

Бојана Арсенијевић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878401A

UDK: 347.67

Раđ примљен: 14.12.2017.

Раđ прихваћен: 04.02.2018.

ТАЈНО ЗАВЕШТАЊЕ У ПОЈЕДИНИМ САВРЕМЕНИМ ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Апстракт: У раду се анализира тајно (мистично, затворено) завештање као један од облика завештања у савременим европским правним системима. Аутор је обухватио законска решења и ставове теорије о тајном завештању у француском, немачком, италијанском и руском праву, те указао на постојеће разлике у погледу услова за његову пуноважност у наведеним правима. Посебан део рада посвећен је предностима и недостацима тајног завештања. На крају, аутор даје аргументе због чега треба размислити о регулисању овог облика завештања домаћим наследноправним прописима.

Кључне речи: завештање, форма завештања, облици завештања, тајно (мистично, затворено) завештање.

1. Увод

Право захтева да последња воља завештајно способног лица буде исказана у одговарајућој форми, како би могла да произведе одговарајуће правне последице. С обзиром на прописане захтеве форме, праве се разлике између облика завештања, које правни систем сваке појединачне државе регулише у области остваривања слободе завештајног располагања. Тајно, мистично или затворено завештање је један од регулисаних облика завештања на европском правном подручју, које је посебно интересантно имајући у виду да је реч о јавном облику завештања, у чијем састављању учествује јавни бележник, а које завештаоцу обезбеђује тајност садржине његове последње воље.

Предмет рада је правна регулатива тајног завештања у појединим савременим европским правним системима: у француском, немачком,

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

италијанском и руском праву. Наведени правни системи изабрани су на основу њиховог значаја за домаће право, а имајући у виду историјски утицај тих права на изградњу и развој домаћег права и политичко-економске односе између наведених држава и Републике Србије.

Упоредноправна анализа пружиће сазнања о условима пуноважности овог облика завештања, а нарочито о његовим предностима, који су били разлог његовог правног регулисања, као и о његовим недостацима, који утичу на његову популарност у примени. На основу свега наведеног, размотрићемо оправданост регулисања *de lege ferenda* тајног завештања у домаћем праву.

2. Појам завештања и формалност као обележје завештања

Завештање или тестамент¹ је „једнострана, строго лична и увек опозива изјава воље завештајно способног лица којом оно, у законом прописаном облику, распоређује своју имовину за случај смрти“ (Стојановић, 2011: 192). Из овако датог појма завештања могу се издвојити његова основна обележја: једнострани и формални правни посао, строго личног карактера, увек опозив и располагање *cum animo testandi*.

С обзиром на тему овог рада, најзначајније обележје завештања јесте формалност, те ћемо му посветити посебну пажњу.² Формалност завештања као правног посла је нужна из два разлога. Први разлог заједнички је за све правне послове – форма треба да обезбеди „озбиљну, истиниту, смишљену, праву и 'хладну' вољу“ (Марковић, 1972: 101). Другим речима, форма завештања има заштитну и упозоравајућу функцију јер представља „гарантију истинитости последње воље завештаоачеве“ (Константиновић, 1947: 342) и истовремено завештаоца спречава „да брзоплето и непромишљено располаже својом имовином за случај смрти“ (Ђурђевић, 2009: 851). Други разлог је специфичне природе и односи се само на завештања – с обзиром на то да је завештање једнострано и строго лично правно посао, чије се тумачење и примена врши после смрти завештаоца, могуће су бројне злоупотребе, те форма треба да обезбеди „да се последња воља писмено фиксира“ (Марковић, 1972: 101) и тиме створи објективна могућност утврђења њене садржине.

У односу на свечани карактер форме завештања у старијим правима, у модерном праву строгост форме завештања је ублажена како би сваком

1 Завештање – црквенословенски корен речи, од *заветовати се*, дати свечано обећање Богу да се нешто учини. Тестамент – од латинског *testari*, сведочити, изјавити пред сведоцима. Наведено према: Стојановић, 2011: 192.

2 О осталим обележјима завештања видети: *Ibid.* 193–195.

грађанину била доступна могућност састављања завештања, али „тако да пружа правну сигурност и гарантује реалност и озбиљност последње воље“ (Радовановић, 1957: 16).

2.1. Системи завештајних облика

Сви облици завештања које једно право познаје чине систем облика завештања тог права, чији је основни принцип *numerus clausus*. Систем облика завештања ограничава слободу завештајног располагања јер ће завештаочева последња воља бити пуноважна само ако је изражена у облику који је предвиђен законом.³ Сваки појединачни правни систем има свој систем завештајних облика. Између више правних система могу се уочити разлике у погледу регулисаних облика завештања, као и у погледу услова за пуноважност регулисаних истих облика завештања.

Тако, француско право регулише својеручно завештање, јавнобележничко завештање, мистично завештање и међународно завештање, као и ванредне облике завештање и то: војничко завештање, завештање у условима заразе, завештање на острву и поморско завештање.⁴ У немачком праву регулисано је пет облика завештања: својеручно завештање, јавнобележничко завештање и одређена завештања у нужди – завештање пред градоначелником, завештање пред три сведока и поморско завештање.⁵ У наследном праву Италије нормирани су својеручно завештање, јавнобележничко завештање, међународно завештање и специјална завештања – завештање у условима заразе, опште непогоде или несреће, завештање састављено у авиону, завештање састављено на броду и војничко завештање.⁶ Руско право регулише јавнобележничко завештање, завештање оверено од стране одређених овлашћених лица, тајно завештање, својеручно завештање пред сведоцима и међународно завештање.⁷

3 Уређени систем облика завештања ограничава слободу завештајног располагања у погледу форме њеног остваривања. С друге стране, установа нужног наслеђивања представља садржинско ограничење слободе завештајног располагања јер опредељује део заоставштине којим завешталац никако не може да располаже. Док је циљ прве врсте ограничења правна сигурност, циљ ограничења у виду нужног дела јесте заштита најближих сродника завештаоца и очување породичне заједнице.

4 Articles 976–1001.de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

5 Paragraphs 2231–2272. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

6 Articoli 601–619.di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.*

7 Статња 1124–1129. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.*

3. Тајно завештање

Приликом уређивања система завештајних облика, законодавац настоји да понудом већег броја различитих облика завештања омогући завештаоцу избор за њега најприступачније форме за исказивање последње воље, а с обзиром на карактеристике сваког облика завештања. Када донесе одлуку да састави завештање, пред завештаоца се тада поставља питање избора завештајне форме. Одлуку о избору облика завештања завешталац доноси на основу упоређивања предности и недостатака који одликују одређене завештајне облике.

Када завешталац одлучује о састављању завештања у приватној или јавној форми, он тада вага две своје основне претензије – пожељност тајности садржине приватног облика завештања или сигурност јавног облика завештања, коју му пружа учествовање представника јавне власти у његовом састављању. Имајући у виду овако изражене потребе завешталаца, законодавци појединих држава регулишу тајно завештање⁸ као јавни облик завештања чија садржина остаје непозната јавном бележнику и завештајним сведоцима који учествују у његовом састављању. На тај начин остварена је симбиоза наизглед супростављених захтева – тајности садржине и јавности облика.

Тајно завештање је писани, јавни и редовни облик завештања. Регулисано је у правима држава чланица Европске уније: Француска, Луксембург, Холандија, Немачка, Италија, Шпанија, Португал, Малта, Грчка, Мађарска и Естонија.⁹ Када је реч о правима држава које нису чланице Европске уније, тајно завештање регулишу и права Русије,¹⁰ Белорусије¹¹ и Украјине.¹² Можемо закључити да је тајно завештање регулисано у бројним европским

8 За појмовно означавање овог облика завештања, италијанско право користи израз „testamento segreto“ – у преводу тајни тестамент, француско право користи израз „testament mystique“ – у преводу мистични тестамент, руско право користи израз „закрытое завещание“ – у преводу затворено завештање, а немачко право нема посебни назив. Сматрамо да је израз тајно завештање најпогоднији јер у први план истиче његову основну карактеристику – тајност садржине завештајних располагања.

9 The European Network of Registers of Wills Association. „Europe Wills“ Reports: Status and Summary of the Project. Преузето 10.12.2017. године. <http://www.arert.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

10 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

11 Статја 1046. Гражданский кодекс Республики Беларусь, No. 218-З/1998, с изменениями на 31 декабря 2013 г. 96-З.

12 Стаття 1249. Цивільний кодекс України, *Відомості Верховної Ради України*, №№ 40-44/2003, із останній змінами № 47/2016.

правним системима и то чак у четрнаест држава. У овом раду, као што је речено, сагледаћемо нормативу у правима Француске, Немачке, Италије и Русије.

Француско и руско право регулишу тајно завештање као посебан облик завештања, док немачко и италијанско право овај вид завештајног располагања уређују као један од подоблика јавнобележничког завештања. Италијански законодавац је овај подоблик јавнобележничког завештања регулисао у посебном члану и именовao као тајно завештање. Немачки законодавац само је регулисао јавно завештање, које може бити састављено од стране завештаоца или трећег лица, а које затим завешталац предаје у отвореном или затвореном омоту јавном бележнику. Можемо закључити да модалитет јавног завештања у немачком праву, које завешталац предаје у затвореном омоту јавном бележнику, представља тајно завештање.

Да би тајно завештање било пуноважно, као и свако завештање уопште, нужно је испуњење три услова: 1) да је лице било завештајно способно у тренутку сачињавања завештања; 2) да је имало потребну вољу за сачињавање завештања; 3) као и да је иста изражена у законом предвиђеној форми. Услови пуноважности форме тајног завештања односе се на писање тајног завештања и његову предају јавном бележнику у присуству завештајних сведока. Свим овим условима за пуноважно завештајно располагање у облику тајног завештања биће посвећена посебна пажња у наставку.

3.1. Завештајна способност за састављање тајног завештања

Завештајна способност (*testamentum factio activa*) општи је услов пуноважности завештања и мора да постоји како у тренутку његовог састављања, тако и у тренуцима измене или опозива завештања. По својој природи, то је „посебна способност“ (Стојановић, Ђирић, 2010: 55), чије постојање кумулативно одређују два елемента: објективни елемент – узраст, и субјективни елемент – способност за расуђивање.

У италијанском и руском праву завештајно је способно лице које је навршило осамнаест година живота и које је способно за расуђивање.¹³ Значај разматрања питања завештајне способности за састављање тајног завештања долази до изражаја у немачком и француском праву, која разликују ограничену и потпуну завештајну способност. Потоња се и у немачком и у француском праву стиче са навршених осамнаест година, уз

13 Articolo 591. in relazione con articolo 2. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.Статья 1126. Гражданского кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

постојање способности за расуђивање. Ограничену завештајну способност у немачком праву има малолетник са навршених шеснаест година који је способан за расуђивање. Он своју последњу вољу може да изрази у облику јавног завештања, усменом изјавом учињеном пред јавним бележником или предајом незапечаћеног писмена јавном бележнику,¹⁴ али не може да састави тајно завештање. У француском праву ограничену завештајну способност има малолетник са навршених шеснаест година, који може завештајно да располаже само са половином своје имовине, којом би иначе, као пунолетно лице, могао да располаже,¹⁵ при чему то може учинити у свакој завештајној форми, укључујући и тајно завештање.

Способност за расуђивање, као субјективни услов постојања завештајне способности, углавном није регулисана наследноправним прописима.¹⁶ Изузетак представља право Немачке, које садржи негативну дефиницију, прописујући да способност за расуђивање нема лице које због менталног поремећаја, слабоумности или поремећаја свести, није у стању да увиди значај исказане воље и поступа према том увиду.¹⁷

3.2. Воља за сачињавање завештања

Воља за сачињавање завештања (*animus testandi*) мора бити „манифестована у спољном свету и мора бити озбиљна, стварна, слободна, одређена и безусловна“ (Стојановић et al. 2010: 46). Неиспуњеност ових захтева, као и недозвољени утицај трећих лица на вољу завештаоца, утиче на правну ваљаност завештања.

3.3. Састављање тајног завештања

Разликујемо три начина састављања тајног завештања: 1) као својеручно завештање, 2) када завешталац пише завештање коришћењем техничких средстава писања и 3) као алографско завештање. Док руско право допушта

14 Paragraphs 2229. und 2233. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

15 Article 904. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Ставом другим поменутог члана предвиђено је да ће малолетник моћи да располаже целокупном својом имовином ако је позван да служи у рату, за време док трају непријатељства, али само у корист својих рођака и то до шестог степена сродства или у корист свог супружника. Став трећи истог члана регулише да малолетник који нема рођаке до шестог степена сродства може да располаже својом имовином као пунолетна особа.

16 Детаљније о способности за расуђивање видети Стојановић et al. 2010: 51–55.

17 Paragraph 2229. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

само први начин састављања тајног завештања,¹⁸ остала права регулишу сва три наведена начина.¹⁹

Логична последица руских прописа јесте да неписмена лица не могу да саставе тајно завештање. У осталим правима изричито је предвиђено да завешталац који не зна или не може да чита неће моћи да завештајно располаже на овај начин.²⁰ Уколико је завешталац нем, глув или глувонем, али зна да чита и пише, може да састави тајно завештање, а изјаву да се ради о његовој последњој вољи даће у писаном облику.²¹

3.3.1. Писање тајног завештања

Као што је речено, у правима Француске, Немачке и Италије завешталац може тајно завештање да напише својеручно или коришћењем техничких средстава писања, као што су компјутер или писаћа машина, док је у руском праву једино дозвољено својеручно писање завештања од стране завештаоца. Иако ригорозни, захтеви руског права настоје да онемогуће било какву злоупотребу овог облика завештања. Наиме, законски израз „својеручно“ или „својом руком“ тумачи се у смислу да текст завештања „мора написати лично завешталац и то на начин који обезбеђује утврђивање аутентичности његовог рукописа“ (Ђурђевић, 2009: 852), јер је „писање сопственом руком сигуран знак да завештање садржи само и једино вољу завештаоца“ (Кашћелан, 2010: 145). Међутим, треба имати у виду да завешталац лично мора да преда јавном бележнику тајно завештање и да изјави да писмено које предаје садржи његову последњу вољу, те се чине неоправданим страхови да је аутентичност воље угрожена уколико је писмено написано на компјутеру. Стога можемо закључити да су решења француског, немачког и италијанског права ближа друштвеној стварности, у којој је писање на компјутеру део свакодневнице већег дела становништва. Састављање тајног завештања од стране само завештаоца у највећем степену задовољава „потребе мистерије, тајне и апсолутне

18 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

19 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2232. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.* Articolo 604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

20 Articles 978. et 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.* Articoli 604. e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

21 *Ibidem*.

слободе, које имају углавном сви људи, када у одређеном тренутку свог живота, слободни од притиска и других утицаја, одлучују о судбини свог богатства“ (Lefort, 2001: 26).

Француско, немачко и италијанско право регулишу и могућност да тајно завештање буде састављено у алогографској форми, тако што ће друго лице написати писмено за завештаоца. Задужено лице то може учинити својеручним писањем или коришћењем средстава техничког писања. Суштина тајног завештања овде није повређена: тајно завештање омогућава завештаоцу да његова последња воља остане непозната за она лица за која он то жели, у првом реду за јавног бележника и завештајне сведоке, који учествују у његовом састављању. Да ли ће завешталац своју последњу вољу да обзнани трећим лицима, то је ствар његове слободне воље.

Није дозвољено састављање тајног завештања у електронском облику (Ђурђевић, 2011: 438. Институт, 2007: 55).

Италијанско право прописује ограничење да су неважећа завештајна располагања учињена у корист лица које је за завештаоца написало текст завештања, осим уколико завешталац својеручно не потврди те одредбе. Завештајна располагања у корист јавног бележника којем је тајно завештање предато су неважећа.²²

3.3.2. Потпис завештаоца

Без обзира на начин писања тајног завештања, оно мора бити својеручно потписано од стране завештаоца. Потпис представља доказ две круцијалне чињенице: да је завешталац донео озбиљну и коначну одлуку о расподели своје имовине за случај смрти и да текст који потписује признаје за своју вољу. Уколико потпис изостане, тајно завештање је неважеће. У италијанском праву је регулисано да тајно завештање које је завешталац написао коришћењем техничких средстава писања или када је писмено написало друго лице, у целини или делимично, завешталац мора да потпише на сваком листу који садржи текст завештања, без обзира да ли су листови спојени или не.²³

3.4. Предаја тајног завештања јавном бележнику

Француско и италијанско право регулишу да завешталац предаје затворено и запечаћено писмено, у коверти или без ње, јавном бележнику у присуству

22 Articolo598. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

23 Articolo604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

два завештајна сведока, уз изјаву да се ради о његовој последњој вољи. Немачко право нормира исто решење, с тим да присуство завештајних сведока није потребно.²⁴

Норме француског права даљи поступак пријема тајног завештања регулишу на следећи начин: на самом затвореном писмену или коверти јавни бележник саставља акт о пријему завештања, у коме је дужан да наведе датум и место пријема завештања, да опише затворено писмено и печат, а затим акт о пријему завештања потписују завешталац, јавни бележник и завештајни сведоци. Датумом сачињавања тајног завештања сматра се дан наведен у акту о пријему завештања (Legoyer, 2011: 192). Након завршене процедуре пријема тајног завештања и његовог регистравања, француско право прописује да јавни бележник није дужан да задржи тајно завештање, осим уколико му га завешталац преда у депозит (Lefebvre, 2011: 359).

Италијанско право регулише сличну процедуру предаје тајног завештања: писмено на којем је завештање написано или које садржи завештање завешталац печати, тако да се не може отворити без уништења или промене печата, и тако запечаћено завештање предаје јавном бележнику, који ће на затвореном писмену или на посебном папиру да састави акт о пријему завештања, наводећи чињеницу пријема и изјаве завештаоца, број и отисак печата, податке о сведоцима и о осталим спроведеним формалностима.²⁵

И у немачком праву је регулисано да јавни бележник саставља акт о пријему завештања, али се посебна пажња посвећује акту промене држаоца завештања. Није неопходно да се предаја завештања обави „из руке у руку“, али је битно да јавни бележник дође у државину завештања у истом тренутку и на истом месту када му завешталац изјављује да писмено које јавни бележник преузима садржи његову последњу вољу. Сматра се да предаја није извршена уколико је завешталац само обавестио јавног бележника где и код кога се налази писмено које садржи његову последњу вољу (Ђурђевић, 2011: 440).

Руско право примењује принцип „бабушки“ у поступку предаје тајног завештања.²⁶ Наиме, завешталац предаје јавном бележнику писмено, у

24 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

25 Articoli 604. e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

26 Бабушке (рус. матрјошка, од матрјона – матријархат) су руска дрвена играчка која се састоји од више идентичних лутки које се расклапају, при чему се унутар сваке

затвореној и запечаћеној коверти. На тој коверти се потписују завештајни сведоци, а затим тако потписану коверту јавни бележник печати и ставља у другу коверту, на којој уписује податке о завештаоцу, о месту и датуму пријема завештања и личне податке завештајних сведока, као и напомене учињене завештаоцу.²⁷ Опште правило у руском праву је да се у завештању мора навести датум и место његове овере.²⁸ Међутим, ово правило не важи када је реч о тајном завештању јер се оно „не оверава, већ се предаје јавном бележнику који само оверава чињеницу о пријему коверте у којој је тајно завештање“ (Институт, 2007: 47), а правне последице производи само датум те овере.

3.5. Завештајни сведоци

Француско, италијанско и руско право предвиђају да је завешталац дужан да преда тајно завештање јавном бележнику у присуству два завештајна сведока. У немачком праву присуство завештајних сведока није прописано, али је завешталац слободан да захтева од јавног бележника „да позове до два сведока или другог јавног бележника да узму учешћа у поступку састављања завештања“ (Ђурђевић, 2011: 445). Када је реч о категоријама лица која се могу јавити у улози завештајних сведока, законима ових држава су регулисане одређене апсолутне и релативне забране.

Апсолутне забране се тичу одређених својстава лица, које су по ставу законодавца препрека стварном и озбиљном сведочењу о акту признања завештања. Нормама француског права изричито је предвиђено да сведоци могу бити само пунолетна лица, која знају да се потпишу и која разумеју француски језик.²⁹ Занимљиво је ограничење да супружници не могу да буду сведоци приликом састављања једног истог завештања.³⁰ Суштина овог правила се огледа у елиминисању могућности да се као сведоци јаве лица која су међусобно зависна или поводљива, што може угрозити објективност улоге коју им закон додељује. У италијанском праву сведок може бити само пунолетно лице које је потпуно пословно способно (Braun, 2011: 131). Руско право нормира да завештајни сведок не може бити лице које није потпуно пословно способно, које је неписмено или које

налазе мање лутке.

27 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

28 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

29 Article 980. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

30 *Ibidem*.

има физички недостатак који му не дозвољава да у пуној мери сведочи одређеном акту састављања завештања.³¹ Опште правило у руском праву је да завештајни сведок не може бити лице које не зна језик на коме је састављено завештање.³² Међутим, ово ограничење не важи за састављање тајног завештања јер се завештајни сведоци и не упознају са његовом садржином (Институт, 2004: 28). У немачком праву позвани сведок не може бити малолетник, лице које је душевно оболело или душевно заостало, лица која не могу у потребној мери да чују, говоре или виде, као ни лица која не умеју да пишу (Ђурђевић, 2011: 445).

Релативне забране тичу се лица која су директно или индиректно заинтересована за одређена располагања из завештања. Обично се ради о наследницима и њиховим сродницима, а код јавних облика завештања и о лицима која су учествовала у изради завештања. Релативне забране у француском праву се односе на службенике који раде у јавнобележничкој канцеларији, лица у чију се корист располаже завештањем, као и на њихове крвне и тазбинске сроднике, до четвртог степена сродства.³³ У италијанском праву завештајни сведок не може бити лице које има неки интерес у погледу завештања, али није забрањено да сведоци буду лица запослена у јавнобележничкој канцеларији (Braun, 2011: 131). Руско право регулише да завештајни сведок не може бити јавни бележник, лице у корист кога је учињено завештајно располагање, као ни супружник, деца и родитељи тог лица.³⁴ У немачком праву позвани сведок не може да буде лице које очекује правну корист из завештања, јавни бележник и његов супружник или регистровани партнер, сродници јавног бележника у правој линији, као ни запослени код јавног бележника (Ђурђевић, 2011: 445).

Чињеница у чију корист су извршена завештајна располагања позната је само завештаоцу. Стога јавни бележник нужно мора да упозори завештаоца да лица која се јављају у својству завештајних сведока не смеју истовремено бити лица у чију је корист он располагао у завештању, уз упозорење да ће таква евентуална располагања утицати на правоваљаност завештања.

31 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

32 *Ibidem*.

33 Article 975. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

34 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

3.6. Конверзија облика завештања

Како би у највећој мери осигурали валидност завештајног располагања завештаоца, француско и италијанско право предвиђају да, уколико изјава последње воље не испуњава услове за тајно завештање, иста ће важити као својеручно завештање ако су за то испуњени услови.³⁵ Италијанске норме још стипулишу да, када завешталац повуче тајно завештање од јавног бележника, тај акт неће представљати опозив тајног завештања уколико оно и даље може да важи као својеручно.³⁶ Занимљиво је да слично решење није прихваћено у руском праву, иако оно једино изричито захтева да тајно завештање завешталац мора да својеручно напише и потпише.

4. Предности тајног завештања

Тајно завештање је јавни облик завештања који завештаоцу омогућава тајност садржине завештајних располагања. Наведене основне карактеристике тајног завештања чине овај облик завештајног располагања веома привлачним завештаоцу када се он опредељује за ову завештајну форму за исказивање своје последње воље.

Тајност садржине завештајних располагања – Основна одлика тајног завештања, која га и појмовно одређује, јесте чињеница да садржина последње воље завештаоца сигурно остаје непозната јавном бележнику, завештајним сведоцима и свим другим лицима које завешталац одлучи да ускрати за то сазнање. Приликом састављања других јавних облика завештања, када завешталац усмено на записник исказује своју последњу вољу или предаје писмено које садржи његову последњу вољу, са чијом садржином се представник јавне власти упознаје, завештајна располагања завештаоца више нису тајна, без обзира на дужност чувања тајне овлашћених лица. Чињеница је да још неко лице, осим завештаоца, зна за садржину његове последње воље. Завешталац може бити нарочито заинтересован да његова последња воља остане непозната свима, коју му могућност заиста нуди једино тајно завештање.

Пристапачна форма тајног завештања – Једноставни захтеви форме за састављање тајног завештања представљају велику предност овог облика завештања. Као што је већ речено, довољно је да завешталац напише и потпише завештање, или да друго лице за завештаоца напише текст завештања, а он га потпише, које ће потом предати јавном бележнику и изјавити да затворено писмено садржи његову последњу вољу.

35 Article 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo607. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

36 Articolo685. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

Сигурност аутентичности последње воље завештаоца – Приликом предаје тајног завештања јавном бележнику, завешталац мора да потврди да је реч о његовој изјави последње воље, што представља одређену гаранцију аутентичности завештања. Сама озбиљност одласка код јавног бележника, као представника јавне власти, и формалност акта потврђивања да затворено писмено представља његову последњу вољу, навешће завештаоца на посебну пажљивост, да приликом предаје писмена буде сигуран да је то његово завештање.

Смањене могућности злоупотребе – С обзиром на чињеницу да се тајно завештање налази у депозиту у јавнобележничкој канцеларији, могућности да оно буде изгубљено, фалсификовано или уништено су минималне.

Сигурност пуноважности завештајног располагања – Регулишући могућност конверзије, француско и италијанско право настоје да осигурају реално остваривање последње воље завештаоца, у условима када форма изјављене последње воље не испуњава законске захтеве за тајно завештање. На тај начин, састављање тајног завештања постаје и најсигурнији вид завештајног располагања, уз најмањи степен могућности да се завештајна располагања завештаоца покажу као ништава због недостатака завештајне форме. Услови писања тајног завештања нису претерано строги, као што смо већ објаснили, али чак и када ти услови нису испоштовани, постоји могућност да завештајно располагање завештаоца опстане као својеручно завештање. Својеручно завештање у француском праву завешталац мора својеручно да напише, датира и потпише, а у италијанском праву и да наведе место састављања.³⁷ Притом, треба имати у виду да је велика вероватноћа да ће завешталац, који се определи за састављање тајног завештања, из разлога тајности његове садржине, одлучити управо да завештање својеручно, самостално напише, при чему је ствар општеустаљене културе кореспонденције да се писмено потпише и датира.

5. Недостаци тајног завештања

Иако су предности састављања тајног завештања бројне, оно ипак садржи и одређене недостатке. Занимљива је чињеница да због тих недостатака тајно завештање није често употребљаван облик завештања (Lefebvre, 2011: 358. Leroyer, 2011: 193. Lefort, 2001: 52. Braun, 2011: 135. Институт, 2007: 55).

³⁷ Article 970. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo602. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

Накнадно откривање недостатака форме тајног завештања – Тајном завештању се замера што, иако чува приватност последње воље завештаоца, по његовом отварању сви евентуални недостаци форме или неусклађеност садржине завештања са домаћим правним поретком значиће његову невалидност. Могућност конверзије у француском и италијанском праву неће моћи да одржи на снази завештање чији начин састављања не одговара својеручном завештању, као ни завештање чију садржину чине недозвољена располагања, супротна домаћем правном поретку. Ове недостатке јавни бележник не може да отклони јер не учествује у фази писања тајног завештања.

Трошкови састављања тајног завештања – С обзиром на то да у поступку састављања тајног завештања учествује јавни бележник, то се нужно јављају новчани трошкови према јавнобележничкој тарифи. Затим, осим евентуалних новчаних трошкова путовања, одлазак у јавнобележничку канцеларију истовремено представља и временски трошак за завештаоца. Имајући у виду да системи завештајних облика у француском, немачком и италијанском праву нуде могућности састављања приватних облика завештања чије састављање није скопчано са наведеним трошковима, то су они приступачнији и стога привлачнији грађанству. Речено не важи за руско право, које нормира да у састављању сваког облика завештања учествује јавни бележник или овлашћено лице, те су ови новчани и временски трошкови неизбежни.

6. Закључак

Регулисаност већег броја различитих облика завештања поставља пред завештаоца задатак да изабере онај облик завештања који највише одговара његовим претензијама и условима у којима се налази. Завешталац је редовно заинтересован за сигурност коју му омогућава састављање јавног облика завештања, али је некада јача потреба за осигуравањем тајности учињених завештајних располагања, што му обезбеђује састављање приватних облика завештања, у првом реду својеручног завештања. Одговарајући на овако сукобљене потребе завештаоца, законодавци појединих савремених европских држава регулишу тајно завештање.

Овај облик завештања није регулисан у домаћем праву, што је веома интересантно, имајући у виду да наше право нормира чак девет других облика завештања. Анализиране бројне предности тајног завештања наводе на разматрање оправданости таквог резервисаног става домаћег законодавца. Наиме, уколико домаће право допушта састављање својеручног завештања, које такође обезбеђује тајност садржине

завештања, али ствара проблеме у пракси у погледу проналажења завештања и опасности од различитих злоупотреба, фалсификовања и уништења, чини се оправдано регулисати тајно завештање, које ће пренебрегнути наведене недостатке приватног својеручног завештања. С друге стране, треба имати у виду да домаће право оставља могућност завештаоцу да приватно завештање депонује код јавног бележника и тако оствари циљеве заштите свог завештања од губљења, злоупотреба и уништења. Такође, потребно је поставити и питање оправданости постојања појединих облика завештања у домаћем праву, сагледано кроз призму њихове примене у друштву, те упоредити сврсисходност њиховог регулисања и потенцијалних резултата регулисања тајног завештања. Још се мора имати у виду да домаће право не регулише могућност састављања јавнобележничког завештања предајом писмена, већ искључиво усменом изјавом завештаоца учињеном пред јавним бележником. Размишљајући *de lege ferenda*, разумно је посветити пажњу могућности регулисања овог начина састављања јавнобележничког завештања и, нарочито, тајног завештања.

Литература/References

Антић, О. (2009). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник.

Braun, A. (2011). Testamentary Formalities in Italy. In Reid, K. De Waal, M. Zimmermann, R. (ed.). *Testamentary Formalities*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press. 121–141.

BürgerlichesGesetzbuch. *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

Граждански кодекс Российской Федерации, (часть третья). *Российская газета*, Н. 233. 2001. С изменениями на 28 марта 2017 года.

Гражданский кодекс Республики Беларусь. No. 218- З. 1998. С изменениями на 31 декабря 2013 г. No.96-З.

Ђурђевић, Д. (2009). Слобода тестирања и формализам олографског тестаментa. *Правни живот*. Бр. 11. 845–864.

Ђурђевић, Д. (2011). Нотарски тестамент у немачком праву. У Васиљевић, М. и Чоловић, В. (ур.). *Увод у право Немачке*. Београд: Институт за упоредно право, Правни факултет у Београд. 432–436.

Институт Государства и права Российской Академии Наук. (2004). *Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, Части Третьей*.

Институт Законодательства и Сравнительного правоведения при правительстве. (2007). *Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, Части Третьей*. 2.Издание.

Кашћелан, Б. (2010). Својеручно завештање у италијанском праву, *Годишњак Правног факултета, Слободомир II Универзитет у Бијељини*. Бр. 1. 135–155.

Константиновић, М. (1947). Тезе за предпројекат закона о наслеђивању. *Архив за правне и друштвене науке*. Бр. 3 (1947). 315–347.

Code civil des Français. 1804. Dernière modification au 3 janvier 2018.

Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, N. 79. 1942. N. 75. 2017.

Lefort, M. (2001). *Donations et testaments*. Paris: Litec, Groupe LexisNexis.

Leroyer, A. (2011). *Droit des successions*. 2.ed. Mayenne: Dolloz.

Марковић, С. (1972). Форме тестаментa de lega lata и de lege ferenda. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 11. 101–114.

Радовановић, Б. (1957). Правни значај и природа усменог тестаментa. *Гласник адвокатске коморе АП Војводине*. Бр. 3/1957. 15–21.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Стојановић, Н. Ђирић, З. (2010). Правни и психијатријски аспект завештајне способности. У Петровић, М. и Стојановић, Н. (ур.). *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*. Вол. 2. Ниш: Правни факултет, Центар за публикације. 45–78.

Successions et libéralités. (2011) 3.ed. Dossiers Pratiques Francis Lefebvre.

The European Network of Registers of Wills Association. “*Europe Wills*” Reports: *Status and Summary of the Project*. Преузето 10. 12. 2017. године. <http://www.areert.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

Цивільний кодекс України, *Відомості Верховної Ради України*, №№ 40-44. 2003. Із останній змінами № 47. 2016.

Bojana Arsenijević, LL.M.

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

SECRET WILL IN SOME CONTEMPORARY EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

Summary

The paper analyzes a secret (mystic or closed) will, as one of the forms of the last will and testament regulated in some contemporary European legal systems. The analysis is based on the normative framework and theoretical disputes about the legal nature of the secret will in the laws of France, Germany, Italy and Russia. The author highlights the differences between these legal systems in terms of the legal conditions for making a valid secret will. Particular attention has been given to the advantages and disadvantages of a secret will. In the conclusion, the author argues for adequate regulation of the secret will in the national succession legislation.

Key words: *will (testament), legal form, types of will, secret (mystic, closed) will.*