

ODNOS TESTAMENTALNE PREMA PRAVNOJ I POSLOVNOJ SPOSOBNOSTI

Uvod

Testamentalna sposobnost (testamenti factio activa),¹⁾ kao u sva rasmatranja o testamentu u modernom smislu, počinje sa tzv. institucionim testamentom u Rimu, tj. sa ovlašćenjem titulara prava da raspolaže imovinom mortis causa u korist bilo kog lica, neograničeno ili ograničeno (portio legitima). Takav testament je delo rimskih pretora, kao predstavnika klase imućnih (nobiles), a nastao je nakon rimskog osvajanja Sredozemlja tokom prvog veka pre naše ere.²⁾ Ovakav testament, budući da je raspolaaganje imovinom mortis causa njegova redovna i najbitnija sadržina, u društvenom pogledu, u uskoj je vezi sa pravom privatnog vlasnika da raspolaže svojom imovinom, pa je, prirodno, i sposobnost za testiranje u nerazdvojnoj vezi sa pravom i poslovnom sposobnošću. Stoga, analiza testamentalne sposobnosti, kao i njena suština, najbolje se može sagledati u relaciji prema ovim drugim sposobnostima. Nesumnjivo je, da ova pitanja, po svojoj suštini, spadaju u materiju uvoda ili opštег dela građanskog (imovinskog) prava. Međutim, ona su od posebnog značaja i za nauku naslednog prava, jer je testamentalna sposobnost u svim njegovim vidovima nesumnjivo njen domen.

Sociološko i pravno-političko posmatranje prošlosti nam vrlo ilustrativno pkazuje zavisnost testamentalne sposobnosti od pravne sposobnosti. Sposobnost za testiranje ima samo subjekt prava, tj. onaj ko ima pravnu sposobnost. Robovlasnička klasa, kao gospodajuća klasa u robovlasničkom društvu, lišila je ovog atributa robe. Budući da nisu mogli biti subjekti prava, nije se moglo govoriti ni o njihovom pravu raspolaaganja inter vivos, pa samim tim ni o pravu zaveštanja. Dakle, nije im priznata ni sposobnost za testiranje.³⁾ To je samo jedna strana uzajamnog odnosa testamentalne i pravne sposobnosti, odnosa čija je suština u negiranju testamentalne sposobnosti za potlačenu klasu. Druga strana odnosa pravne i testamentalne sposobnosti ogleda se u tome, što sposobnost za testiranje (testamentalna sposobnost), tokom Rima i

¹⁾ Dr Mihajlo Mitić: Testamentarna sposobnost malotetnika, Jugoslovenska advokatura, br. 3—4 za 1969. godinu str. 33 i sl., kao što se iz naslova vidi, govoriti *testamentarnoj* sposobnosti.

²⁾ Vidi Dr Ivo Milić: Oko postanka oporuke, Zagreb, 1951. godine.

³⁾ Izuzetno, samo robovi rimskog naroda mogli su testirati polovinom svog imetka (*servus publicus populi romani partis dimidiae testamenti faciendi habet jus* — Ulpian XX, 16).

u srednjem veku naročito, ne mora pripasti svakom slobodnom licu. Testamentalna sposobnost bila je vezana za moralne kvalitete ličnosti, tj. smatrana je jednom vrstom javno-pravne ustanove, koju je država, kao i svaku privilegiju, mogla oduzeti. Zatim, ona je bila vezana za psihičke i fizičke kvalitete ličnosti, dakle, za atribute pravne sposobnosti u ondašnje vreme. Feudalci, u svoj svojoj hijerarhiji, na čijem je čelu stajao monarh, bili su gospodari na određenim teritorijama u političkom i pravatno-pravnom pogledu. Iz ovog drugog svojstva, kao i iz činjenice vezanosti kmeta za zemlju, ovlašćeni su da zajedno sa zemljistem raspolažu i kmetovima na njemu. U srednjem veku se je ustalila krilatica da će kmetovi biti prodani odnosno nasleđeni zajedno sa imanjem. Testamentalna sposobnost kmeta imala je značaja samo za nasleđivanje pokretnih stvari, mahom predmeta domaćinstva i sitnog kućnog inventara. Kapitalizam je u fazi rušenja feudalizma izbacio parolu o jednakosti, slobodi i bratstvu, ali se je jednakost svela na **jednakost pred zakonom**. Činjenica je, da je jednakost bila pravno i faktički negirana za najveći broj građana. Pravna nejednakost lica ženskog pola, dakle, jedne polovine, ako ne i više, građana, sve do današnjih dana, u kapitalističkom društvu je jedna neosporna činjenica. Ta nejednakost nije bila samo na području naslednog prava, već i na drugim područjima, posebno na području javnog i porodičnog prava. Posledice te neravnopravnosti naročito mi osećamo, jer se duh Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine, i danas refliktuje u našem životu, uprkos pune ravnopravnosti polova, koju su proklamovali još naši revolucionarni akti iz perioda NOB-e. To je potvrda za shvatanje, da kapitalizam nije samo pravno, već i faktički negirao ravnopravnost polova, koja je imala i danas ima u našem društvu reperkusija na pitanje o kome govorimo. Najzad, kapitalizam je faktički negirao sposobnost za testiranje, ne samo u aktivnom pogledu, tj. kao mogućnost za sticanje po osnovu testamenta (testamenti factio passiva), usled ekonomskе, a time i široke društvene nejednakosti. Sloboda testiranja, kao i pravo testiranja, kojima se razmahuju teoretičari kapitalističkog naslednog prava kao izrazom široke slobode u njihovom društvu, slobode koja tobože kreira i održava slobodnu ljudsku ličnost, jeste sloboda i pravo za bogate — kapitaliste. Za široke slojeve proletarijata to pravo nije šire od onog koje je imao kmet, tj. da raspolaže predmetima domaćinstva, a za brojnu gradsku sirotinju to je samo jedno nudum jus.

Kada već govorimo o društvenom aspektu odnosa pravne i testamentalne sposobnosti, onda moramo istaći, da tek socijalističko društvo, koje svakom građaninu zajemčuje radnu, individualnu svojinu na potrošnim dobrima za ličnu i porodičnu egzistenciju, uz puno priznanje ravnopravnosti polova, stvara uslove za punu jednakost i u ovoj oblasti i do dovođenja u sklad pravne i testamentalne sposobnosti. U socijalističkom društву, u kome su sredstva za proizvodnju društvena

⁴⁾ Mi ovde imamo u vidu naše socijalističko društvo u Jugoslaviji i društvenu svojinu kao konцепцију u modernom socijalističkom pokretu. Činjenica je, međutim, da u mnogim socijalističkim državama još uvek postoji državna svojina, tj. svojina sa drukčijim titularenjem prava, ali ne i kvalitetno novi vid svojine.

svojina,⁴⁾ građani u udruženom radu upravljaju tim sredstvima na osnovu svog neotuđivog prava i stiču iz tog rada dohodak, koji im služi za obezbeđenje životnih potrošnih dobara. Pravo radnika da raspolaže svojim dohotkom je neotuđivo. Ono je ustavna kategorija, čime se hoće istaći, da nema tog faktora u društvu koji bi mu ga oduzeo ili prikratio. Već iz takvog tretmana dohodka radnika proizilazi i njegovo puno pravo da raspolaže svojim dohotkom po svom slobodnom nahnjenju. A to pravo slobodnog raspolaganja proteže se i na dobra stečena po osnovu dohotka — rada. I to kako pravnim poslovima inter vivos, tako i pravnim poslom mortis causa — testamentom. Naravno, to ne znači i neku matematičku, jednakost u raspodeli društvenog dohotka, pa i u oblasti realizacije sposobnosti za testiranje. Socijalističko pravo, kaže Marks, u osnovi je još uvek buržoasko pravo, jer jednaku normu predviđa za nejednake ljude i njihove potrebe. Ali, ono što je bitno, to je da ono otklanja eksploraciju tuđeg rada. Nejednakosti će, dakle, ostati, ali će ona biti zasnovana na radu. I drugo, na ostacima privatne svojine na sitnim sredstvima za proizvodnju u oblasti poljoprivrede, zanatstva i uslužnih delatnosti uz upotrebu dopunske rdane snage od najviše pet radnika.

Veza testamentalne sposobnosti sa poslovnom sposobnošću takođe je mnogostruka. I ovde možemo razlikovati društveni i pravni aspekt odnosa. Ako je reč o prvom aspektu, onda možemo reći, da se obe sposobnosti priznaju radi vrešnja određenih funkcija u društvu, ili, drugim rečima, njima se postiže određeni društveni cilj. Poslovna sposobnost je u tesnoj vezi sa potrebom prometa dobara, ili pravno izraženo, sa pravnim prometom. Robe ne mogu ići i prometati se na tržištu, potreban je titular prava, kaže Marks. Ali ne može i svaki titular prava izaći na tržište, već onaj ko je zreo, ko ima poslovnu sposobnost. Testamentalna sposobnost je, s jedne strane, prirodni produžetak poslovne sposobnosti a, s druge, u tesnoj vezi sa funkcijom testamenta u društvu. Posmatrana u prvom obliku, testamentalna sposobnost je samo jedna vrsta ili podvrsta poslovne sposobnosti: opšta poslovna sposobnost vezana je za raspolaganje inter vivos, testamentalna sposobnost za raspolaganje mortis causa. Sociološki posmatrano, obe su vezane za isti objekt: raspolaganje imovinom od strane titulara prava. Raspolaganje inter vivos dobija svoju potvrdu i prirodni produžetak u priznaju raspolaganja mortis causa, odnosno u kreiranju sposobnosti za testiranje. Sociološki, radi se o istom pravno-političkom cilju, koji bi se mogao svesti na jedno jedino raspolaganje imovinom, koje bi nužno obuhvatilo oba »vida« raspolaganja. Podela raspolaganja na non inter vivos i mortis causa samo je nastala radi detaljnijeg pravnog regulisanja. Zato, i njihovo pravno posmatranje mora biti jedinstveno i ukazivati na njihovu nerazdvojnu društvenu funkciju. Posmatrati jednu nezavisno od druge znači gubljenje svake veze prava sa svojom bazom i njegov tretman kao nečeg samoniklog.⁵⁾ Ovakva tesna veza ukazuje i na potrebu analize

⁴⁾ Naša nauka nije imuna od takvih gledanja. Možda je to gledanje najjasnije izraženo kod Dr Milana Kreča — Ljubiše Pavića: Komentar Zakona o nasleđivanju, Zagreb, 1964. str. 186, kad kažu da je sposobnost za testiranje određena nezavisno od poslovne sposobnosti i kad poriču sposobnost emancipovanim licima. A to gledište nije jedino u našoj pravnoj literaturi.

funkcije testamenta u odnosnom društvu, jer sposobnost za testiranje je samo jedna od veoma važnih komponenata te funkcije. Ostvarenje te funkcije zavisi od stvarne, materijalne jednakosti ljudi, o čemu je napred bilo reči, s jedne strane, i od činjenice kakva će biti priznata sposobnost za testiranje, s druge strane. U tom smislu posmatrano, testament srećemo u klasnim i socijalističkom društvu. Pravno-formalitički posmatrano, možda bi se među normama našlo i malo razlika u uređenju te ustanove. Međutim, to je samo privid, u čemu se vidno ispoljava uskost i nedovoljnost pravno-normativističkog posmatranja društva, čime se najčešće zadovoljava kapitalistička pravna nauka. Ono što je zajedničko u funkciji testamenta jeste, da testament i u socijalističkom i u kapitalističkom društvu ima **proizvodni cilj**, ili, preciznije rečeno, on je **instrument za stimuliranje proizvodnje**. Pojedinac, građanin je zainteresovan da stvara celog života, ne samo iz duhovnih i fizioloških potreba, već i zbog uverenja da radi za sebe. Taj rad za sebe implicira i rad za sebi najbliže, odnosno najmilije. Jer, priznaje mu se da za života raspolaže pravnim poslovima inter vivos, a takođe da testamentom ostavi svoju imovinu kome hoće. Pobude i motivi za testamentalno raspolaganje ostaju strogo lični, čime se samo potencira pomenuta proizvodna funkcija testamenta. Ta funkcija se je apsolutizirala u klasičnom rimskom periodu i u eri liberalizma, koju najbolje ilustruje englesi Wills Act 1837. godine, proklamujući ničim ograničenu slobodu testiranja. Razvitak proizvodnih snaga, ma koliko bio klasni, istovremeno je i društveni interes, kako kaže Marks. Ali, ta zainteresovanost ide u račun kapitalista, a ne i radničke klase, jer njoj se isplaćuje samo najammina, a dobit ide sa pravom svojine — kapitalisti. Druga ne manje važna funkcija testamenta u kapitalizmu jeste da je on **sredstvo za usaglašavanje klasnih i porodičnih interesa**. Testament omogućuje svakom kapitalistu da odredi svog naslednika. On će ga odrediti tako da dalje razvija kapitalističke odnose i da istovremeno koristi porodici. Negiranje zakonskog naslednog reda ovde znači isto što i uvođenje celibata u izboru crkvenih starešina katoličke crkve. Bira se crkveni velikodostojnik kao i novi kapitalista, a sve to u interesu daljeg reprodukovanja kapitalizma i interesa kapitalističke porodice. Zbog toga, kada kapitalista formalno ne postavlja svog potomka za naslednika, on mu posredno obezbeđuje ubiranje viška vrednosti, sem ukoliko postoje razlozi za njegove iznasleđenje. Zato, s puno prava kažu Marks i Engels, da nasledno pravo ima društveni značaj utoliko, što novom titularu prava obezbeđuje vlast koju je imao prethodnik, a naime vlast da prisvaja proizvode tuđeg rada. Zato kapitalizam zahteva relativno visoko granice za poslovnu sposobnost kako bi se imućniji obezbedili od eventualnog raspolaganja nezrelih ljudi. U skladu s tim je i zabrana raspolaganja mortis causa maloletnika, ukoliko i mogu imati imovinu i njome upravljati, jer postoji opasnost da se testira u korist filmskih diva i lica sličnih atraktivnih zanimanja.⁹⁾

Nasuprot tome, predmet raspolaganja od strane pojedinaca u našem socijalisti kom društvu jeste ličnim radom stecena svojina, os-

⁹⁾ Dr Heinrich Lange: Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin, 1962. str. 162. i sl. time obrazlaže potrebu javnog testamenta maloletnika.

tvarena radom u udruženom radu, autorskog i pronalazačkog rada i slično. To je u Lenjinovom smislu individualna ili radna svojina, koju ponovo uspostavlja socijalističko društvo, pošto ju je kapitalizam uništio (zanatstvo, prvobitna akumulacija i sl.). Po svome kvalitetu, to su potrošna dobra, a ne sredstva za proizvodnju. Izuzetno, to su sredstva za proizvodnju u oblasti poljoprivrede, zanatstva i uslužnih delatnosti. Iz ovoga možemo izvesti dva važna zaključka u pogledu predmeta raspolažnja i priznanja slobode raspolažanja. Prvo, u socijalističkom društvu se radi o raspolažanju stečenim dobrima ličnim radom a ne eksploracijom tuđeg rada, i to potrošnim dobrima koja nisu ograničena u kvalitetu i kvantitetu (ovde ipak donekle). Drugo, kako je osnov za sticanje i raspolažanja rad, to nema osnova da se pravo sticanja i raspolažanja ne prizna svakom onom ko može i stvarno stiće. Nema bojavni da maloletni sinovi upropaste imovinu bogatih roditelja. Naprotiv, polazeći od toga da samo rad određuje društveni položaj čoveka, što je napisano još u našem ustavu iz 1963. godine, nema nikakvih bojavni da se prizna, afirmira i potstiče stvaralaštvo mlađih. To postaje nasušna potreba društva. Ništa prirodnije u vezi stiće nije nego da se mladim ljudima prizna i pravo raspolažanja ostvarenom zaradom odnosno stvorenim dobrima, pa, samim tim, iz istih pravno-političkih ciljeva, i pravo raspolažanja (imovinom stečenom radom) mortis causa.

Možda bi ovde mogli i stati, jer smo sve društvene aspekte, bar u glavnim crtama, o odnosu testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti već istakli. Ostaje nam, ipak, da učinimo pokušaj da ove postavke pravno formulišemo, što nije nimalo lak zadatak. No najpre objasnimo pojam testamentalne sposobnosti, jer i o tome ima neslaganja.

I. POJAM TESTAMENTALNE SPOSOBNOSTI

1. Formalni pojam testamentalne sposobnosti

Testamentalna sposobnost, sposobnost za pravljenje testamenta⁷⁾, sposobnost za testiranje, sposobnost zaveštanja, testirna sposobnost; testamentarna sposobnost, oporučna ili oporočna sposobnost, (zaveščateljnaja pravosposobnost — pravosubjektivnost⁸⁾), capacité de diposer, capacité de tester, Testierfähigkeit⁹⁾, Verfüzungsfähigkeit¹⁰⁾, capacity to make will) se dvojako formulišu. Jedne su formalne ili formalističke definicije, druge materijalne.

Testamentalna sposobnost ili sposobnost za testiranje najčešće se definiše kao sposobnost za pravljenje (sačinjavanje) testamenta, ili kao sposobnost za pravljenje (sačinjavanje), promenu i opoziv testamenta. Razlika između ovih definicija je čisto kvantitativne prirode.

⁷⁾ To je marginalni naslov uz čl. 64. saveznog odnosno čl. 59. novog republ. Zakona o nasleđivanju od 26. 12. 1974. godine.

⁸⁾ P. S. Ničićuk: Nasledstvennoe pravo, i nasl. process, Kišinev, 1973. str. 118.

⁹⁾ To je termin iz nemačke i austrijske teorije i zakonodavstva.

¹⁰⁾ To je izraz švajcarske teorije i zakonodavstva.

Oni koji daju prvu definiciju, uvek ističu, da se sposobnost za pravljenje odnosi i na sposobnost za promenu i opoziv testamenta, tj. kao sposobnost za svaku testamentalnu radnju. Takvo stanovište zastupa se i u našem ranijem saveznom i novom republičkom Zakonu o nasleđivanju od 26. decembra 1974. godine. Marginalni naslov uz čl. 64. saveznog i čl. 59. novog republičkog zakona glasi: »Sposobnost za pravljenje testamenta«. Međutim, u odeljku VI koji govori o opozivanju testamenta, kaže se, da »zaveštalac može uvek opozvati testament u celini ili delimično izjavom datom u bilo kom obliku u kome se po zakonu može napraviti testament« (čl. 105. saveznog a čl. 100 novog rep. zakona), čime se posredno implicira da se i za opoziv traži ista sposobnost.

Međutim, suština formalističkog pojma testamentalne sposobnosti nije u napred izloženom, već u tome što se pod testamentalnom sposobnošću razume sposobnost za samostalno (lično) pravljenje testamenta, i to testamenta kao formalno-pravnog akta. Pojam testamentalne sposobnosti u ovom smislu ima svoj osnov u rimskom klasičnom pravu, kada se je testament, kao i svaki drugi pravni posao, morao lično sačinjavati uz izgovarjanje određene formule, s jedne, i iz činjenice da nije bilo poznato zastupništvo kao pravna ustanova uopšte, s druge strane.¹¹⁾ Iz ovakvog shvatanja sposobnosti za testiranje sledi nesposobnost za testiranje za lica sa fizičkim odnosno telesnim nedostacima, kao što su nema, slepa, gluvonema i slično.

Ovakav pojam testamentalne sposobnosti prevaziđen je već u samom rimskom carskom periodu. Danas se on može prihvati jedino za pravo Engleske i pravo većine država SAD, koja ne priznaju javne testamente, pa se, s obzirom da je testament strogo lični akt, može govoriti o testamentalnoj sposobnosti u ovom smislu.

2. Materijalni pojam sposobnosti za testiranje

Kao što je naglašeno, još u carskom rimskom periodu ukinuta je kruta formalnost kod sačinjavanja pravnih poslova. Naročito je tome doprinelo sastavljanje javnih isprava o pravnim poslovima. U tom periodu nastala su dva oblika javnih testamenata: testamentum apud acta conditum, tj. testament izjavljen usmeno pred javnim organom (studijom) i od strane njega uneta sadržina u zapisnik i overe na; i testamentum judici oblatum, tj. testament sačinjen od strane zaveštaoca ili drugih lica a predat na čuvanje javnom organu, čime je postojao javni testament. Pojava javnih testamenata bitno utiče i na formulisanje sposobnosti za testiranje. Naime, pojedinci su sada mogli sami da sačinjavaju privatne testamente i zanjihovo sačinjavanje im je potrebna određena sposobnost za testiranje, zavisno od forme koja je propisana (napr. da čitaju i pišu za alografski i sl.), ali su mogli takođe da sačinjavaju i javne testamente. Učešće javnih organa pri sastavljanju javnih isprava, odnosno testamenata, nadopunjuje mnoge fizičke nedostatke pojedinaca, pa daje sposobnosti za testira-

¹¹⁾ Ennecceru—Kipk—Wof: Lehrbuch des Burgelichen Rechts, V. Band: Erbrecht Zwölfta Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen, 1965. str. 83.

nje sasvim drugi smisao. Nasuprot klasičnom periodu, kada se je tražio i telesni i psihički kvalitet, sada je dovoljna samo **psihički zrelost i sposobnost**, odnosno pravno-relevantna volja. Pojedincu sada nije potrebno da ima i formalnu sposobnost za testiranje. Može nap. biti nepismen ili nem. Samo je bitno da je sposoban za rasuđivanje i da je dostigao određenu dob. To je pojam sposobnosti za testiranje u materijalnom smislu.

Odnos materijalne i formalne sposobnosti za testiranje je višestruk:

1) Onaj ko nema materijalnu sposobnost za testiranje (nema uzrast ili sposobnost za rasuđivanje) ne može sačiniti testament ni u kom obliku, iako može da govori, čita i piše;

2) Onaj ko ima materijalnu sposobnost za testiranje:

a) ne mora imati i formalnu sposobnost za testiranje, tj. ne može napr. sačiniti privatni pismeni ili usmeni testament (nepismen i nem). Ne može se, zbog toga, reći da je testamentalno nesposoban, jer može sačini koji od javnih testamenata;

b) kad ima i formalnu sposobnost za testiranje, pripada mu pravo izbora: može sačinjavati i privatne i javne testamente.

Forme testamenta predviđene u jednom pravnom sistemu ne moraju biti dostupne svakom zaveštaocu. To za pojam testamentalne sposobnosti uopšte nije bitno. Zakon predviđa različite forme testamenata kako bi omogućio što širem krugu građana da testira. Množinom formi testamenata favorizuje se i omogućava testiranje što širem krugu, odnosno sa javnim testamentima, praktično svim testamentalno sposobnim licima u materijalnom smislu. Sa iznetih razloga, kada se danas testamentalna sposobnost definiše kao sposobnost za sastavljanje testamenta, onda se pod testamentom razume pravni akt u materijalnom smislu, u smislu sposobnosti za izjavljivanje poslednje volje a ne u smislu sposobnosti da se sačini testament kao pravni akt u formalnom smislu. Ili, još bolje rečeno to je sposobnost za izjavljivanje poslednje volje.

II. ODNOS TESTAMENTALNE PREMA PRAVNOJ SPOSOBNOSTI

1. Testamentalna kao specijalna pravna sposobnost

Gledište o testamentalnoj sposobnosti kao specijalnoj pravnoj sposobnosti (Spezielle Rechtsfähigkeit) poniklo je u švajcarskom zakonodavstvu i teoriji, a odakle prihvaćeno od pojedinih teoretičara. Švajcarski pisci svoju koncepciju zasnivaju na saveznom zakonu o boravištu i prebivalištu (NAG) od 25. 6. 1891. godine, koji u art. 7. stav 4. uređuje sposobnost za testiranje pod naslovom »Lična radna sposobnost — Persönliche Handlungsfähigkeit. Odakle su izveli zaključak da je sposobnost za testiranje jedno svojstvo, kvalitet, atribut ličnosti. Odredbu art. 11. stav 1. ZGB u kojoj je sadržano načelo da je svako lice pravno sposobno, oni tumače tako što »za sve ljude postoji jednaka mogućnost da u granicama pravnog porekla imaju

prava i dužnosti¹²⁾). Prema tom shvatanju, pravna sposobnost fizičkog lica nastaje već rođenjem, dok se sposobnost za testiranje stiče ispunjenjem određenih okolnosti (uzrast i sposobnost za rasuđivanje), pa stoga, ova druga, za razliku od opšte pravne sposobnosti, koja se stiče rođenjem, može biti samo jedna specijalna pravna sposobnost. Ovo shvatanje je dominantno u švajcarskoj građanskopravnoj teoriji.¹³⁾

Isto gledište ima pristalica i van Švajcarske, ma da se ne obrazlaže istim argumentima kao u zemlji porekla. U nas ovo gledište zastupa prof. Finžgar. U prilog takvog shvatanja on ističe argument, da pri sastavljanju testamenta nije dozvoljeno zastupanje, dok poslovna sposobnost nužno involvira zastupništvo (kako zakonsko, za one koji nemaju poslovnu sposobnost, tako dobrovoljno — punomoćstvo, za one koji je imaju)¹⁴⁾.

Interesantno gledište o sličnoj temi može se zapaziti u novijoj sovjetskoj pravnoj literaturi. Tako P. S. Nikićuk kaže da je pravo sačinjavanje testamenta pojavljuje kao jedna manifestacija opšte građanskopravne sposobnosti građanina, elementom njegovog pravnog statusa, subjektivnim pravom. Dalje on kaže da je pravna sposobnost zaveštanja formalno priznata svakom građaninu, ali da je ta pravna sposobnost znatno sužena, faktički, usled strogo ličnog karaktera testamenta kao pravnog akta, koji se ne može sačinjavati preko zastupnika. Zato se pravo zaveštanja za građanina ne rađa s rođenjem, tj. s nastankom opšte pravne sposobnosti, već kada kasnije stekne pravo na testiranje, odnosno sa nastankom zaveštateljske sposobnosti. Jednovremenost pojave zaveštateljske sposobnosti (prava na sačinjavanje testamenta) i zaveštateljske poslovne sposobnosti, nerazdvojno su povezane, tako da bez jedne nema druge. Zato one predstavljaju po sebi jednu novu pravnu kategoriju. Nju bi mogli nazvati »zaveštateljnoj pravosubjektrostju«.¹⁵⁾

Ma da je u nemačkoj teoriji dominantno shvatanje o testamentalnoj sposobnosti kao vrsti ili podvrsti poslovne sposobnosti, Helmut Coing, jedan od vodećih teoretičara u području nalednog prava u Zapadnoj Nemačkoj, definiše sposobnost za testiranje **kao pravnu sposobnost** (»die rechtliche Fähigkeit«) sačinjiti jedan pravno dejstvujući testament.¹⁶⁾

2. Kritika koncepcije o specijalnoj pravnoj sposobnosti

Da između testamentalne i pravne sposobnosti postoji tesna veza već smo napred ukazali. Ova veza ima svoju društvenu i pravnu sadržinu. Poslednju u tome, što je testament strogo lični pravni akt; što se pri njegovom sastavljanju ne dopušta nikakvo zastupništvo. To

¹²⁾ Schweizerisches Privatrecht, Erster Band, herausgegeben von Max Gutzwiller, Basel und Stuttgart, 1969. str. 556. i 559. P. Tuor: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8 Auflage, str. 61. Ferid—Firsching: Internationales Erbrecht Band I. Schweiz, Grundzüge F II, str. 52.

¹³⁾ Dr Alojz Finžgar: Dedno pravo, Ljubljana, 1962. str. 88.

¹⁴⁾ P. S. Nikićuk: Nasledstvennoe pravo i nasledstvennij process (Problemi teoriji i praktiki), »Štiinca«, Kišinev, 1973. str. 118. i sl.

¹⁵⁾ Cit. delo str. 80.

je formalno lični akt, ali lični akt i u materijalnom pogledu, jer čitava sadržina testamenta, sve njegove odredbe, moraju biti isključivo delo testatora. On napr. ne može u testamentu ovlastiti drugo lice da odredi njegovog naslednika ili da odredi nasledne delove i slično. Materijalno lični akt je i u tom smislu što su pobude i motivi koji su naveli nekog da testira, i da testira na određen način, njegovi, samosvojstveni, pa se moraju i tako tumačiti, ma da je to, mora se priznati veoma teško. Ali, da li je to dovoljan argument da se testamentalna sposobnost proglaši specijalnom pravnom sposobnošću? Idući tim putem, svaki formalni lični akt, a takvih nije malo, moralii bi takođe biti delovi pravne sposobnosti. Ako bi takve slučajeve nabrajali, onda bi, pravna sposobnost, i specijalna pravna sposobnost, bila najšira pravna oblast i izazvala bi čitavu revoluciju u sistematici građanskog, posebnog statusnog prava.

Drugi argument za koncepciju o specijalnoj pravnoj sposobnosti odnosi se na posmatranje sposobnosti za testiranje kao prava testiranja (Testierrecht), odnosno kao jednog od svojstava, kvaliteta, atributa ličnosti.

Sposobnost za testiranje ili testamentalna sposobnost ne može se izjednačavati sa pravom testiranja, sa ovlašćenjem da se testira. Sposobnost za testiranje prepostavlja pravo zaveštanja, pravo da se raspolaže imovinom mortis causa. U mnogim zakonima pravo zaveštanja nije posebno izraženo, već se razume ili podrazumeva, jer je prirodnji produžetak prava raspolaganja inter vivos. A pravo svojine, kao što znamo iz stvarnog prava, sadrži jedno od ovlašćenja koje se sastoji u pravu raspolaganja itd. U našem pravu ove dve pravne ustavove su, i s obzirom na mesto, i način regulisanja, jasno diferencirane. Pravo testiranja, kao materijalno-pravno ovlašćenje da se raspolaže svojom imovinom mortis causa proizlazi već iz ustavne odredbe kojom se garantuje nasleđivanje imovine, kao i iz činjenice da će se pravo nasleđivanja urediti zakonom (čl. 194. Ustava SFRJ). Ne posredno, to pravo proizlazi iz odredbe čl. 7. saveznog i novog republičkog Zakona o nasleđivanju: »Zaveštalac može testamentom raspolagati svojom imovinom na način i u granicama koji su određeni u zakonu«. Istina, ta odredba ne kaže da svako lice ima pravo da raspolaže imovinom testamentom, ali ona takav zaključak sadrži. Jer, zaveštalac može biti svako fizičko lice kada stekne sposobnost za testiranje Time su ovlašćenje za testiranje i sposobnost za testiranje jasno diferencirani. Razumljivo, ovlašćenje za testiranje, kao i svako subjektivno pravo je dispozitivnog karaktera i može se vršiti ili ne. Drugo je pitanje, usled strogog karaktera forme testamenta, da se ovim ovlašćenjem ne može koristiti svako. Pa i onaj ko se može koristiti, mora to činiti u zakonom propisanoj formi, predviđeti zakonom dopušteni sadržaj obim i slično.

Testamentalna sposobnost znači meru dovoljnju za određenu akciju, za preduzimanje jedne kvalifikovane pravne radnje. U tom smislu, ona je po prirodi slična poslovnoj sposobnosti. Ako bi nju tretirali kao pravnu sposobnost, onda bi i poslovnu sposobnost, uprkos dopuštenosti zastupanja, morali kvalifikovati kao specijalnu pravnu sposobnost. Jer, obe su priznate sa istim pravno-političkim i

društvenim ciljem: raspolaganjem imovinom. Njihovo dejstvo i do mašaj ide samo dotle da određuju ko to može činiti samostalno. Ta okolnost može da da povoda da se posmatra i kao atribut, svojstvo ličnosti, ali bi se onda došlo u sukob sa samom podelom na pravnu i poslovnu sposobnost.

Najzad, pomenimo i to, da ovo pitanje svakako ima i svoju praktičnu vrednost. Čini nam se, da bi se ona mogla sastojati u tome, što bi se testamentalna sposobnost, posmatrana kao specijalna pravna sposobnost, mogla nekom i oduzeti, dok se kao poslovna sposobnost, sposobnost za samostalno preuzimanje pravnih radnji može oduzeti samo usled promenjenih okolnosti koje znače gubljenje te sposobnosti napr. usled gubitka sposobnosti za rasuđivanje).

III. ODNOS TESTAMENTALNE I POSLOVNE SPOSOBNOSTI

1. Istoriski aspekt odnosa

U prvo vreme (u Rimu) tražila se je ista sposobnost za sve pravne poslove kojima se je raspolagalo imovinom, tj. kako inter vivos tako i mortis causa. Tako, već prvi rimski testament testamentum calatis comitis, kao i ostale pravne poslove, sačinjavala su odrasla lica, kojima je priznata pravna sposobnost (capacitas juridica), što je s obzirom na ondašnje prilike imalo poseban značaj, i koja su imala poslovnu sposobnost (capacitas agendi). Kao odrasla lica, odnosno kao lica koja su imala poslovnu sposobnost, u najstarijem rimskom pravu smatrana su muška i ženska lica koja su **puber**, tj. koja su dostigla stepen seksualne zrelosti. Nesporno je bilo da su ženska lica dostizala ovu zrelost, sposobnost za udaju (nubiles, viri potentes) sa navršenom dvanaestom godinom života, dok su o seksualnoj zrelosti muškarca postojala dva gledišta. Sabinjanci su smatrali da se seksualna zrelost, a time i poslovna sposobnost muškog lica, treba utvrđivati individualno za svaki slučaj, dok su Prokuleanci smatrali da za muškarce treba prihvati pretpostavku da seksualnu zrelost (poslovnu i testamentalnu sposobnost) postižu sa navršavanjem 14. godina života. Justinian je u svojim kodifikacijama izričito prihvatio mišljenje Prokuleanaca (I, 1, 22 pr). Pored ovoga, na testamentalnu odnosno poslovnu sposobnost uticali su i psihički, moralni i fizički nedostaci lica.

Tokom kasnijeg rimskog razvijanja nastaje diferenciranje testamentalne i poslovne sposobnosti. Testamentalna sposobnost ostaje na granicama od 12 godina za ženska i 14. godina za muškarce. Za sticanje poslovne sposobnosti godine starosti se podižu. Osvajanjem Sredozemlja, odnosno skoro čitavog ondašnjeg sveta, Rimljani postaju ne samo gospodari sveta, već i naveliko cvetaju krupni privredni poslovi, nepoznati u dotadašnjem razvitu: moreplovstvo, trgovina, bankarstvo, zanatstvo i sl. Ubrzo se je uvidelo, da su godine seksualne zrelosti nedovoljne za sticanje poslovne sposobnosti, jer, da se sa ispunjenjem tih godina, ne stiče dovoljna iskustva za samostalno istupanje na tržištu, tj. u povećanom i zapletenom pravnom saobra-

ćaju. Zbog toga su rimski pretori, već se lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium (D, 4, 4) ovlastili ova lica, da putem ekscepције odbiju izvršenje iz zaključenog posla. Kasnije pretori su ovakvim licima, u slučaju pretrpljene štete, davali tzv. restitutio in integrum ob aetatem, tj. pravo na povratak u pređašnje stanje zbog nedoraslog doba. Zato saugovarači lica mlađih od 25. godina starosti, da bi izbegli prednje opasnosti, tražili da, pri zaključivanju pravnog posla, sudeluje specijalno za to pozvani sposoban rimski građanin ili staratelj (curator), koji je svojim prisustvom jemčio da u već zaključenom pravnom poslu nema elemenata prevare. Ovo pozivanje staratelja preraslo je u stalnu ustanovu. Tako je granica poslovne sposobnosti pomerena od 14. na 25. godina, i to kako za muškarce tako i za žene. Samo izuzetno, i po naročitom odobrenju imperatora, u postklasičnom pravu, neki od muškaraca mogli su dobiti punu poslovnu sposobnost već sa navršenom 20. godinom života a donja granica za žene je bila 18. godina.¹⁷⁾

U pandektnoj teoriji bilo je predloga da se i testamentalna sposobnost stepenuje, kao i da se dozvoli testiranje putem zastupnika sa specijalnim mandatom, ali je takvo gledište odbačeno.¹⁸⁾

U savremenom pravu ne postoji saglasnost, pa se u pojedinim zemljama različito određuje poslovna i testamentalna sposobnost, tako da je teško naći više zemalja u kojima su ova pitanja rešena na jednak način. To znatno otežava i analizu koju vršimo.

2. Testamentalna kao deo poslovne sposobnosti

Može se reći da je ovo gledište zastupljeno u većoj meri od onog prvog, tj. da je testamentalna sposobnost deo pravne sposobnosti. Naročito kategorična, u ovom pravcu, je austrijsko-nemačka teorija i praksa, a, može se reći, da je to gledište najvećeg broja naših teoretičara.

Austrijski teoretičar Dr Franz Gschnitzer kaže da testament načelno podleže istim prepostavkama kao i drugi pravni poslovi: sposobnost lica, nedostajuća volja, dopušten i moguć sadržaj, propisana forma, ali da su ove prepostavke povezane sa posebnim karakterom testamenta, pa se zato putem posebnih propisa u odnosu na testamente isključuju opšti propisi o ugovoru i ostalim pravnim poslovima predviđeni u § 865 AGZ i sledećim odredbama. Takođe i tumačenje testamenta predstavlja poseban zadatok. Međutim, što se tiče ugovora o nasleđivanju, on kao i svaki ugovor podleže načelno istim prepostavkama po § 1249 stav 2 AGZ.¹⁹⁾

Nemački teoretičar Dr Richard Lange sposobnost za testiranje uvrstava u radnu odnosno poslovnu sposobnost i kaže da za određene poslovne delokruge zakon određuje posebnu sposobnost, kao napr.

¹⁷⁾ Vidi Dr Ivo Puhan: Rimsko pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1974. str. 149.

¹⁸⁾ Coing, cit. delo a predlagači su bili u svojim delima Glück i Glück Mühlenbruch, str. 83.

¹⁹⁾ Dr Franz Gschnitzer: Erbrecht, Wien, 1964. str. 24, 25 i 27.

bračnu sposobnost, testirnu sposobnost i sl.²⁰⁾ Slično se izražavaju i drugi nemački autori, osim Helmut Coinga.²¹⁾

Francuska sistematika građanskog prava je posebna. U francuskoj opštoj teoriji o građanskom prtu o capacité de tēter govorit se u okviru odeljka o incapacités de jouissance, ali i u odeljku o incapacités d'exercice.²²⁾ Ovakav stav je, tim više, zamršen kada se zna da francusko pravo pravi strogu razliku između poslovne sposobnosti za teretne pravne poslove inter vivos, i za dobričine pravne poslove inter vivos. Naime, pod besplatnim raspolaganjima smatraju se pokloni i testamentalna raspolaganja (liberalité), pa se i sposobnost za ovakva besplatna raspolaganja određuje jednakom.²³⁾ Ali, uprkos tome, mogao bi se izvesti zaključak da je posmatranje francuskih teoretičara bliže pravcu konceptije o posebnoj poslovnoj sposobnosti.

U našoj teoriji ovo pitanje nije mnogo diskutovano, ali je već u „Objašnjenjima Zakona o nasleđivanju” zauzet jasan stav da je sposobnost za pravljenje testamenta „jedna specijalna poslovna sposobnost, koja se razlikuje od opšte poslovne sposobnosti i ona stoga zahteva izvesna bliža objašnjenja”.²⁴⁾ Ovaj stav, sem od prof. Finžgara, nije osporavan. Već smo istakli da se takvom stanovištu teško mogu staviti neki ozbiljniji prigovori, pa se na ovom pitanju nećemo dalje zadržavati, već ćemo ukažati na različite odnose testamentalne i poslovne sposobnosti u savremenom pravu. Upravo, ako je testamentalna sposobnost jedna specijalna poslovna sposobnost onda je potrebno reći kakav odnos mora postojati među njima, a posebno kada treba da se stiče jedna i druga sposobnost. Posmatrano u ovom smislu, možemo danas uočiti tri različita rešenja u savremenom pravu:

- 1) Sposobnost za samostalno raspolaganje inter vivos nužno vodi i podrazumeva sposobnost za testiranje u istom obimu;
- 2) Sposobnost za testiranje, budući je testament strogo lični akt, treba proširiti, ali ipak ne izjednačiti takva lica sa onima koja imaju punu poslovnu sposobnost; i
- 3) Sposobnost za testiranje treba dabude šira od poslovne sposobnosti

3. Jednakost testamentalne i poslovne sposobnosti

U najvećem broju država testamentalna sposobnost se poklapa sa poslovnom sposobnošću, tj. sa pravom da se samostalno raspolaže pravnim poslovima inter vivos. Testament može sačinjavati samo ono lice koje ima sposobnost da samostalno raspolaže i za života. Ovo stoga,

²⁰⁾ Dr Heinrich Lange: Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin, 1962, str. 139 i 147.

²¹⁾ Tako Dr Hans Brox: Erbrecht, 1966. Köln—Berlin—Bonn—München, str. 36. Dr Heinrich Dernburg: Deutsche Erbrecht, Halle a. S. 1905. str. 64.

²²⁾ Traité pratique de Droit civil Français par Marchel Planiol — Georges Ripert, 2. édition, Tome V. Donations et testament par André Trasbot et Yvon Loussouarn, Paris, 1957. str. 286—303.

²³⁾ H. Vialleton: Les successions, Paris, 1963. str. 178—179.

²⁴⁾ Vidi „Zakon o nasleđivanju sa objašnjenjima i napomenama, Izdanje »Arhiva za pravne i društvene nauke« — Saveza udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1955. godine, str. 126—127.

što je kod testamenta nemoguće zastupništvo u bilo kom obliku. No, to kao pravilo, od koga mnoga zakonodavstva specijalnim zakonima ili sudska praksa tumačenjem, na osnovu posebnih zakona, dovodi do odstupanja od ovog načela. U grupu ovih spadalo bi sovjetsko zakonodavstvo, bugarsko pravo, pravo Izraela, englesko, pravo država SAD i sl.

U kapitalističkim zemljama pravo na samostalno raspolaganje pravnim poslovima inter vivos imaju punoletna lica, dok u nekim socijalističkim zemljama ovakvo pravo priznato je i maloletnicima iznad određene godine starosti. Tako napr. po Građanskom kodeksu RSFSR iz 1922. godine maloletnici iznad 14 do 18 godina starosti mogli su samostalno raspolagati svojom zaradom i prihodima iz autorskog i profesionalnog prava, a po novog građanskog kodeksu to se odnosi na maloletnike starije od 15. godina (čl. 14. GK RSFSR iz 1964. godine). I po odredbi čl. 11. našeg Osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece („Službeni list FNRJ“ br. 104/47) „dete koje je navršilo 14 godina može zaključiti ugovor o radu i **raspolagati svojom zaradom**. Pri tome ono je dužno doprinositi za svoje vaspitanje i obrazovanje kao i za izdržavanje porodične zajednice“. Kasnije je ova granica pomerena na 15. godina starosti. Zakonodavac je usvojio ovakvo rešenje u nameri da se time podstaknu deca na samostalan rad i zarađivanje i da im se još za maloletstva razvija smisao za samostalno privređivanje i raspolaganje zaradom stečenom sopstvenim radom.²⁵⁾ Odredbu o samostalnom raspolaganju ostvarenom zaradom za lica starija od 15 godina preuzeo je i novi republički Zakon o odnosima roditelja i dece od 26. 12. 1974. godine („Službeni glasnik SR Srbije“ br. 52/74) u svom čl. 13. stav 2. a to se pravo priznaje, uz saglasnost roditelja, i maloletnicima starijim od 14. godina starosti (čl. 13 stav 1. cit. zakona).

U sovjetskoj teoriji vodi se rasprta o tome da li maloletnici stariji od 15. godina mogu raspolagati zaradom i putem testamenta, ali se to pitanje može smatrati rešeno, jer je sudska praksa dala pozitivan odgovor na ovo pitanje.²⁶⁾ I to smatramo s pravom, što je samo potvrda da teorija nije uvek ta koja krednjači. Mi ovo ističemo zbog toga što naša teorija i praksa nisu postavile ovo pitanje, o ono se nameće svom svojom težinom. Naime, pitanje je, treba li i maloletnicima, u smislu napred citiranog Zakona o odnosima roditelja i dece, priznati testamentalnu sposobnost u pogledu njihove sopstvene zarade. Odmah ćemo dati pozitivan odgovor, ali i opravdanje za taj stav.

Kada se radi o odnosu testamentalne i poslovne sposobnosti mora biti prihvaćeno jedno opšte pravilo, ili još bolje, recimo načelo. Ono bi se sastojalo u sledećem: **svako ko ima pravo da samostalno raspolaže imovinom inter vivos ima u tim granicama (ili uže zbog nužnog dela) pravo da raspolaže testamentom**. Ovde za nas nije bitan obim raspolaganja, već ovlašćenje za raspolaganjem. To je logično, ciljno ili teleološko tumačenje odnosa ovih sposobnosti. Pravno-politički cilj, koji se želi postići ovlašćenjem za samostalnim raspolaganjem, može se ostvariti u celosti samo ako dobije svoj produžetak u

²⁵⁾ To su argumenti prof. Bakića: Vidi Dr Vojislav Bakić: Porodično pravo SFRJ, IV izdanje, Beograd, str. 353.

²⁶⁾ Prof. O. S. Ioffe: Sovetskoe graždanskoe pravo, Leningrad, 1965. str. 309.

raspolaganju i testamentom, odnosno za slučaj smrti. Priznanje samo inter vivos znači zaostajanje na pola puta i nedoslednost u pogledu ostvarenja pravno-političkog cilja, koji se želi postići ovlašćenjem, s jedne strane. S druge strane, pravno-logički je neodrživo stanovište da onaj ko je sposoban da raspolaže samostalno pravnim poslovima inter vivos nije istovremeno sposoban da raspolaže i pravnim poslovima za slučaj smrti. Ovo, stoga, što su pravni poslovi inter vivos kauzalni, jer se njima postiže određeni ekonomski cilj i skopčani sa brojnim rizicima, nasuprot pravnom poslu inter vivos koji je lišen toga.

4. Koncepcije o ograničenoj testamentalnoj sposobnosti

Pošto se nije moglo probiti gledište o testamentu kao strogo ličnom aktu i polazeći od toga načela, a, s druge strane, da bi se omogućilo testiranje i licima koja ne mogu samostalno raspolažati imovinom inter vivos, izvestan broj država pravi kompromis između pomenuih zahteva. On se sastoji u tome, što se testamentalna sposobnost priznaje šire od pune poslovne sposobnosti, ali se takvim maloletnicima ne priznaje puna testamentalna sposobnost. Zato smo takva rešenja obuhvatili zajedničkim nazivom kako je dat u naslovu. To je ograničena testamentalna sposobnost.

Ograničena testamentalna sposobnost se ispoljava u dva pravca:

a) priznaje se pravo raspolaganja mortis causa ali ne na celoj zaostavštini, već na jednom delu. To je redovno polovina onoga čime bi mogli raspolažati kao punoletni. Ovakvu ograničenu testamentalnu sposobnost uveo je francuski Code civil u art. 904. Po njemu lica starija od 16. godina a mlađa od 21. godinu mogu testamentom raspolažati polovinom onoga što mogu punoletni. Sledi ga austrijski GZ iz 1811. godine koji to isto određuje u pogledu lica podložnih rasipništву, pisanstvu ili zloupotrebi živčanih otrova (§ 568 AGZ), i dr.

b) Maloletnicima ili drugim licima se priznaje testiranje ali im nisu dopuštene sve forme testamenta, već u pravilu samo javni testamenti (sudski ili notarski), kako bi se njihovo raspolaganje podvrglo kontroli. To je slučaj sa licima između 14 i 18 godina starosti po AGZ (§ 569), sa licima iznad 16. godina starosti po §§ 2229 stav 2 i 2231 stav 2 nemačkog BGB, sa odredbama Mađarskog građanskog zakonika za lica starija od 12. godina, kao i za slepa, nepismena i lica koja iz drugih razloga ne mogu čitati (art. 624), i slično.²⁷⁾

Koncepcija o ograničenoj testamentalnoj sposobnosti izvesnih lica koja nemaju sposobnost za samostalno raspolaganje imovinom inter vivos, kao svaki kompromis, ima određene prednosti, ali i znatne slobosti. Prednost je samo u odnosu na one pravne sisteme koji ne omogućavaju raspolaganje testamentom licima koja nisu sposobna za samostalno raspolaganje inter vivos. Ali to je, kao što ćemo kasnije videti, samo relativna prednost. Mnogo je značajniji pravno-logički prigovor ovakvoj koncepciji. Stepenovanje kod testamentalne sposobnosti

²⁷⁾ Detaljnije podatke o ovim ograničenjima s obzirom na maloletnike daje dr Mihajlo Mitić u već citiranom članku: Testamentarna sposobnost maloletnika, Jugoslovenska advokatura, br. 3—4 za 1969. godinu, str. 38—40.

sti ne bi trebalo dopustiti. Ako se već zakonodavac opredeljuje za manji broj godina, onda nema razloga da testiranje dopusti bez iaka-vih ograničenja. Svaka takva ograničenja su u sukobu sa testamentom kao pravnim aktom, koji je strogo formalan i strogo ličan. Na-ročito sa ovim poslednjim. Jer za života, i pri zaključivanju pravnih poslova inter vivos, maloletniku se mogu davati saveti i uputstva, on se od zaključenja akta može čak odvratiti, dok se za testament to ne može reći. Danas iza ostavioca ostaje testament a da za njegovo postojanje za života niko nije znao. Najzad, ovde bi moralo vredeti pravilo: **ko je sposoban za pola, sposoban je i za celo.** Dakle, upravo obrnuto pravilo od onog koje se primenjuje kod pravnih poslova inter vivos.

5. Koncepcija o široj testamentalnoj sposobnosti

Raspolaganje testamentom treba priznati šire od pune poslovne sposobnosti, tj. tražiti manju uzrast za priznanje testamentalne nego za priznanje pune poslovne sposobnosti. Ovo se pravilo može provesti, i provodi se u praksi, na dva načina: **kao generalno**, tj. pravilo koje se odnosi na sva lica, i **kao specijalno**, tj. proširuje se testamentalna sposobnost samo za lica koja se nalaze u određenoj situaciji. Pošto je ovo drugo pitanje manje složeno, odmah recimo, da se napr. ono primenjuje u nizu zemalja na lica koja učestvuju u ratu ili u oružanom otporu neprijatelju. Tako napr. po engleskom pravu, pravu većine država SAD, francuskom specijalnom zakonu od 28. 10. 1916. godine i slično.²⁸⁾

Među zemljama koje generalno proširuju testamentalnu sposobnost u odnosu na punu poslovnu sposobnost spadale bi napr. Švajcar-ska, Danska, SFRJ, NR Kina i druge.²⁹⁾ U prvima se priznaje testamentalna sposobnost sa 18. umesto sa 21. godinom, a u drugim već sa 16. umesto sa 18: godina.

Kada je reč o ovoj koncepciji, onda njen egzegetsko objašnje-ne ne predstavlja nikakav problem, koliko argumeti u prilog tom rešenju. Naime, postavljaju se dva važna pitanja na koju treba dati odgovor. Prvo je, zašto dopušta, ili čime se pravda, šira testamentalna sposobnost od pune poslovne sposobnosti. Drugo, koja je, onda, donja granica testamentalne sposobnosti.

U odgovoru na prvo pitanje, valja istaći, da je u literaturi istaknuto više gledišta o razlozima za šire priznanje testamentalne sposobnosti. Evo kratkog pregleda, bez nekog posebnog reda, tih gledišta:

a) To je **teorija manjeg ili nikakvog rizika kod raspolaganja mortis causa** koja dopušta širu sposobnost raspolaganja. Za poslovnu sposobnost se traže zrelije godine. Sticanje vlasništva i očuvanje po-

²⁸⁾ Vidi Ferid—Firching: Internationales Erbrecht, Band III, München, 1974. Grossbritannien, str. 55 i 61. Dr M. Mitić cit. članak str. 40—41.

²⁹⁾ To je slučaj i sa engleskim pravom u kome se može testirati sa navršenih 18. godina, pravu većine država SAD, kao i mnogim zemljama pod uticajem engleskog prava, tako da se proširenje testamentalne sposobnosti može privatiti kao dominantno.

rodične imovine zahtevaju staloženje godine. Poslovna sposobnost se ne priznaje mladim ljudima jer su skloni nesavесnom iskorišćavanju, a to ne bi vodilo očuvanju imovine imućnijih klasa.³⁰⁾ S tim u vezi, naglašava se, da takvog rizika nema kada je u pitanju raspolažanje mortis causa. Naime, raspravljujući o tome, što u Srpskom građanskom zakoniku nema odredbe o tome da lice stavljeno pod starateljstvo može praviti testamente u svetlim trenucima, dr D. Aranđelović dolazi do zaključka, da »takav bolesnik i po SGZ (§ 427. arg. a contrario) može u svetlim trenucima praviti testament. U prilog ovoga mišljenja govori i zakonodavno-politički cilj odredbe: da su pod starateljstvo stavljeni duševni bolesni nesposobni za pravne poslove. Tom se odredbom hoće da očuva imovina duševno bolesnih, da je on svojim nerazumnim postupcima ne upropasti i sebe u bedu dovede, a to se postiže nevažnošću njegovih pravnih poslova inter vivos. **Međutim te opasnosti nema kad je u pitanju pravljenje testamenta, jer njime se raspolaže imovinom tek na slučaj smrti«.³¹⁾**

b) Koncepcija o »testamentu kao pravnom aktu manje važnosti« je izneta u našoj posleratnoj pravnoj literaturi, ali kao važeća u bуржоашком праву. Istina, nije rečeno zašto se testament smatra pravnim aktom manje važnosti, ali se to može zaključiti da je to, svakako, zbog toga, što je on jedna nužnost i što on nije redovni instrument pravnog prometa.³²⁾

c) Prof. Dr M. Mitić, u svom već citiranom članku, iznosi niz argumenta u prilog objašnjenja šire testamentalne sposobnosti: »Prolaznost ljudskog života, strah od nepoznatog, suočenje sa nezavisnim, filozofija relativizma koja lomi apsolutne okvire života u naponu stvaranja i dominacije, postaju ne samo osnova jedne religiozne kontemplacije, pesimističke meditacije i agnosticizma kao životnog i idejnog stava, već i okvir za pravno preispitivanje, proširenje pa i drukčije određivanje kapacitetnih kvaliteta za kreiranje testamenta. Potreba za trijumfom životne volje nad destrukcijom smrti povećava vrednost i sposobnost čoveka u odnosu na prosečna merila i kriterijume koji su dominirajući u normalnim i redovnim pojавama pri nastanku pravnih poslova. Činjenica da je u pitanju akt poslednje volje, da je težište na afirmaциji još uvek prisutne životne egzistencije pred njenom neposrednom biološkom negacijom, čini kreaciju testamenta ne samo dramatičnom, već i posebno izuzetnom i značajnom. Ta izuzetnost okolnosti pod kojim se testament sastavlja dovodi do izuzetnosti i zahteve koji predstavljaju subjektivne uslove za punovažnost testamenta. Tako posmatrano i pod uticajem ovih društvenih faktora i određujućih psiholoških komponenata, u nekim zakonodavstvima maloletnim licima se priznaje sposobnost za sastavljanje testamenta«.³³⁾

Cini nam se, da u svakom objašnjenju ima delića istine. Ipak, pravni poslovi inter vivos su kauzalni, tj. njima se postiže određeni ekonomski cilj. Za takvo učešće u pravnom prometu traži se odre-

³⁰⁾ Dr Mihajlo Vuković: Opći dio građ. prava, I. str. 255 (Dernburg, § 152).

³¹⁾ Dr D. Aranđelović: Rasprave iz privatnog prava, Beograd, 1913. str. 8—9; istina ne direktno ali posredno daje odgovor na postavljeno pitanje.

³²⁾ Dr B. Blagojević: Nasledno pravo, Beograd, 1948. str. 176—177.

³³⁾ Dr M. Mitić, cit. članak o test. sposobnosti maloletnika, str. 33.

đeno životno iskustvo i umešnost. Ona se postiže različito u pojedinih zemljama zbog drukčije razvijenosti dotične zemlje. U zemljama sa razvijenim pravnim sistemom kasnije od zemalja koja se nalaze na niskom stupnju razvoja. Zrelost u biološkom smilu, opet, vezana je i za područje na zemaljskoj kugli. Na polutaru, i u toplim predelima uopšte, postiže se ranije od one u hladnim predelima i sl. Zato su i granice poslovne sposobnosti različite, na što utiču, svakako, i drugi faktori. Nasuprot tome, pravni poslovi mortis causa su nekausalni. Mrtav nema nikakvih ciljeva. Raspolaganje je ovde motivisano upravo zato što čovek umire. Za ovakvo raspolaganje dovoljno je manje. Može postati puber, tj. dostići seksualnu i emocionalnu zrelost, koja je sa njom tesno povezana. To redovno biva ranije od perioda predviđenog za sticanje poslovne sposobnosti.

IV. ZAKLJUČAK

Dva su važna zaključka koja proizilaze iz ovoga rada.

Prvo, puno ostvarenje pravno-političkog cilja zahteva da se svakom licu kome je priznata puna sposobnost raspolaganja imovinom inter vivos prizna u tim okvirima i testamentalna sposobnost. Naša dosadašnja teorija i sudska praksa nisu ostvarivale ovo načelo. Smantramo da, shodno ovom načelu, maloletnici koji su napunili 15. godina starosti, u smislu propisa čl. 13 stav 2. Zakona o odnosima roditelja i dece (»Službeni glasnik SR Srbije« br. 52/74), u granicama predviđenih tim propisom, imaju i testamentalnu sposobnost. Za priznanje testamentalne sposobnosti tih lica nije potrebno da se donosi nikakav novi propis. Jednostavno, s pozivom na istaknuto načelo, sudska praksa mora da prizna ovakvo njihovo pravo, kada se pojavi spor o tome. Posebno naglašavamo da se propis čl. 64 saveznog odnosno člana 59. novog republičkog Zakona o nasleđivanju, koji reguliše »sposobnost za pravljenje testamenta« ne protivi ovakovom rešenju. Jer, ovaj propis ima za cilj da proširi testamentalnu sposobnost u odnosu na opštu poslovnu sposobnost. I ništa više. Upravo time što proširuje testamentalnu sposobnost u odnosu na poslovnu, on ne zadire u testamentalnu sposobnost koju pojedinci imaju na osnovu specijalnih propisa. A propis o odnosu roditelja i dece jeste specijalan, jer određuje sposobnost deteta da samostalno raspolaže stečenom zaradom, pa takvu sposobnost ne negira generalna odredba o proširenju testamentalne sposobnosti, o kojoj smo napred govorili.

Drugi zaključak jeste da treba braniti sposobnost maloletnika da raspolažu testamentom u punoj meri, s tim da bi se ona u pogledu sopstvene zarade mogla poroširi i na sposobnost od 14. godina starosti, tj. na onu iz čl. 13. stav 1. Zakona o odnosu roditelja i dece, za koju se sada traži saglasnost roditelja odnosno staratelja.

Socijalističko društvo je ukinulo kapitalističku privatnu svojinu, s jedne strane, a, s druge strane, priznaje poslovnu i testamentalnu sposobnost maloletnika. Nema bojazni da se plašimo da usred nezrelosti mogu da upropaste preduzetničke zahvate porodice. Naprotiv,

favorizovanja mladih da stiču imovinu, kako putem besplatnih raspolaganja (nasleđe, poklon) tako i radom (u udruženom radu, autorstvu i sl.) razvija stvaralačku potenciju mladih, njihovu zainteresovanost da duhovno stvaraju i da stvaranje postane njihova životna potreba. Zato, u testamentalnom raspolaganju treba videti i manifestacije ličnosti, priznanje toj ličnosti i moralno-etički momenat uvažavanja zahteva, da gospodar rada raspolaže svojim proizvodom (dochotkom).

LE RAPPORT DE LA CAPACITÉ TESTAMENTAIRE ENVERS LA CAPACITÉ DE JOUSSANCE DES DROITS ET LA CAPACITÉ DE L'EXERCICE DES DROITS

Résumé

L'auteur critique la définition formaliste de la capacité testamentaire et il souligne que seule est exacte la définition matérielle de la capacité de tester. C'est la capacité de déclaration de la dernière volonté, c'est-à-dire de disposer des biens mortis causa, étant donné que la disposition des biens est le contenu essentiel et normal du testament. La conception formaliste a pris naissance dans l'ancien droit romain quand les transactions juridiques étaient effectuées dans les formules et quand la participation personnelle des parties était indispensable à l'occasion de leur confection. Aujourd'hui il est généralement admis, excepté dans le droit anglo-saxon, qu'on peut confectionner un testament privé au public. Ce dernier peut être confectionné seulement par la personne qui a la capacité testamentaire, et une telle personne ne doit pas avoir aussi la capacité de confectionner en toute indépendance les testaments privés (les illettrés, les muets, les sourds-muets).

En examinant le rapport de la capacité de jouissance des droits et la capacité testamentaire l'auteur attire l'attention sur la circonstance que certains autres chez nous, ainsi que dans les pays étrangers, en particulier en Suisse, soutiennent l'opinion que capacité testamentaire est une sorte de capacité de jouissance des droits (jouissance des droits spéciale). La capacité de tester, conçue en tant que droit de disposer des biens mortis causa, d'une part, et vu que c'est un acte rigoureusement personnel, d'autre part, appartient seulement aux sujets qui remplissent les conditions à cet effet. Etant donné que tous les sujets ont le droit de disposer des biens en vertu du fait de l'existence (la naissance, ou l'enregistrement pour les personnes morales), ce droit mentionné ici ne se présente que pour les personnes déterminées, de sorte qu'il constitue en conséquence une capacité de jouissance des droits spéciale. Cependant, il faut avoir en vue qu'aujourd'hui la construction de la capacité de jouissance des droits est réduite à la subjectivité juridique, c'est-à-dire à la capacité d'être sujet des droits et devoirs, et que cette capacité est acquise déjà par la seule existence. D'où l'on peut dire, que la capacité testamentaire, considérée comme attribution d'un droit, a certains éléments de contact avec la capacité de jouissance des droits. Mais toute la construction de la capacité de jouissance des droits, en conséquence de la capacité spéciale de même, est aujourd'hui douteuse et elle est soumise à de sérieuses critiques. Enfin, cette question est plutôt de nature théorique que de nature pratique.

En ce qui concerne le rapport de la capacité testamentaire et de la capacité de l'exercice des droits, l'auteur souligne la multiplicité des rapports entre elles, les différences ainsi que les analogies. Tout d'abord, elles sont mesurées, c'est-à-dire déterminées à l'aide de deux mêmes éléments: l'élément objectif (l'âge) et l'élément subjectif (la capacité de jugement). Cependant, malgré cela, entre elles il y a aussi une différence essentielle. La capacité de l'exercice des droits d'une personne contient seulement l'autorisation de donner procuration à une autre personne qui pour le compte du mandat confectionnera l'acte juridique,

c'est-à-dire exécutera la transaction juridique, tandis que la capacité testamentaire donne droit seulement à la déclaration personnelle de la dernière volonté et encore seulement à la rédaction en toute indépendance du testament dans le sens formel. L'auteur a ensuite mis en relief que la capacité de l'exercice des droits est graduée, tandis que la capacité testamentaire ne peut être graduée et elle est, en règle générale, toujours entière et illimitée. En examinant ensuite le rapport de ces capacités l'auteur attire l'attention sur le fait qu'au cours de l'histoire du développement du testament, tant chez nous que dans le droit comparé, une règle de droit a pris naissance, qui n'est pas écrite et qui n'est pas suffisamment remarquée dans la théorie, c'est-à-dire que l'entièvre capacité de l'exercice des droits ou le droit de disposer des biens inter vivos, soit qu'il est universel soit qu'il est partiel (par exemple par le profit réalisé), engendre toujours la capacité testamentaire. Car le but juridico-politique en ce qui concerne le droit de disposer des biens inter vivos peut être réalisé seulement par sa continuation naturelle, c'est-à-dire par le droit de disposer sans limite, c'est-à-dire dans les mêmes limites, de ce droit aussi mortis causa. Il est d'autant plus justifié d'adopter cette règle, car l'institution portio legima est celle qui réalise la protection socio-préventive des proches parents et du conjoint du de cujus. Cependant, comme le testament est un acte strictement personnel, dans la plupart des pays la capacité testamentaire est reconnue plus largement que la capacité de l'exercice des droits. Quelle est la limite de la capacité testamentaire? Dans le but d'expliquer cette question l'auteur a exposé plusieurs conceptions par lesquelles on veut justifier la capacité testamentaire plus large.

Dans la conclusion de son travail l'auteur a expliqué que notre théorie et la jurisprudence n'ont pas réalisé jusqu'à présent les préceptes théorie généraux mentionnés en relation avec la capacité testamentaire. Cela se rapporte en particulier à la disposition en toute indépendance des mineurs du profit réalisé en conformité avec les prescriptions de la Loi fondamentale sur les rapports entre les parents et les enfants c'est-à-dire conformément aux prescriptions de l'article 13, deuxième alinéa, de la Loi sur les rapports entre les parents et les enfants du 26 décembre 1974. (»Journal officiel de la République socialiste de Serbie« No. 52/74). Quoiqu'elles ont la capacité de disposer inter vivos ces personnes n'ont pas la capacité de tester, c'est-à-dire de disposer mortis causa, ce qui est évidemment faux. La disposition de l'article 64 de la Loi fédérale sur les successions de 1955, c'est-à-dire l'article 59 de la nouvelle Loi sur les successions (»Journal officiel de la RS de Serbie« No. 52/74) n'a pas réglé la question de principe mentionnée ci-dessus, en d'autres termes que la détermination définitive est prise par celui qui a la capacité testamentaire. Par cette prescription est seulement élargie la capacité testamentaire des mineurs qui ont seize ans révolus, de cette manière est élargie la limite de la capacité de l'exercice des droits des mineurs de dix-huit ans. Cette prescription ne nie pas, mais confirme justement l'attitude exposée plus haut. Car si la capacité testamentaire est plus large que la capacité de l'exercice des droits, alors on pourrait parler éventuellement de la question que le droit de disposer du profit réalisé et des biens dans de l'article 13 deuxième alinéa, de la Loi sur les rapports entre les parents et les enfants, cité plus haut, lorsqu'il s'agit de la disposition mortis causa, s'élargisse éventuellement (par exemple à 14 ans révolus — article 13, premier alinéa de la Loi sur les rapports entre les parents et les enfants) et s'abstenir, absolument de nier à ces mineurs une telle capacité de tester. C'est pourquoi la jurisprudence doit reconnaître à ces personnes l'entièvre capacité de tester, en ce qui concerne les produits c'est-à-dire les biens réalisés, si elles ont la capacité de jugement. Cette dernière doit être comprise dans ces limites, car la loi la reconnaît pour la disposition inter vivos, donc c'est l'hypothèse qu'elle existe aussi pour la disposition mortis causa.

