod starih Jevreja koji s Arapima zajedno pripadaju istom stablu ljudskog roda — semitskog porijekla. Kod Jevreja u najstarije doba dok su se još bavili poljoprivredom u Palestini svako pleme je imalo svoju posebnu teritoriju, a svaka porodica opet svoj odijeljeni dio. S obzirom na porodični karakter zemljišta nastojalo se da imanje ostane u porodici. Tim se objašnjava da su pri nasljedivanju imali prednost muški nad ženskim potomcima pa su i najbliži srodnici mogli međusobno stupiti u brak, samo da se održi imovina u porodici⁹). Osim toga može nam poslužiti kao primjer koliko se nastojalo da se održi porodica kao pravno lice i to, što je običajno pravo u Arabiji priznavalo ugovore o

^{8a)} Strabos Erdbescheibung, üb. Dr. A. Forbiger, IV., S. 76., № 783., Berlin, dritte Auflage, 1855.—1908. Navodi Dr. M. Begovića: Šeriatsko bračno pravo, Beograd, 1936., str. 29.

⁹⁾ Đorđe Krstić, op. cit. str. 181.

potpunoj adopciji. Ovi ugovori su bili dosta česti i zasnivali su između usvojioца i usvojenika civilno srodstvo i nasljedni odnos. Usvojeno dijete ulazilo je u porodicu svoga usvojioца i uživalo sva prava i imalo sve dužnosti kao rođeno dijete¹⁰⁾). U početku je islam trpio adopciju, ali je kasnije ukinuta kao ustanova koja je bila na štetu krvnih srodnika. Islam nije htio da trpi vještačkih porodica. Osim toga islam je nastojao da raskine čvrstu vezu porodice koja je prije njega održavana u Arabiji, jer je to išlo na uštrb razvijanju osjećanja za jednu širu ljudsku zajednicu. Islam je nastojao da porodici da njenu odgovarajuću ulogu, te da oslabi njen strogi egoizam koji je vladao prije islama. Prema običajnom pravu prije islama u Arabiji se vodilo mnogo računa o tome da se dijele prava prema dužnostima. Zato je mogao naslijediti samo onaj muški najbliži srodnik koji je mogao »jahati konja« i »sablu pasati«. Dakle, samo onaj koji je mogao ratovati i svoje štititi od neprijatelja. Ženske, kao ni muška djeca, nisu mogli naslijediti, jer su bili nesposobni za rat koji je bio glavni izvor bogatstva i jedan od načina sticanja imovine¹¹⁾). Arapi su oštro reagirali kad je islam dao prava nasljedja ženskim licima i djeci. Iz toga proizlazi da su pozivana na nasljedstvo samo lica muškog pola i sposobna da učestvuju u ratu, jer su samo ona u stanju da održavaju porodicu i pleme i da ih oružjem brane od neprijatelja. Razumljivo je da je nasljednik morao biti unaprijed određen. Teško je vjerovati da je ostavljen na volju pojedincu da odredi lice koje će stupiti u imovinska prava poslije njegove smrti.

Postavlja se pitanje da li je pored zakonskog nasljedivanja postojala sloboda testiranja. Nama izgleda da te slobode nije bilo uopće. Ukoliko se razvila, to je moglo biti samo u kasnije doba, pred samu pojavu islama. Međutim, ne može se poreći da te slobode nije bilo pred pojavu islama. Iz tradicije se vidi da se u izvjesnim slučajevima moglo slobodno raspolagati na slučaj smrti cijelom imovinom, ako nije bilo muških za rat sposobnih srodnika. Muški srodnik je vjerni čuvar ognjišta, običaja, svetih tradicija, porodičnih uspomena i imovine svojih predaka. To se samo posredno da zaključiti. Međutim, nama ovo ne izgleda prihvatljivo. Mogli bi primiti pretpostavku da je postojala sloboda raspolaganja izvjesnim dijelom

¹⁰⁾ Dr. Mehmed Begović, O adopciji u šeriatskom pravu, »Arhiv«, 1934., str. 29.

¹¹⁾ Taberi, Tefsir, IV., str. 185.

svoje imovine u obliku legata. Ni sam islam ne poznaje testamentnih nasljednika pa je teško pretpostaviti da ga je poznavalo arapsko običajno pravo. Mi smo već naglasili da je testamentno nasljeđivanje znak jednog razvijenijeg društvenog oblika. To se može vidjeti i iz Muhamedove izreke da nasljednika određuje Bog, i daje svakom njegov dio. Ne govore nam nikakvi ozbiljniji razlozi da bi islam ukinuo tu slobodu da je postojala. Donekle bi moglo da nas na to navede ukidanje ugovornog nasljeđivanja koje je važilo u Arabiji prije islama. Mogao bi biti razlog tome sprječavanje pojedinaca da eventualno ne bi zloupotrijebili to svoje pravo na štetu zajednice koju je islam imao na prvom mjestu u vidu. Najpričliji je mišljenje da je postojala sloboda raspolažanja na slučaj smrti izvjesnim dijelom imovine u vidu legata. Poznato je da je bio običaj kod Arapa da ostavlaju legate stranim licima da bi se mogli ponositi i hvalisati. Tim bi se mogao najlakše objasniti kur'anski propis koji u početku islama stavlja u dužnost pojedincima da ostavlaju legate poslije svoje smrti roditeljima i najbližim srodnicima. Kur'an usvaja propis običajnog prava o slobodi zavještanja samo što ga čini obaveznim u pogledu roditelja i najbližih srodnika. Što se tiče drugih lica, to prepušta slobodnoj volji pojediaca.

Ima pravnika koji zastupaju mišljenje da je sloboda testiranja postojala daleko prije islama, ali pod izvjesnim uslovima. Oni vele da je arapsko običajno pravo dozvoljavalo licima koja nemaju muškog potomstva da slobodno raspolažu cijelom imovinom u korist samo muških lica koja su sposobna da »konja jašu« i »sablu pašu«, jer nasljednik odnosno legatar mora biti u stanju da se brani od neprijatelja i da štiti svoja dobra. Kao argumenat njima služe i slijedeće tradicije, čiji je sadržaj određivanje dijela s kojim se može po volji raspolažati na slučaj smrti. Ovo se desilo kad je bio bolestan Muhamedov drug Sad ibni Ebi Vekas. Kad ga je Muhamed posjetio ovaj ga je upitao da li može testirati sa $\frac{2}{3}$ svoje imovine, jer je mnogo bolestan, a ostavlja iza sebe samo jednu kćerku. Kad mu Muhamed nije odobrio, on ga je pitao za $\frac{1}{2}$. I za to je dobio negativan odgovor. Za $\frac{1}{3}$ dobio je odgovor: »Da, ali je i $\frac{1}{2}$ mnogo, jer bolje je ostaviti nasljednike bogate nego ih ostaviti da prosjače«¹²⁾. Iz ove tradicije pravnici izvode zaključak da je

¹²⁾ Buhari, Sahih, Egipat, 1311., sv. IV., str. 3.

pomenuti Muhamedov drug tražio mišljenje od njega da li može raspolažati imovinom kao što je mogao po običajnom pravu koje je važilo prije islama. U ovom smislu postoji još jedna tradicija koja se prenosi od Halife Omara. Njemu je došao neki Šejh i rekao: »Vladaru pravovjernih, ja sam star čovjek a imam veliko bogatstvo. Naslijediće me neki pustinjski Arapi kao dalji rođaci, čija je srodnička veza daleka. Mogu li napraviti raspored cijelom svojom imovinom?« Omer mu nije dozvolio (ja emirel muminin, ene šejhun kebirun, ve mali kesirun, ve jerisuni arabin mevali kelaletun menzuhun nesebuhum, efe usi bi mali kullihi? Kale la . . .)¹³⁾. Još jedna tradicija ukazuje da su Arapi u izvjesnim slučajevima raspolažali na slučaj smrti cijelom svojom imovinom. Priča Musab ibni Sad da je njegov otac u bolesti pozvao Muhameda i tražio od njega odobrenje da po svojoj volji napravi raspored cijelom svojom imovinom, ali mu nije dozvolio više od jedne trećine¹⁴⁾.

Cinjenice koje su odlučivale da neko može biti nasljednik izvjesnog lica jest krvno srodstvo i ugovor. Po krvnom srodstvu, kao što smo napomenuli, mogli su naslijediti muški srodnici sposobni za rat i sposobni da donesu pljen. Djeca kao ni ženski srodnici nisu mogli biti nasljednici.

Na temelju ugovora mogao je neko naslijediti, ako se dva lica saglase da će jedan za drugog platiti krvarinu u slučaju ako jedan od njih izvrši ubistvo, da jedan za drugog odgovara i da preživjeli naslijedi. Drugi slučaj je ugovor o adopciji. U tom slučaju bi posinak dobio ime i pravo nasljedstva na zastavštinu poočima (usvojioca)¹⁵⁾.

¹³⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, Iltizamut-Teberruati, Kairo, 1933., str. 516.

¹⁴⁾ Muslim, Sahih, V., 71, 1331.

¹⁵⁾ Mehmed-Ali Čerimović, Šeriatsko nasljedno pravo, Sarajevo, 1937., str. 3.

TREĆI DIC

TESTAMENAT U ŠERIATSKOM PRAVU

§ 1.

POJAM NASLJEDNIKA U ŠERIATSKOM PRAVU

Zakoni moraju odgovarati potrebama života jednog naroda, njegovu karakteru, kulturnim, političkim i socijalnim prilikama. Svi narodi baziraju svoje pravne sisteme gotovo na istim pravnim principima. Oni se razlikuju samo u pojedinstvima koje karakterišu pojedine narode. Takav je slučaj i sa šeriatskim pravom. Pojam nasljednika u šeriatskom pravu ne slaže se s onim u savremenim zakonodavstvima. Mi smo vidjeli da se taj isti pojam ne poklapa u prvim počecima razvijatka nasljednog prava s pojmom koji se razvio tokom istorije. U prvo doba razvijatka nasljednog prava nasljedivala se samo aktiva imovinskih prava ostaviočevih. Dugovi su ostajali neisplaćeni i za njih nasljednik nije odgovarao. Pojam univerzalnog sukcesora koji je poznat u svim savremenim zakonodavstvima nije bio poznat ni u prvo doba rismkog prava. Njega su životne potrebe stvorile kasnije. U prvo doba nasljednik stupa u imovinska prava ostavioca samo u pogledu njegove aktive. Upravo on nasljeđuje samo imovinu a ne ostavioca kao takvog. Dugovi ostaviočevi nisu ulazili u nasljednu masu. Usljed *deminutio minima* oni su se gasili s njegovom smrću. Međutim, u toku istorije prava, pojam nasljednika se mijenja i širi. Nasljednik postaje univerzalni sukcesor, te na njega prelazi kako aktiva tako i pasiva *de cuiusa*. On stupa mjesto ostavioca u centar njegovih imovinskih odnosa. Prima na se sva prava i obaveze koje su postojale u momentu ostaviočeve smrti, a imale su imovinski karakter, te nisu bile strogo lične prirode. Ako nije bilo čiste aktive, nije se moglo ni govoriti o nasljedivanju. Dok je danas moguće da se nasljedstvo sastoji iz samih dugova, to nije bio slučaj u prvo doba njegova razvijatka. Nasljednik u savremenom smislu stupa u sva prava ostaviočeva, koja se odnose na njegovu imovinu a nisu strogo ličnog

karaktera. On ga nasljeđuje kao subjekta tih prava i obaveza a ne samo njegovu imovinu.

Ako uzmemo da postoje dvije koncepcije u pogledu nasljeđivanja: prva koja se sastoji u tome da nasljeđivanja može biti samo, ako ostavilac iza sebe ostavi imovinu koja nije prezadužena i druga po kojoj neko može biti nasljeđnik i same pasive ostaviočeve, tada možemo reći da se po prvoj nasljeđuje samo imovina, a po drugoj ostavilac sa svim svojim pravima i obavezama u pogledu imovine.

Koncepcija šeriatskog prava je bliža onoj prvoj. U šeriatskom pravu može biti nasljeđivanja samo, ako ima čiste imovine. Nasljeđnik se poziva samo na aktivu. On nikad ne odgovara za dugove ostaviočeve. Može se reći da ne postoji kontinuitet između ostavioca i nasljeđnika. Po smrti ostavioca vodi se jedan naročiti postupak u pogledu njegove imovine. To je jedna vrsta stečaja koja se otvara nad zaostavštinom. Sud u zajednici s nasljeđnicima vrši likvidaciju te zaostavštine. Prema kur'anskom propisu na prvom mjestu vrši se isplata dugova, jer to odgovara principu pravičnosti koji je izražen u rimskom pravilu: »nemo liberalis nisi liberatus«. Poslije dugova dolaze legati — raspolaganja posljednjom voljom. Ostatak imovine dijeli se među nasljeđnike¹⁾. Dakle, iz zaostavštine se prvo podmiruju pogrebni troškovi. Poslije toga dolazi isplata dugova koji su nastali prije smrti ostaviočeve. Zatim izvršenje posljednje volje u visini jedne trećine zaostavštine koja je ostala po isplati dugova. Druge dvije trećine dijele se među nasljeđnike²⁾. Prema tome kad se nasljeđnici pozovu da uzmu zaostavštinu izvjesnog lica, znači da je ta zaostavština čista od svih tereta koji bi, eventualno, mogli biti vezani za nju ili, ako je već bilo tih tereta, oni su prethodno očišćeni. Dugovi i legati biće na prvom mjestu isplaćeni. Sud će po službenoj dužnosti pozvati eventualne povjeroce i legatare da se prijave u nasljeđnu masu, da ih isplati prije nego ju je predao nasljeđnicima. Ovdje se i ne pojavljuje potreba blogodejanja popisa i odvajanja imovine ostaviočeve. Nasljeđnik se ne treba plašiti nikakvih tereta i obaveza prelaskom zaostavštine s ostavioca na njega. Zato i ne postoji ustanova prijema nasljeđstva od strane nasljeđnika. Ono na njega prelazi *ipso iure* smrću ostaviočevom. On

¹⁾ Kur'an, IV. s. Nisa-11. (»... po isplati legata i dugova«).

²⁾ Ahkami Šerija, § 582.

ga se ne može ni odreći. Jedino mu stoji na raspolaganju mogućnost da se odrekne svog dijela u korist ostalih nasljeđnika u ostavinskom postupku — što u stvari znači da taj svoj dio pokloni drugim nasljeđnicima. »Propis kojim bi se dozvoljalo nasljeđniku da se može odreći nasljeđstva potreban je samo u slučaju gdje su uz nasljeđstvo skopčani izvjesni tereti, jer se niko ne može siliti da bez svoje volje prima na se neke obaveze³⁾). Šeriatsko pravo u pogledu nasljeđivanja primilo je koncepciju koja je vrijedila u najstarije doba razvitka nasljeđnog prava. Po tom shvatanju nasljeđnik treba da iz nasljeđstva vuče neku korist, a nikako da prima neke terete na se⁴⁾). Šeriatsko pravo traži kao pretpostavku za nasljeđivanje da ima imovine koja će se naslijediti i to čiste zaostavštine, protivno savremenom pravu, po kome se mogu naslijediti i sami dugovi. Nasljeđnik po šeriatskom pravu stupa samo u prava ostaviočeva, a dugovi, koji se ne mogu isplatiti iz zaostavštine, gase se⁵⁾.

Iz svega ovog možemo stvoriti jedan zaključak da šeriatsko pravo ne poznaje pojam nasljeđnika kakvog poznaje savremeno pravo, pa prema tome ne poznaje ni univerzalnog sukcesora koji je poznat u savremenim zakonodavstvima.

Ovo nekoliko napomena o pojmu nasljeđnika iznijeli smo radi toga što će nam trebati pri ispitivanju da li šeriatsko pravo poznaje testamentalno nasljeđivanje u smislu evropskog prava

§ 2.

SLOBODA TESTIRANJA U ŠERIATSKOM PRAVU

1. Raspolaganje u visini jedne trećine. Suprotno savremenim zakonodavstvima šeriatsko pravo ne poznaje neograničenu slobodu raspolaganja imovinom na slučaj smrti. Dok savremeno pravo, s malim ograničenjima u korist izvjesnih lica, daje punu slobodu raspolaganja na slučaj smrti, šeriatsko pravo samo izuzetno dopušta pojedincima tu slobodu. Savremena zakonodavstva koja se osnivaju na principima rimskog prava drže se

³⁾ Rušnov — Posilović, Tumač općem austrijskom građanskom zakoniku, II., Zagreb, str. 205.

⁴⁾ Mih. P. Jovanović, Posmrtno imanje i nasljeđnik, »Arhiv«, 1913., str. 102.

⁵⁾ Zejlei, Šerhu Kenzir-Rekaik, Egipat, 1315., VI., s. 202.

individualističke koncepcije u pogledu slobode raspolaganja svojom imovinom, kako među živim tako i na slučaj smrti. Ta shvatanja daju odriješene ruke u pogledu sticanja dobara, u pogledu njihovog raspolaganja među živim pa i na slučaj smrti. Sva ova zakonodavstva uzimaju kao glavni osnov pri smjenjivanju generacija i uzimanju stečenih dobara, volju ostaviočevu. Volja pojedinca je slobodna i neograničena kao što je i pojedinac sloboden i neograničen. Volja je odlučujući faktor pri odlučivanju ko će da stupi na mjesto jednog lica poslije njegove smrti. Vidjeli smo da ona igra glavnu ulogu kod sva tri načina pomoću kojih se dolazi na nasljedstvo jednog lica. Ova sloboda je ograničena samo u korist izvjesnih lica koja imaju pravo na takozvani zakoni ili nužni dio nasljedstva.

Šeriatsko pravo zastupa jedno drugo gledište koje se u mnogome razlikuje od stanovišta koje su zauzela današnja zakonodavstva. Ono zastupa jedno srednje, kompromisno rješenje koje vodi računa na prvom mjestu o interesima zajednice pa onda o željama i potrebama pojedinaca. Islam sa svojim propisima daje slobodu pojedincima u granicama koje će koristiti zajednici. Islam je vodio mnogo računa o nasljednom pravu pa je najdetaljnije propisao ko će i pod kakvim uslovima moći da naslijedi. Kur'an ima relativno najviše propisa o nasljednom pravu, više nego i o jednoj grani pravnih odnosa. Propisi šeriatskog nasljednog prava su javnopravnog karaktera i ne mogu se mijenjati voljom stranaka. Dok građansko pravo smatra da zakonski red naslijedivanja pretstavlja prečutni napisani testamenat, u šeriatskom pravu naprotiv volja ostaviočeva je ograničena, jer zakonski nasljedni red uživa prednost nad testamentom¹⁾. Šeriatsko pravo poznaje široki krug lica koja ulaze u red nasljednika koji su svi nužni nasljednici, jer ih ostavilac ne može svojom voljom isključiti iz nasljeda. Jedino država kao zakonski nasljednik može biti lišena nasljedstva na taj način što u slučaju kad nema drugih nasljednika osim nje, ostavilac može raspolagati cijelom imovinom na slučaj smrti. Inače ta sloboda je ograničena u korist nasljednika. Šeriatsko pravo ostavlja *de cuius* pravo da slobodno raspolaže na slučaj smrti samo $\frac{1}{3}$ zaostavštine. Druge $\frac{2}{3}$ su rezervisane za nasljednike²⁾. Raspolaganje preko $\frac{1}{3}$ ostaje bez dejstva. Međutim, šeri-

¹⁾ Dr. Mehmed Begović, Karakteristike šeriatskog nasljednog prava, poseban otisak iz »Arhiva« 1938., Beograd, 1938., str. 2.

²⁾ Ahkami Šerije, § 537.

atski pravnici vele da će raspolaganje važiti i preko $\frac{1}{3}$, ako ga odobre lica u čije interese zadire. Napominjemo, usput, da ova zaštita propisana u korist nasljednika vrijedi samo prilikom raspolaganja posljednjom voljom. Ona nije dosljedno provedena u njihovu korist, jer ne postoji kod raspolaganja među živim. Šeriatsko pravo daje neograničenu slobodu raspolaganja dobrima među živima i ne daje nikakvu zaštitu nasljednicima protiv tih raspolaganja pa makar ta raspolaganja bila i bez naknade. Pojedinac je u mogućnosti da za života razdijeli u vidu poklona cijelu imovinu u korist nasljednika ili trećih lica. Pokloni koji ispunjavaju materijalne i formalne uslove punovažnosti ostaju na snazi i nasljednici ih ne mogu pobijati ni tražiti uračunavanje unaprijed primljenog. Ne može se podići tužba za redukciju nasljednog dijela onog nasljednika koji je primio kakav poklon od ostavioca, kao što bi se to moglo učiniti u smislu propisa građanskog prava. To isto vrijedi za poklone učinjene u korist trećih lica. Nasljednici su zaštićeni propisom koji zabranjuje poklone na slučaj smrti — *mortis causa donatio*³⁾. Oni su isto tako zaštićeni jednom originalnom institucijom šeriatskog prava a to je smrtna bolest (marazimevt). Sva raspolaganja u vidu poklona koja ostavilac izvrši u smrtnoj bolesti, važe samo u visini $\frac{1}{3}$ zaostavštine i smatraju se kao testamentalna raspolaganja, te dijele sudbinu testamenta i ne vrijede u korist nasljednika⁴⁾. Raspolaganja pod ovakvim okolnostima smatraju se da su preduzeta u cilju oštećenja nasljednika.

Propisi o nasljednom pravu mnogo zavise od društvenog i političkog uređenja jednog naroda. Na njih utiče isto tako uređenje porodice, ekonomski i industrijski razvitak. Ali je od vrlo velikog uticaja na nasljedno pravo religija i običaj. To se najbolje vidi kod šeriatskog prava, koje se upravo i odlikuje svojom originalnošću i svojim vjerskim karakterom. Vidjeli smo da postoji puna sloboda raspolaganja aktima među živima, dok se ta sloboda naprotiv ograničava na slučaj smrti. Zakonodavac je to pravo ograničio u korist srodnika, zakonskih nasljednika. Ako ima zakonskih nasljednika, ostavilac može raspolagati samo $\frac{1}{3}$ -om svoje imovine. Druge $\frac{2}{3}$ moraju ostati nasljednicima. Ovog se pravila drže sve škole. Ovo vrijedi, kad

³⁾ Medžela, § 837 i 854.

⁴⁾ Serahsi, Mebsut, Egipat, 1331., XXIX., str. 18.

su u pitanju nasljednici privatna lica. Međutim, ako je nasljednik Bejtul mal (*fiscus*), mišljenja pravnika se razilaze u pogledu raspoloživog dijela, to jest u pogledu slobode raspolaganja na slučaj smrti. Jedni pravnici naglašavaju da volja titulara jednog prava dolazi u obzir samo za vrijeme njegova života. Od momenta nastupanja smrti njegova volja ostaje više bez ikakva uticaja. On prestaje da bude vlasnik dobara koja je posjedovao, te nema ni prava da raspolaže njima nakon smrti. Život je uslov *sine qua non* da jedno lice može raspolagati svojim dobrima. S prestankom života prestaju i prava raspolaganja. Zastupnici ove teorije vele: ako je zakonodavac ovlastio subjekta jednog prava da raspolaže $\frac{1}{3}$ svojih dobara, to je učinio kao izuzetak od općeg pravila. Zato se i u otsustvu privatnih lica, kao zakonskih nasljednika, ne može otstupati od tog izuzetka i tumačiti ga kao pravilo. Testator će i u tom slučaju imati pravo da raspolaže samo sa $\frac{1}{3}$ i kad od zakonskih nasljednika ostaje samo Bejtul-mal. Po toj teoriji druge $\frac{2}{3}$ ostaju Bejtul-malu. Ovoj se teoriji prigovara da je nedosljedna u pogledu slobode testiranja i razloga njenog ograničenja. Po ovoj teoriji bi, vele drugi pravnici, testator imao manje pravo u slučaju kad ga Bejtul mal nasljeđuje, jer kad ima nasljednika privatnih lica, pruža mu se više slobode u pogledu raspolaganja svojom imovinom, jer može i preko trećine raspolagati, ako to ratifikuju nasljednici poslije njegove smrti, i tako omoguće punovažnost testamenta i u pogledu viška preko $\frac{1}{3}$. Ovo ne vrijedi za Bejtul mal (*fiscus*), jer će isti imati uvijek pravo na $\frac{2}{3}$ i neće moći ratifikovati raspolaganje preko raspoloživog dijela.

Druga teorija suprotno prvoj veli da život nije bitni uslov da čovjek može raspolagati svojim dobrima, nego da se njegova volja poštije i poslije njegove smrti, kad se tiče imovinskih prava. Što se tiče ograničenja te slobode, ona je propisana samo u korist srodnika koji u momentu prestanka života izvjesnog lica stiču pravo da zauzmu njegovu zaostavštinu. Kad nema tih srodnika koji bi mogli naslijediti ostavioca, ostaju mu slobodne ruke da napravi raspored cijelom svojom imovinom ma u čiju korist. *Ficus* će imati pravo u tom slučaju samo na onaj dio zaostavštine, koji eventualno preostane poslije isplate legata⁵⁾.

⁵⁾ Zejd Bej, Komentar Ahkami Šerijske, II., str. 275. — Ahkami Šerijske, § 534.

Dokaz da je ograničenje raspolaganja posljednjom voljom učinjeno u korist nasljednika, pravnici izvode iz citirane tradicije da je bolje ostaviti svoje nasljednike bogate nego da prosjače. Prema tome, ako nema srodnika nasljednika, ostavilac će moći raspolagati cijelom svojom imovinom.

Porodična solidarnost iz koje izviru prava i dužnosti za njene članove mnogo je više naglašena u šeriatskom nego u gradanskom pravu. Tu postoji pored dužnosti uzajamnog pomaganja i zaštite, štaviše i kolektivna odgovornost za naknadu štete koju pričini jedan član porodice svojim djelima protiv tudeg života⁶⁾). Takvo shvatanje porodice i uzajamnosti njenih članova iziskuje ograničenje slobode raspolaganja imovinom posljednjom voljom. Već smo napomenuli da savremena zakonodavstva uzimaju kao redovnu pojavu slobodu raspolaganja koja se manifestuje u testamentu. Ta sloboda je ograničena samo u korist najbližih srodnika kojima se priznaje pravo na nužni nasljedni dio. Ta zakonodavstva daju prednost testamentu pa se i zakonski red smatra kao nepisani prečutni testamenat. Šeriatsko pravo naprotiv daje prednost zakonskom redu nasljeđivanja, a testamenat se smatra samo kao njegova dopuna. On služi kao sredstvo da se zadovolji pravičnost i nadopune praznine s obzirom na specijalne slučajevе koji traže otstupanje od općih pravila.

Postavlja se pitanje da li je opravdana sloboda raspolaganja cijelom imovinom na slučaj smrti. Da li se ta sloboda slaže s interesima savremenog društva. Interesi društva ne smiju biti zapostavljeni u pogledu određivanja lica koje će stupiti u centar imovinskih prava poslije smrti izvjesnog lica. Izgleda nam da neograničena sloboda u pogledu raspolaganja nije u skladu s interesima savremenog društva, države, a interesi društva su primarne važnosti. Pojedinci, pak, sa svojim interesima dolaze na drugo mjesto. Razumije se da zakonodavac pri donošenju propisa o nasljednom pravu mora voditi računa i o opravdanim željama i potrebama pojedinaca, koje se ponekad i ne slažu s općim interesima. Ti propisi, kao i svi drugi, moraju da budu što vjernija slika stvarnog života, koja će pokazivati savremene potrebe, kako društva kao takvog, tako i pojedinaca kao njegovih članova. Naglasili smo da je institucija nasljeđstva od velikog uticaja na druge pravne institucije i da državna zajednica mora voditi računa: ko će stupiti u imovinska prava jednog

⁶⁾ Dr. Mehmed Begović, Nasljeđivanje bračnih drugova u šeriatskom i gradanskom pravu, »Gajretov Kalendar«, 1939., str. 27.

lica poslije njegove smrti. Zato je državi u interesu da tačno odredi ko će i pod kojim uslovima naslijediti jedno umrlo lice. Njoj nije u interesu da to pusti na volju pojedincima i njihovoj uvidljavnosti da oni vrše tu ulogu mjesto zakonodavca i da povjeravaju socijalne funkcije kome oni hoće. Isto tako je opravданo dati izvjesnu slobodu i pojedincima u tom pogledu. Ta sloboda bi bila samo kao nadopuna zakonodavcu koji ne može predvidjeti sve konkretnе slučajevе koji bi u interesu pravičnosti zahtijevali da se otstupi od općih načela. Zato se potreba testamentalnog raspolažanja pokazuje samo kao korekcija pozitivnog zakonskog nasljedivanja. Ono ne bi smjelo privilegirati jednog nasljednika na štetu drugog. Time bi se nanio uštrb načelu jednakosti među nasljednicima. To bi moglo samo u opravdanim i izuzetnim slučajevima da važi. Ustanova testamenta bi bila nepravedna, ako bi se njome omogućivalo nepravično privilegiranje nasljednika, jednih na štetu drugih. Kad bi načela i propisi gradanskog zakonika u pogledu nasljednog prava imali apsolutnu vrijednost, testamenat bi bio suvišan i ne bi ga trebalo dozvoliti. Međutim, on se priznaje samo kao izuzetni regulator pozitivnih nasljedno-pravnih propisa. On popunjava relativnost tih propisa. »Pomoću testamenta pojedini narodi mogu da sačuvaju svoju pravnu svijest koja je u mnogo slučajeva u suprotnosti s pozitivnim zakonskim propisima⁷⁾. Sloboda treba da postoji samo u toj mjeri, ukoliko je socijalno korisna. Ne smije se zaboraviti da pored pojedinaca postoji i društvena zajednica kojoj ne odgovara neograničena sloboda pojedinaca. Neograničena sloboda bez društvene zaštite prelazi u anarhiju. Propisi o zakonskom nasljedivanju ne smiju biti takvi da testamenat postane pravilo i opća pojava. Testamentom se obično privilegišu jedni nasljednici na štetu drugih. To izaziva sukobe. Mjesto da pruži sigurnost u pravnom saobraćaju i da pravilno reguliše odnose među nasljednicima po želji ostavioca, obično se događa obratno. Mjesto bratstva i harmonije rada se svada koja u najviše slučajeva prelazi u neprijateljstvo. Testamenat kolikogod je koristan, kad su u pitanju konkretni i iznimni slučajevi, s obzirom na praznine zakona, on je štetan kad se njime privilegišu nasljednici, jedni na štetu drugih. Specijalno kod našeg naroda testamenat u najviše slučajeva ne dolazi do izraza

⁷⁾ Đorđe Krstić, op. cit. str. 185.

i primjene, jer je on svojstven kulturnijim narodima i kulturnijim narodnim slojevima. Osim toga vjerski momenat igra vrlo važnu ulogu u pogledu raspolažanja imovinom na slučaj smrti.

Testamenat bi trebalo dozvoliti samo u izuzetnim slučajevima koje zakon nije mogao predvidjeti. I u pogledu raspoloživog dijela ne bi trebalo ostaviti u svim slučajevima punu slobodu testatoru. »Uredjenje nasljednih odnosa treba posmatrati i s javnog, opće-ekonomskog gledišta a ne samo s privatnog prava⁸⁾. Kako testamentalno tako i intestatsko nasljedivanje mora imati za osnovu prezentativnu ljubav koja potiče iz urođenih osobina svakog čovjeka da živi, bori se, trudi i teče za održavanje svoje egzistencije i svojih najmilijih. Ta ljubav, doduše, ima svoje određene granice i stepene⁹⁾.

Intestatsko nasljedivanje imalo bi da bude u granicama i vrijednosti koje smo ranije obilježili, kao osnovom. Testamenat je potrebno zadržati i pri tome ograničiti ga da se njim ne bi moglo izigravati dobre strane institucije nasljedstva. »Na taj način bi testamenat pretstavljaо sredstvo za pravilniju (bolje odgovarajući potrebama konkretnog slučaja) raspodjelu nasljedne mase¹⁰⁾«. U pogledu organizacije prava nasljeda potrebno je ravnati se idejom najbolje mogućnosti zadovoljenja interesa društva.

Interesantno je napomenuti kakva je sloboda u pogledu raspolažanja posljednjom voljom bila u starom engleskom pravu. Po *Common law* iz XII. vijeka (isto tako i *Magna Carta*) sloboda raspolažanja kretala se samo do $\frac{1}{3}$ dobara. Ostale $\frac{2}{3}$ su morale ostati nasljednicima i to $\frac{1}{3}$ potomcima i $\frac{1}{3}$ preživjelom bračnom drugu. Međutim, od XVII. vijeka postoji i u engleskom pravu puna sloboda testiranja¹¹⁾.

2. Raspolažanje preko $\frac{1}{3}$. Kao što smo se upoznali šeriatsko pravo u principu slobodu testiranja ograničuje do visine $\frac{1}{3}$ imovine. Međutim, šeriatski pravnici dozvoljavaju izuzetke u ovom pogledu. U ovom slučaju pravnici se razilaze. Ali gotovo je opće mišljenje šeriatskih pravnika da testamenat

⁸⁾ Đorđe Krstić, op. cit. str. 187.

⁹⁾ Dragomir P. Milojević, Nasljedno pravo po projektovanom gradanskom zakoniku, »Arhiv«, 1925., str. 411.

¹⁰⁾ Dr. Borislav T. Blagojević, Osnov prava nasljeda, »Branič«, 1935., str. 175.

¹¹⁾ Paul Wilutzky, op. cit. s. 180.

vrijedi i preko $\frac{1}{3}$, ako ga ratifikuju lica u čije interesu zadire. Već smo citirali tradiciju iz koje se vidi s koliko se može raspolažati na slučaj smrti, a to je što Sad ibni Ebi Vekas priča: »Bio sam teško bolestan pa me je posjetio Božiji poslanik. Rekao sam mu da sam teško bolestan, kao što i sam vidi, da sam bogat i da imam samo jednu kćerku koja će me naslijediti pa sam ga pitao da li mogu raspolažati s $\frac{2}{3}$ svoje imovine. Rekao mi je da ne mogu. Na pitanje da li mogu s $\frac{1}{3}$, rekao je da mogu, ali je i $\frac{1}{8}$ mnogo, ako se bojim za svoje nasljednike, jer je bolje ostaviti nasljednike bogate nego siromašne pa da prosjače.« Šeriatski pravnici su primili ovu tradiciju kao jednoglasno rješenje koje se smatra vladajuće i po kome se sudi^{12)*}.

Šeriatski pravnici svih pravnih škola na temelju ove tradicije izvode da se može raspolažati samo $\frac{1}{3}$ dobara. U tom pogledu je tradicija jasna. Isto tako se iz nje jasno vidi svrha i motiv ovog ograničenja. Pravo raspolažanja s tom trećinom dato je čovjeku, prema jednoj drugoj tradiciji, da tim postigne što je propustio učiniti za života i da postigne svoje opravdane želje i ciljeve. Druge $\frac{2}{3}$ zakonodavac je osigurao za nasljednike, u namjeri da ih sačuva od bijede i prosjačenja. Lijepo je rekao Šabija da nema bolje nagrade od imovine koju čovjek ostavlja svojoj djeci, kojom će ih obezbijediti da ne traže pomoći od drugih.

¹²⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, *Iltizamut-Teberruati*, Kairo, 1933., s. 515.

*) Šeriatsko pravo poznaje glavne i sporedne izvore. U glavne izvore spadaju: 1. Kur'an; 2. Tradicija (hadis); 3. Idžmaulummet (saglasnost islamskih naučnika o izvjesnim pitanjima) i 4. Kijas (propisi izvedeni na osnovu analogije). Ovi izvori su poredani prema njihovom rangu, pravnom značenju i važnosti. Pored ova četiri glavna izvora neki pravnici priznaju kao sporedne izvore: 1. Ur'f (običajno pravo) i 2. Re'j (slobodno stvaranje prava). Islamski naučnici služeći se ovim izvorima često puta su dolazili do suprotnih rješenja. Ova suprotnost se ogleda pri tumačenju izvjesnih propisa, jer se nisu služili istim metodama. Jedni su se držali gramatičkog a drugi logičkog tumačenja. Ta podvojenost se isto tako vidi pri popunjavanju praznina. Iz toga su se stvorile pojedine pravne škole. Sve ove pravne škole uglavnom mogu se podijeliti u dvije struje: u struju koja daje prednost slobodnom stvaranju prava pred tradicijama, čijoj se vjerdostojnosti može prigovoriti i struju koja daje prednost i takvim tradicijama pred slobodnim stvaranjem prava. Pravnici koji pripadaju prvoj struci zovu se ehli re'j, a pristalice druge ehli hadis. Među prve spadaju pravnici škole kojoj pripadaju muslimani naše države.

Šeriatski pravnici se razilaze u pogledu toga šta će biti s testamentom kojim se raspolaže preko $\frac{1}{3}$ zaostavštine. Da li će biti ništavan u pogledu onog što prelazi raspoloživi dio ili će se čekati za taj višak odobrenje nasljednika. Pita se da li je u pogledu toga viška absolutno ili relativno ništavan. Prettstavnici šafijske, malikijske i hambelijske škole smatraju da je testamenat absolutno ništavan u pogledu dijela koji prelazi raspoloživu sumu. To svoje mišljenje baziraju na pomenutoj tradiciji, jer je Muhamed zabranio raspolažanje preko $\frac{1}{3}$, a zabrana jednog pravnog posla čini ga absolutno ništavnim. Sve što prelazi $\frac{1}{3}$ nečije imovine, to pripada nasljednicima poslije smrti ostaviočeve. To više nije njegova imovina nego tuđa, a s tuđom imovinom se ne može raspolažati. Zakonodavac je rezervisao $\frac{2}{3}$ zaostavštine nasljednicima, koje pripadaju njima u momentu smrti. Ostaviocu je ostavljena $\frac{1}{3}$ kojom i na slučaj smrti može raspolažati prema svome nahodenju. S druge $\frac{2}{3}$ ne može raspolažati kao ni s drugom imovinom svojih nasljednika, koja nije dobivena putem nasljeda. Uostalom kakvo je to raspolažanje koje zavisi od odobrenja trećih lica koja ga mogu sprječiti. Tu i nema prave slobode.

Suprotno stanovište su zauzeli veliki pravnik Ebu Hanifa, njegovi učenici i drugi pravnici, pristalice ostalih škola. Po njihovom mišljenju testamenat je valjan i preko raspoloživog dijela, ako ga u tom pogledu odobre nasljednici, čiji je interes povrijeden, a budu sposobni da zaključuju pravne poslove i raspolažu svojom imovinom bez naknade¹³⁾. Ako takav testamenat odobre nasljednici, isplatiće se u cijelosti. Ako ga, pak, odobre samo neki, vrijediće samo prema njima i u pogledu onog dijela koji bi otpao na njih da su ga svi odobrili. Zastupnici ovog mišljenja vele da je ova zabrana samo u interesu nasljednika, kao što pokazuje citirana tradicija. Kad nasljednici sa svojim odobrenjem očituju da njihovi interesi nisu povrijedjeni, zašto takav testamenat ništiti.

Praktična važnost ovih suprotnih mišljenja ogleda se u tome što se postavlja pitanje da li se tu nalazi jedan ili dva pravna posla. Po Ebu Hanifinom mišljenju uzima se da je pravni posao jedan i da je samo njegova punovažnost odgodena do odobrenja zainteresovanih lica. Međutim, po mišljenju drugih pravnih škola postoje dvije pravne operacije pa se odobrenje

¹³⁾ Ahkami Šerija, § 537.

od strane nasljednika smatra kao nov pravni posao, nezavisan od volje testatorove. Ovo odobrenje je poklon od strane poslovno sposobnih nasljednika legataru, kao poklonoprimcu. Za ovaj posao se traže svi uslovi kao za ugovor o poklonu. Kad nasljednik daje odobrenje da se testamenat izvrši preko raspoloživog dijela, čini poklon legatarima, kao kad bi im nešto poklonio i iz svoje imovine koja mu nije došla putem nasljedja od ostavioca. Ovakvo rezonovanje pravnika koji ne pripadaju pravnoj školi kojoj pripadaju muslimani u našoj državi, izgleda nam mnogo logičnije i prihvatljivije. Neobičajivo nam je da neko ima pravo da raspolaže izvjesnim dobrima i da mu je za *čisto* pravo potrebno nečije drugo odobrenje. Sloboda bi u ovom slučaju bila djeljiva. Ili smo slobodni raspolažati svojim dobrima ili nismo. Šta nam vrijedi neka sloboda koja zavisi od volje drugog, tu i nema slobode. Davanje odobrenja u ovom slučaju ne može se mjeriti s onim koje se daje od strane zakonskih zastupnika izvjesnim licima, jer se ono daje u interesu tih lica da se zaštite od eventualno štetnih posljedica. Međutim, ovdje je drugačiji slučaj. Onaj ko daje to odobrenje, može ga uskratiti u svom ličnom interesu. Dok kod zakonskih zastupnika nema za njih nikakve direktnе štete, kod odobrenja za prekomjerno raspolažanje ta je šteta očita. Osim toga ovdje nasljednik dajući odobrenje radi po svojoj slobodnoj volji, što nije slučaj kod zakonskih zastupnika. Od njegove dobre volje zavisi da li će taj višak odobriti. On to čini po svojoj uvidljivosti, kao i kod drugih besplatnih raspolažanja koja čini iz svoje imovine.

Ovdje se nalaze svakako dva pravna posla. Jedan je pravljenje samog testamenta a drugi činjenje poklona po preporuci i želji samog ostavioca. To se najbolje vidi iz uslova, koji se traži, da je nasljednik sposoban za besplatno raspolažanje svojom imovinom. Ovdje bi ostavilac htio da čini dobra djela s tudim dobrima, jer s njegovom smrću prekida se veza između njega kao subjekta prava i dobara koja su predmet nasljedstva. Zakonodavac je vodio računa o željama pojedinaca i njihovim potrebama pa im je dao pravo da izvjesnim dijelom svoje imovine prave raspored na slučaj smrti.

Prema mišljenju većine šeriatskih pravnika odobrenje od strane nasljednika za višak preko $\frac{1}{3}$ treba da se da poslije smrti testatorove, jer istom tada stiče pravo na njegovu zaostavštinu.

Odobrenje koje se da prije njegove smrti, nema nikakve važnosti pa ne veže nasljednika njegova izjava data u tom pogledu, koju je dao, dok je testator bio u životu¹⁴⁾.

Ibni Rušd, pristalica malikijske pravne škole, veli u pogledu odobrenja koje je dato za života testatorova da treba praviti razliku da li su nasljednici živili u zajednici s ostavocem. One koji su s njim živili, ne veže izjava data u pogledu odobrenja. Drugi jedan pravnik ove škole smatra da ih to odobrenje neće vezati, ako su ga dali dok je testator bio u životu. Naprotiv obavezuje, ako je dato dok je bio u bolesti, pod uslovom da ga testator nije izdržavao. Neki opet pravnici vele da će to odobrenje vezati nasljednike pod ovim uslovima:

1. ako je dato dok je testator bio u bolesti, opasnoj po život,
2. da je od te bolesti umro,
3. da je nasljednik bio neovisan od testatora u pogledu izdržavanja,
4. da nasljednik nije u zabludi da mu ne pripada pravo da može opozvati to odobrenje,
- da je, dakle, svjestan svoga prava i
5. da je potpuno poslovno sposoban u momentu davanja toga pristanka.

I Malik se slaže s većinom pravnika hanefijske škole u pogledu datog odobrenja poslije smrti testatorove. Ono u tom slučaju obavezuje nasljednika, ako je bio sposoban da ga da. Ima pravnika koji zastupaju mišljenje da je punovažno odobrenje koje je dato i prije smrti testatorove, bez obzira na pomenute uslove, ali je ovo mišljenje ostalo usamljeno.

Šeriatski pravnici isto tako odobravaju testamenat u slučaju testiranja u korist jednog nasljednika, iako je u njihovu korist testamenat zabranjen, pod uslovom da ga odobre ta zainteresovana lica. Isti je slučaj s testiranjem prezadužene zaostavštine. Šeriatski pravnici u najvećem broju smatraju da je to testamenat, čija punovažnost zavisi od izvjesnih zainteresovanih lica, kao i kod prekoračenja jedne trećine. Oni u ovoj operaciji vide samo jedan pravni posao, a to je volja ostaviceva, kojoj je u ovom slučaju potrebno odobrenje tih lica. Korisnik odnosno legatar u ovom slučaju stiče pravo direktno od ostavioca. Oni, doduše, za davanje ovog odobrenja traže od tih lica poslovnu sposobnost, kao i za druga raspolažanja svojom imovinom. Ako na primjer poslovno sposobni povjerioc odobre da ostavilac s imovinom raspolaže, ona je punovažna. Povjeriocima se priznaje da mogu činiti oprost duga i nasljed-

¹⁴⁾ Zejlei, Šerhu Kenzir-Rekaik, Egipat, 1315., s. 206.

stvo se nalazi slobodno s obzirom na njih do izmirenja legata. Nasljednici se ne mogu usprotiviti ovoj isplati, jer oni imaju pravo na nasljeđe samo poslije isplate dugova¹⁵⁾.

Ovo mišljenje nam izgleda neprihvatljivo. Prije svega postavlja se pitanje u čiju se korist odriču povjeriocu svojih potraživanja koja se nalaze kao teret na zaostavštini. Ako to čine u korist ostavioca, uzeće se da je zaostavština bez dugova i dijeliće sudbinu čiste zaostavštine. U tom slučaju će nasljednici moći sprječiti isplatu legata koji prelaze $\frac{1}{3}$ cijele zaostavštine. Ako bi se, pak, povjeriocu odrekli u korist legatara, onda bi to bio od njihove strane poklon za lica koja su označena od ostavioca kao legatari. U tom slučaju oni bi izvodili svoje pravo ne od ostavioca nego od povjerioca. Ukoliko bi se taj prenos prava vršio s ostavioca na legatara direktno, to bi bilo samo radi brzine pravnog saobraćaja. U tom slučaju postoje dvije pravne operacije. Jedna je testamenat u kome, može se reći, testator izražava želju da povjerilac pokloni izvjesno dobro jednom licu, koga on označava kao legatara ili, pak, ostavilac želi da mu povjerilac učini poklon u vidu oproštaja duga koji on ostavlja svom legataru. Prema tome postoje dva pravna posla. U prvom slučaju povjerilac po želji testatora čini poklon licu koje on označi. U drugom slučaju povjerilac čini poklon samom ostaviocu koji tim poklonom raspolaže na slučaj smrti. Pošto u ovom slučaju poklonoprimec zbog smrti ne može da primi poklon, to nema ni ugovora o poklonu. Biće pravilnije da povjerilac pokloni izvjesno potraživanje, koje ima prema ostaviocu, licu označenom od ostavioca. Pošto su oba i poklonodavac i poklonoprimec živi, to postoji mogućnost o saglasnosti dvaju volja, koja je potrebna kod ugovora o poklonu.

Iz ovog izlaganja vidi se da postoje dva gledišta u pogledu slobode raspolaganja imovinom na slučaj smrti. Prvo ostavlja individui da slobodno raspolaže svojim dobrima, kako među živima, tako i na slučaj smrti. Drugo, pak, nastoji da ovu slobodu dovede u izvjesne granice u interesu izvjesnog kruga lica koja su vezana za života s pokojnikom srodničkim ili bračnim vezama. Šeriatsko pravo usvaja ovu drugu koncepciju. Ono vodi računa i o željama i potrebama pojedinaca, ali samo do izvjesne granice. Ono prepostavlja interes zajednice interesima njenih

¹⁵⁾ Zejlei, op. cit. IV., s. 230.

članova. Zakonodavac je precizno odredio ko može biti nasljednik i zauzeti imovinu poslije smrti jednog lica. Da bi pojedinac mogao postići izvjesne ciljeve i zadovoljiti potrebe, ostavlja mu se jedan dio njegove imovine da s njom raspolaže i to ne u korist nasljednika, čiji je dio sam zakonodavac odredio.

§ 3.

PRAVNA PRIRODA TESTAMENTA

Testamenat nosi u sebi nečeg svetog, religioznog, čije se ispunjenje u svemu zahtjeva od časna i moralna čovjeka. S tim u vezi postavlja se pitanje u pogledu njegove pravne prirode. Unoseći u ovo pitanje riječ pravo, pravna priroda, s tim smo ga uvrstili u domen pravnog, ali mu tim ne odričemo i karakter moralnog. O svakoj pravnoj instituciji postoji i jedan moralni sud, i ukoliko se te institucije baziraju više na moralnom, one su za pravo od većeg značaja. Šeriatsko pravo, kao i sva druga vjerska prava, sve ljudske radnje posmatra s jednog vjerskog, moralnog stanovišta. One se dijele s obzirom na sankcije koje su propisane na ovom i na onom svijetu. S vjerskog stanovišta za naše radnje bićemo nagrađeni ili kažnjeni.

1. Testamenat s vjerskog gledišta. Šeriatski pravnici su s vjerskog stanovišta posmatrali i testamenat. Šeriatsko pravo za sva ljudska djela ima dvije sankcije, jednu na ovom a drugu na onom svijetu. Iz tih razloga šeriatsko pravo je podijelilo ljudska djelanja u nekoliko kategorija. Jedne radnje su za pojedince obavezne, dok su druge zabranjene. Neke su, opet, povoljne, neke pokudne. Najzad ima djela za koja čovjek niti će biti odgovoran niti će dobiti za njih kakvu nagradu.

Šeriatski pravnici su nastojali da odrede u koju kategoriju ljudskih poslova spada raspolaganje svojom imovinom na slučaj smrti. Jedni su na temelju kur'anskog propisa zastupali mišljenje da je vjerska dužnost sjetiti se na slučaj smrti svojih roditelja i bližih srodnika, zavještajući im jedan dio svoje imovine. Taj propis glasi: »Propisano vam je na slučaj smrti, ako ostavljate imovine, da ostavite oporuku roditeljima i srodnicima...«¹⁾. Međutim, u pogledu ovog kur'anskog propisa

¹⁾ Džessas, Ahkamul Kur'an, I., str. 190., Egipat, 1347.

pravnici i komentatori Kur'ana se razilaze. Većina ih je koji vele da je ovaj propis derogiran jednim drugim kur'anskim propisom koji govori o pravu nasljedivanja i tradicijom koja veli da se ne može testirati u korist nasljednika (La vasijete lil varisi). Drugi, pak, koji ne priznaju derogiranja kur'anskih propisa, vele da je taj propis još na snazi i da vrijedi u slučaju kad roditelji i bliži srodnici u konkretnom slučaju ne nasljeđuju, kao na primjer kad postoji neka smetnja za nasljedivanje, kao što je slučaj kod razlike u religiji. Međutim, najvjerovaljnije je objašnjenje da je u predislamsko doba bio običaj testirati u korist stranih lica, u namjeri da se time postigne slava među drugim plemenima, jer je osobina Arapa prije i poslije islama da sami ističu svoje vrline i dobročinstva. Pojedinci su se takmičili u hvalisanju. Islam je ovo osudio pa je u prvo vrijeme tražio da se na prvom mjestu čovjek sjeti na slučaj smrti svojih roditelja i najbližih srodnika s jednim dijelom svoje imovine. Međutim, Kur'an je docnije detaljno propisao redove nasljednika i dijelove koji im pripadaju.

Profesor i dekan pravnog fakulteta u Kairu Šejh Ahmed Ibrahim u ovom smislu napravio je umjesnu i opravdanu podjelu što se tiče vjerskog momenta u pogledu testiranja. On veli da je nekad dužnost pojedincu da napravi raspored svoje imovine i da se koristi raspoloživim dijelom pa da ga ostavi određenim licima ili u pobožne, humane i prosvjetne svrhe. To će biti na primjer u slučaju kad nije vršio izvjesne vjerske dužnosti koje su vezane za imovinu, a koje je propustio ispuniti za vrijeme svoga života. Isto tako ako ima nekome dužan izvjesnu stvar ili izvjesnu sumu novaca a za to ne znaju niti njegovi nasljednici niti izvršilac njegove posljednje volje. Ovdje bi izgledalo da i nema testamenta, jer se smatra da je testamenat jedan dobročini posao koji zavisi od volje ostaviočeve da li će ga učiniti ili ne. Šeriatski pravnici i za ovo pitanje su našli rješenje. Dobročini posao je za koji se ne traži naknada, protučinidba. Vjerske obaveze prestaju smrću jednog lica, a ostaje samo grijeh za koji postoji kazna na onom svijetu pa ako neko naredi da se one izvrše poslije njegove smrti, onda je to dobročini posao u obliku testamentata. Šeriatski pravnici primjenjuju isto rješenje i u slučaju kada testator u svome testamentu naredi da se imaju isplatiti izvjesni dugovi koji su postojali prema njemu za vrijeme života.

U korist izvjesnih lica ne preporučuje se testiranje. To su raskalašena i nemoralna lica koja bi zavještana dobra trošili u razvratne i nemoralne svrhe. Međutim, ukoliko bi ovaj testamenat djelovao vaspitno i popravljivo, ne bi spadao u ovu kategoriju. Ostaviti testamenat u korist bogatijih, bez obzira da li se radi o srodnicima ili ne, spada u djela za koja nema ni nagrade ni kazne. U svim ostalim slučajevima se preporučuje napraviti raspored s raspoloživim dijelom svoje imovine²⁾.

2. Pojam testamenta. Po arapskom riječničkom značenju riječ vasijjet (testamenat) znači vezivanje. Takvo je etimološko značenje riječi: testator raspolaže svojom imovinom da bi je stavio u dodir s izvjesnim licem. Testamenat uspostavlja kontakt između prava i dobara i jednog trećeg lica koje im je dотle bilo strano.

Definicija koju su pravnici dali o testamentu mnogo se približuje pojmu vezivanja, dodirivanja. Šeriatski pravnici su, uglavnom, dali dvije definicije testamenta, iz riječi testirati, isa', ali su obje iz jednog korjena riječi i znače isto, samo što je jedna šireg a druga užeg značenja. Testirati znači učiniti izvjesno lice vlasnikom jedne stvari, njenih plodova ili upotrebe te stvari na slučaj smrti bez naknade (El vasijetu temlikun mudafun ila ma ba'del mevti bitarikit-teberrui)³⁾.

Pomoću testamenta u šeriatskom pravu može jedno lice postaviti legatara. U njemu može da da jednom licu nalog, kao na primjer da izvrši u njegovo ime hodočašće, kao i to da u njegovo ime svake godine prinosi žrtvu (kurban). Nalog bi bio isto tako, ako bi testator odredio da se za njegovu dušu uči hatma (učenje Kur'ana). U testamentu se mogu izraziti izvjesne želje koje testator želi da se ispune poslije njegove smrti, a koje nišu obavezne za lica od kojih se traži njihovo ispunjenje.

Pomenutim definicijama se prigovara da nisu tačne u cijelosti nego samo djelimično, da testator čini vlasnikom jedne stvari ili njene upotrebe ili napokon titularom jednog ovlaštenja. On sam nije u stanju da to izvrši nego je potrebna izjava volje i druge strane. Potreban je prijem od strane legatara. Istom tada testamenat postaje perfektan. Testamenat je manifestacija volje jednog lica, koja se odnosi na njegove interese i koja će se izvršiti poslije njegove smrti.

²⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, Iltizamut-Teberruati, s. 499.

³⁾ Ahkami Šerija, § 530.

Riječ vasijjet (testamenat) ima i jedno drugo značenje. Iz nje se može razumjeti da se traži od nekog lica da učini izvjesnu radnju u otsutnosti vlastodavca, bilo za njegova života ili poslije njegove smrti. Ta ista riječ u pravu znači dati nekom izvjesnu stvar ili njenu korist bez naknade u svojinu koja se stiče poslije smrti ostavioca. Ovaj smisao vasijjeta je primljen od većine šeriatskih pravnika. Sporno je među njima da li pod ovaj pojam spada besplatno raspolaganje svojom imovinom u takozvanoj smrtnoj bolesti, od koje se u najviše slučajeva umire. Vasijjet, dakle, znači raspolaganje svojom imovinom ili njenom koristi, čija važnost nastupa poslije smrti zavještaoca. Neki pravnici podrazumijevaju pod tom riječi i određivanje zastupnika poslije smrti, koji će se brinuti o malodobnoj djeci i njihovoј imovini⁴⁾. Rimski pravnik Modestin veli: »*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*«⁵⁾ »Srpsko pravo pod testamentom razumije jedan oblik naredbe posljednje volje kojom zavještalac određuje: kome će pripasti njegova zaostavština na slučaj njegove smrti, bilo da se taj, kome se što ostavlja, postavlja za nasljednika bilo ne«⁶⁾.

3. Pravna priroda testamenta. — Kad govorimo o pravnoj prirodi testamenta, htjeli bi da odredimo u koju kategoriju pravnih poslova spada testamenat, raspored imovine na slučaj smrti. Na prvom mjestu pravni se poslovi dijele na jednostrane i dvostrane, to jest na poslove kod kojih sudjeluje volja samo jednog lica i one kod kojih dolazi do izražaja volja dvaju lica.

Testamentom se u pravom smislu riječi ne raspolaže. Njime se čini raspored. Testamenat je, istina, akt volje, ali je to volja koje na prvi pogled nema više, koja je iščezla sa svojim nosiocem. Ta volja nema više onih interesa koji su za nju postojali dok je fizički nosilac bio još živ. Testatorova volja dolazi do izražaja tek po njegovom nestanku. Ono što ostane poslije njega jest zaostavština, trajni dio njegove prolazne ličnosti koja više nema vlasti nad spoljnijim svijetom. Testator ne čini nikakvu žrtvu. On se ne lišava ni jednog dijela svoje imovine. Čim je umro, ona je prestala biti njegova. Njegovi su interesi pali pa ih ne može ni žrtvovati. On od svog imetka ništa ne

⁴⁾ Šejh Ibrahim, op. cit. s. 498.

⁵⁾ D. XXVIII., 1., fr. 1.

⁶⁾ Dr. Dragoljub Aranđelović, Nasljedno pravo, Beograd, 1925., str. 13.

daje. Kao što veli Hek, on daje samo ono što bi smrt i onako iz ruku istrgla. Ko poklanja, daje svoje. Ko zavješta, oduzima od nasljednika. Testamentalno raspolaganje ne pretstavlja nikakvu žrtvu za testatora. Hladna testatorova ruka daje ne iz svoje nego iz nasljednikove imovine. I nepopravljivi tvrdica, koji za svoga života nije ni najmanji poklon učinio, može da zavješta najbogatije legate i da zasnuje najsajnije zadužbine. Tu se najbolje vidi koliko legat ima u sebi elemenata poklona. Testamenat se približuje poklonu, te se dovodi u vezu s poklonom na slučaj smrti, iz koga se izvodi njegovo porijeklo. Po tom mišljenju on je postao iz dvostranog pravnog posla koji je tokom vremena postao jednostrani pravni posao. To se mišljenje potvrđuje i velikom starošću *donatio mortis causa*⁷⁾. Pravnici poklonu daju širi i uži smisao. U poklone u širem smislu spada i legat. Uži smisao bi bio ugovor o poklonu. Pokloniti se može ugovorom ili testamentom (kodicilom). Razlika između raspolaganja na slučaj smrti i dobročinog ugovora je u tome što volje na osnovu kojih se vrši ta sukcesija ne koegzistiraju kod testamenta, dok je to slučaj kod dobročinog ugovora. Kod testamenta testator ne postoji više u momentu kada se ponuda njegova prima⁸⁾). Legat se smatra kao uslovni poklon. Poklonoprimac, *mortis causa*, čije pravo ima karakter tražbenog prava, ovlašten je da s ostalim povjeriocima ostaviočevim konkuriše u njegovoј zaostavštini, dok obrnuto legatar, po pravilu: *nemo liberalis nisi liberatus*, dolazi poslije povjerilaca zaostavštine.

Savremeno pravo testamenat ubraja u jednostrane pravne poslove, čije dejstvo nastupa istom poslije smrti testatora. Međutim, šeriatski pravnici ga ubraju u dvostrane, u ugovore.

Interesantna je podjela ugovora po šeriatskom pravu na fakultativne i obligatorne. Ova podjela je nepoznata savremenom pravu, jer je ugovor saglasnost volja dvaju stranaka, te kad se saglase, jedna od njih ne može svojevoljno raskinuti ugovor.

Obligatorni ugovor (akd lazum) pretstavlja takav ugovor koji se ne može raskinuti jednostranom izjavom volje. Da bi jedan ugovor postao obligatoran, potrebna je saglasnost dvaju

⁷⁾ Rob. v. Mayr, op. cit. s. 102.

⁸⁾ Živojin Perić, Karakterne osobine ugovora o poklonu, »Arhiv«, 1924., str. 161.

volja, što je slučaj kod svih ugovora u savremenom pravu. Oni mogu biti kako besplatni tako i onerozni.

Fakultativni ugovor (akd džaiz) je posebna vrsta ugovora po šeriatskom pravu, koju vrstu je poznavalo i rimsko pravo. Iako su se dvije stranke saglasile o izvjesnoj stvari, svaka od njih može jednostrano raskinuti taj ugovor. Šeriatski pravnici uzimaju za primjer ove vrste ugovora ugovor o posluzi, u kojoj poslugodavac može zahtjevati vraćanje stvari, a poslugoprimec može ju vratiti, svaki po svojoj volji, bez pristanka drugog, što je slučaj i u rimskom pravu (comodatum). U tu vrstu ugovora ubrajaju ostavu, mandat i *societas*. Oni su svi u suštini fakultativni ugovori, ali mogu postati i obligatorni, ako se stipulišu s jednim obligatornim, kao kombinovani ili mješoviti ugovori⁹⁾.

Napomenuli smo, da testirati u šeriatskom pravu znači učiniti nekoga vlasnikom ili plodouživaocem izvjesnog dobra, ili dati nekome ovlaštenje nad licem ili stvarima. Pravna priroda testamenta po šeriatskom pravu zavisila bi od toga da li je testator imao u vidu jedno ili drugo. Ako je nekom dao ovlaštenje, onda je testamenat ugovor i potreban je pristanak i druge strane. Malik smatra da je za valjanost testamenta potreban i pristanak legatara¹⁰⁾). Naprotiv, ako ga je učinio vlasnikom ili *usufructuarom*, pravi se razlika da li je *beneficiar* jedno određeno lice, u tom slučaju je, takođe, prijem neophodan i testamenat je ugovor. Ako, pak, *beneficiar* nije određeno lice, kao kad testator zavješta svoje imanje siromašnim ili u opće korisne svrhe, u tom slučaju testamenat nije ugovor. On postaje jednostrani pravni posao¹¹⁾.

Šeriatski pravnici, dakle, smatraju testamenat nekad jednostranim a nekad dvostranim pravnim poslom. Oni ga isto tako smatraju nekad fakultativnim a nekad obligatornim ugovorom, u slučaju kad je dvostrani pravni posao. Opće je poznato, da testator sve do svoje smrti može opozvati svoj testamenat. Isto tako i legatar može odbiti legat i to još dok je testator živ, štaviše i onda kad je dao svoj pristanak u momentu pravljenja testamenta. Iz toga šeriatski pravnici izvode da je testamenat fakultativan za života ostavočeva pa makar da se legatar izjasnio o prijemu legata. Naprotiv, kada testator umre a legatar

⁹⁾ Zejlei, III., op. cit. str. 99.

¹⁰⁾ Ibni Rušd, Bidaja, II., s. 279.

¹¹⁾ Šejh Ibrahim Ahmed, op. cit. s. 530.

se izjasnio o prijemu, više ne može odbiti legat. Tada testamenat dobiva karakter obligatornog ugovora. Prema tome smrt testatorova koja je nastupila poslije pristanka legatara, čini testamenat obligatornim ugovorom. Ovo se odnosi samo kad je testator odredio legatara. Ali ako je dao nekome jedno ovlaštenje, fakultativni ili obligatorni karakter ugovora se određuje različito. Kad je lice, kome se ovlaštenje daje, znalo za testamentalno raspolaganje, smrt ostavioca je dovoljna da učini ugovor obligatornim i nije potrebno ispitivati da li se to lice primilo toga ovlaštenja. Isti je, u slučaju odbijanja, morao obavijestiti testatora, dok je bio živ. Ova strogost se tumači činjenicom da je zakonodavac htio prije svega da zaštitи interes testatorovih maloljetnika. Isto tako se naglašava, da je testator znao ocijeniti bolje nego sudija da li je to lice sposobno da bude tutor njegovoj djeci. Iz tih razloga se uzima da je testamenat obligatoran odmah poslije smrti testatorove, neovisno da li je bilo prijema ili ne. Ali ako ovo lice nije znalo prije smrti testatorove da mu je testamentom dato ovlaštenje, ono će moći da ga odbije i poslije smrti ostaviočeve. Ako ga odbije, može ga ponovno primiti, ukoliko sudija ne bude postavio drugo lice na njegovo mjesto. Ovdje se takođe vodi računa o interesima maloljetnika.

Legatar može primiti legat poslije smrti ostavioca, iako bi ga odbio prije smrti, ako raspoloženje još postoji.

Šeriatski pravnici uglavnom testantu daju karakter dvostranog pravnog posla i time ga smatraju ugovorom, osim u iznimnim slučajevima. Tu je saglasnost volja neophodna¹²⁾). Ovakvo određivanje pravne prirode testamenta ne slaže se s učenjem savremenog prava, koje testantu ne daje karakter dvostranog pravnog posla. Da bi bilo dvostranog pravnog posla odnosno ugovora, potrebna je saglasnost dvaju volja. Nama izgleda da te saglasnosti ovdje nema, jer izjava o prijemu i po šeriatskom pravu ne proizvodi svoje dejstvo za života testatorova. Legatar istom poslije smrti testatorove stiče pravo da se izjasni da li prima testamenat odnosno legat. Međutim, u to doba volja ostaviočeva više ne postoji, nje je nestalo sa smrću njenog nosioca. Znači da je nemoguća saglasnost tih dvaju potrebnih volja. Zato je svakako pravilnije uzeti da je to

¹²⁾ Hafiz Ajni Bušatlić, Porodično i nasljedno pravo muslimana, Sarajevo, 1926., str. 121.

jednostrani pravni posao, čija perfektnost nastupa tek poslije smrti ostaviočeve. Što se tiče prijema od strane legatara, on je potreban radi samoga njega, jer se niko ne može siliti da prima izvjesne koristi i poklone od drugog. Testamenat je u pogledu testatora punovažan i obavezuje i prije izjave legatara o prijemu.

§ 4.

SADRŽAJ TESTAMENTA

Šeriatsko pravo i u pogledu sadržaja testamenta ne slaže se s modernim pravom a naročito sa zakonodavstvima koja se baziraju na pandektnom, rimskom pravu. Ta zakonodavstva poznaju testamenat, čiji je glavni i bitni elemenat postavljanje nasljednika, *institutio heredis*. *Institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti*. Pandektno pravo je zahtjevalo za punovažnost testamenta postavljanje nasljednika. To je bio bitni elemenat, bez koga nije moglo biti ni testamenta. Uz postavljanje nasljednika mogle su biti naredene i druge odredbe, ali su bile zavisne od postavljanja nasljednika. Ako bi slučajno naredba o postavljanju nasljednika bila ništavna, padale su i sve druge. Legati i druge naredbe mogle su, dakle, postojati jedino uz postavljanje nasljednika u testamentu. Oni sami nisu mogli biti predmet testamenta. Rimsko pravo je stvorilo jednu drugu instituciju u kojoj su se mogli ostaviti samo legati i druge naredbe. To je kodicil. U kodicilu se ne mogu postaviti nasljednici, nego samo druge naredbe.

1. Sadržaj testamenta u savremenom pravu. — Koncepciju rimskog prava u pogledu sadržaja testamenta usvojio je austrijski zakonodavac. Po austrijskom pravu bitna sadržina je postavljanje nasljednika. U § 553. Austrijskog građanskog zakonika izrično stoji: »Ako se posljednjom naredbom postavlja nasljednik, onda je testamenat. Ako su pak u njoj samo druga naredjenja, onda se zove kodicil (Wird in einer letzten Anordnung ein Erbe eingesetzt, so heisst sie Testament; enthält sie aber nur andere Verfügungen, so heisst sie Codicil). Komentatori ovog propisa ne slažu se u tome da li naredba posljednje volje može sadržavati same legate bez postavljanja nasljednika. Ali s obzirom da se Austrijski građanski zakonik bazira na koncep-

cijama pandektnog prava, uzima se da nema testamenta bez postavljanja nasljednika. To je njegov bitni elemenat. Naredba kojom se ne postavlja nasljednik zove se izrično i u austrijskom pravu kodicil.

Što se tiče srpskog građanskog prava, pravnici se razilaze u pogledu sadržaja testamenta. Pored toga što je Srpski građanski zakonik skraćeni prijevod Austrijskog građanskog zakonika, pravnici se razilaze i u pogledu tekstova samog zakonika. § 424. Srpskog građanskog zakonika, koji govori o definiciji testamenta nije jasan i iz njega se ne bi moglo tačno razumjeti da je bitni elemenat njegov postavljanje nasljednika. Jedni pravnici zastupaju mišljenje da se testatomtom postavljaju nasljednici, ali da isti ne mora sadržavati naimenovanje nasljednika, kao u rimskom pravu. On može imati i druge naredbe¹⁾. Drugi, pak, tvrde da i po Srpskom građanskom zakoniku nema testamenta bez postavljanja nasljednika, prije svega što je Srpski građanski zakonik uzeo za osnov Austrijski građanski zakonik, te da je prihvatio i ovdje kao i u mnogim drugim pravnim institucijama doktrinu pandektnog prava. To se objašnjava i samim tekstom zakonika. Akt posljednje volje koji bi sadržavao nešto drugo osim postavljanja nasljednika, morao bi biti kodicil. To znači da bi morao biti vezan za jedan drugi akt posljednje volje koji bi sadržavao naznačenje nasljednika. Znači da po Srpskom građanskom zakoniku jedan samostalan i nezavisan akt posljednje volje ne može imati jedino za predmet da ustanovi isporuke, legate. Samo kodicilu može biti jedini zadatak da ustanovi legate, a kodicil po § 431. Srpskog građanskog zakonika »dometak k testamentu«, dakle jedan akt posljednje volje, nesamostalan, zavisan. Da jedan samostalan i nezavisan akt posljednje volje bude punovažan, mora imati za predmet naimenovanje nasljednika, mora biti testamenat²⁾.

Ta koncepcija pandektnog prava nije vladajuća u Evropi. Druga zakonodavstva ne uzimaju kao bitni elemenat za važnost testamenta postavljanje nasljednika. Testamenat može sadržavati samo određivanje legata. Radi toga se ne pokazuje potreba za institucijom kodicila. Testamenat je forma u kojoj se može da izrazi svaka naredba posljednje volje, neovisno od *institutio*

¹⁾ Dr. Dragoljub Arandelović, Nasljedno pravo, str. 51.

²⁾ Živojin Perić, Karakterne osobine ugovora o poklonu, »Arhiv«, 1924., str. 161.

heredis. Takav je slučaj sa savremenim zakonodavstvima koja su pri normiranju propisa o testamentu uzela običajno pravo. Toga se pridržavao i francuski zakonodavac koji ne čini nikakve razlike između zavještanja u vidu postavljanja nasljednika i određivanja legata. Francuski zakonodavac sve poklonoprimece po testamentu naziva uglavnom isporukoprimcima, *Légataires* i dijeli ih u tri kategorije: *légataires universels, à titre universels* (legatari s alikvotnim dijelovima). Ove dvije kategorije legatara su testamentalni nasljednici Austrijskog i Srpskog građanskog zakonika. A *à titre particulier* (legatari koji dobijaju iz zaostavštine samo jedno izvjesno dobro), su legatari Austrijskog i Srpskog građanskog zakonika. U francuskom pravu, dakle, jedan testamenat može glasiti samo na legate *à titre particulier*, to jest na isporuke iz § 535. Austrijskog građanskog zakonika i § 469. Srpskog građanskog zakonika³⁾. Osim francuskog i njemačko kao i švajcarsko pravo ne postavlja uslov za punovažnost testamenta određivanje nasljednika. Po njima svaki akt posljednje volje naziva se testamenat. On može sadržavati same legate, a može imati za predmet i naimenovanje nasljednika, kao i oba-dvoje. To se vidi iz § 1937. i slijedećih Njemačkog građanskog zakonika i čl. 498. i slijedećih Švajcarskog zakonika.

2. Sadržaj testamenta u šeriatskom pravu. Iz gornjeg izlaganja može se vidjeti da postoje dvije koncepcije u pogledu sadržaja, pojma testamenta. Po prvoj testamenat je akt posljednje volje, kojim se postavljaju nasljednici, dok po drugoj svaka naredba posljednje volje u pogledu imovine jednog lica na slučaj smrti pretstavlja testamenat. Postavlja se pitanje kojoj koncepciji odgovara testamenat u šeriatskom pravu.

Već u početku ovog dijela mi smo iznijeli najglavnije karakteristike pojma nasljednika u šeriatskom pravu i konstatovali smo da taj pojam ne odgovara pojmu nasljednika u savremenom pravu. On nije univerzalni sukcesor.

Ovdje ćemo pokušati da damo razliku između nasljednika i legatara, da bi mogli reći da li šeriatsko pravo poznaje testamentnog nasljednika, te prema tome i postavljanje njegovo u testamentu. Savremeno pravo vidi razliku između nasljednika i legatara u tome što nasljednik služi tome cilju da se produži imovno-pravna ličnost ostavioca. Nasljednik se određuje da

³⁾ Zacharie von Lingenthal, Handbuch des französischen civilrechts, VIII. Auflage, bearbeitet von Crome, Bd. IV., 1895.

stupi na mjesto zavještaoca, koje je ostalo prazno njegovom smrću. »Naređivanje legata ima drugi smisao. Ono omogućuje zavještaocu da se u posljednjoj volji sjeti drugih lica: svojih ukućana koji neće biti u konkretnom slučaju njegovi nasljednici, daljih srodnika, svoje posluge, raznih humanih društava i zadužbina, kao i svojih prijatelja. Ovim licima hoće da ukaže pažnju, zavještavajući im kakvu imovinsku korist«⁴⁾.

Legat je naredba posljednje volje kojom ostavilac nekome zavještava iz svoje zaostavštine neku imovinsku korist (*legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*)⁵⁾.

Legat ne zasniva univerzalnu već singularnu sukcesiju. Legatar nije nasljednik nego isporukoprimac. On ima tražbeno pravo prema nasljedniku pa na zavještajnoj stvari stiče svojinu tek predajom. U rimskom pravu legati se zavještaju na račun nasljedstva a ne na račun nasljednika. Stoga nije mogao testator više legatima zavještati od čistog nasljedstva. Međutim, savremeno pravo stavlja legate na teret nasljednika. Kad nasljednik primi nasljedstvo bez popisa, moraće isplatiti legate makar i prelazili vrijednost primljene zaostavštine⁶⁾.

Napomenimo odmah, da šeriatsko pravo ne pravi razliku između testamenta i kodicila. Ono nema specijalne forme za postavljanje nasljednika niti za određivanje legata. Zato ne možemo jednostavno odgovoriti da li šeriatsko pravo poznaje testamenat u smislu rimskog prava. U šeriatskom pravu imamo samo jedan pojam koji označava raspolaganje posljednjom voljom a to je vasijet. Naglasimo, da šeriatsko pravo precizno određuje ko će i pod kojim uslovima naslijediti ostavioca. Ono je ograničilo slobodu raspolaganja do $\frac{1}{3}$ imovine, a raspolaganje tom $\frac{1}{3}$ zove se vasijet.

Potrebitno nam je ispitati sve razlike i sličnosti između nasljednika i lica, u čiju se korist zavješta, da bi mogli donijeti zaključak da li se taj korisnik može nazvati testamentalnim nasljednikom. Doduše, svi šeriatski pravnici jednoglasno zaključuju da nasljednik može biti samo zakonski, a nikako i testamentalni. Dok oni nazivaju nasljednika vāris, dotele legatara mūsa leh. Međutim, mi se ne možemo zadovoljiti samom tom

⁴⁾ Dr. Dragoljub Arandelović, Nasljedno pravo, str. 123.

⁵⁾ L. 116 fr. D. de leg. 1.

⁶⁾ Dr. Dragoljub Arandelović, Rimsko pravo, Beograd, 1938., str. 311.

konstatacijom, jer nam tu razliku ničim ne objašnjavaju. Mi bismo htjeli da pokušamo da iznadeemo zajedničke osobine i razlike koje postoje kod ova dva pojma. Nas ne zadovoljavaju samo formalni nazivi, nego nam je potrebna neka stvarna razlika koja se pokazuje u praktičnom životu. Zakonodavac ponekad može da naziva drugim terminima iste stvarne sadržine jedan pravni pojam.

Zato ćemo analizirati pojam nasljednika i pojam legatara. Prije svega napominjemo, da Šeriatsko pravo ograničava slobodu raspolažanja na slučaj smrti na $\frac{1}{3}$, ako ima nasljednika. Inače dozvoljava raspolažanje cijelom imovinom. Ne nalazimo razlike između onoga koji nasljeđuje kao intestatski nasljednik cijelu imovinu i onoga kome je testator ostavio cijelu zaostavštinu, ako je umro bez zakonskih nasljednika izuzam fiska. I jedan i drugi uzimaju čistu zaostavštinu bez dugova. Ako je de cuius ostavio više nasljednika među kojima ima i onih koji dobivaju jedan alikvotni dio na primjer $\frac{1}{8}$ i uz to još nekome testamentom ostavi cijelu raspoloživu sumu, $\frac{1}{3}$, ne vidimo razloga da se onaj s $\frac{1}{8}$ naziva nasljednik, a ovaj s $\frac{1}{3}$ legatar, kad i jedan i drugi uzimaju te dijelove iz čiste zaostavštine i ne odgovaraju ni za kakve dugove. Ne vidimo nikakva razloga da se i onaj legatar ne zove nasljednik i to testamentalni, koga je stvorio testator svojom voljom.

Da vidimo da li se ova dva pojma razlikuju u pogledu momenta sticanja svojine nad naslijedenim odnosno zavještanim stvarima. Šeriatsko pravo ne poznaje ležeće nasljedstvo. Samom smrću ostavioca sva njegova dobra prelaze na nasljednike. Tako je i kod nekih savremenih zakonodavstava. Nasljednik *ipso jure* postaje vlasnik svih stvari ostavioca njegovom smrću. Postavlja se pitanje da li je to slučaj i s legatarom. Savremeno pravo smatra kao povjerioca legatara prema nasljedniku. Legatar stiče samo tražbeno pravo u visini legata i to prema nasljedniku. Međutim, u šeriatskom pravu stvar izgleda drugačija. Šeriatski pravnici smatraju da je legatar preči od nasljednika i on se prvi naručuje⁷⁾. Mi držimo da on u isto vrijeme postaje vlasnik zavještane sume kao i nasljednik. On nema nikakvog tražbenog prava prema nasljedniku. Njegovo je pravo upereno protiv same zaostavštine i on ga ostvaruje prije nasljednika ili u isto vrijeme. Šeriatski sudija po službenoj dužnosti, vršeći likvida-

⁷⁾ Ahkami Šerija, § 582.

ciju imovine ostavioca, mora isplatiti legate prije odnosno zajedno kad uručuje zaostavštinu. Ni ovdje ne postoji razlika između nasljednika i legatara, kao što je slučaj u savremenom pravu. Međutim, ima i razlike u ova dva pojma. Na prvom mjestu isplaćuje se legatar u visini $\frac{1}{3}$ pa onda na red dolaze nasljednici.

Šeriatsko pravo smatra sve nasljednike kao nužne. Njih nasljednik ne može isključiti iz nasljedstva, kad ispunjavaju potrebne uslove. Ali isto tako ni ovi nasljednici se ne mogu odreći svoga prava na nasljedstvo. Smrću ostavioca njegova imovina prelazi na nasljednike bez njihove volje. Međutim, nije isti slučaj s legatarom. Kakogod stoji na volju testatoru hoće li nekog obdariti na slučaj smrti, tako isto stoji na volju legataru da li će primiti taj legat. Dok kod naslijedivanja ne postoji sloboda volje ni na jednoj strani, ta sloboda je zagarantovana u pogledu legata za obje stranke. Zakonodavac je odredio unaprijed ko će koga naslijediti i nije dao slobode ni jednoj strani. Međutim, kod zavještanja postoji sloboda na obje strane, s tom razlikom što testator ne može ostaviti legata nasljedniku — *praelegat*.

Muslimanski zakonodavac je vodio računa kod određivanja nasljednika i o vjerskoj pripadnosti. Razlika u vjeri je smetnja za naslijedivanje. Muslimana ne može naslijediti nemusliman, kao ni obratno. Kako islam dozvoljava mješovite brakove, to jest da se jedan musliman može oženiti sa ženskom koja pripada kojoj monoteističkoj religiji, to je vodio računa i u pogledu prelaska imovine na slučaj smrti. Islam zabranjuje naslijedivanje među pripadnicima raznih religija. Ali, ipak, vodi računa o potrebama ovakvih porodica, te dopušta da musliman može ostaviti legat nemuslimanu i obratno⁸⁾. Tako na primjer bračni drugovi raznih religija ne mogu jedan drugog naslijediti, ali mogu po šeriatskom pravu ostaviti jedan drugom legat. Muž može ženi nemuslimanski ostaviti $\frac{1}{3}$ svoga imetka kao legat, dok žena muslimanka može naslijediti u najboljem slučaju $\frac{1}{4}$, ako muž ne ostavi potomaka.

Osim ova dva pomenuta slučaja pojam nasljednika i pojam legatara razlikuje se još i u pogledu ubistva. Ubistvo, dolozno ili nehatno, osim zakonskih iznimki, je apsolutna smetnja za naslijedivanje i u tom su pravnici složni. Međutim, ne postoji

⁸⁾ Ahkami Šerija, § 542.

saglasnost među šeriatskim pravnicima u pogledu legatara. Jedni dozvoljavaju da legatar — ubica pod izvjesnim okolnostima ima pravo na legat koji mu je ostavilac zavještao, a koga je on ubio ili smrtno ranio⁹⁾.

Osim toga postoji još jedna razlika između nasljednika i legatara, koja se primjenjuje pri prelazu prava s ostavioca na nasljednika i *beneficiara* testamenta. Nasljednik se mora primiti nasljedstva i od njegove strane nije potrebna nikakva izjava u pogledu prijema. Štaviše on se ne može ni odreći tog prava. Ono prelazi na njeg *ipso iure* smrću ostavioca. Međutim, to nije slučaj s *beneficiarom* testamenta. On se mora izjasniti da li prima legat. Zavještana stvar pripaše njemu samo, ako se izjasni da prima legat¹⁰⁾.

Iz gornje analize možemo izvesti zaključak da šeriatsko pravo ne poznaje testamentalnog nasljednika. Nasljednika određuje zakonodavac unaprijed. Samo izuzetno ostavlja pojedincu da može svoju imovinu ostaviti kome hoće i da može samo s izvjesnom količinom svoje imovine raspolažati po volji za slučaj smrti. Lice kome testator ostavlja svoju imovinu u tim slučajevima nije njegov nasljednik, nego legatar, obdarjenik, jer nasljednik je samo onaj koji je unaprijed u zakonu predviđen, koji se ne može isključiti niti se može odreći toga svoga svojstva, što nije slučaj kod legatara. Ima pravnika koji vele da je legatar testamentalni nasljednik cijele imovine, kada nema zakonskih nasljednika sem države. Međutim, mogli bi primiti da je neko nasljednik, ako mu je zavještana cijela imovina i ako ne postoji razlika u vjeri. Ali šta ćemo reći, ako postoji ta razlika? Moramo primiti zaključak da u šeriatskom pravu ne postoji testamentalni nasljednik uopće ili priznati da postoje drugi uslovi kod testamentalnog nego kod intestatskog nasljedivanja. Ako bi primili da ima iukom slučaju testamentalnog nasljednika, to bi učinili u slučaju kad se ostavilac sjeti jednog lica s jednim alikvotnim, idealnim dijelom do visine $\frac{1}{3}$ zaostavštine.

Iz svega bi mogli zaključiti da šeriatsko pravo ne poznaje testamentalnih nasljednika nego samo zakonske. Ono poznaje slobodu raspolažanja imovinom na slučaj smrti, ali je ograničava i u pogledu lica i u pogledu raspoloživog dijela. Prema

⁹⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 183.

¹⁰⁾ Ahkami Šerija, § 543.

tome šeriatsko pravo ne poznaje testamenta u smislu pandektnog prava nego bi to više odgovaralo kodicilu. Međutim, vasijet po šeriatskom pravu bi odgovarao testemu nemačkog, francuskog i švajcarskog prava, koja ne postavljaju uslov za punovažnost testamenta postavljanje nasljednika, nego može sadržavati i same legate.

§ 5.

USLOVI PUNOVAŽNOSTI TESTAMENTA

1. Da bi testamenat proizveo željeno dejstvo potrebno je s jedne strane da testator izjavi volju iz koje se vidi da izvjesno dobro treba da prede u svojinu jednog lica a s druge strane da ovo lice primi i pristane da to dobro prede na njega. Ova izjava mora biti poslije smrti ostavioca. Ne uzima se u obzir izjava data za njegova života. Saglasnost volja se traži, jer testamenat po šeriatskom pravu spada u dvostrane pravne poslove, s tom razlikom što prijem od strane obdarjenog ne slijedi neposredno iza izjave ostavioca, kao kod drugih imovinskih ugovora, jer njegovo dejstvo nastupa istom poslije ostaviočeve smrti pa i sticanje svojine slijedi istom tada. Međutim, pravnici prave razliku da li se radi o individualno određenom licu, u čiju se korist testira ili o neodređenom. U prvom slučaju testamenat je punovažan istom kad ga obdareni primi, dok je u drugom punovažan samom izjavom volje ostavioca. Ako bi nastupila smrt legatarova prije testatorove, testamenat ne bi proizveo svoje dejstvo, jer njegova smrt je nastupila prije momenta koji je odlučujući za prelazak prava svojine s ostavioca na beneficiara testamenta. Ima pravnika koji zastupaju mišljenje da će pravo iz testamenta preći na djecu legatarova. Jedni opet vele da će to pravo preći na nasljednike legatarove, ako je ostavilac znao za njegovu smrt, a nije opozvao svog testamenta, jer time je pristao da ugovor o testamentu važi sad prema nasljednicima legatarovim, kao u slučaju kad legatar umre prije nego se izjasni da li prima testamenat. To pravo pripada njegovim nasljednicima, jer pravo prijema ili odbijanja pripada njima. Ovo mišljenje pravdaju prstalice hanefijske škole time što smatraju da je glavno da se ne odbije testamenat pa se računa da je testamenat punovažan, kad

testator izjavi volju da ostavlja jedan dio svoje imovine u korist nekog lica, a ovo lice ne izjasni se da ga odbija. Izvjesni pravnici opet vele da je testamenat ništavan, ako obdareni umre prije nego se izjasni o prijemu, jer oni smatraju da je potrebna saglasnost volja za njegovu valjanost. Pravnik Zufer veli da je za punovažnost testamenta potrebna samo izjava testatora, kao što je slučaj kod nasljedivanja, te da prava iz testamenta prelaze na nasljednika odnosno legatara samom smrću ostavioca, štaviše i protiv volje njihove. Dakle, nije potreban pristanak nasljednika odnosno legatara. Na njih prelazi svojina zavještanih stvari bez obzira da li su dali svoj pristanak. Međutim, opravданo se prigovara da je nelogično siliti nekog da postane vlasnik izvjesnih stvari i protiv svoje volje, jer nam neko može ostaviti izvjesne stvari koje nam mogu nanijeti štetu (pravilo šeriatskog prava glasi: »la jedhulu fi milki insanin bigajri ihtijarihi šejun illel irsu ittifakan«, ništa osim nasljedstva ne može ući u imovinu jednog lica bez njegova pristanka. — Ankarevi). Zato je potrebno čekati da se korisnik izjasni da li prima testamenat. Što se pak tiče prava nasljedstva, čija svojina prelazi samom smrću ostavioca, pravnici to pravdaju izričnom voljom zakonodavca koji može obvezivati pojedince i bez njihova pristanka na to, jer on nema želje da ih tereti u nečiju korist bez razloga. Glavno je da testator ostaje pri svojoj zadnjoj volji. Šeriatski pravnici smatraju da je oportuno, pravično da legatar dobiva prava iz testamenta, kad ne odbije isti. Tada će to pravo preći na njegove nasljednike kao nasljedstvo, za koje nije potrebna izjava o prijemu. Međutim, ako bi *beneficiar* odbio legat poslije smrti testatorove, tim samim je testamenat postao bez važnosti i neće proizvesti željeno dejstvo¹⁾.

Malikijska škola uči da će testamenat biti punovažan istom kad se izjasni korisnik poslije smrti testatorove da ga prima, ako je on određeno lice. Ako ga odbije, neće proizvesti željeno dejstvo. Ako bi umro prije nego bi se izjasnio o prijemu, to pravo pripada njegovim nasljednicima. Ako ga nasljednici prime biće valjan. Međutim, ako bi testator htio da počastvuje samo neko određeno lice pa se ovo ne izjasni o prijemu prije svoje smrti, to pravo neće pripasti njegovim nasljednicima.

Po ovom pitanju pristalice hambelijske škole nisu složne. Jedni vele da pripada nasljednicima pravo da se izjasne o testa-

¹⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 501.

mentu za koga se nije izjasnio legatar. Drugi vele da će testamenat biti ništavan, ako se njegov korisnik nije izjasnio o prijemu poslije smrti ostaviočeve.

Šafijska pravna škola uči ovako: Ako *beneficiar* primi testamenat i izvrši se tradicija testirane stvari, neće ga više moći odbiti, jer je svojina nad tim stvarima stečena tradicijom. Ako bi ga primio pa odbio prije izvršene tradicije pa ponovo primio, neće se uzimati uobzir njegovo odbijanje, jer je stekao svojinu s prvim prijemom. Postoji i suprotno mišljenje koje se osniva na tome što je to pravni posao bez naknade, te se može odbiti sve do tradicije. Ako se, pak, uopće ne izjasni da li prima testamenat, nasljednici ostavioca imaju pravo da traže to izjašnjenje. Ako bi se *beneficiar* sustezao i odugovlačio s izjašnjnjem, uzeće se da je odbio testamenat, jer se naglašava da je potrebno da se zna svakog prava subjekt. U slučaju ako se korisnik ne bi izjasnio da li prima testamenat, ne bi se znalo da li testirani predmet pripada nasljednicima ostaviočevim ili legataru²⁾. Na njegovo mjesto dolaze njegovi nasljednici, ako ovaj umre poslije smrti ostavioca ne izjasnivši se. Oni mogu primiti ili odbiti ostavljeni testamenat njihovom prethodniku. Što se tiče svojine na testiranim stvarima ona je prešla od testatora, jer je umro pri svojoj volji koja se smatra za posljednju. Ostalo je na volju korisniku da li će je primiti, pa ako on umre ne izjasnivši se, to pravo prelazi na njegove nasljednike i oni mogu primiti ili odbiti testamenat.

Ukratko, svi se šeriatski pravnici slažu u tome da će testamenat biti punovažan i proizvesti svoje dejstvo, u slučaju kad je testator ostao pri svojoj volji do svoje smrti, a lice kome je oporučio izvjesno svoje dobro bude neodređeno. Isto su tako složni da će ostati bez važnosti, ako ga određeni *beneficiar* odbije poslije testatorove smrti. Ako bi ga odbio prije njegove smrti, to se neće uzimati u obzir, jer se još ne zna da li će testator ostati pri svojoj izjavljenoj volji. S ovim se ne slaže šeriatski pravnik Zufer. Pretstavnik šafijske škole se razilazi kod pitanja da li može odbiti testamenat, pošto se jednom izjasnio da ga prima, a nije izvršena tradicija. Većina pravnika usvaja mišljenje da pravo o prijemu pripada nasljednicima, ako njihov ostavilac nije odbio niti primio testamenat. Ebu Hanifa i njegove pristalice smatraju da je testamenat punovažan samom

²⁾ Serahsi, op. cit. XXVIII., s. 47.

smrću korisnika i da zavještano dobro prelazi na njegove nasljednike kao njegova zaostavština³⁾.

2. Važno je ustanoviti kojim momentom prelazi svojina testirane stvari na *beneficiara*. I ovo pitanje je sporno među šeriatskim pravnicima i pravnim školama. Pravnik Zufer zastupa mišljenje da će svojina preći na legatara u momentu smrti ostavioca. To mišljenje zastupaju i pretstavnici šafijske i malikijske škole. Ali većina šeriatskih pravnika traži da legatar primi testamenat i istom tada stiče svojinu na oporučenim dobrima. Zufer bazira svoje mišljenje na činjenici da je to jednostrani pravni posao, čije dejstvo nastupa smrću ostavioca. Tim momentom prelazi svojina na legatara. Od toga časa je više nemoguće testatoru da opozove svoju izjavljenu volju pa nije potrebno čekati na prijem od strane legatara. Međutim, drugo mišljenje uzima da je testamenat ugovor kao i drugi imovinski ugovori, za koji je potrebna saglasnost obiju stranaka. Šeriatsko pravo kao i francusko za prenos svojine ne traži tradiciju. I ovdje je glavno saglasnost dvaju volja. Testamenat će proizvesti svoje dejstvo kad ga primi onaj, u čiju je korist pravljen. Nikome nije dozvoljeno da bez nečijeg pristanka čini istog vlasnikom izvjesnog dobra. Ebu Hanifa i njegovi učenici, Jusuf i Muhamed, vele da svojina testirane stvari je neizvjesna u međuvremenu od smrti ostavioca do prijema od strane legatara, te ako primi testamenat, svojinu je stekao od momenta smrti testatorove, kao i kad umre ne izjasnivši se o prijemu. Ako ga odbije, testirana stvar ostaje nasljednicima ostaviočevim. Ovdje se ne slažu šafijska i hanefijska škola u pogledu prelaska prava na nasljednike legatarove. Traži se prijem ili da nema odbijanja, što znači na pristanak.

Postavlja se pitanje, da li je odlučujuće za punovažnost testamenta sami prijem ili smrt testatorova ili je, pak, potrebno da se kumulativno ispune oba uslova. Po ovom pitanju šeriatski pravnici su dali tri rješenja. Ovo je važno kad se radi o plodovima testirane stvari. Ako uzmemo prvo mišljenje, plodovi će pripasti ostaviocu odnosno njegovim nasljednicima sve do prijema testamenta. Po drugom mišljenju pripali bi legataru od momenta smrti ostaviočeve, a po trećem ovi plodovi će se podijeliti između legatara i nasljednika testatorovih, tako da

³⁾ Ahkami Šerija, § 543.

će $\frac{1}{3}$ pripasti njemu a $\frac{2}{3}$ nasljednicima⁴⁾. Šeriatski pravnici smatraju da je ovo mišljenje i rješenje najpriznatije i najpričvršćenije.

Ova sporna pitanja se pojavljuju, kad je legatar određeno lice pa se čeka na njegov pristanak. Međutim, stvar izgleda drugačija i jednostavnija u pogledu prelaska svojine s testatora na legatara koji je individualno neodređen. Ovdje se ne traži pristanak onih u čiju je korist ostavljen testamenat, jer su neodređeni. Testamenat je punovažan i proizvodi dejstvo smrću ostavioca i toga momenta prelazi i svojina na legatara. Tako ako bi jedno lice ostavilo testamenat u humane i dobrotvorne svrhe, neće se čekati na izjašnjenje o prijemu, jer su neodređena lica koja će se njime koristiti.

3. Opozivanje testamenta. — Šeriatski pravnici se slažu da testator može opozvati svoj testamenat, da može mijenjati svoju volju u pogledu raspolaganja svojom imovinom na slučaj smrti. To mu pravo pripada sve do njegove smrti. To je dobročini pravni posao, bez naknade, čije dejstvo ima da nastupi istom poslije njegove smrti⁵⁾. Pravo svojine ne prelazi prije smrti pa je moguć odustanak. Predstavnik malikijske pravne škole ne dozvoljava opozivanje testamenta, ako se testator odreće toga prava⁶⁾. Testamenat se može opozvati izrično i prečutno, ako se radi o određenom predmetu. Međutim, ako se radi o jednoj određenoj količini na primjer jednoj trećini imovine, onda je opozivanje moguće samo izrično, jer će se voditi računa o toj imovini u momentu smrti. Do toga časa imovina ostaviočeva može se povećati a može i smanjiti. Literatura šeriatskog prava je puna primjera o prečutnom opozivanju testamenta. Tu se govori o raznim radnjama iz kojih se može nazrijeti volja da testator odustaje i opoziva testamenat.

Što se tiče poricanja testamenta, pravnici se ne slažu da li je to odustanak od istog. Pretežno je mišljenje da poricanje ne znači opozivanje testamenta⁷⁾.

Ako bi predmet testamenta propao ili bi bio upropošten od strane testatora, neće odgovarati za to niti će ga naknaditi, jer on nije još bio prešao u svojinu legatarevu⁸⁾. Isto tako

⁴⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 503.

⁵⁾ Ahkami Šerija, § 544.

⁶⁾ Ibni Rušd, op. cit. s. 279.

⁷⁾ Ahkami Šerija, § 545.

⁸⁾ Ahkami Šerija, § 546.

ako bi taj predmet poslije smrti ostavioca propao slučajno kod nasljednika ili izvršioca testamenta, neće morati da ga naknade, jer je kod njih bio kao ostava. Ali ako propadne njihovom krivnjom, moraće platiti njegovu vrijednost⁹⁾.

Lice kome se ostavlja testamenat nije dužno dokazivati da je testator ostao kod izjavljene volje do svoje smrti, nego se prepostavlja da je on ostao pri toj izjavljenoj volji. Ko tvrdi protivno, treba da dokaže.

Postoji izričan kur'anski propis »...gajre mudarrin...«, koji ne dozvoljava testamenat kojim se namjerava nanijeti neka šteta drugom. Ovakav testamenat je ništavan i neće proizvesti nikakvo dejstvo. Takav bi na primjer bio testamenat s kojim bi testator privilegisao jedne nasljednike na štetu drugih ili bi htio isključiti neke od njih. Takav testamenat je ništavan pa ma s kolikim dijelom se raspolagalo. Ovакви testamenti se moraju po službenoj dužnosti poništiti. Ovo se samtra kao zloupotreba prava koja je po šeriatskom pravu zabranjena¹⁰⁾.

§ 6.

SPOSOBNOST ZA PRAVLJENJE TESTAMENTA

Dok je svako lice sposobno da bude subjekt prava, dotle se za pravo raspolaganja traži izvjesna sposobnost koja se naziva poslovnom sposobnošću. Da bi jedno lice moglo raspolagati svojom imovinom, zakon traži da to lice ima izvjesnu sposobnost i da ne posjeduje izvjesnih okolnosti koje bi ga mogle učiniti nesposobnim da raspolaze svojom imovinom. Ta sposobnost mora postojati u momentu preduzimanja pravnih poslova. Uglavnom se sposobnost za pravljenje testamenta poklapa sa sposobnošću za preduzimanje pravnih poslova.

Sposobnost za pravljenje testamenta u šeriatskom pravu ne podudara se sa sposobnošću koja se predviđa u građanskom pravu. Ta se razlika ogleda specijalno tamo gdje se ta sposobnost ne slaže s onom za preduzimanje pravnih poslova.

Šeriatsko pravo smatra testamenat kao dobročini pravni posao, bez naknade. Zbog toga ne može praviti testamenat svako lice koje ima pravnu sposobnost. Traži se poslovna spo-

⁹⁾ Ahkami Šerija, § 546.

¹⁰⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 505.

sobnost. Lica s ograničenom sposobnošću ne mogu raspolagati svojom imovinom na slučaj smrti. Tu sposobnost nemaju raspiküče ni prezadužena lica. Međutim, po ovim pitanjima šeriatski pravnici nisu dali ista mišljenja.

1. Duševno bolesna lica. Srpski građanski zakonik u § 427. veli da duševno bolesna lica ne mogu praviti testamenat. Ni po šeriatskom pravu ta lica ne mogu napraviti punovažan testamenat osim u vrijeme svijetlih momenata. To je pravni posao za koji se traži puna saglasnost dvaju volja, što se ne može očekivati od duševno bolesnog lica.

2. Srpski građanski zakonik u pogledu doba koje je potrebno za jedno lice da može napraviti punovažan testamenat traži da je navršilo najmanje 15 godina, dok Austrijski građanski zakonik (§ 569.) veli da nisu sposobni praviti testamenat maloljetnici koji nisu navršili 18 godina. Oni mogu samo usmeno pred sudom da naprave testamenat. Poslije navršene 18 godine može se posljednja volja izjaviti bez ikakvih ograničenja.

Što se tiče valjanosti testamenta napravljenog od strane maloljetnika, šeriatski pravnici se razilaze a naročito u pogledu maloljetnika koji djela s razborom. Pravnik Ahmed, pretstavnik hambelijske pravne škole, zastupa mišljenje da će testamenat takvoga maloljetnika biti punovažan, ako je navršio 10 godina i ako taj testamenat bude u skladu s vjerskim propisima. Pogotovu će biti punovažan, ako maloljetnik bude između 10 i 17 godine. Šafijska škola ima po ovom pitanju dva suprotna mišljenja. Po jednom testamenat ovakvog maloljetnika je ništavan, jer se tiče raspolaganja imovinom za koju je potrebna bračna punoljetnost (bulug). Drugo mišljenje se osniva na činjenici da to nije raspolaganje u pravom smislu, jer nije opravданa bojazan da će time maloljetnik upropastiti svoju imovinu. Ako ostane u životu, ostaje u njegovoј ruci svojina, a ako umre nije mu ni potrebna. Zato je dozvoljeno takvom maloljetniku praviti punovažan testamenat¹⁾.

Malikijska pravna škola ovakvom maloljetniku dozvoljava da napravi punovažan testamenat, jer ukoliko bi mu se spriječilo to pravo, to bi trebalo da bude samo u njegovu korist. Međutim, ako mu ne dozvolimo da napravi testamenat, nije u njegovu interesu, nego u interesu drugih, u interesu njegovih nasljednika.

¹⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 185.

Hanefijska pravna škola, koje se drže muslimani u našoj državi kao i većina muslimana na svijetu, ne dozvoljava maloljetniku, koji nije bračno punoljetan, da napravi valjan testamenat. Pravnici ove škole temelje svoje mišljenje na tome što je to jedan pravni posao bez naknade pa ga maloljetnik ne može zaključiti, kao što ne može učiniti ni poklon. Kao što ne važi priznanje jednog maloljetnika, tako mu ne vrijedi ni testamenat^{2a)}). Jedino se razumnom maloljetniku koji je navršio 7 godina dozvoljava testiranje na svoje pogrebne troškove^{2a)}).

3. Raspikuća. — Raspikuće po Srpskom građanskom zakoniku nesposobni su da raspolažu svojom imovinom na slučaj smrti. Po Austrijskom gradanskem zakoniku mogu raspologati s $\frac{1}{2}$ svoje imovine.

Šeriatski pravnici se i u ovom pitanju razilaze. Ovakvom licu je dozvoljeno napraviti punovažan testamenat po mišljenju malikijske škole i njenih pravnika i to iz istih razloga kao i razboritom maloljetniku. I šafijska škola izjednačuje ovo lice s razboritom maloljetnikom. Hambelijska škola dozvoljava pravljenje testamenta raspikući kome je ograničena svojevlast. On se izjednačava s razboritom maloljetnikom, jer mu takvo raspolanje ne nanosi nikakve štete. Ebu Hanifa, najznamenitiji šeriatski pravnik, daje slobodu raspolaganja imovinom na slučaj smrti raspikući, jer je isti bračno punoljetan, duševno zdrav i prema tome sposoban. On ne dozvoljava da se raspikući ograničava svojevlast. Njegovi učenici, Muhamed i Jusuf, vele, da bi po analogiji testamenat raspikuće trebao biti ništavan, kao i ostali pravni poslovi bez naknade. Ali s obzirom na pra-

^{2a)} Ahkami Šerija, § 531.

^{2a)} Ahkami Šerija, § 531. Po šeriatskom pravu maloljetstvo ima tri faze. Prva traje do navršene sedme godine i maloljetnik u tim godinama zove se gajri mumejjiz, maloljetnik koji radi bez razbora. Druga faza traje poslije navršene sedme do navršene devete odnosno dvanaeste godine (za ženske do navršene devete a za muške do dvanaeste). Ta faza se zove doba razbora (sagiri mumejjiz). Treća faza počinje s navršenom devetom odnosno dvanaestom godinom. Maloljetnici tih godina spadaju među »skoro dorasla lica« (muraħik). U ovim godinama se pojavljuje bračno punoljetstvo (bulug). Poput rimskih pravnih škola šeriatsko pravo poznae stvarno i prepostavljeno bračno punoljetstvo. S navršenom petnaestom godinom smatra se da nastaje bračno punoljetstvo i za muški i za ženski pol. Međutim dozvoljeno je dokazivanje tog punoljetstva u pojedinim konkretnim slučajevima i prije navršene petnaeste godine (Ahkami Šerija, § 495).

vičnost (istihsan) oni ga dozvoljavaju, ako se ostavlja u pobožne i dobrotvorne svrhe. Ovo mišljenje je uzakonjeno u Egiptu³⁾. I ovdje bi ograničenje bilo samo iz bojazni da ne upropašće svoju imovinu i da je sačuva za drugog. Čuva se dok je u životu. Međutim, što se tiče te iste imovine poslije njegove smrti nema razloga da se čuva, jer se interesi nasljednika ne krne. Njima je svakako osigurano dvije trećine zaostavštine. Ukoliko se tiče testamenta koga je napravio raspikuća u neke druge svrhe, ova dva pravnika ga ne dozvoljavaju. Naglasimo, da se svi pravnici slažu da je testamenat valjan, ako ga raspikuća ostavi u pobožne i dobrotvorne svrhe.

4. Dužnik. — Testamenat proizvodi svoje dejstvo istom kad umre testator. Ako bi testator bio prezadužen, testamenat će proizvesti svoje dejstvo istom, ako ga odobre povjerioci. Međutim, ako dugovi testatora ne iscrpljuju svu imovinu i povjerioci ne odobre da se testamenat u cijelosti ispunji, prvo će se podmiriti dugovi pa će se isplatiti testamenat, ako ne prelazi $\frac{1}{3}$ zaostavštine i ako je ostavljen nekom trećem licu a ne nasljedniku⁴⁾.

§ 7.

U ČIJU SE KORIST MOŽE TESTIRATI

Šeriatski pravnici se razilaze kod pitanja da li je uslov za punovažnost testamenta postojanje legatara u momentu pravljenja testamenta. Većina ih je koji postavljaju kao uslov život legatara. S ovim se neki ne slažu a među njima je i predstavnik malikijske škole. Malik dozvoljava da testator može ostaviti legat i mrtvom licu, ako zna za njegovu smrt pri pravljenju testamenta. U tom slučaju bi se legat potrošio na izmirenje legatarrevih dugova. Ako ovih nema, legat će pripasti njegovim nasljednicima. Ukoliko ne bude imao ni nasljednika, testamenat će biti ništavan, a legat neće pripasti *fiscusu*. Testamenat će, međutim, biti ništavan, ako testator ne bude znao da legatar nije živ. Drugi vele da niukom slučaju nije valjan testamenat, ako je legatar mrtvo lice. Isto tako po Maliku je dozvoljen

³⁾ Ahkami Šerija, § 532.

⁴⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 508.; Ibni Rušd, op. cit. s. 277.; Serahsi, op. cit. XXVIII., s. 91.

testamenat u korist još nepostojećeg lica, lica koje ima da se rodi. Ovo mišljenje zastupaju i neki pravnici iz Šafijske škole. Ako se poslije smrti testatorove u izvjesnom vremenu ne rodi dijete, legat će ostati nasljednicima ostaviočevim. Plodovi legirane stvari koji su nastali poslije smrti testatorove a prije rođenja djeteta, po jednima pripali bi nasljednicima ostaviočevim, jer legatar još i ne postoji pa ne može steći svojinu. Po drugima zadržće se za legatara, ako se rodi živ. Inače će ostati nasljednicima testatorovim. Ovo razilaženje se osniva na tome da li je život uslov za punovažnost testamenta ili za sticanje prava iz njega.

Malik dozvoljava testiranje u korist umrlog iz razloga, što je to jedan koristan pravni posao za njegove nasljednike. To se odbija radi toga što se testamenat smatra kao dvostrani pravni posao, za koji nije sposoban mrtvi da se izjasni¹⁾.

Što se tiče testiranja u korist legatara koji se još nije ni rodio upoređuje se s vakufom, jer se i tu ostavlja imovina još nepoznatim i neodređenim licima. Ali se napominje da testamenat sliči nasljedstvu, a nasljedstvo prelazi samo na lica koja su preživjela ostavioca pa bi trebalo i kod testamenta. Što se tiče vakufa on ima sasma drugi cilj koji se treba stalno da ispunjava.

Postavlja se pitanje da li je postojanje legatara potrebno u momentu postavljenja testamenta ili u času smrti testatorove. Ako se radi o individualno neodređenom licu, glavno je da bude živo u momentu smrti testatorove, inače je potrebno da postoji u vrijeme pravljenja istog. Takođe nije potrebno njegovo postojanje u vrijeme pravljenja, ako je legatar određen po izvjesnim svojstvima kao na primjer kada se ostavi testamenat u korist siromašnih lica.

Što se tiče začetka, ono je potrebno u momentu pravljenja testamenta. Uslov je da mu se može dokazati očinstvo.

Svi su pravnici složni da se može ostaviti testamenat začetom djetetu, ako se rodi u zakonskom roku²⁾. Njemu se ne može dati poklon, jer ga ne može primiti i uzeti u državinu, a nema svoga zakonskog zastupnika koji bi ga u ime njega primio. Za testamenat u ovom pitanju važe pravila koja se primjenjuju pri zakonskom redu nasljedivanja. Pošto začeto

¹⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 510.

²⁾ Ahkami Šerija, § 540.

dijete može biti nasljednik, to može i legatar. Štaviše testamenat je u tom pogledu širokogrudniji od zakonskog reda nasljedivanja, jer se može ostaviti i pripadniku druge vjeroispovijesti, što nije slučaj sa zakonskim nasljedivanjem.

Legatar treba da je određen. Testamenat će biti bez važnosti, ako je legatar neodređen uopće, ako se ni po čemu ne može znati kome legat pripada. Ovo je mišljenje Ebu Hanife i po njemu se sudi. Njegovi učenici, Muhamed i Jusuf dozvoljavaju testamenat i neodređenom licu, ako se ta neizvjesnost i neodređenost može otkloniti. Inače ga ni oni ne dozvoljavaju. Pravnik Muhamed veli, ako testator nije tačno odredio ko je legatar od više lica, to će odrediti njegovi nasljednici³⁾. Ebu Hanifa veli da svojina zavještane stvari prelazi u momentu smrti ostaviočeve i da je potrebno znati na koga prelazi. Samo testatoru pripada to pravo određivanja a nikako njegovim nasljednicima.

Ako je više legatara, čiji se broj zna, za punovažnost testamenta potrebno je da ga svi prime. Kad se njihov broj ne zna, legat će se smatrati kao milostinja pa će morati sadržavati riječi koje označuju lica koja zaslužuju istu. Ako se vidi da nije određen takvim licima, biće ništavan, jer milostinja pripada siromašnim, nemoćnim i t. d.

Šeriatsko pravo pored toga što ograničava ostavioca u pogledu dijela s kojim može da raspolaže, ono mu ograničara i slobodu u pogledu izbora lica kojima može ostaviti legat. Šeriatski zakonodavac je zabranio ostaviocu da izvjesnim licima ostavi testamenat.

1. Nasljednik. — Savremeno pravo omogućuje da slobodno testator bira lica kojima će zavještati svoju imovinu ili jedan njen dio. Može se reći da na prvom mjestu dolazi u obzir najbliži srodnik ostavioca, koji je ujedno i zakonski nasljednik u konkretnom slučaju. Prema tome jedno lice može biti i testamentalni i zakonski pa štaviše i ugovorni nasljednik. Šeriatsko pravo, međutim, zauzima jedno drugo stanovište. Šeriatski zakonodavac je strogo i precizno propisao ko će i pod kojim uslovima stupiti u imovinska prava ostavioca poslije njegove smrti. Zakonodavac smatra da raspoloživi dio koji ide na štetu zakonskih nasljednika ne smije da privilegiše pojedine nasljednike na štetu drugih, te je to pravo raspolaganja dato ostaviocu da ga upotrebi samo u korist trećih lica koja u konkretnom

³⁾ Ibni Rušd, op. cit. s. 279.

slučaju ne nasleđuju. Šeriatsko pravo prema tradiciji da se ne može testirati u korist nasljeđnika, zabranjuje testamenat u njegovu korist (»nije dozvoljen legat u korist nasljeđnika«). Doduše, uz tu tradiciju dodaje se da to ograničenje postoji samo u slučaju kad se nasljeđnici protive. Šeriatski pravnici su i po ovom pitanju dali različita rješenja. Ebu Hanifa veli da je pravo raspolažanja na slučaj smrti ograničeno u korist nasljeđnika, pa ako nasljeđnici odobre testamenat koji bude na njihovu štetu, biće punovažan. Legat u korist nasljeđnika biće, dakle, punovažan samo poslije ratifikacije ostalih nasljeđnika. S ovim propisom se htjelo spriječiti privilegisanje pojedinih nasljeđnika, jer se na taj način štite i održavaju dobri odnosi među nasljeđnicima, kao članovima jedne porodice.

Šeriatsko pravo poznaće dvije vrste nasljeđnika. Jedni su s ostaviocem bili u krvnom srodstvu, dok su drugi vezani bračnim odnosom. U prvom slučaju nasljeđnici će iscrpiti svu zaostavštinu. U drugom, pak, uzeće samo svoje alikvotne, idealne dijelove, te na ostatak neće imati nikad pravo, nego će isti pripasti državi. Jedino će ostatak moći da dobiju na osnovu testamenta, ako nema drugih nasljeđnika sem države⁴⁾). Prema tome bračnim drugovima je dozvoljeno da jedan drugom zavještaju cijelu imovinu na osnovu testamenta, ako nema drugih nasljeđnika izuzam države⁵⁾). S ovim se ne slažu Muhamed i Jusuf, te Malik i Šafija⁶⁾.

Pitanje testiranja u korist nasljeđnika zasniva se na tradiciji: »Bog je dao svakome njegovo pravo pa nije dozvoljen legat u korist nasljeđnika«⁷⁾). Iz ove tradicije se vidi da jedno lice ne može stupiti u imovinska prava ostavioce na dva načina, ne može u isto vrijeme biti zakonski i testamentalni nasljeđnik odnosno legatar, niti se može odreći nasljeđnog dijela i primiti legat makar bio i povoljniji. Ima pravnika koji zastupaju mišljenje da je apsolutno ništavan testamenat u korist nasljeđnika, bez obzira da li ga ostali nasljeđnici odobravaju. Međutim, većina šeriatskih pravnika zauzima stanovište da će testamenat važiti i u korist nasljeđnika, pod uslovom ako ga ostali odobre. Oni ovo mišljenje baziraju na jednoj drugoj tradiciji koja veli

⁴⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 233. — Zejd Bej, II., s. 276.—277.

⁵⁾ Sejfulah Prohić, Ahsenul vesile, Sarajevo, 1920., s. 3.

⁶⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 515.

⁷⁾ Džessas, Ahkamul Kur'an, I., s. 193. — Ajni, Umdatul kari fi šerhi sahihil Buhari, VI., s. 472.

da testamenat u korist nasljeđnika nije dozvoljen, osim ako ga odobre ostali nasljeđnici⁸⁾). Ovo odobrenje mogu dati samo poslovno sposobni nasljeđnici i to samo poslije smrti ostavioce. Ta sposobnost odgovara onoj za besplatno raspolažanje svojom imovinom. Dato odobrenje prije smrti testatorove je bez važnosti, jer nemaju nikakva prava na njegovu imovinu. Pošto pravo svojine na ostaviočevim dobrima stiču *ipso iure* smrću njegovom, to su ovlašteni da njom slobodno raspolažu pa prema tome da daju i odobrenje u pogledu testamenta koji zadire u njihova prava. To znači da je to od njihove strane poklon, jer su postali vlasnici zaostavštine samom smrću ostaviočevom.

Ukratko, možemo rezimirati gledišta šeriatskih pravnika u pogledu testiranja u korist nasljeđnika u dvije grupe. Jedni uopće ne dozvoljavaju da nasljeđnik može pored svog nasljeđnog dijela da uzme još i izvjesni dio zaostavštine na osnovu testamenta. Drugi, pak, vele da će testamenat u korist nasljeđnika vrijediti, ako na to pristanu ostali nasljeđnici. Prvo gledište zastupa Malik, Šafija i neki pravnici hambelijske škole, dok drugo Ebu Hanifa i njegovi učenici, te škola hambelijska i šafijska. Mi smo već dali svoje mišljenje u pogledu odobrenja od strane nasljeđnika, da je to poklon, te i ovdje to napominjemo. Zato bi ova dva gledišta bila ispravna. Oni koji poriču pravo da se može testirati nasljeđniku, svakako su u pravu kao i oni što traže odobrenje ostalih nasljeđnika, jer se ovdje radi o poklonu od njihove strane jednom od njih, a to je dozvoljeno uz potrebne uslove. To neće biti legat od strane ostavioce, nego poklon od onog koji daje pristanak odnosno odobrenje. Legatar koji dobije nešto pod tim uslovom, nije legatar nego poklonoprimalac.

Još je slično legatu u pogledu nasljeđnika i njihova odobrenja, kad ostavilac prizna da je dužan jednom od njih izvjesnu sumu novaca ili neku određenu stvar; kad svom nasljeđniku oprosti dug i kad izabere izvjesne stvari za neke nasljeđnike iz svoje imovine. Ako bi svakom nasljeđniku testamentom odredio pojedine stvari iz zaostavštine u visini njegovog dijela, misli se da bi to bilo dozvoljeno, jer se pravo nasljeđnika ne sastoji u određenim stvarima nego u vrijednosti njegovog dijela, a inače je dozvoljeno zamjenjivanje pojedinih stvari između nasljeđnika kao i između njih i trećih lica, ako će dobije ekvivalentna

⁸⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 183.

vrijednost. Međutim je i ovdje potreban pristanak ostalih nasljednika, jer kako nije dozvoljeno mijenjati dio jednog nasljednika isto tako nije ni pravo na pojedine stvari. Muhamed je zabranio privilegisanje djece jednih na štetu drugih i u vidu poklona, jer to izaziva neprijateljstva i zavist među njima. Pogotovu je to nepravično i nepohvalno da se čini u bolesti i na slučaj smrti. Tada se naročito traži od ostavioca da bude pravedan i jednak pažljiv prema svima.

Pravnici šijske sekte u islamu i neki komentatori Kur'ana dozvoljavaju da se može u testamentu ostaviti nasljedniku izvjestan dio u visini raspoložive sume. U tome se ne razlikuju nasljednici od nenasljednika. Oni to svoje mišljenje baziraju na kur'anskom propisu: »Bog vam je propisao da napravite testamenat, ako ste bogati, kad vam se približi smrt, i to roditeljima i bližim srodnicima. Taj testamenat mora biti pravedan. To je utvrđena istina za bogobojazne. Ko bi takav testamenat zamijenio, grijesnik je«⁹⁾). Većina pravnika i komentatora Kur'ana zastupaju mišljenje da je pomenuti kur'anski propis derrogiran, ali se ne slažu kojim propisom. Jedni vele kur'anskim propisom koji govori o nasljednim dijelovima pojedinih nasljednika. Drugi vele da je ukinut i zamijenjen tradicijom: »Nema testamenta nasljedniku«. Treći, pak, vele i jednim i drugim. Džessas veli da je u prvo doba islama Kur'an ovlastio pojedince da prave raspored svojom imovinom, a poslije je to za sebe zadržao i odredio kome pripada koliki dio.

Kur'anski propis o testamentu propisuje dužnost da se ostavi legat roditeljima i bližim srodnicima, a propis o nasljeđivanju govori uopće o zavještanju koji obuhvata i nasljednike i legatare. Može se reći da ovi propisi ne stoje u međusobnoj koliziji, jer se govori o dužnosti djece da se sjete svojih roditelja i bližih srodnika u testamentu, kad ovi u konkretnom slučaju ne naslijeduju uslijed smetnji koje bi eventualno mogle da postote. Ovakvo tumačenje daje Ševkanija i Taberija. Fahrudin Razija u svom komentarju Kur'ana veli da između ovih propisa nema protivrječnosti. Prvi propis zabranjuje smanjivanje fiksiranih dijelova, te da se po prvom propisu razumije dar od Boga a po drugom od ostavioca pa je dozvoljeno da nasljednik ujedno bude i legatar.

⁹⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 525.

Pravnici šijske sekte vele da tradicija ne može derrogirati kur'anski propis. Oni vele da je Bog odredio svakom nasljedniku njegov dio i da mu se ne može testirati više od $\frac{1}{3}$. Osim toga navode da ova tradicija znači da nasljedniku nije dužnost ostaviti testamenat, a ne isključuju slobodu da mu se testira. Oni još navode u prilog svog mišljenja i to da je zakonodavac fiksirao $\frac{2}{3}$ zaostavštine nasljednicima. To ne može mijenjati ni ostavilac niti ko drugi. Što se tiče $\frac{1}{3}$ ona je ostala ostaviocu da s njom slobodno raspolaže pa i u korist nasljednika, ako ima opravdanih razloga, kao što može biti jedan od njih potrebniji iz više uzroka. Isto tako mu je slobodno testirati tu $\frac{1}{3}$ i nenasljednicima. Dakle, $\frac{1}{3}$ je zakonodavac ostavio testatoru da s njom slobodno raspolaže, a druge dvije je zadržao za nasljednike. Postavlja se pitanje šta će biti s onom $\frac{1}{3}$, ako ostavilac uopće ne bude pravio testamenta. Ona će ostati svakako nasljednicima i to srazmjerno njihovim dijelovima. Da li je to sad legat od strane testatora? Šijski pravnici naglašavaju da to nije ništa drugo nego prečutni testamenat u kome se izražava prepostavljena volja ostavioca.

2. Ubica. — Šeriatsko pravo kao i sva ostala zakonodavstva smatraju ubistvo kao smetnju za nasljeđivanje. Ona se razlikuju samo u pogledu isključenja protivpravonosti, te oko toga da li se radi o nehatnom ili doloznom lišenju života. Dok su svi šeriatski pravnici složni da ubica neće naslijediti svoju žrtvu, bez obzira da li ju je lišio života nehatno ili dolozno, dotle se njihova mišljenja razilaze u pogledu testiranja u korist ubice.

Hanefijska škola ne dozvoljava legat u korist ubice, bez obzira da li se to zločinstvo dogodilo prije ili poslije pravljenja testamenta, ako ga ne odobre nasljednici¹⁰⁾). Malik veli da je valjan testamenat u oba slučaja. Šafija pravi razliku da li je testamenat pravljen prije ili poslije nego su nanesene smrtonosne povrede. Ako je ostavilac zajveštao jednom licu izvjesno dobro pa ga ovo lice liši života, testamenat neće proizvesti dejstvo u pogledu njega. Testamenat će vrijediti, ako mu zavješta poslije nanesene povrede od koje je nastupila smrt. Malik svoje mišljenje opravdava time, što je testamenat ugovor kao i svi drugi imovinski ugovori. Ubistvo ga ne može raskinuti. Kad se može pokloniti ubici, može mu se i testometrom zavjetati izvjesna korist.

¹⁰⁾ Ahkami Šerija, § 539. — Sejfulah Proho, op. cit. s. 3.

Pravnici šafijske škole isto tako prave razliku da li je testamenat učinjen prije ili poslije smrtonosne povrede. Ako testator napravi testamenat poslije nanesenih povreda koje su u uzročnoj vezi s njegovom smrću, isti će biti valjan, jer se uzima da mu je samim tim oprostio, što ga se sjetio u svojoj posljednjoj volji. U drugom slučaju neće mu se predati legat, jer je lišio života ostavioca da bi se što prije domogao zavještanih dobara. Zato će mu se uskratiti pravo na testamenat kao kazna za učinjeno djelo. Hanefijska škola zabranjuje testiranje u korist ubice u javnom interesu, kao i kod nasljeđivanja prema tradiciji: »Ubici ne pripada ništa«¹¹⁾.

Ako je ubistvo smetnja da neko bude legatar u javnom interesu, onda nasljeđnici ne mogu svojom privolom osnažiti taj testamenat, kao što ne mogu oprostiti kaznu koja je vezana za to krivično djelo. Lišenje života jednog lica zadire u javne interese i zajednica ga kažnjava bez obzira da li se s tim slaže oštećeni. Pošto je jedna vrsta kazne i lišenje prava na dobra njegove žrtve, neće moći nasljeđnici svojom privolom osnažiti inače ništavan testamenat¹²⁾.

Jedni pravnici vode računa o stepenu krivnje ubičine. Ako je s umišljajem izvršio krivično djelo, biće lišen prava iz testamenta. Međutim, ako je iz nehata, imaće pravo na zavještana dobra.

Pretstavnici hanefijske pravne škole stali su na stanovište da je legat ubici ništavan, bez obzira da li je testamenat napravljen prije ili poslije smrtonosne povrede. U obzir dolazi samo ubistvo koje je u direktnoj kauzalnoj vezi s radnjom izvjesnog lica i da je isto protupravno. Ako je izvršeno u nužnoj odbrani ili u zakonu ovlaštenim slučajevima, neće biti smetnja za sticanje legata. Isto tako neće biti smetnja, kao i kod nasljeđivanja, ako ga izvrši maloljetnik ili duševno bolesno lice¹³⁾. Ovo se mišljenje osniva na sličnosti između testamenta i nasljeđa. Kao što je ubistvo smetnja za nasljeđivanje, tako je isto i za pribavljanje legata. Međutim, prigovara se da ta sličnost nije potpuna, jer i razlika u vjeri je smetnja za nasljeđivanje a nije za sticanje legata. Ali se ovdje ne može vršiti poređenje, jer je ubistvo smetnja zbog svojih teških posljedica. Ono je smetnja

¹¹⁾ Serahsi, Mebsut, XXVII., s. 176.

¹²⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 183.

¹³⁾ Ahkami Šerija, § 539.

radi toga što se hoće otkloniti mogućnost da nasljeđnik, u namjeri da što prije dođe do nasljeđstva, ne izvrši zločinstvo, a ovo vrijedi i za legatara. Osim toga napominje se da je legat ubici valjan, ako ga odobre nasljeđnici kao i u slučaju kad nema drugih nasljeđnika. Dakle, ubica-legatar je preči od države, što nije slučaj kod nasljeđivanja. Ubica ne može naslijediti pa ma to bilo s odobrenjem nasljeđnika ili kad nema drugih osim njega. Država je preča od nasljeđnika koji je ubio svoga ostavioca. Iz svega ovoga neki pravnici izvode da bi trebalo dozvoliti ubici ostaviočevom da bude legatar, jer se ne primjenjuju svi propisi na legatara koji se primjenjuju na nasljeđnika. Prema mišljenju Ebu Jusufa nasljeđnici ne mogu ratifikovati testamenat u korist ubice kao ni kod nasljeđa. Ebu Hanifa i Muhamed vele da je valjan testamenat u pogledu ubice, ako ga odobre nasljeđnici i ako nije ubistvo s umišljajem, jer se nasljeđnici odriču svoga prava.

Nama izgleda da je Ebu Hanifino i Muhamedovo mišljenje ispravnije, jer legatar-ubica ne dobiva zavještano dobro neposredno od testatora nego od njegovih nasljeđnika a oni su slobodni da raspolažu svojom imovinom po svojoj volji. Ako bi se, pak, uzelo da legatar stiče taj legat neposredno od svoje žrtve, bilo bi mišljenje Ebu Jusufovo ispravnije.

3. Razlika u vjeri. — Mi smo već napomenuli da šeriatsko pravo razliku u religiji uzima kao smetnju za nasljeđivanje. Međutim, ta razlika nije smetnja da jedan musliman u visini $\frac{1}{3}$ ili cijele imovine, ako nema zakonskih nasljeđnika, ostavi jednom ligu koje ne pripada islamskoj religiji. Isto tako je dozvoljeno muslimanu da bude legatar jednog nemuslimana. U ovom se slažu svi šeriatski pravnici.

Posljednja volja ostaviočeva treba da je izjavljena lično, slobodno i svjesno.

Pored toga što šeriatsko pravo omogućuje ostavljanje legata u korist fizičkih lica, koja su živa u vrijeme pravljenja testamenta ili su začeta, pod uslovom da se u zakonskom roku živa rode, ono dozvoljava određivanje legata i u korist pravnih lica: vjerskih zadužbina, vakufa i drugih dobrotvornih ustanova. Tako se može ostaviti legat u korist bogomolja, prosvjetnih zavoda, bolnica, u korist pravljenja puteva, mostova, škola, biblioteka i sličnih zavoda i ustanova (§ 541. Ahkami Šerija). Kao što smo prije napomenuli ova pravna lica ne moraju egzi-

stirati u momentu pravljenja testamenta nego se u testamentu može ostaviti legat i onim pravnim licima koja se imaju osnovati po zamisli samog testatora ili nekog drugog lica.

Naročito važnu ulogu u islamskom svijetu su igrale vjerske zadužbine (vakufi) koje i danas imaju u vjersko-prosvjetnom pogledu znatnog uticaja na društveni život muslimana. Ove zadužbine se mogu osnivati kako aktima među živim tako i na slučaj smrti. Gotovo je pravilo da imućnija lica u svome testamentu pored ostalih legata određuju izvjesna zavještanja i u korist vjerskih zadužbina. Razumije se da raspolažanja na slučaj smrti u korist vakufa ne smiju prelaziti raspoloživu sumu.

Šeriatsko pravo ne dozvoljava zavještanje u korist životinja, ali dozvoljava zavještanja u korist vakufa koji će se brinuti o životinjama.

Šeriatsko pravo dozvoljava testatoru da testira legat pod izvjesnim uslovom, rokom i nalogom, samo što traži da ta ograničenja budu u skladu s islamskim moralnim principima. »Postavljanje nemoralnih uslova povlači ništenje izjave posljednje volje kao i u Austrijskom građanskem zakoniku« (Dr. D. Aranđelović—Dr. M. Begović, Nasljedno pravo, Beograd, 1940. str. 196.).

Zavještanje pod nalogom je česta pojava. Obično se legataru stavlja u dužnost da svake godine u ime ostavioca prinosi žrtvu (kolje kurban), da u ime njegovo obavi hadž kao i to da svake godine prouči cito Kur'an za dušu ostavioca (hatmu) i drugo.

§ 8.

PREDMET TESTAMENTA

Mi smo naglasili da testamenat u šeriatskom pravu ima za predmet određivanje legata a ne postavljanje nasljednika. Prema tome kad govorimo šta može biti predmet testamenta u šeriatskom pravu, možemo slobodno postaviti pitanje šta može biti predmet legata u šeriatskom pravu. U § 653. Austrijskog građanskog zakonika stoji da može biti predmet legata sve što može biti predmet pravnog saobraćaja: stvari, prava, radnje i druga djelanja koja imaju vrijednosti. Dakle, sve što je moguće i dozvoljeno a ima imovinsku korist.

Možemo reći da ovo vrijedi u principu i za šeriatsko pravo. Obično se veli da predmet legata može biti svaka stvar, kako pokretna tako i nepokretna, njihove koristi i plodouživanja¹⁾.

Postavlja se pitanje da li testator mora imati u svojini stvari s kojima misli raspolažati na slučaj smrti ili može praviti testamenat i s onim što ne posjeduje nego očekuje ili misli da će steći svojinu na istim. Šeriatski pravnici vele da može biti predmet testamenta stvar koju testator nema u svojini u momentu pravljenja testamenta kao na primjer da zavješta nekom plodove svoga voća ili svojih životinja. Neki vele da taj testamenat ne vrijedi, jer testator nema u svojini dobara s kojima raspolaže. Predmet testamenta mogu biti i stvari čija se predaja ne može izvršiti kao ptice u zraku, plod životinje u njenoj utrobi i slično, jer sve te stvari mogu biti predmet nasljedivanja. Stvari koje se očekuju, ako se dobiju, pripadaju legataru. Inače testamenat je bez važnosti²⁾.

Hanefijska pravna škola traži da jedna stvar može biti predmet testamenta, treba da je moguće na njoj steći svojinu poslije smrti testatorove pa ma na koji način. Zato je dozvoljeno testirati kako stvari koje mogu biti predmet kupoprodaje tako i njihove koristi, plodove. Oni vele da ne može biti predmet testamenta plod koji nije još u zametku, jer se isti ne može steći u svojinu ni jednim imovinskim ugovorom. Međutim, začeti plod može biti predmet testamenta, jer se računa da već postoji. Taj zametak treba da je u momentu pravljenja testamenta, a jedni vele da je glavno da bude u momentu smrti ostavioca. Međutim, ako se testira jedna stvar i plodovi pripadaju legataru, ukoliko se to izrično ne isključi.

Ako testator spomene u testamentu da ostavlja nekom jedan neodreden dio, ostaje pravo njegovim nasljednicima da taj dio odrede. Jedni vele da mogu da daju što hoće. Ako bi testator bio bez nasljednika, u tom slučaju će pripasti legataru $\frac{1}{2}$ zaostavštine a druga polovina državi³⁾. Ako bi testator zavještao nekom dio jednog nasljednika, to jest onoliki dio koliki je nasljednikov, vrijediće, ako ne prelazi $\frac{1}{3}$ imovine.

Testator može zavještati nekom individualno određenu stvar kao na primjer određenog konja, određenu kuću ili odre-

¹⁾ Ahkami Šerija, § 533.

²⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 536.

³⁾ Ahkami Šerija, § 549. — Zejlei, VI., op. cit. s. 189.

đeno zemljište, a može je odrediti samo po rodu kao na primjer $\frac{1}{3}$ svojih ovaca. U oba slučaja testamenat se odnosi na te stvari koje su se nalazile u momentu njegovog pravljenja. Propadnu li te stvari prije smrti testatorove, testamenat će biti bez dejstva, nema važnosti, jer nema objekta nad kojim će se izvršiti⁴⁾. Ako, pak, jedan dio te stvari propadne, u tom dijelu će testamenat biti bez važnosti. Testamenat se neće odnositi na takve stvari koje bi testator poslje stekao ili nabavio. Kad se radi o stvarima koje nisu u testamentu određene ni po rodu ni individualno, testamenat će proizvesti dejstvo, ako se te stvari nađu u zaostavštini u momentu ostaviočeve smrti. To će vrijediti i tad kad bi on te stvari imao u svojini u momentu pravljenja testamenta pa ih otudio i ponovo stekao u svojinu, jer se u tom pogledu testamenat odnosi na imovinu *de cuiusa*, koja se nalazi u času njegove smrti. Testamenat će proizvesti svoje dejstvo i u slučaju kad bi neko napravio testamenat u pogledu izvjesnih stvari, iako ih nema u momentu pravljenja testamenta nego ih steče kasnije, ako se iz njegove posljednje volje može zaključiti da je pravio raspored za slučaj smrti sa stvarima koje bude stekao ili imao u momentu smrti.

Postoji razilaženje među pravnicima u pogledu raspolaganja u visini $\frac{1}{3}$ imovine da li se ta trećina uzima u obzir u momentu pravljenja testamenta ili u momentu smrti. Jedni vele da će se uzeti u momentu pravljenja, jer je to imovinski ugovor koji iziskuje opredjeljenje u momentu njegova sklapanja. Prema ovom mišljenju, ako bi neko zavještao $\frac{1}{3}$ svoje imovine u času pravljenja testamenta pa se ta imovina uvećala, neće se uzimati u obzir to povećanje pri isplati $\frac{1}{3}$. Ako bi napravio testamenat i bio bez imovine pa je kasnije stekao, neće se odnositi na tu stečenu imovinu. Ista tako ako bi mu propala dobra s kojima je raspolagao u testamentu, isti bi ostao bez dejstva⁵⁾.

Pretežnije je drugo mišljenje koje uzima u obzir imovinu u momentu smrti, jer u tom momentu testamenat proizvodi svoje dejstvo⁶⁾.

Ako testator ostavi dvojici po imenu $\frac{1}{3}$ pa jedan od njih, umre poslje pravljenja testamenta a prije smrti ostaviočeve,

⁴⁾ Zejlei, VI., op. cit. s. 189.

⁵⁾ Ibni Rušd, Bidaja, II., s. 279.

⁶⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 539. — Sejfulah Proho, Ahsenul vesile, s. 7.

preživjelom pripada polovina od $\frac{1}{3}$ ($\frac{1}{6}$), jer su u njoj konkurisali u momentu pravljenja testamenta. Drugi dio $\frac{1}{3}$ ($\frac{1}{6}$) pripaše ostaviočevim nasljednicima. Ukratko, ako je legatar sposoban da primi testamenat u času pravljenja istog pa mu to pravo otpadne radi neispunjena uslova, tada će uzeti njegov kolegatar samo svoj dio. Ako, pak, ne bude imao uopće uslova za sticanje prava iz testamenta, cijela $\frac{1}{3}$ će pripasti njegovu kolegataru⁷⁾.

Po šeriatskom pravu pojedinac može raspolagati na slučaj smrti kako sa svojinom pojedinih stvari tako i s upotrebom i plodouživanjem istih. Legatar može dobiti na osnovu testamenta izvjesne stvari ostaviočeve u svojinu, na upotrebu i uživanje ili samo jedno od toga.

Pomoću testamenta može se, dakle, konstituisati u nečiju korist pravo plodouživanja. To plodouživanje može biti za čitava života, a može trajati samo izvjesno vrijeme. Pravilo je da traje dok je legatar u životu. Međutim, testator može narediti da to pravo prelazi i na nasljednike legatarove. Sve četiri pravne škole zastupaju mišljenje da predmet testamenta može biti sve što može da koristi čovjeku a nije zakonom zabranjeno.

Ima pravnika koji zastupaju mišljenje da se ne može raspolagati posljednjom voljom plodovima jedne stvari, jer su plodovi buduće stvari i u tom slučaju raspolaze se nečim što ne postoji. Drugi, pak, vele da je testiranje s koristima stvari testiranje imovinom nasljednika, jer dejstvo testamenta nastupa smrću ostaviočevom, a tada svojina pripada nasljednicima koji trebaju da ubiru plodove. U tom slučaju bi se raspolagalo s imovinom nasljednika, a to nije dozvoljeno. Takav testamenat bi bio poput ugovora o posluzi, jer se i ugovorom o posluzi ustupa u svojinu pravo korišćenja jednom stvari i to bez naknade. Isti je slučaj s legatom plodouživanja. Ugovor o posluzi prestaje smrću poslugodavca. Veli se da će smrt testatora spriječiti da testamenat postane punovažan, kad je u stanju da raskine već punovažan ugovor. Lakše je nešto spriječiti nego ga raskinuti, kad postane punovažno. Međutim, kad čovjek ima pravo da raspolaze s koristima stvari pomoći zakupu i posluge za života, to može činiti i testamentom. Kad se može to činiti s drugim ugovorima, zašto da ne može s testamentom⁸⁾. Što se tiče

⁷⁾ Akhami Šerija, § 550.

⁸⁾ Šejh Ibrahim, op. cit. s. 550.

tvrđnje da u tom slučaju testator raspolaže s imovinom nasljednika, to nije opravdano, jer testator ima nad predmetom testamenta *ius abutendi, fruendi et utendi* pa mu je dozvoljeno da testira samo *ius fruendi* ili *utendi* a da za nasljednike ostavi golu svojinu ili da i tu golu svojinu testira nekom drugom legataru. Između testamenta i posluge postoji razlika, jer je posluga ustupanje koristi odmah za života testatorova i prestaje njegovom smrću, dok kod testamenta testator želi da preda pravo uživanja poslije smrti pa smrt ne može uticati u pogledu prestanka. Isti će slučaj biti, ako jedno lice odredi sebi punomoćnika za života. Kad umre vlastodavac, punomoćnik će prestati da vrši tu funkciju. Ako, pak, to punomoćstvo veže za poslije smrti, ostaće u važnosti i ovaj će postati izvršilac njegove posljednje volje^{9).}

Seriatski pravnici ne poznaju razlike između prava plodouživanja i prava upotrebe stvari (*ius fruendi et utendi*). Upravo oni poznaju samo pravo upotrebe stvari (*ius utendi*). To se najbolje vidi iz propisa koji govore o testiranju koristi jedne stvari, a to je propis § 555. Ahkami Šerije koji veli: »Legatar jednog stana ne može isti iznajmiti drugom. Ako su mu zavještani prihodi od tog stana, ne može u njemu stanovati«. Iz ovog propisa se vidi da su pomiješani pojam prava upotrebe i prava plodouživanja. Ovaj propis je pobrkao ta dva pojma pa je smisao nejasan. U prvom dijelu propisa vidi se čisto pravo upotrebe jednog stana. Pošto se daje lično beneficiaru za njegove potrebe, posve je logično da to pravo ne može prenijeti na drugog, jer je *ius utendi* neprenosivo. Međutim, drugi dio propisa je nejasan i nelogičan. U njemu se svakako radi o pravu plodouživanja. Ono je po savremenom pravu otuđivo i prenosivo. Ako jedno lice ima pravo da ubire prihode od jednog stana, nerazumljivo je da samo ne može iskoriscavati i stanovati u istome stanu. Ono je u stanju da dobiva prihode jedino, ako ga nekom iznajmi, da ubire kiriju. Zašto bi bilo zabranjeno samom legataru da stanuje u istom stanu. Kad je ostavilac bio toliko pažljiv prema njemu i sjetio ga se u testamentu, nema nikakva razloga spriječiti ga da lično uživa taj stan mjesto da ga drugom izdaje. Dužnost *usufructuara* je da sačuva samu supstanciju stvari, a slobodno mu je da iz nje vuče sve što može. Seriatsko pravo nema izričnih propisa u pogledu pitanja da li pravo uživanja

⁹⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. str. 551

mora vršiti sam legatar ili ga može ustupiti i drugom licu. Po tom pitanju nisu se izjasnili ni osnivaoci pravnih škola. Docniji pravnici se razilaze u tome. Jedni dozvoljavaju da i drugi može stanovati u jednome stanu koji je zavještan legataru. Što se tiče pitanja da li legatar može drugom ustupiti to pravo uz naknadu, hanefijski pravnici se slažu u tome da to nije dozvoljeno i pravduju time što je legatar dobio legat bez naknade pa mu nije dozvoljeno da ga drugom ustupa s naknadom. Međutim, Šafija i Ahmed dozvoljavaju ustupanje ovog prava i uz naknadu. Legatar prema tome može iznajmiti svoje pravo stanovanja u kući, dok mu to pravo traje, jer on ima pravo da raspolaže s korišću stvari, te može uzeti za nju naknadu^{10).}

Ako bi nasljednici htjeli prodati svojinu stvari na kojoj je legat uživanja ili ako bi htio legatar gole svojine da je proda, veli se da je to dozvoljeno. U tom slučaju kupac stupa na mjesto prodavca sa svima pravima i dužnostima. Jedni vele da to nije dozvoljeno, jer ono što nema koristi ne može se ni prodati. Drugi vele da se može prodati samo vlasniku koristi, jer će u tom slučaju sastaviti i golu svojinu s pravom uživanja i biće potpuno pravo jedne stvari^{11).}

Seriatsko pravo je propisalo na koji način se ima protumačiti nejasna i neodređena izjava posljednje volje. Ako ostavilac ne odredi precizno dio s kojim raspolaže, ostavlja se nasljednicima da oni taj dio odrede i legataru će predati onoliko koliko nađu za shodno. Ako ostavilac odredi legataru jedan naznačeni dio svoje imovine, ako nema nasljednika, legatar će dobiti polovinu čitava imetka a druga polovina će pripasti Bejtul-malu, fiscusu (Ahkami Šer'ija § 549.). Ako jedno lice zavješta trećinu svoje imovine u korist dva individualno određena lica koja u konkretnom slučaju mogu biti legatari pa u momentu prijema legata bude jedan od njih umro, cijelu trećinu će dobiti onaj koji je u životu. Međutim, ako jedan od njih umre prije ostavioce ili ne bude ispunjavao potrebnih uslova poslije punovažnog prijema, preostalom će pripasti samo njegov dio a neće dio kolegatara, nego će pripasti nasljednicima (Ahkami Šer'ija § 550.). Na jednakе će dijelove podijeliti blizanci, ako je izvjesno dobro zavještano u korist začetka.

¹⁰⁾ Serahsi, XXVII., s. 181., 182.; 28., s. 2. i 44.

¹¹⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. 553.

Pravo priraštaja u korist legatara vršiće se jedino po izričnoj naredbi ostavioca.

Ako zavještalac ostavi izvjesnom licu kao legat pravo užitka za navijek, vrijediće samo do njegove smrti i neće to pravo preći na njegove nasljednike, nego će se povratiti nasljednicima ostaviočevim. Ako to vrijeme ograniči na nekoliko godina uzeće se da je određeno na tri godine (Ahkami šer'ijja § 553.).

§ 9.

FORMA TESTAMENTA

Volja jednog lica biće relevantna za pravo samo kad je u spoljnjem svijetu izjavljena. Dok nije izjavljena može biti predmet religioznih i etičkih posmatranja. Da bi pravo vodilo računa o njoj, mora biti na ma koji način spolnjem svijetu pretstavljenja. Način na koji se ili sredstvo kojim se čovječija volja spolnjem svijetu saopćava, naziva se njenom formom. Prema tome forma je oblik u kome se čovječija volja u spolnjem svijetu pojavljuje. Volja se može izraziti u raznim formama, a zavisi od samog zakonodavca kakve će se forme tražiti za pojedine izjave volje. Nepridržavanje tih formi sveti se na samom pravnom poslu. Obično se ostavlja pojedincima da svoju pravnu volju izraze u ma kojoj formi. Ali u pojedinim slučajevima i za izvjesne pravne poslove zakonodavac može propisati da se volja može izjaviti samo u formi koju on odredi i da pravni posao samo onda bude punovažan ili da se može sudskim putem ostvarivati, ako se pri izjavi volje na ovu formu bude pazilo. U tom slučaju imamo formalnu izjavu volje nasuprot neformalnoj¹⁾.

Svi narodi i u svim vremenima imali su propisane forme za izjavljivanje volje. Manje više te sve forme imale su svoju praktičnu važnost.

Pismena forma je posljednja uvedena u pravni saobraćaj. Ona zauzima u modernim zakonodavstvima najvažnije mjesto među zakonskim formama. O njoj se mnogo raspravlja. Ona ide na uštrb slobodi u formama, koja je došla nakon strogog

¹⁾ Dr. Dragoljub Aranđelović, O formalnim izjavama volje, Beograd, 1911., str. 4.

formalizma rimskog prava. Pri rješavanju ovog pitanja mora se voditi računa kako o korisnim tako i o štetnim posljedicama koje nastupaju u pravnom saobraćaju.

Mišljenja pravnika su podijeljena u pogledu pismene forme. U njenu korist se navodi da ta forma stvara kod izjavljivača volje neko poslovno raspoloženje u kome treba da se nalazi svako lice kad preduzima pravne poslove, te da volju ne izjavljuje prenagljeno nego s hladnim rasudivanjem. »Pismena forma budi pravnu svijest, zajamčava ozbiljnost namjeravane odluke. Osigurava dokaz, a tim smanjuje parničenje«²⁾. Pismenoj formi se prigovara da je skupa. Sprečava slobodan pravni saobraćaj koji traži slobodu kretanja i koji se ne da ukalupiti. Idealne prilike kojima teži svako zakonodavstvo ne mogu se postići samo pravnim propisima. Zato i zahtjevi o pismenoj formi ne mogu podvale i prevare u pravnom saobraćaju sasvim otkloniti nego samo smanjiti. Treba narod pripremiti i osposobiti za pismenu formu pravnih poslova. Ni isprava ne daje sigurnosti da ono što je napisano zaista i odgovara pravoj volji i postignutom sporazumu stranaka. Ona ne daje zaštite ni protiv laži ni protiv zablude.

Kod nas se mnogo pisalo i raspravljalo o uvođenju usmenog testamenta kao redovne forme. To pitanje je pretresano i na kongresu pravnika u Dubrovniku 1932. godine³⁾. Kao najglavniji razlog za uvođenje usmenog testamenta kao redovne forme navodi se nepismenost našeg naroda. Ne može biti razlog zadržavanja pismene forme to što sva moderna zakonodavstva propisuju pismenu, kao redovnu formu, jer je kod njih pismenost razvijena do maksimuma.

Pri donošenju našeg novog zakona o vanparničnom postupku preovladalo je mišljenje da se usmeni testamenat uvede kao redovna forma.

Seriatsko pravo kao i ostala zakonodavstva zahtijeva od testatora pridržavanje izvjesnih određenih formi pri pravljenju testamenta. Ovaj uslov ima svrhu da osigura svečani momenat pri izjavljivanju posljednje volje i da se prida sva važnost koju mora imati, jer raspolažući testator čini u stvari akt zakonodavca, kao što je to već konstatovala i rimska concepcija.

²⁾ Dr. Dragoljub Aranđelović, Nasljedno pravo, str. 53.

³⁾ Spomenica kongresa pravnika u Dubrovniku, 1932.

Šeriatsko pravo u pogledu forme poznaje dvije vrste testamenata, privatnopravni i javnopravni. Privatnopravni testamenat je redovna forma i to usmeni. Kod usmenog testamenta traže se dva muška vjerodostojna svjedoka ili jedan muški i dva ženska⁴⁾.

Testator može napisati testamenat lično ili ga drugom izdiktirati. Isti može biti potpisani od svjedoka ili sastavljen u njihovom prisustvu. Građansko pravo smatra punovažnim testamenat, ako ga zavještalac svojeručno napiše i potpiše. Međutim takav testamenat po šeriatskom pravu bez svjedoka bi bio bez važnosti (Šarani, Mizan, sv. II., s. 114.).

Šeriatsko pravo preporučuje pismenu formu kod svih pravnih poslova pa i kod testamenta. Ima izrični kur'anski propis koji pri zaključenju pravnih poslova traži pismenu formu: »Fektubuhu...« (Bekare, 281.). Pošto se tu nalaze u obliku imperativa »Zapišite . . .«, to su neki pravnici i komentatori Kur'ana protumačili da taj imperativ treba da se uzme u svom običnom značenju, te da pismena forma bude obavezna. Ali većina šeriatskih pravnika protumačila je taj propis kao preporuku. Osim toga ima i jedna tradicija koja se nalazi u čuvenoj zbirci Buharije, iz koje se isto tako na prvi pogled može razumjeti da testamenat mora biti u pismenoj formi. Ta tradicija veli da onaj koji namjerava da raspolaže svojom imovinom na slučaj smrti, ne smije provesti ni dvije noći bez napisanog testamenta⁵⁾.

Pored pomenutih propisa šeriatski pravnici su stali na stanovište da pismena forma nije obavezna ni kod jednog pravnog posla pa ni kod testamenta. Ona se samo preporučuje. Ovo najnihovo tumačenje i mišljenje nije bez stvarnih razloga. Kao najglavniji razlog bila je totalna nepismenost koja je vladala među Arapima u vrijeme pojave islama. Ni sam Muhamed nije znao ni čitati ni pisati. Pismenost među Arapima je bila rijetka pojava. U arapskom djelu »Futuhul buldan« stoji da je u najvećem arapskom plemenu Kureišita u vrijeme pojave islama bilo svega 17 lica koja su znala čitati i pisati. Ta lica su u tom djelu po imenu navedena. Među njima su bile i 3 žene⁶⁾. Kad je ovaka nepismenost vladala u plemenu koje je imalo svu vlast i trgovinu u svojim rukama, može se prepostaviti kakvo je bilo stanje u tom pogledu među ostalim plemenima u Arabiji.

⁴⁾ Kur'an, V., 105—107.; Medžela, § 1685.

⁵⁾ Šejh Ahmed Ibrahim, op. cit. s. 499.

⁶⁾ Ahmed Emin, Fedžrul-islam, s. 173.

Osim toga šeriatsko pravo mnogo drži do iskaza svjedoka. Govoriti istinu, to je vjerska dužnost svakog muslimana. Svjedočenje ima svoju naročitu svetost i onaj koji se o nju ogriješi zaslужuje kaznu na oba svijeta. Naročito treba podvući svjedočenje pod zakletvom. Krivokletstvo se smatra kao najveći grijeh za koji, prema vjerovanju naroda, Bog može teško da kazni i na ovom svijetu.

Ova dva momenta su bila odlučujuća pri usvajanju usmene forme pri svim izjavama volje pa i kod posljedne volje jednog lica, s kojom raspolaže imovinom na slučaj smrti.

Kolikogod pismena forma ima svojih dobrih strana, nepristupačna je ogromnoj većini naroda pa se osjećaju njene negativne strane više nego pozitivne.

§ 10.

IZVRŠILAC TESTAMENTA

Svako ljudsko djelo ima svoju svrhu, svoj cilj kome teži. Cilj testamenta je da se izvrši. Volja ostaviočeva treba da se ispuni, da se realizuje u društvu. Zato je izvršenje testamenta njegov cilj. Testator funkciju izvršenja povjerava izvjesnom licu koje se zove izvršilac testamenta. Izvršilaca testamenta poznavalo je staro hebrejsko, hrišćansko i englesko pravo. Izvršilac vrši istu ulogu koju je vršio *familiae emptor* u rimskom pravu.

Mancipatio familiae je karakterističnija od izvršenja testamenta. U općoj evoluciji naslijednog prava ovaj se razvitak javlja u fazi ugovornog naslijedivanja, koja se izjednačuje s pravnim poslovima među živima. Pomoću nje se prikrivala prava namjera u pogledu ispravljanja naslijednog zakonskog reda. Zavještalac na slučaj smrti u formi mancipacije predavao bi imovinu *familiae emptori* u prividnu svojinu. Ovo lice koje postaje vlasnik dobra samo je pomagač, posrednik. On će ostaviti raspolaganje imovinom dosadanjem vlasniku za njegova života i prenijeće je poslije njegove smrti na označena lica. On je u stvari samo izvršilac odredbe posljedne volje. Upotreba ovog instrumenta dopuštala je s jedne strane zavještaocu da odgodi prenos dobara naslijednicima do svoje smrti, a s druge strane poštovanje tradicionalnog principa u pogledu prenosa dobara. Ova ustanova

ima za cilj da *familiae emptori* povjeri izvršenje njegove posljednje volje. Ona je sprečavala da se odustane i opozove jednom izjavljena volja.

Mancipatio familiae igra važnu ulogu u evoluciji propisa testamenta. To je institucija koja je omogućila da se izbjegne neopozivljivost primitivnog ugovora o nasljedstvu. Testamenat koji se pravio pred komicijama nije mogao biti promjenjen ni opozvan osim u osveštanim formama. Tebalo je čekati novi saziv komicije kalate. Testamenat bi ostao u važnosti, ako bi testator umro ili ne bi mogao posjetiti komiciju. Međutim, upotreba *mancipatio familiae* pridržavala je zavještaocu pravo opozivanja. Što bi jedna *mancipatio* učinila, to bi druga mogla raskinuti. *Familiae emptor* je bio najobičniji posrednik, te nije imao nikakva interesa da se suprotstavi ovoj novoj *mancipatio*. Testator je na taj način zadržao za sebe pravo da opozove ili modifikuje svoj testamenat u svako doba.

Izvršilac testamenta je posrednik za prenošenje dobara među živima prije nego nastane momenat nasljeđivanja.

Pitanje se postavlja da li je izvršenje testamenta bilo kao direktni presedan testamentu. To se poriče među pravnicima. Ni predislamsko pravo kao ni islam nije poznavalo izvršenje testamenta odvojeno od njega. Naprotiv izvršenje testamenta je bilo uvijek uz testamenat. Kao dokaz može nam poslužiti tradicija: »Evs ibni Sabit Ensarija kad je htio umrijeti, pozvao je svoje sestrične, izvršiteljice svog testamenta koji je sadržavao raspolažanje s cijelokupnim njegovim dobrima. Evs je ostavio kao nasljednike samo svoju ženu i dvije kćeri. Dvije izvršiteljice po običajnom pravu su uzele u posjed nasljedstvo i nisu ništa dale ni ženi ni kćerima. Žena je otišla da se žali Muhamedu. Muhamed joj reče da se vrati kući, jer mu ne bijaše stigla objava po tom pitanju. Tada mu stiže od Boga ovaj propis: »Ljudi imaju jedan dio u onom što ostavljaju roditelji. Žene imaju jedan dio što ostavljaju otac i majka«. Muhamed je pozvao izvršiteljice i naredi im da ne diraju u dobro Evsovo. Zatim Bog objavi: »Bog vam naređuje u onome što se odnosi na vašu djecu: sinovima dva puta veći dio nego kćerima¹⁾. Ovaj nam hadis pokazuje koegzistenciju testamenta i njegova izvršenja. Izvršenje testamenta sačinjava od početka u šeriatskom pravu

¹⁾ Ahmed Ebul Feth Bej, Porijeklo i istorija muslimanskog zakonodavstva, Kairo, 1922., str. 15.

jednu klauzulu testamenta, ali ono nije bitni elemenat kao u engleskom pravu (*médiéval*) ili kao *institutio heredis* u rimskom pravu.

Kao što smo vidjeli *familiae emptor* je dobivao pravo svojine na dobrima zavještaoca. Međutim, izvršilac testamenta u šeriatskom pravu nije nikada imao to pravo. Njegova uloga se sastojala iz tri misije: upravljanje dobrima ostaviočevim, izvršenje njegove posljednje volje i briga nad njegovom maloljetnom djecom. Njegovo postavljanje daje mu samo pravo upravljanja dobrima ili štitništva nad njegovom maloljetnom djecom a ne pravo nad zaostavštinom ostavioca. Bez sumnje može se desiti da izvršilac bude u isto vrijeme i nasljednik. To je bio normalan slučaj u predislamsko doba, ali to pravo izvršioca nad zaostavštinom ostavioca osnivalo se na osnovu nasljedstva a ne iz svojstva izvršioca. Za primjer nam može poslužiti pomenuta tradicija.

Funkcija vasije ne poklapa se s funkcijom izvršioca u smislu evropskog prava.

Pravna koncepcija izvršenja testamenta je, kao i koncepcija testamenta i nasljeđivanja, dosta stara. Ima svoj početak kao i drugi propisi muslimanske porodice u starim običajima predislamskog doba.

Što se tiče izvršenja testamenta ono je slabo poznato u predislamsko doba zbog primitivnog života arapskog naroda. Legatar je bio obično i izvršilac, jer se on mogao postaviti za sukcesora ostaviočevih dobara samim aktom posljednje volje.

Iz ovog kratkog izlaganja predislamskih običaja vidi se da se funkcija izvršioca testamenta miješa sa nasljednim pravom. Samo šeriatsko pravo poznaće instituciju izvršioca testamenta, gotovo, kao samostalnu. Šeriatsko pravo za nju propisuje pravila, uslove i granice. Šeriatski pravnici su stvorili ta pravila na temelju osnovnih izvora: Kur'ana i tradicije.

Sistem izvršenja testamenta je stvaran postepeno od osnivača pravnih škola, tumačenjem od strane njihovih sljedbenika i najzad učestvovanjem šeriatskih sudova u islamskim zemljama.

Ova institucija igra vrlo važnu ulogu i s obzirom na štitništvo nad maloljetnim i nemoćnim licima. Ali spajanjem tih dvaju uloga, izvršenja testamenta i štitništva, spriječilo je da se razvije samostalno i originalno kao izvršenje engleskog testamenta.

Muslimanski klasični pravnici miješaju izvršenje testamenta s institucijom štitništva. Šeriatsko pravo nema posebnog pojma za označenje štitništva i izvršenja testamenta. Za oba pojma postoji jedan te isti osnov riječi vasijjet, vesajet, a štitnik (tutor) i izvršilac testamenta označava se jednim imenom vasije. Ove riječi na prvom mjestu znače štitništvo i štitnika. I funkcija vasije kao izvršioca testamenta u šeriatskom pravu je produženje prava štitništva maloljetnika testatorovih.

1. Osnov pozivanja za izvršenje testamenta. — Šeriatsko pravo poznaje tri osnova pomoću kojih se neko poziva na izvršenje testamenta. Prema tome postoje tri vrste izvršioca: testamentalni, zakonski i suđski. Prvi isključuju posljednje²⁾.

U principu testator je slobodan pri određivanju lica koje će ga zamjenjivati poslije njegove smrti u pogledu upravljanja njegovom imovinom, staranja nad njegovom djecom i izvršenje njegove posljednje volje. Ovo lice se može nazvati pravim predstnikom ostavioca i izvršiocem njegove volje. U slučaju kada testator ne ostavi iza sebe maloljetne djece, prava izvršioca su vrlo ograničena. Njegova se uloga sastoji samo u pretstavljanju ostavioca pri podjeli njegovih dobara. U principu to su samo punoljetni nasljednici koji s punim pravom mogu da se bave izvršenjem odredaba koje je testator ostavio³⁾.

Zakonski izvršilac je otac, djed i bliži muški srodnici ostavioca, koji stiču puno pravo nad njihovom malodobnom djecom. On nad njima ima zakonsko štitništvo — velajet. Ako otac nije označio izvršioca testamenta, njegov srodnik muškog pola uzima na se u isto vrijeme, kao štitnik njegove djece, i izvršenje njegove posljednje volje. Zakonski tutor maloljetnika stiče puno pravo da može biti izvršilac testamenta svoga srodnika. Zakonski tutor je uvijek muški srodnik ostavioca. Žena kao ni srodnici iz pobočne linije ne mogu biti zakonski tutori. Ovo pravo se osniva na prepostavci ljubavi i osjećaja srodnika prema maloljetnicima. Prednost imaju srodnici maloljetnika pred srodnicima ostavioca. Ako zakonski tutor ne ispunjava uslova, sudija će mu pridodati jedno lice kao općeg nadzornika u pogledu dobara nesposobnih nasljednika⁴⁾.

²⁾ Ahkami Šerija, § 434.

³⁾ Serahsi, op. cit. XXVII., s. 29.

⁴⁾ Ahkami Šerija, § 445.

Sudija postaje izvršilac testamenta, kada ostavilac u svom testamentu ostavi legat a ne označi izvršioca.

Kada de cuius ostavi iza sebe maloljetnih nasljednika ne postavivši izvršioca a nema ni zakonskih tutora, sudija je dužan da postavi izvršioca. U praksi se briga štitništva i izvršenja testamenta povjerava licu u koje se ima povjerenje i to između punoljetnih nasljednika, srodnika ili trećih lica.

2. Uslovi za postavljanje izvršioca testamenta. — Izvršilac mora biti: 1) musliman, ako je testator musliman. Nemuslimani mogu postaviti i muslimane i pripadnike svoje vjere; 2) slobodan; 3) duševno zdrav, jer duševna poremećenost mogla bi donijeti štetu nasljednicima i 4) povjerljiva osoba⁵⁾.

Od momenta imenovanja izvršilac se smatra častan. Sudija ga ne može svrgnuti s položaja, ako je podoban pri ispunjavanju svih dužnosti⁶⁾. Šeriatski pravnici se ne slažu da li sudija može svrgnuti testamentalnog izvršioca, ako je nečastan. Jedni zastupaju mišljenje da treba poštivati volju testatora⁷⁾.

Ako časni izvršilac ne može da ispunjava potpuno dužnosti ove funkcije, sudija nema prava da ga liši te dužnosti: on mora imenovati samo drugog izvršioca kao pomoćnika⁸⁾. Ovo se mišljenje osniva na potpunom poštivanju testatorove volje. Ali nesposobnost prvog izvršioca treba da bude dokazana. Ako testamentalni izvršilac ne može da vrši ni jednu funkciju, sudija ima pravo da ga zamijeni drugim, sve dok ponovno ne postane sposoban za njihovo vršenje. Ako testamentalni izvršilac nije povjerljiva osoba, sudija ga može svrgnuti i zamijeniti drugim. Njegova poročnost mogla bi nanijeti štetu zaostavštini. Sudija u ovom slučaju vrši prepostavljenu volju ostavioca. Izvršilac mora da bude dobar administrator i punoljetan. Ova dva uslova se prepostavljaju sami po sebi. Sudija će uvijek imati pravo zamijeniti izvršioca kome ne dostaje jedan od ovih uslova⁹⁾.

Testametalni izvršilac može se u pogledu svoga postavljanja izjasniti na tri načina: primiti se, odbiti ili se ne izjasniti uopće. Nije potrebno da testator zna za sve odluke. Izvršilac se može odlučiti još i poslije smrti testatora.

⁵⁾ Ahkami Šerija, § 443.

⁶⁾ Ahkami Šerija, § 444.

⁷⁾ Šejh Zejd Bej, op. cit. s. 144., 145.

⁸⁾ Ahkami Šerija, § 445.

⁹⁾ Ahkami Šerija, § 443.

Šeriatsko pravo za razliku od svih starih zakonodavstava, kao što smo vidjeli, ne traži stroge forme za zaključenje ugovora. Ono se dijametralno razlikuje od rimskog prava prve periode, koje uslovljava valjanost jednog ugovora izgovaranjem određenih riječi ili vršenjem izvjesnih radnji. Potrebna je samo saglasnost volja. Ova teorija volje dominira u cijelom šeriatskom pravu, a specijalno ima važnost u našem predmetu. Za imenovanje izvršioca testamenta ne traži se nikakva naročita forma. Sve manifestacije volje koje se mogu interpretirati kao postavljanje izvršioca, biće dovoljne za ono što ove označuju¹⁰⁾. Isti je slučaj s primanjem i odbijanjem funkcije izvršioca testamenta. Na prijem se može pristati šutnjom, vršenjem nekih radnji te nadzorom nad djecom¹¹⁾. Ima pravnika koji vežu izvršioca testamenta samim imenovanjem, bez njegova znanja, ako on manifestuje primanje šutnjom i upravlja imovinom ostavioca. Ovo mišljenje nije prihvatljivo, jer ga baziraju na sličnosti s nasljedstvom koje prelazi na nasljednike *ipso iure* smrću ostaviočevom. Takav izvršilac je strano lice za ostavioca. Između njih ne postoji nikakva pravna veza. Izvršilac testamenta se primorava samim činom primanja da ispuni izvjesne dužnosti prema imovini i prema djeci testatorovoj i odgovara za svoju nemarnost i aljkavost. Ako ne zna za svoje imenovanje, uzima se kao da je nemaran. Bilo bi nepravedno učiniti ga odgovornim u ovom slučaju. Još manje bi se smio izvršilac izjednačiti s nasljednikom. Nasljednik stiče svojinu nad dobrima ostavioca samom njegovom smrću, dok izvršilac ne postaje nikad njihov vlasnik. Njegova je funkcija izvršenje posljednje volje ostaviočeve.

Šejh Zejd Bej traži da se izvršilac testamenta mora primiti izrično, jer se izlaže odgovornosti i pošto je ta funkcija besplatna (počasna), testator ga ne može obvezivati bez njegova znanja¹²⁾. Tako je usvojio i Kadri Paša u § 439.

Ako se izvršilac primi dužnosti za života testatorova i ako ne odbije prije njegove smrti, ne može više odbiti tu dužnost. On bi to, ipak, mogao odbiti s odobrenjem testatora, ako bi bio rezervisao ovo pravo u momentu njegova primanja ili ako bi mu sam testator dao ovo pravo u aktu postavljenja¹³⁾. Ako je

¹⁰⁾ Šejh Zejd Bej, op. cit. s. 138.

¹¹⁾ Zejlei, op. cit. VI., s. 206.

¹²⁾ Šejh Zejd Bej, op. cit. s. 138.

¹³⁾ Ahkami Šerija, § 435.

izvršilac primio funkciju za života testatorova, testator je siguran pri smrti da će njegova volja biti ispunjena. Ako bi se izvršilac kasnije odrekao, prekršio bi obavezu koju je primio. Inače bi testator mogao imenovati drugog koji bi se primio te dužnosti bezuslovno. Ako on to propusti, smatra se da je ostavio na volju izvršiocu da li će se primiti ili ne¹⁴⁾. U ovom se slažu i stariji i mlađi pravnici (§ 435.).

Ako izvršilac odbije za vrijeme života testatorova, postoje dvije hipoteze:

a) kad je testator znao za ovo odbijanje, izvršilac je oslobođen, jer je testator mogao drugog postaviti. Ako testator postavi drugog, prvi neće moći da se ponovo primi poslije smrti njegove, jer ga je prečutno ostavilac svrgnuo¹⁵⁾.

b) ako testator nije znao za odbijanje, ostaće i dalje u obavezi i dužan je vršiti svoju funkciju¹⁶⁾. Ako se izvršilac ne izjasni, poslije smrti može da primi ili da odbije funkciju izvršenja. Ako primi, biće obavezan kao da je primio za života testatorova. Ako odbije, oslobada se obaveze¹⁷⁾.

Ako izvršilac pošto je odbio, ponovno primi, biće valjan taj prijem. Međutim, ako u međuvremenu sudija postavi drugog, ponovno primanje nije punovažno. Na osnovu svoga prava nadzora, sudija može poništiti imenovanje izvršioca, oduzimajući bilo imenujući sebe samog izvršiocem, bilo uzimajući na sebe funkciju tutora. Ta je doktrina primljena i od Kadri Paše¹⁸⁾.

3. Nagrada izvršioca testamenta. — Šeriatski pravnici poklonili su svoju pažnju i pitanju nagrade izvršioca testamenta. Ovo pitanje je tretirano i u Kur'anu i to u propisu koji se odnosi na tutora uopće. Ovaj propis govori o načelnoj obavezi povraćanja dobara maloljetnicima, kad postanu punoljetni¹⁹⁾. Iz ovog propisa se izvodi pravo izvršioca da traži nagradu za vršenje svoje funkcije. Ovo pravo se potvrđuje i mnogim izrekama Muhamedovim. Tako je došao jedan čovjek i pitao Muhameda da li može da se služi dobrima pupile, koja se nalaze pod njegovom upravom. On mu je dozvolio, pod uslovom da

¹⁴⁾ Ibni Naim, VIII., 456.; Šejh Zejd Bej, op. cit. s. 135., 136.

¹⁵⁾ Šejh Zejd Bej, op. cit. s. 137.

¹⁶⁾ Ahkami Šerija, § 436.

¹⁷⁾ Zejlei, VI., 206.; Ibni Asim, VIII., 457.; Šejh Zejd, 137.

¹⁸⁾ Ahkami Šerija, § 438.

¹⁹⁾ Kur'an, IV., 5.

upravlja tim dobrima racionalno i da ih štedi kao svoja²⁰). Muhamedov drug Abas pripovijeda da je jedan tutor pitao Muhameda da li može piti mljeku deve maloljetnika, koji mu odgovori: »Ti radiš o njemu, i napasaš i pojš deve, brineš se o njima kad su bolesne, goniš ih u štalu da se odmaraju. Ako činiš te usluge, pij mljeku njihovo, bez da ih muzeš, bez okolišanja da oduzimaš njihovim malim i da ne uzimaš preko mjere«²¹).

Muhamed je rekao: »Ja se smatram prema državnoj blagajni kao tutor u pogledu dobara maloljetnih. Ako sam bogat, neću se koristiti njima. Ako sam potreban, ja će ih jesti umjereno«²²).

Izvjesni pravnici se drže doslovno riječi Kur'ana i tradicije. Oni daju izvršiocu nagradu, ako je siromašan. Međutim, ako je dobrog imovnog stanja, njegova će funkcija biti besplatna.

Drugi opet vele: ako izvršilac ispunjava svoju dužnost, iako nije siromašan, niko ga ne može primorati da to čini besplatno²³). Dok jedni pravnici daju nagradu prema uloženom trudu, drugi je odmjeravaju prema potrebama tutora. Kadri Paša u § 469. veli: »Ako je tutor potreban, mora mu se dati nagrada koja odgovara njegovom trudu. Inače mu ne pripada.«

4. Testator određuje domaćaj misije izvršioca testamenta. On mu može povjeriti upravljanje svim svojim dobrima, da bude tutor njegove maloljetne djece, a može da mu povjeri samo izvjesne akte administracije ili izvjesne funkcije štitništva.

Pravnici se ne slažu u pogledu ograničenja prava izvršioca. Ebu Hanifa mu daje i sva ostala prava. Ebu Jusuf, međutim, naglašava da se mora respektovati volja testatorova. Ebu Hanifa daje ovako objašnjenje: Kada sudija povjeri nekom izvršiocu specijalne dužnosti, on sam može ispunjavati druge ili ih povjeriti nekom trećem. Ostavilac, naprotiv, nije u stanju da to učini, pa je logičnije da se i ostale funkcije povjere specijalnom izvršiocu, nego da se imenuju novi o kome testator nije imao ni pojma. Ali zašto u ovom slučaju ne bi mogao sudija imenovati drugog ili sam vršiti tu dužnost? Ebu Jusufovo mišljenje ie logičnije²⁴.

Funkcije izvršioca su uprava zaostavštine, njena likvidacija i izvršenje posljednje volje testatorove. Izvršilac ima nekad vrlo

²⁰) Zamahšeri, Kešaf, I., 350.

²¹) i ²²) Zamahšeri, op. cit. 350.

²³) Šejh Zejd Bej, op. cit. 189.

²⁴) Ahkami Šerija, § 440.

široka ovlaštenja i prava pri diobi dobara ostaviočevih. Ova mu prava pripadaju kao zastupniku maloljetnih i otsutnih lica. Ali on ne može vršiti podjelu u ime legatara, jer njih ne prestavlja²⁵). Prava vasije kao izvršioca posljedne volje u pogledu imovine su ograničenja nego kad vrši ulogu tutora nad pupilom testatorovom. On može punovažno otuđiti pokretna dobra maloljetnika, ako to njegovi interesi zahtijevaju. Kada postoji interes, to je faktično pitanje. Šeriatko pravo traži da je maloljetniku potrebna cijena. Osim toga još se naglašava da je lakše sačuvati za maloljetnika novac nego ma koje drugo pokretno dobro. Prodaja je dopuštena i s malim oštećenjem. Međutim, ako postoji *laesio enormis*, koji u šeriatskom pravu iznosi obično $\frac{1}{2}$, onda je otuđenje ništavno. U pogledu otuđenja nekretnina šeriatko pravo je strožije. Ono ga dozvoljava samo u izuzetno opravdanim slučajevima, kad bi se izbjegla prodajom šteta kao i kad bi se realizovala izvjesna korist za maloljetnika. Na pr. kad kupac nudi dvostruku cijenu stvarne vrijednosti, tutor će moći da otuđi, ali pod uslovom da kupi drugu nekretninu koja bi donosila više prihoda nego prva; kad to zahtijeva izdržavanje ili školovanje testatorove maloljetne djece i to pod uslovom da u zaostavštini nema pokretnih dobara, čija bi vrijednost bila dovoljna za pokriće tih troškova. Kadri Paša u § 450. Ahkami Šerije dozvoljava otuđenje nekretnina i sa stvarnom vrijednošću pa i s malim oštećenjem, kad troškovi održavanja nekretnina i porezi na njih prevazilaze prihode i kad je nekretnina izložena opasnostima od strane nekog moćnog susjeda. Nije potrebno da se ta opasnost sasvim jasno manifestuje. Dovoljno je da postoji bojazan od usurpacije, prouzrokujući troškove neprestanim tužbama.

Ako su naslijednici svi otsutni, vasija u svojstvu izvršioca može otuđiti pokretna dobra da im sačuva vrijednost. Ali ne može otuđiti nekretnine, jer se njihova vrijednost čuva i bez otuđenja²⁶). Jedni pravnici ovlašćuju izvršioca da proda nekretnine otsutnih punoljetnih naslijednika, ako im prijeti opasnost da propadnu²⁷).

5. Vasija u svojstvu izvršioca ima dužnost da ispunji posljednju volju testatorovu. Može prodati kako pokretna tako i nepokretna dobra za isplatu legata koje je ostavilac označio.

²⁵) Zejlei, V., 265.; Ahkami Šerija, § 447.

²⁶) Altiri, 468.; Al Kasani, V., 151. i 152.

²⁷) Zejlei, VI., 212.; Salebi, 213.

Izvršilac postavljen od majke neće imati nikakva prava nad dobrima maloljetnika, ako nisu došla od majke. Nema više prava nego i majka koja ga je postavila²⁸⁾.

Izvršilac igra ulogu tuženog u tužbi protiv nasljedstva glede ostaviočevih dobara. Ali ni dugovi ni tražbine se ne prenose na izvršioca nego direktno na nasljednike. Odgovornost nasljednika je ograničena iznosom njegovog nasljednog dijela²⁹⁾.

6. Izvršenje posljednje volje. Misija izvršioca testamenta ne ograničava se na nužno upravljanje ostaviočevim dobrima i vršenje štitništva nad maloljetnom djecom. Njemu se povjerava i izvršenje posljednje volje ostavioca, da isplati legate prije nego izvrši podjelu zaostavštine među nasljednike.

Šeriatsko pravo nema izričnih propisa u pogledu odgovornosti izvršioca testamenta. Izvršilac je po propisima šeriatskog prava povjerljivo lice, u koje se ima puno povjerenje da će izvršiti određene i propisane mu dužnosti. Zato ne postoje u šeriatskom pravu neki posebni propisi koji bi normirali njegovu odgovornost, u slučaju kada bi zanemario te svoje povjerenje dužnosti. Iako nema izričnih propisa u djelima znamenitih šeriatskih pravnika, u sudskej praksi se osjeća potreba za njihovom primjenom. Praksa naših šeriatskih sudova je nestalna u ovom pogledu.

U svim tim hipotezama izvršilac nadzire izvršenje i osigura poštovanje navedenih pravila. Ako nema testamentalnog izvršioca, tu funkciju će vršiti nasljednici: legatar će imati direktno pravo da mu oni odvoje zavještanu stvar. Povešće parnicu sa zahtjevom, a testamenat će mu poslužiti kao osnov.

Kad legat ne prelazi raspoloživu sumu, uloga izvršioca je jednostavna. On će procijeniti vrijednost zaostavštine i predati $\frac{1}{3}$ legataru, ukoliko mu bude ostavljena cijela $\frac{1}{3}$. Ako prelazi tu sumu a odobravaju ga neki nasljednici, vrijediće samo prema njima. Legtar stiče svojinu na zavještanoj stvari direktno od ostavioca, a izvršilac igra ulogu mandatara sa zadatkom da izdvoji zavještane stvari, pristupi diobi i eventualno procijeni zaustavštinu.

Na molbu izvršioca sudija će prisiliti nasljednike da predaju stvar koja je predmet legata.

²⁸⁾ Ahkami Šerija, § 455.

²⁹⁾ Ahkami Šerija, § 468.

Izvršilac će nadzirati da li se ostavljeni novac troši prema volji testatora.

Izvršenje testamenta je jedna lična funkcija i ne bi trebalo dozvoliti zastupanje i zamjenjivanje od strane drugih. Ovdje se šeriatsko pravo rukovodi idejom zaštite maloljetnikovih interesa što je više moguće, pa je dozvolilo zastupanje. Ta doktrina je zastupljena i u § 461. Ahkami Šerije.

Prirodno je da bude jedan izvršilac od testatora ili od sudije imenovan, ali ih može biti i više.

Zejlei veli: ako testator postavi više izvršioca, jedan od njih ne može sam upravljati dobrima testatorovim. To je učenje Ebu Hanifino i Muhamedovo³⁰⁾. Ebu Jusuf uči da i jedan sam može punovažno djelati.

Volja testatorova mora biti respektovana, bilo da dopušta tutorima da djelaju samostalno ili da im odredi da rade kolektivno.

Postavlja se pitanje kakvu će važnost imati radnje koje preduzme preživjeli izvršilac, ako ih je bilo dvojica pa jedan umre, te kakva su njegova prava. Preminuli izvršilac može imati svoga izvršioca koga je postavio za svoju imovinu. Šeriatsko pravo priznaje izvršiocu testamenta da može odrediti svog izvršioca za obje zaostavštine. Ali ako on nije odreden da upravlja prvim nasljedstvom, preživjeli izvršilac ima sam pravo da upravlja nasljedstvom prvog testatora³¹⁾.

Drući pisci misle da sudija uvijek mora imenovati drugog izvršioca a da ne istražuje da li je u mogućnosti preživjeli da upravlja zaostavštinom³²⁾.

Trebamo još ispitati hipotezu kad tutor koji umre odredi jedno lice kao izvršioca svog vlastitog nasljedstva, da li će ovaj izvršilac imati pravo da protegne izvršenje na prvo nasljedstvo. Zejlei se izjašnjava za tu tezu³³⁾. Šafija smatra da izvršilac nema nikakvih prava na prvo nasljedstvo. Prvi testator je naredio svome izvršiocu da upravlja njegovom imovinom a ne da postavlja jednu drugu osobu da ga zamjeni. Drugi izvršilac je u neku ruku mandatar prvog, a ovaj je mandatar testatorov. I po principima šeriatskog prava mandatar nema prava da

³⁰⁾ Ahkami Šerija, § 447.

³¹⁾ Zejd Bej, op. cit. 155.

³²⁾ Ahkami Šerija, § 448., al. 1.

³³⁾ Zejlei, VI, 209.

postavi treće lice da ga zamjeni. Mandat je ugovor *intitui personae*. Dakle, drugi izvršilac će imati pravo samo prema drugom nasljedstvu.

Hanefisti prihvataju doktrinu da drugi izvršilac (izvršilac izvršioca) može da upravlja s oba nasljedstva³⁴⁾. Kadri Paša pravi razliku između izvršioca koga je postavio *de cuius* i onog koga je postavio sudija. On primjenjuje kod prvog u svim slučajevima doktrinu Ebu Hanife. Kod drugog je dopušta samo kad je štitništvo generalno.

7. Prestanak funkcije izvršioca testamenta. Sve prestaje s prestankom uzroka i svrhe njegova postojanja. Funkcija izvršioca testamenta prestaje kad ispuní sve svoje dužnosti. Šeriatsko pravo ne postavlja rok za izvršenje odredaba posljedne volje. Što se tiče običnih poklona, izvršilac ih mora ispuniti odmah poslije smrti testatorove ili čim primi dužnost izvršioca.

Izvršilac učestvuje u podjeli imovine, ali se tu njegova misija ne iscrpljuje. On još mora izdati legatarima njihov dio i to bez konzultovanja nasljednika. Nasljednici su prirodni izvršioci, ali ako je testator odredio trećeg kao izvršioca, znači da je htio isključiti nasljednika od ove funkcije. Druge funkcije osim isplate legata prestaju kad budu izvršene prema volji testatorovoj.

§ 11.

DA LI SE MOŽE TESTIRATI S MIRIJE NEKRETNINAMA

Nepokretna dobra su kroz čitavu istoriju ljudskog društva igrala vrlo značajnu ulogu. Vazda se smatrao zemljšni prostor kao životni prostor pojedinih naroda. Za zemlju se vodi vječita borba, kako između pojedinih naroda, tako i između pojedinaca. Zemlja je najvažniji izvor života. Sva zakonodavstva su veliku pažnju poklanjala regulisanju odnosa koji se tiču nepokretnih dobara. Teolozi uče da je zemlja Božija i da su vladari njegovi zamjenici na zemlji. Ta koncepcija je usvojena i u islamskoj

³⁴⁾ Ahkami Šerija, § 449.

nauci. Zemlja je Božija, a vladar je njegov zamjenik koji ima pravo raspolaganja zemljom¹⁾.

Istorija baštinske svojine u i slamu je vrlo interesantna. Uglavnom pravna priroda zemljšta je dvojaka. Na prvom mjestu imamo privatnu svojinu na nepokretnim dobrima, koja odgovara svojini u rimskom pravu. Na drugom mjestu imamo zemljšta nad kojima svojina pripada državi. Država ta zemljšta predaje privatnim licima na uživanje uz izvjesne uslove. Odnos ovih lica prema ovim zemljštima se mijenja kroz istoriju. Taj odnos je specijalno regulisan otomanskim zemljšnim zakonom od 7. Ramazana 1274. (1858.) i Zakonom od 17. Muharema 1294. (1867.).

Dobra nad kojima pojedinci imaju potpunu svojinu jesu sve pokretne stvari, kuće, zgrade, dvorišta, bašće i vinogradi. Njihova pravna priroda je milk²⁾.

Za pomenuta dobra u pogledu nasljedivanja i raspolaganja na slučaj smrti vrijede propisi šeriatskog prava, koje smo uglavnom iznijeli.

Pravna priroda oranica, livada, pašnjaka i šuma označava se sa eraziemirjom ili kraće »mirijom«. Za ova zemljšta vrijede propisi pomenutog Ramazanskog i Muharemskog zakona. Ti se propisi u mnogome razlikuju od propisa šeriatskog prava. Po tim zakonima sloboda raspolaganja kako *inter vivos* tako i *mortis causa* je ograničena. Dok među živima tim dobrima se može raspolagati samo s odobrenjem vlasti, dotle na slučaj smrti raspolaganje je uopće isključeno. Ta velika razlika između dobara milk i mirije postojala je sve do 1912. Poslije toga, iako je otomansko zakonodavstvo smatrano kao osnovno sve do današnjega dana, ipak se *via facti* primjenjivalo uglavnom austrijsko zakonodavstvo, jer sudije koje su primjenjivali zakone nisu poznavali niti otomanskoga niti domaćeg običajnog prava

¹⁾ Branislav Nedeljković, Istorija baštinske svojine (doktorska teza). Beograd, 1936., str. 66.

²⁾ Medžela i svi zakoni na našem jeziku koji govore o ovim dobrima označavaju ih sa mulku. Izgleda da je pravilnije milk (sa vokalom »i« nego »u«). Ova riječ se u turskom i arapskom jeziku piše bez vokala, t. j. »mlk« kao što je inače slučaj u ta dva jezika. Prevodilac Medžele je pogrešno pročitao ovu riječ prevodeći je na naš jezik. Riječ milk u arapskom jeziku znači vlast i to kako političku tako i nad svojim dobrima. Međutim, muluk je uži pojam i znači samo političku vlast (Fejjumi, El Misbahul Munir, I., s. 106.). Osim toga narod u Bosni veli za pomenuta dobra »milač«. Znači da ju je pravilno zapamtio od Turaka. To potvrđuje i Srpski građanski zakonik u svom § 475., gdje govori o »miljkovima«. Jednina od ove riječi je »miljk«.

koje je dotle poštivano. Ramazanski zakon isključuje pravo raspolaganja na slučaj smrti nepokretnim dobrima, pravne prirode mirija. Postoji samo zakonsko nasljeđivanje koje je vrlo ograničeno u pogledu lica koja imaju pravo da naslijede. Taj zakon poznaje samo osam redova od kojih onaj prethodni isključuje slijedeće s izvjesnim izuzecima. Ti redovi su:

- 1) djeca ostavioca na jednakе dijelove bez obzira na pol;
- 2) unučad ostavioca;
- 3) roditelji;
- 4) prava braća i braća po ocu;
- 5) prave sestre i sestre po ocu;
- 6) braća po majci;
- 7) sestra po majci; i
- 8) preživjeli bračni drug.

Kad nema ovih lica zemljišta pravne prirode mirije ostaju bez nasljednika i spadaju pod takozvanu »haki tapu«, koje se sastoji iz prava otkupa uz izvjesnu naknadu. To pravo imaju: 1) vlasnici milkovnih dobara nad tim nekretninama, 2) suvlasnici i 3) seljani (suseljani). Ako ni ovih nema, mirije nekretnine ostaju mahlul (slobodne), pa ih ostavinski sud predaje državi. Vlasnik mirije nekretnina nema pravo raspolaganja uopće na slučaj smrti.

Sve do 1912. godine posjednik mirije nekretnina nije mogao slobodno raspolagati ni među živima, nego je trebao prethodno tražiti odobrenje upravne vlasti. Svaki posao bez tog odobrenja bio je apsolutno ništavan. Gruntovničkim zakonom za Bosnu i Hercegovinu od 13. rujna 1884. mirijski posjednici su proglašeni pravim vlasnicima, a zakonom od 29. prosinca 1912. ukinuto je ograničenje u pogledu raspolaganja ovim nekretninama *inter vivos*³⁾. U pogledu nasljeđivanja ostao je i dalje na snazi Muharemski zakon. Kategorisanje zemljišta na milk i miriju zadržao je i Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, i to samo za Bosnu i Hercegovinu (§ 87. st. 5.).

Interesantno je da citiramo tekst zakona od 29. prosinca 1912. godine, koji je ukinuo mnoge propise Ramazanskog

³⁾ Dr. Bertold Ajzner, Šeriatsko pravo i naš jedinstveni gradanski zakonik, »Pravosude«, 1936., str. 259.

zakona. Taj zakon glasi: S privolom sabora Bosne i Hercegovine naredujem:

»§ 1. Odredbe §§ 15., 16., 17., 18., 36., 37., 38., 39., 40. kao i 114. otomanskog zakona o zemljišnom posjedu od 7. Ramazana 1274. (3. svibnja 1858.) ovim se ukinaju. Ujedno se ukinaju svi zakoni i naredbe koji stoje u savezu sa zakonskim odredbama pobjojanim u prvom stavku a protuslove ovom zakonu.

§ 2. Ovaj zakon stupa na snagu danom proglašenja (24. siječnja 1913.)«.

Nas ovdje interesuje naročito ukinanje § 36. Ramazanskog zakona, koji je regulisao odnos posjednika prema mirije nekretninama i njegovo raspolaganje *inter vivos i mortis causa*. Poslije ukinanja ovog propisa povelo se pitanje da li je ukinuto ograničenje raspolaganja mirije nekretninama i na slučaj smrti. Mišljenja pravnika se razilaze. Jedni vele da je to ograničenje ukinuto i u pogledu raspolaganja na slučaj smrti. Ukinjanjem § 36. Ramazanskog zakona prema tome mišljenju izjednačile su se u pogledu raspolaganja mirijske s milk nekretninama. Isto tako je prestala zabrana raspolaganja i na slučaj smrti⁴⁾. Pošto je slobodno neograničeno raspolagati mirije nekretninama *inter vivos*, izgleda neobjasnjivo da je ta sloboda isključena na slučaj smrti. Doduše, šeriatsko pravo i za milk dobra ostavlja punu slobodu raspolaganja *inter vivos*, ali je ograničava na slučaj smrti.

To pitanje je definitivno riješeno načelnom odlukom Vrhovnog судa u Sarajevu od 26. svibnja 1917. u korist mišljenja koje smatra raspolaganje mirije nekretninama na slučaj smrti apsolutno ništavnim.

Dok je u toku razvitka razlika između nekretnina milk i mirija bila ogromna, raznim novelama, zakonima i uredbama postala je vrlo nezнатна. Ta se razlika ogleda još samo u pogledu nasljeđivanja, raspolaganja na slučaj smrti, roka zastarjelosti, prava prekupa i uvakufljenja. Kao najglavnija razlika koja je postojala i koja je ukinuta jest sloboda raspolaganja *inter vivos*. I ostale razlike bi trebalo ukinuti. Trebalo bi sve mirijske nekretnine »milkizirati«, kao što je slučaj bio u Južnoj Srbiji, gdje je takođe važio isti sistem zemljišnog zakonodavstva kao i u Bosni i Hercegovini sve do 1913. godine, kada je Stara Srbija pripojena Kraljevini Srbiji. Ovo bi bilo u interesu jedinstvenog zakonodavstva. Pod ovakvim raznolikim sistemom

⁴⁾ Dr. Ivo Pavičić, Testiranje glede mirijskih zemljišta u Bosni i Hercegovini, »Mjesečnik«, 1913., str. 634.

vlasnici mirijskih nekretnina nemaju ista prava u pogledu raspodajanja tim dobrima, koja imaju gradani iz ostalih krajeva naše države. Po ovom sistemu, izgleda, da svi gradani nisu jednaki pred zakonom u pogledu zemljišnih dobara.

Osim toga treba naglasiti da u Bosni i Hercegovini država relativno najviše nasljeđuje svoje gradane. Pošto je red nasljednika u erazi miriji vrlo ograničen, država vrlo često dobiva u zaostavštinu, iako dosta bliski srodnici ne nasljeđuju ništa, a u najviše slučajeva bi bilo socijalno i pravično da baš oni nasljeđuju imovinu koja se sastoji iz nekretnina vrste mirija. Da bi to sve izgledalo još nepravičnije, ne dozvoljava se niukom slučaju da *de cuius* može ostaviti najbližim srodnicima jedan dio od te svoje imovine na slučaj smrti.

Šeriatski sudovi raspravljaju i uručuju zaostavštine umrlih muslimana po šeriatskim propisima ili po drugim državnim zakonima koji su u skladu s tim propisima. U slučaju kad jedno lice ne ostavi iza sebe ni jedno lice koje bi ga moglo naslijediti, zaostavština se uručuje državi kao privatnopravnom licu — *fiscusu*⁵⁾.

Napomenimo, da ovi propisi u pogledu mirije nekretnina vrijede za sve gradane Bosne i Hercegovine bez obzira na vjersku pripadnost.

I po šeriatskim propisima, što se tiče mirijskih dobara, država je kompetentna da donosi propise, te ni s te strane ne bi bilo nikakve smetnje da se izvrši »milkiziranje« mirijskih nekretnina i da se ukine svaka razlika i dioba na milk i miriju.

§ 12.

NIŠTAVNOST TESTAMENTA

Svaka izjava volje neće proizvesti željeno dejstvo. Da bi to dejstvo proizvela mora ispunjavati izvjesne uslove koji su bitni za njenu punovažnost. Ako ne dostaje ma koji od tih elemenata, volja je nevažna, ništavna. Ta ništavnost može biti

⁵⁾ Međutim, pojам države kao privatno-pravnog lica u današnjem smislu, izgleda, da se ne podudara s pojmom Bejtul-mala, koji se obično identificuje u praksi s pojmom fiscusa. Bejtul-mal je neka vrsta fiscusa, ali mnogo užeg pojma. Šeriatski propisi tačno propisuju izvore prihoda Bejtul-mala kao i svrhe u koje se smiju trošiti. Kao što su strogo ograničeni prihodi, isto su tako ograničene i svrhe u koje se ti prihodi troše. Tačno je određeno koja vrsta prihoda se troši u koju svrhu. Štaviše nisu dozvoljena ni virmanisanja (Zejlei, III., s. 283).

apsolutna i relativna. Testamenat će biti apsolutno ništavan kad ne dostaje jedan od bitnih elemenata: kad volja potiče od nesposobnog lica ili je izjavljena pod izvjesnim okolnostima koji je čine ništavnom. Isto tako je ništavan, ako je predmet testamenta izvan pravnog saobraćaja po šeriatskom pravu. Testamenat će biti ništavan i kad je legatar nesposoban da primi legat¹⁾. Svi drugi momenti koji bi mogli dovesti do ponишtenja jednog testamenta prave ga relativno ništavnim.

U principu i punovažno napravljen testamenat može svoju punovažnost izgubiti voljom samog ostavioca. Testamenat, kao akt posljedne volje, nosi u sebi mogućnost opozivanja sve do smrti ostaviočeve, o čemu smo već govorili.

Tako će testamenat ostati bez dejstva:

1. ako neko testira dio nasljednika;
2. ako ostavlja legat u zabranjene svrhe;
3. ako ostavi legat otpadniku od vjere;
4. ako opozove testamenat;
5. ako testator bude duševno obolio;
6. ako legatar odbije legat poslije smrti ostaviočeve;
7. ako legatar umre prije ostavioca;
8. ako propadne zavještano dobro prije smrti ostaviočeve;
9. ako testator umre kao otpadnik od vjere;
10. ako je testator pod pritiskom sile izjavio volju; i
11. ako ne dostaje jedan od bitnih uslova za punovažnost testamenta.

U svim ovim slučajevima je testamenat bez dejstva i zavještano dobro će pripasti, kao i ostala zaostavština, zakonskim nasljednicima²⁾.

§ 13.

RAZLIKA IZMEĐU TESTAMENTA U ŠERIATSKOM I GRADANSKOM PRAVU

Iz svih dosadašnjih izlaganja mogli bi povući neke razlike između testamenta po našem građanskom zakonodavstvu i šeriatskom pravu, koje karakterišu testamenat po šeriatskom pravu. Različitost tih propisa ogleda se u pogledu pravne prirode

¹⁾ Sejfulah Proho, op. cit. s. 2.

²⁾ Sejfulah Proho, op. cit. s. 5.

testamenta, njegovog sadržaja, forme i izvršenja, te u pitanju protiv koga se ima tražiti njegovo izvršenje.

Testamenat po građanskom pravu spada u jednostrane pravne poslove koji se preduzimaju na slučaj smrti. Kao jednostrani pravni posao njegova punovažnost ne zavisi od pristanka lica u čiju se korist pravi. Ovdje zakonodavac smatra da i jednostrana izjava volje može da proizvede izvjesno pravno dejstvo. Šeriatsko pravo u pogledu pravne prirode testamenta zastupa drugo gledište, različito od građanskog zakonodavstva. Šeriatski pravnici pravni posao koji potiče iz izjave posljednje volje smatraju dvostranim. Testamenat je ugovor poput ostalih imovinskih ugovora. Za njegovu punovažnost šeriatski pravnici traže saglasnost obiju stranaka, kako testatora tako i legatara. Kao da za njih jednostrana izjava volje ne daje dovoljno garantije da bi mogla proizvesti neko pravno dejstvo. Za njih jednostrana izjava volje ne obavezuje, iako dolazi sa strane onoga koji na sebe prima dobrovoljno izvjesnu obaveznu. Po mišljenju šeriatskih pravnika testamenat je punovažan istom, kad se o njegovu prijemu izjasni lice u čiju se korist pravi. Šeriatsko pravo samo u izuzetnim slučajevima smatra da je testamenat punovažan samom izjavom volje testatora. To je slučaj kad je njegov beneficiar neodređen u momentu pravljenja.

Po našem građanskom zakonodavstvu predmet testamenta, njegov sadržaj, upravo njegov bitni elemenat je postavljanje nasljednika. Nema testamenta bez postavljanja nasljednika. Sve druge odredbe posljednje volje su sporednog karaktera. Naredba posljednje volje koja ne bi sadržavala *institut hereditatis*, ne bi bila testamenat nego kodicil. Šeriatsko pravo poznae samo zakonske nasljednike, ono ne poznae testamentalnih ni ugovornih. Nasljednika određuje samo zakonodavac. Testamenat šeriatskog prava poznae samo određivanje legata. Prema tome šeriatsko pravo ne poznae testamenta u smislu našeg građanskog prava. On je bliži kodicilu.

Dok je po Austrijskom i Srpskom građanskom zakoniku redovna forma pismeni testamenat, a usmeni samo u izuzetnim slučajevima, po šeriatskom je redovna forma usmeni testamenat. Po građanskom pravu izjava posljednje volje spada u formalne pravne poslove, dok je po šeriatskom pravu neformalne prirode. Izjava posljednje volje može se izraziti ma u kojoj formi. Glavno je da se može obezbjediti njen dokaz na jedan

od dokaznih sredstava. Dok je po građanskom pravu forma sastavni dio testamenta, ona u šeriatskom pravu ima jedinu svrhu da joj pribavi dokaz.

Još jedna karakteristična razlika postoji između testamenta po građanskom i šeriatskom pravu. To je u pogledu momenta sticanja svojine nad zavještanim dobrima, kao i u pogledu toga protiv koga se ima tražiti ostvarenje legata. Po građanskom pravu testamentalni nasljednici odnosno legatari nemaju nikakve prednosti pred zakonskim. Međutim, po šeriatskom pravu beneficiar testamenta ima prednost pred zakonskim nasljednicima. Na prvom mjestu se isplaćuju korisnici testamenta pa se onda predaje zaostavština zakonskim nasljednicima. Zato naredjenja iz testamenta imaju pasti na teret zaostavštine a ne na teret nasljednika. Dok po građanskom pravu legatari imaju samo tražbeno pravo prema nasljednicima, legatari po šeriatskom pravu imaju pravo prema samoj zaostavštini i oni se prvo naplaćuju pa se onda zaostavština dijeli među nasljednike. Po šeriatskom pravu se može testirati samo sa $\frac{1}{3}$ i to nenasljedniku, osim iznimnih slučajeva.

Ovo su najglavnije razlike između testamenta po građanskom i šeriatskom pravu.

§ 14.

TESTAMENAT I ŠERIATSKO-SUDSKA PRAKSA

U sudske praksi se najbolje vidi kako živi jedno pravo. Tu se najbolje ogleda njegova vitalnost. Iz sudske prakse se najbolje vidi da li pojedini propisi zadovoljavaju potrebe života. Život ne poznae okova niti zakonske stege. On nade načina da obide i najveću strogost pojedinih propisa. Na sudiji leži da mrtva slova zakona oživi. On ima dužnost da iznade smisao zakonskih propisa i da ih na najcjelishodniji način primjeni, čuvajući da ne povrijedi tekst tih propisa. Sudija, kao najbolji poznavalac i života i zakona, održaje između njih vezu. On je njihova spona. Obavezan da svaki konkretni slučaj riješi, u mnogim slučajevima se pojavljuje u ulozi zakonodavca, nadopunjajući praznine zakona.

Sudska praksa u šeriatskom pravu je od naročite važnosti, jer šeriatsko pravo nije kodifikovano. Ono se nalazi po čuvenim i priznatim djelima šeriatskih pravnika. Ta okolnost omo-

gućuje šeriatskom pravu njegovo prilagodavanje potrebama života i vremena. Pri tome su vrlo važnu ulogu igrale u razvitku šeriatskog prava i muftije koje su morale davati precizne odgovore na svako postavljeno pitanje, poput rimskih pravnika koji su davali *responsio*.

Međutim, sudska praksa šeriatskih sudova, a specijalno kod nas, nije bila predmet naučnog obradivanja, kao što je slučaj kod zapadnih naroda.

Kod nas se vrlo malo bavilo sakupljanjem važnih odluka i rješenja šeriatskih sudova. Jedino je austrijska vlada nešto radila na tome kao što je i g. Abdulah Bušatlić u svom djelu (Šeriatsko-sudski postupnik s formularima — Sarajvo, 1927) navodio pojedina rješenja šeriatskih sudova.

Mi smo pokušali da ovaj naš rad rasvjetlimo i s te strane pa smo u arhivi šeriatskog suda u Sarajevu našli nekoliko presuda koje će biti interesantne da se navedu.

1. Mi smo se već upoznali s pitanjem raspoloživog dijela po šeriatskom pravu kao i redovnoj formi testamenta. Ovdje će nam jedna presuda šeriatskog suda u Sarajevu (P. 80/37) rasvijetliti ovo pitanje.

Umro je H. A. iz S. i ostavio iza sebe kao zakonske nasljednike dvije sestre od strica i to H. H. i S. Z. U ostavinskom postupku se pojavio V. M. koji tvrdi da ga je ostavilac postavio za svog izvršioca testamenta i ovlastio da $\frac{1}{3}$ milkovnih dobara potroši za ukop i druge dobrotvorne svrhe, prema svom nahođenju. Međutim, šeriatski sud je istog uputio da putem parnice kod istog suda dokaže postojanje tog testamenta, jer ga nasljednici nisu priznali. Dakle, V. M. tvrdi da ga je zavještalac jednom prilikom pozvao sebi i rekao: »Ja vasijet činim $\frac{1}{3}$ cijelog svog pokretnog i nepokretnog imetka i ti si mi vasi-muhtar, a M. I. vasi-nazir« (pomoćnik izvršioca) i nadodao: »ne brini se ti, ja ću naći svjedoke i to ću zasvjedočiti«. Svjedok F. M. iskazao je da je i njega zavještalac jednom prilikom pozvao i rekao mu: »Nek si mi i ti šahid i svjedok da sam vasijet učinio $\frac{1}{3}$ svog imetka za ukop, i ako mi ne bude nasib da odem na hadž, da mi vasi-muhtar V. M. i vasi-nazir M. I. pošalju bedel (zamjenu) na hadž, i u druge dobrotvorne svrhe za koje oni nađu za shodno«. Drugi svjedok je posvjedočio da ga je prije izvjesnog vremena pozvao kući ostavilac i rekao: »Budi mi ti šahid da sam odredio vasi-

muhtara V. M. a vasi-nazira M. I. i da vasijet činim sulus ($\frac{1}{3}$) svog imetka i ovaj sulus ima da se upotrijebi, ako on ne bi otisao na hadž da mu se pošalje bedeli-hadž i za njegov ukop i da se u druge dobrotvorne svrhe potroši«. Treći svjedok posvjedočio je da mu je ostavilac rekao da ima imama i muezina i da će jednog postaviti za vasi-muhtara a drugog za vasi-nazira.

Nasljednici kao tužena strana prigovorili su vjerodostojnosti pomenutih svjedoka i između ostalog naveli su i to da ta lica nisu spadala u krug prijatelja ostaviočevih, jer je isti imao veliki broj svojih dobroih prijatelja s kojima se stalno družio. Prvostepeni sud je proveo propisanu proceduru u pogledu vjerodostojnosti svjedoka i na osnovu njihovih iskaza donio presudu o valjanosti testamenta, koju je potvrdio i Vrhovni šeriatski sud svojom presudom od 26.-IV.-1938. broj 282/38.

2. Upoznali smo se da je i po šeriatskom pravu testamenat opozivljiv pa je testator sve do svoje smrti slobodan da oduštane od istog, i to kako riječima tako i djelima pa i pravljenjem novog testamenta, ako njim raspolaže s istim dobrima. Tako je R. H. napravila vasijetnamu (pismeni testamenat) 4. zilhidžeta 1350. godine po Hidžri i istu ovjerila kod nadležnog šeriatskog suda. Nakon izvjesnog vremena isti je spalila i napisala drugu vasijetnamu od 10. Ramazana 1356. godine. U oba slučaja je odredila istu svotu novaca do visine $\frac{1}{3}$ imetka. Samo je u drugoj bio drugačiji raspored i nije bila potpisana ni od ostaviteljice ni od svjedoka. Međutim, u toku ostavinskog postupka pojavio se izvršilac testamenta s drugom oporukom koju su i nasljednici priznali i testamenat je izvršen. Nakon mjesec dana po završenom postupku pojavile su se A. i S. M. i prijavile da je ostaviteljica 1350. godine po Hidžri napravila testamenat, ovjerila ga kod suda i u istom zavještala im po 10.000 dinara. Nasljednici su priznali da je ostaviteljica napravila ovaj testamenat, ali ga uništila i na taj način odustala od njega i napravila drugi u kojem je raspoložila istom svotom, ali u korist drugih lica nego što je u prvom slučaju. Izvršilac je predložio da se ta lica odbiju sa svojim zahtjevom, a oni su naprotiv tražili da se izvršilac uputi na parnicu da dokaže valjanost testamenta iz 1356. i da je tim opozvan onaj iz 1350. Pošto je nastao spor šeriatski sud je uputio izvršioca na parnicu protiv legatara iz ranijeg testamenta. Pet svjedoka je posvjedočilo da je

ostaviteljica odustala od ranijeg time što ga je uništila i napravila drugi testamenat, a samo je jedan svjedok iskazao da je ostala pri prvom rasporedu svoje imovine, iako se taj testamenat nije mogao pronaći kao sačuvan. Šeriatski sud u Sarajvu svojom presudom br. P. 94/38 odbio je izvršioca kao tužioca s tužbenim zahtjevom i povrh toga presudio da je isti dužan priznati »opstojanost i valjanost« testamenta od 1350. i njegovim legatarima isplatiti označene svote kao i parnične troškove.

Vrhovni šeriatski sud u Sarajvu svojom presudom br. 414/39. poništio je presudu prvostepenog suda kao na zakonu neosnovanu s primjedbama da je testamenat od 1356 pravovaljan, jer su ga nasljednici priznali i dozvolili njegovo izvršenje u cijelosti. Što se tiče onog iz 1350., njegovi korisnici su trebali putem parnice protiv zaostavštine dokazati njegovu »opstojanost« i sadržinu, a ne da izvršilac tuži za priznanje drugog testamenta odnosno odustanak od prvog.

3. Iz zaostavštine A. F. tražili su da im se priznaju legati i to M. F. za se i za svoga rođaka po jednu šestinu a sâm F. M. za sebe samog $\frac{1}{3}$ cijele ostavštine. Međutim, i izvršilac H. R. tvrdio je da ga je ostavilac postavio za vasi-muhtara i ostavio mu $\frac{1}{3}$ cijelokupnog imetka da po svojoj uvidavnosti potroši u dobrotvorne svrhe. Po provedenom postupku Šeriatski sud u Sarajvu svojom presudom od 14. srpnja 1933. osnažio je testamenat u smislu tužbe izvršioca H. R. jer su ga svjedoci potvrdili. Međutim je ostale odbio s njihovim zahtjevima, jer u smislu šeriatskih propisa nisu mogli dokazati svoja prava s najmanje dva muška svjedoka ili jednim muškim i dva ženska. Ova pre-suda je potvrđena i od strane Vrhovnog šeriatskog suda u Sarajvu broj 332/33.

4. U pogledu izvršioca testamenta napomenuli smo da šeriatsko pravo dozvoljava postavljanje za izvršioca testamenta lice koje je izvršilac postavio za svoj testamenat, ako ovaj prije umre nego se testamenat izvrši a prvi ostavilac ne postavi drugo lice. Tako je M. A. napravio raspored imovine na slučaj smrti s $\frac{1}{3}$ i za izvršioca postavio Š. M. a za vasi-nazira M. A. Izvršilac Š. M. je umro prije smrti ostavioča koji nije postavio drugo lice za izvršioca. Zato je Šeriatski sud u Sarajvu pod br. Os. 565/20. postavio za izvršioca testamenta umrlog M. H., H. A. lice koje je njegov izvršilac postavio za izvršioca svoga testamenta. Međutim ovaj testamenat su osporili nasljednici ostaviočevi, jer su

svjedoci posvjedočili da im je ostavilac pričao da je napravio »vasijjetnamu«, ali im nije nikad rekao šta je u njoj zavještao niti u čiju je korist. Kod ostavioča se zaista našla »vasijjetnama« uobičajene forme i sadržine, ali nije bila potpisana ni od testatora ni od svjedoka. Zato je sud svojom presudom od 30.-VI.-1922. broj P. 101/21. odbio izvršioca sa zahtjevom da se prizna pomenuti testamenat kao valjan.

5. A. A. iz Kočana testirao je u korist svojih nasljednika $\frac{1}{3}$ svoje imovine. Međutim, njegova kćerka F. kao zakonski nasljednik nije priznala ovaj testamenat niti ga je odobrila pa je Sreski šeriatski sud u Kočanima svojom presudom od 31. ožujka 1933., broj 395 u smislu § 536. Ahkami šerijje oglasio za nevažeći testamenat pomenutog A. A. koji je sastavljen u kući istog 11.-V.-1932. godine i potvrđen po Štipskom prvostepenom sudu broj 8552/32., jer šeriatsko pravo ne dozvoljava zavještanje u korist nasljednika.

6. Šeriatsko pravo dozvoljava pojedincima da raspolažu svojom imovinom na slučaj smrti samo do $\frac{1}{3}$ u korist nenasljednika i to s dobrima pravne prirode milk. Međutim H. B. kao vojnik napravio je pismeni testamenat 1.-IV.-1917. godine u Šiklošu u kome je zavještao cijelu svoju imovinu, pokretnu i nepokretnu, kako pravne prirode milk tako i mirije. Za testamentalnog nasljednika je postavio svog bratića B. i sestruru po ocu E. B. i kao legat je ostavio izvjesne nekretnine pravne prirode mirije u korist džamije u V. K. Testamenat su potpisali testator lično i dva svjedoka. Pošto je dokazano da je testator poginuo na frontu iste godine, pokrenut je ostavinski postupak kod Sreskog suda u Cazinu. Tokom postupka se pojavio kao zakonski nasljednik H. B. ostaviočev brat po ocu i E. B. sestra po ocu koje se ostavilac sjetio u testamentu. Nasljednici su potekli testamenat u pogledu raspolažanja mirije nekretnina kao i milkovnim dobrima preko $\frac{1}{3}$. Šeriatski sud je po završenom postupku izdao urudžbenu ispravu 25.-IV.-1922. br. Os. 409/21. i osnažio testamenat samo u pogledu milkovnih dobara u visini $\frac{1}{3}$, i to samo u korist bratića B. koji u konkretnom slučaju nije nasljednik. Ostali dio testamenta oglasio je za nevažeći, jer šeriatsko pravo ne dozvoljava raspolažanje u korist nasljednika, što je slučaj sa sestrom po ocu E. B. Isto tako je oglasio za nevažeće raspolažanje mirije nekretninama pa je ništavan

testamenat u pogledu legata u korist džamije u V. K. Prema tome sud je doznačio bratiću B., kao legataru $\frac{1}{3}$ pokretnih dobara i nepokretnih pravne prirode milk, a ostalo je uručio zakonskim nasljednicima.¹⁾

¹⁾ Sistematsko ispitivanje jurisprudencije naših šeriatskih sudova po pitanju teze nije mi bilo moguće da iznesem jer mi je — i pored svih mojih nastojanja — njen pregled ostao nemoguć s objektivnih razloga i to zbog toga što sudska praksa šeriatskih sudova uopće nije bila predmet naučnog obradivanja, kao što ne postoje ni zbirke važnijih presuda.

ZAKLJUČAK

Šeriatsko pravo oskudijeva u propisima o posljednjoj volji. Propisi koji se odnose na testamenat, može se reći, imaju više karakter propisa koji regulišu odnose među živima. Radi toga šeriatski pravnici u principu smatraju testamenat dvostranim pravnim poslom.

Uloga testamenta u šeriatskom pravu je manje važna nego u građanskom. Dok u građanskom pravu na prvo mjesto dolaze testamentalni nasljednici, u šeriatskom pravu ih i nema. Volja ostavioca po građanskom pravu dominira u pogledu nasljedivanja. Štaviše i zakonsko nasljedivanje se smatra kao pretpostavljeni izraz volje ostavioca, kao prečutni testamenat. Šeriatsko pravo ne prepušta slobodu raspolažanja na slučaj smrti ostaviocu. Ta sloboda je pojedincima priznata samo u ograničenoj mjeri. To ograničenje postoji u korist srodnika o kojima šeriatsko pravo vodi mnogo računa. Šeriatsko pravo nije izgubilo iz vida ni potrebe pojedinaca pa im je ostavilo da slobodno raspolažu s trećinom svoje imovine. Ali i tu trećinu ne mogu ostaviti u korist lica koja u konkretnom slučaju nasljeđuju.

Šeriatsko pravo ne poznaje isključenje nasljednika pomoću testamenta. Ne dozvoljava mijenjanje njihovih dijelova, izjednačenje ženskih s muškim potomcima niti favoriziranje pojedinih nasljednika. Praelegat po šeriatskom pravu nije dozvoljen niti nasljednik može birati između legata i nasljednog dijela.

Kur'an preporučuje testamenat roditeljima i bližim srodnicima. Njega šeriatsko pravo preporučuje kao korekciju zakonskih propisa. Tradicija veli da svaki musliman treba da ostavi testamenat.

Šeriatsko pravo daje punu slobodu raspolažanja imovinom među živim, dok ju je ograničilo na slučaj smrti. Ono smatra da ta dobra ne pripadaju više ostaviocu nego njegovim nasljed-

nicima. Nasljednike je odredio sam zakonodavac, računajući da to više odgovara interesima zajednice. Porodica u šeriatskom pravu igra važniju ulogu nego u građanskem. Međusobna prava i dužnosti članova porodice u šeriatskom pravu su veća nego u građanskem. Ti odnosi zahtijevaju da na zaostavštinu jednog lica imaju prava ti srodnici. Ta prava i dužnosti vezana su, dakle, za najbliže srodnike. Zato zakonodavac nije dozvolio ostaviocu da isključi te srodnike koji polažu prava na njegovu zaostavštinu. Radi toga je volja ostavioca ograničena, a testamenat napravljen od njeg ima sporedni značaj. On ima samo da popunjava izvjesne praznine u nasljednom pravu, koje zakonodavac nije mogao predvidjeti u pojedinim konkretnim slučajevima, testamenat je, zato prema tradiciji, brat nasljedstva.

LITERATURA

- Dr. Dragoljub Arandelović, Nasljedno pravo, Beograd, 1925.
 Dr. Dragoljub Arandelović, O formalnim izjavama volje, Beograd, 1911.
 Dr. Dragoljub Arandelović, Rimsko pravo (predavanja), Beograd, 1938.
 Dr. Bertold Ajsnar, O općem građanskom pravu u Bosni i Hercegovini, »Arhiv«, 1920., str. 81.
 Adalbert pl. Shek-Vugrovački, Najbliži zadaci bosansko-hercegovačkog zakonodavstva na polju građanskog pravosuda, »Mjesečnik«, 1914., str. 1.
 Dr. Bertold Ajsnar, Šeriatsko pravo i naš jedinstveni građanski zakonik, »Pravosude«, 1936., str. 259.
 Dr. Mehmed Begović, Šeriatsko bračno pravo, Beograd, 1935.
 Dr. Mehmed Begović, O adopciji u šeriatskom pravu, »Arhiv«, 1934., str. 29.
 Dr. Mehmed Begović, Nasljeđivanje bračnih drugova u šeriatskom i građanskom pravu, Gajretov kalendar, 1939., str. 27.
 Dr. Mehmed Begović, Karakteristike šeriatskog nasljednog prava, »Arhiv«, 1938.
 Dr. I. Baron, Institucije rimskog prava, Zagreb, 1925.
 Dr. Matija Belić, Usmena oporuka, »Mjesečnik«, 1932., str. 503.
 Dr. Borislav T. Blagojević, Zakonsko nasljeđivanje u svojinu između bračnih drugova, »Arhiv«, 1939., str. 202.
 Dr. Borislav T. Blagojević, Osnov prava nasljedja, »Branič«, 1939., str. 175.
 Hafiz Ajni Bušatlić, Porodično i nasljedno pravo muslimana, Sarajevo, 1926.
 Mehmed Ali Ćerimović, O erazi miriji, »Glasnik« I. V. Z., 1935., str. 329.
 Dr. Arsen Čubinski, Porodično i nasljedno pravo Sovjetske Rusije, »Arhiv«, 1930., str. 441.
 Ljudevit Farkaš, Zemljišno zakonodavstvo u B. H., »Arhiv«, 1925., str. 266.
 Dr. M. Gruber, Misli o seljačkom nasljednom pravu, »Mjesečnik«, 1913., str. 648.
 Mih. P. Jovanović, Pravo na zakoni dio i testatorovo pravo slobodnog raspolažanja imanjem, »Arhiv«, 1921., str. 241.
 Mih. P. Jovanović, Posmrtno imanje i nasljednik, »Arhiv«, 1913., s. 94.
 Dorde Krstić, Nasljeđe na seoskim dobrima, »Arhiv«, 1929., str. 173.
 Aleksa K. Matanović, Nasljedno običajno pravo u Crnoj Gori, »Arhiv«, 1928., str. 352.

- Dragomir P. Milojević, Nasljedno pravo po projektovanom građanskom zakoniku, »Arhiv«, 1925., str. 411.
- Branislav Nedeljković, Istorija baštinske svojine, Beograd, 1936.
- Dr. Branislav Nedeljković, Porodica i nasljeđstvo, »Arhiv«, 1940., s. 8.
- Rušnov — Posilović, Tumač općem austrijskom gradanskom zakoniku, II. knjiga, Zagreb.
- D. Ranković, O usmenom testamentu, »Arhiv«, 1921., str. 222.
- Dr. Pavao Rastovčan, Moral, dobri običaji i zloporaba prava u građanskom zakoniku, Zagreb, 1927.
- Dr. M. Ruždić, Odgovornost mirijskih nekretnina za ostavinske dugove, »Mjesečnik«, 1935., str. 258.
- Živojin Perić, Karakterne osobine ugovora o poklonu, »Arhiv«, 1924., str. 161.
- Živojin Perić, Socialna shvatanja o nasljednom pravu »ab intestato« (preveo R. Živković), »Branič«, 1936., str. 97.
- Dr. Relja Z. Popović, Kondicio impossibilis u rimskom testamentu, »Arhiv«, 1921., str. 270.
- Dr. Ant. Pop-Hristić, Turško nasljedno pravo po hanefijskoj školi, »Arhiv«, 1912., str. 16.
- Dr. Ivo Pavičić, Pravo testiranja glede mirijskih zemljišta u B. i H., »Mjesečnik«, 1913., str. 634.
- Konstantin Smirnov, Povodom pitanja o zavještalačkoj slobodi po rimskom pravu, »Arhiv«, 1922., str. 93.
- Konstantin Smirnov, Successio in universum ius u rimskom nasljednom pravu, »Arhiv«, 1939., str. 540.
- Dr. Eugen Sladović, Islamsko pravo u B. i H., Beograd, 1926.
- Spomenica kongresa pravnika u Dubrovniku, 1932.
- Paul Wilutzky, Vorgeschichte des Rechts — Prähistorisches Recht — IV. Buch, Breslau, 1903.
- Rob. v. Mayer, Römische Rechts-geschichte, I. Buch, 2. H. (Göschens, № 578).
- Ahmed Emin, Fedžrul islam, Kairo, 1935.
- Mahmud Šukri el Elusi, Bulugul edeb, Egipat, 1924.
- Ahmed Emin, Duhal islam, Kairo, 1938.
- Šejh Ahmed Ibrahim, Iltizamut-teberruat, Kairo, 1937.
- Ibni Rušd, Bidāja.
- Serahsi, Mebsut, Egipat, 1331.
- Zejlei, Šerhu Kenzir Rekaik, Egipat, 1315.
- Džessas, Ahkamul Kur-an, Egipat, 1347.
- Seifulah Proho, Ahsenul Vesile, Sarajevo, 1920.



Fur. br.
39185

X
ИНВЕНТ. НР. 21-126

SADRŽAJ

	Strana
Uvod	5
PRVI DIO	
§ 1. Ustanova nasljeđstva	11
§ 2. Sloboda testiranja	21
DRUGI DIO	
Nasljeđivanje i sloboda testiranja prije islama kod Arapa	39
TREĆI DIO	
Testamenat u šeriatskom pravu	
§ 1. Pojam nasljednika u šeriatskom pravu	55
§ 2. Sloboda testiranja u šeriatskom pravu	57
§ 3. Pravna priroda testamenta	69
§ 4. Sadržaj testamenta	76
§ 5. Uslovi punovažnosti testamenta	83
§ 6. Sposobnost za pravljenje testamenta	88
§ 7. U čiju se korist može testirati	91
§ 8. Predmet testamenta	100
§ 9. Forma testamenta	106
§ 10. Izvršilac testamenta	109
§ 11. Da li se može testirati s mirije nekretninama	120
§ 12. Ništavnost testamenta	124
§ 13. Razlika između testamenta u gradanskom i šeriatskom pravu	125
§ 14. Testamenat i šeriatsko-sudska praksa	127
Zaključak	133



OPIS ŽIVOTA

Roden sam 1. siječnja 1909. godine u selu Podgore, srez visočki, od majke Mejre, rodene Omanović i oca Omera. Početne nauke sam svršio u Visokom, srednju školu u Sarajvu 1933. god. Na Pravni fakultet upisao sam se u listopadu 1933. god. a diplomirao listopada 1937. god. Usmeni doktorski ispit položio sam 9. lipnja 1939. Tezu sam branio 29. lipnja 1940. Oba ispita sam položio sa ocjenom: »Položio sa odlikom».
