

ОДНОС СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА И СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА ИЗ УГЛА НАСЛЕДНОГ ПРАВА

Тамара Ђурђић-Милошевић

Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, Крагујевац, Република Србија
tdjurdjic@jura.kg.ac.rs

Апстракт

И уговорна и тестаментарна слобода основна су обележја савременог грађанског друштва и конкретизују се кроз могућност закључивања уговора, односно сачињавање завештања као њихових еманација, при чему се уговор, првенствено, посматра као редовни инструмент правног промета *inter vivos*, а тестамент као ванредни, јер се његово дејство везује за чињеницу смрти. Савремено наследно право карактерише тренд контрактуализације, те се као инструменти уређења наследноправних последица смрти јављају нове уговорне форме располагања. Њихово увођење у поједине правне системе сматра се спорним због ограничавајућег дејства у односу на слободу тестирања, што је последица апсолутистичког схватања слободе тестирања дубоко укорењеног у правној традицији појединих земаља. Циљ овог рада је да утврди да ли је однос слободе тестирања и слободе уговарања нужно посматрати са аспекта њихове узајамне супротстављености, или се пак у одређеном сегменту може говорити о комплементарности ових слобода. У сврху изнаглажења одговора на ово питање, у раду се најпре указује на тачке подударња и разграничења између уговорне и завештајне слободе кроз њихову компаративну анализу. Потом се однос ових слобода конкретизује на сферу наследног права и посматра кроз утицај наследноправних уговора на слободу завештајног располагања.

Кључне речи: аутономија воље, слобода тестирања, слобода уговарања, наследноправни уговори, тестамент.

THE RELATION BETWEEN FREEDOM OF TESTATION AND CONTRACTUAL FREEDOM FROM THE INHERITANCE LAW PERSPECTIVE

Abstract

Contractual and testamentary freedoms are the pillars of modern civil society and are manifested through the possibility of concluding a contract as *inter vivos* means of regular property exchange, or through testament as non-regular means of property disposition since its effect is attached to the testator's death. The modern inheritance law is characterized by the trend of contractualization, thus some means of arranging

post-mortals distribution of property (inheritance) appear in form of contractual disposition. Their introduction into some legal systems is under question, since they limit testamentary freedom, which is considered to be the consequence of the theory on absolute freedom of testation that is deeply rooted in some legal traditions. The aim of this research is to determine whether it is necessary to analyze freedom of testation and contractual freedom as opposite, or whether it is possible to observe them as complementary in some segments. For that purpose, the author manages to identify the points of approximation and distinction between these two freedoms, through their comparison. Furthermore, this problem is considered from the perspective of inheritance law, which is specifically discussed from the point of view of the legal effects of the inheritance agreement over testamentary disposition.

Key words: private autonomy, freedom of testation, freedom of contract, inheritance contract, testamen.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Слобода завештајног располагања основно је начело наследног права и једно је од најважнијих индивидуалних права у сфери располагања имовином за случај смрти. Због тога је питање проширења или сужавања слободе завештања у средишту дебата савремене правне доктрине,¹ чији се правни оквири нарочито посматрају у односу на уговорну слободу, која такође омеђује њене правне границе.

Како је у бити слободе тестирања основно својинско овлашћење располагања, она се дефинише као право завештаоца да по својој вољи располаже имовином за случај смрти (Leipold, 2002, p. 12).² Гаранција слободе тестирања произлази из Уставом зајемченог права својине и других имовинских права стечених у складу са законом (Устав Републике Србије, 2006, чл. 58). Приватноправни карактер наслеђивања условљен је владајућим концептом својинскоправних односа и значајем приватне својине као основом друштвеног уређења (Врох, 2004, p. 12; Deeg, 2003, pp. 1–2). Отуда се кроз гарантовање и заштиту приватноправне сукцесије остварује заштита интереса преминулог лица и лица у чију корист он располаже имовином за

¹ Види: Alexandra Braun, 'Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law', in *Freedom of testation-Testierfreiheit* (Tübingen: 2012), стр. 58.

² У наследноправној теорији срећу се разнолике дефиниције завештајне слободе: „Под слободом завештања подразумева се право које тестаментално способним лицима пружа јавни поредак и закон одређене државе у погледу садржине њиховог једностраног и непосредног располагања сопственом заоставштином за случај смрти, као и у погледу других њихових изјава и наредби у вези са сопственом смрћу, које ова лица могу једнострано изменити или укинути све до тренутка смрти или губитка тестаменталне способности” (Antić, 1983, p. 9). „Под слободом тестирања се подразумева свака могућност да оставилац изјавом своје воље утиче на мењање или отклањање законског наслеђивања, у било којој форми” (Avramović, 1981, p. 4).

случај смрти. Примарни циљ оваквог нормативног приступа јесте одржање приватноправног својинског режима након смрти неког лица даље кроз генерације, доприносећи истовремено економској продуктивности. Отуда, слобода тестирања представља веома важно овлашћење располагања које је у функционалном смислу есенцијални елемент приватне својине, где се однос тестаментарне и својинске слободе испољава кроз гаранцију приватне својине (Врох, 2004, р. 12; Leipold, 2002, р. 20). Из тог разлога је подигнута на ранг европског правног стандарда: „Свако има право да држи законито стечену имовину, да је користи, да располаже њоме или да је завешта” (*Повеља о основним правима у Европској унији*, 2007, чл. 17. ст. 1).

Када је реч о манифестацији слободе располагања за случај смрти, основни правни посао за случај смрти је *тестамент*, који је признат у свим савременим правима, а у појединим законодавствима представља и једини инструмент *mortis causa* располагања. У таквим правним системима, као што је случај са нашим правом, тестамент представља синоним за располагање за случај смрти, због чега се основни принципи тестаментарног права сматрају темељем имовинскоправног располагања за случај смрти, у најширем смислу.³

Поједини правни системи, осим тестаamenta, предвиђају и друге инструменте са посредним или непосредним наследноправним дејством, као што су наследноправни уговори, који се јављају у различитим модалитетима (уговор о наслеђивању, уговор о будућем наследству, уговор о антиципираном одрицању од наслеђа), као и заједничко завештање које инкорпорише елементе класичног тестаamenta и уговора о наслеђивању. Њиховим нормирањем одступа се од неких основних обележја тестаментарног располагања, као што је једностраност и опозивост, те се намеће другачији догматскоправни приступ установи слободе располагања за случај смрти. Плуралитет расположивих *mortis causa* инструмената одређује шири домашај ове слободе, а слобода тестирања сматра се само једним сегментом слободе имовинскоправе диспозиције за случај смрти.

УКРАТКО О ИСТОРИЈСКОМ РАЗВОЈУ СЛОБОДЕ ТЕСТИРАЊА И СЛОБОДЕ УГОВАРАЊА

Слобода имовинскоправног располагања једно је од основних обележја грађанског друштва изграђеног на темељу аутономије воље, тј. приватноправне аутономије (Врох, 2004, р. 12; Водинелић, 2012, стр. 15). Приватноправна аутономија представља есенцију при-

³ Тестамент, као ужи појам, не треба изједначавати са последњом вољом, као много ширим појмом (Перић, 1923, р. 29).

ватног права и основно начело грађанског права⁴, а у наследном праву њен „наследноправни израз” је слобода тестирања¹ (Zankl, 2008, p. 89).

Свака слобода, па и слобода имовинскоправног располагања, одраз је постојећих друштвених односа, те је њено значење не само субјективно већ и друштвено (Рајашић, 1958, str. 89). У том смислу, нормирање имовинскоправних односа претпоставља њихово посматрање кроз шири контекст владајућих друштвених, економских, правно-политичких односа, који опредељују њихов значај и улогу у друштву. Отуда је развој својинскоправних односа и владајући својински концепт у датој етапи друштвеног развоја у значајној мери опредељивао и развојни пут слободе имовинског располагања. Са усложњавањем друштвено-економских односа, и приватна својина је постајала доминатнији својински облик, са којим је јачала и потреба имовинскоправног располагања у личном интересу. То је утицало, најпре, на настанак уговорне слободе која је почивала на схватању индивидуалне воље, као аутономне и суверене (Kroppenberg, 2008, 70; Perović, 1980, str. 156). Свест о природи и сврси располагања с временом је бивала на све вишем нивоу, тако да располагања нису имала искључиво теретни карактер, већ је могуће било и добродично располагати, без икакве противнакнаде, најпре *inter vivos*, а потом и *mortis causa*. То је условило настанак поклона за случај смрти, који је трасирао пут завештајном располагању (Antić, 1983, str. 62).

У складу са теоријом воље, воља појединца сматрала се извором права и, као таква, представљала је његову креативну моћ у слободном заснивању и уређењу грађанскоправних односа. У том смислу, слобода појединца могла је бити ограничена само слободом другог лица, али не и у сврху заштите општих, друштвених интереса. На терену наследног права, под утицајем схватања о неограниченој приватној својини и слободи личности, слобода тестирања се такође апсолутистички поимала (Antić, 1983, str. 153, 154, 164). Било какво ограничавање слободе тестирања сматрало се неправичним са правног, моралног и економског становишта. Преовладавао је став да се принцип правичности у наслеђивању најдоследније спроводи расподелом заоставштине по слободној вољи завештаоца, која истовремено подстиче продуктивност појединца у друштву, у циљу стицања што већег имовинског богатства и спречава распарчавање породичне имовине (Antić, 1983, str. 150–163).

⁴ Приватна аутономија подразумева допуштеност слободне иницијативе појединца у стварању грађанскоправних односа у правцу заснивања, модификовања и престанка грађанског права, види Ковачевић-Куштримовић, 2008, стр. 99; Gavella & Belaj, 2008, str. 25.

Овакво апсолутистичко схватање слободе тестирања било је неодрживо јер је с временом постало јасно да се аутономија воље појединца не може остварити ван друштвеног контекста и правно уређеног система и да неограничена индивидуална воља води неправу (Стојановић, 2004, стр. 10). Отуда се намеће закључак да се аутономија воље мора посматрати у контексту заштите не само индивидуалних већ и општих интереса, те да се као таква може остваривати у оквиру јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја и морала. У том смислу, свака слобода, па и слобода имовинскоправног располагања (како за живота тако и за случај смрти), омеђена је јавноправним ограничењима као општим стварним границама у вршењу свих субјективних права (Стојановић, 2004, стр. 228). Управо у овим општим ограничењима слободе располагања огледа се сличност између слободе тестирања и слободе уговарања. Наиме, по аналогiji са *Законом о облигационим односима*, којим је предвиђено да се слобода уговарања мора спровести у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја (Перовић, 1995, стр. XIX), *Законом о наслеђивању* (ЗН) прописано је да се слобода тестирања може спровести једино у законом прописаним оквирима (чл. 155).

ТЕСТАМЕНТ И УГОВОР КАО ФОРМЕ ИМОВИНСКОГ РАСПОЛАГАЊА

Разграничење уговорног и завештајног располагања

Основни правни инструмент који омогућава спољну манифестацију изјављене воље и обликовање грађанских субјективних права јесте правни посао (Стојановић, 2004, стр. 314, 315). Једна од значајних класификација правних послова је разврставање на правне послове *inter vivos* и правне послове *mortis causa*, где се као критеријум поделе узима моменат за који се везује њихов правни ефекат. Суштински значај ове поделе јесте у томе што се код правних послова *mortis causa* сва правна дејства везују за тренутак смрти одређеног субјекта и тек од тог момента може доћи до стицања грађанских субјективних права (Антић & Балиновац, 1996, стр. 304, 305). Дакле, наступање смрти одређеног лица представља битан услов за наступање правног дејства и завештања, као правног посла *mortis causa* (Антић, 2009, стр. 220).

И правни послови за живота и за случај смрти као манифестација принципа приватноправне аутономије конкретизују се изјавом воље, омогућавајући појединцу да предузима одређене правне радње по својој слободној вољи, са циљем да произведе одређено правно дејство. Дакле, изјава воље, неспорно, представља главну претпоставку одвијања правног промета, јер се једино на тај начин може остварити промет добара, како за живота тако и за случај смрти.

Да би изјава воље неког лица била правно релевантна, неопходно је да има одређена квалитативна својства, превасходно, да буде слободна, стварна и озбиљна и упућена на нешто што је могуће остварити (Živojinović, 2003, str. 25, 26). Предуслов пуноважног манифестовања воље је и постојање намере (*animusa*) странака, која је усмерена на изазивање одређених правних последица које закон вежује за такву правну радњу. У складу са правном природом *mortis causa* правних послова, захтева се постојање *animus testandi* завештаоца, тј. његове намере да завештаје које је сачинио произведе одређене наследноправне ефекте, као и друге грађанскоправне учинке, у границама објективног права. У уговорном праву, за пуноважан настапак уговора неопходно је постојање намере уговорних страна да закључе уговор (*animus contrahendi*).

Док уговор као двострани правни посао настаје сагласношћу двеју воља, што условљава и сложенија правила уговорног права у погледу његовог пуноважног настанка (понуда, прихват понуде и др.), завештање карактерише и *једностраност* последње завештаоачеве воље. Једностраност представља једну од кључних карактеристика класичног завештања, те било какав утицај на вољу завештаоца од стране трећих лица доводи до његове неважности. Ово својство завештања посебно је изражено у домаћем наследном праву као његова важна одлика, те завештајно располагање искључује везивање последње воље једног лица за наредбу последње воље другог лица, што се конкретно огледа у забрани сачињавања заједничког тестаментa (Антић & Балиновац, 1996, стр. 306).

Будући да уговор настаје сагласношћу воља уговорних страна, за измене и раскид уговора потребна је сагласност сауговорача (осим у законом предвиђеним случајевима), док је могућност једностране измене и опозива завештања његова кључна карактеристика као једностраног, доброчиног правног посла *mortis causa*.⁵

Осим што је завештање једнострано правно посао (настаје и производи дејства само изјавом једне воље), он је и лични акт, што значи да не постоји могућност законског заступања, за разлику од уговорног располагања (Leipold, 2002, p. 94; Крећ & Рајић, 1964, str. 185). Чињеница да се завештајна неспособност не може надоместити заступањем, као у случају недостатка пословне способности, значајна је са аспекта одређивања доње старосне границе завештајно способних лица. Ова граница је у односу на пословну способност ниже

⁵ Специфичност наслеђивања, као деривативног начина стицања својине, огледа се и у томе што тестаментарни наследник као универзални сукцесор стиче право својине у моменту делације, по сили закона, без посебног модуса, односно начина стицања који је својствен стицању *inter vivos* (Рајајић, 1958, стр. 30).

постављена, па се у нашем праву завештајна способност стиче са 15 године (чл. 79 ЗН).

Прописивање ниже старосне границе завештајне способности од пословне има за циљ да омогући што ширем кругу лица да завештајно располажу (Ђурђић-Милошевић, 2018, стр. 90). Имајући у виду да је реч о једностраном, добротном правном послу за случај смрти, он носи мањи ризик у односу на располагања за живота и захтева мањи степен опрезности, знања и животног искуства у односу на правне послове за живота. Такође, интереси завештаоца заштићени су могућношћу ослобађања од учињених завештајних располагања простим опозивом завештања, у било које доба, што говори у прилог признавања потпуне завештајне способности малолетним лицима. Отуда је завештајна слобода у овом сегменту, начелно, шире постављена од уговорне слободе.

Различита правна природа и кауза тестамената, на једној страни, и уговора, на другој, одређују и остале тачке разграничења тестаментарне и уговорне слободе. Док уговорно право карактерише принцип консензуализма, тестаментарно право темељи се на начелу формализма (Стојановић, 2004, стр. 332, Perović, 1980, стр. 182). Строго формални карактер завештања произлази из његове правне природе као једностраног, личног и опозивог правног посла, те има вишеструку друштвену и правну сврху – упозоравајућу, заштитну и доказну функцију (Perović, 1964, стр. 42–44). Са друге стране, у уговорном праву стране су слободне да своју вољу испоље на било који дозвољен начин, при чему су само изузетно дужне да се потчине императивним захтевима унапред предвиђене форме. Зато се, као последица консензуализма, у тумачењу спорних одредаба уговора користи нормативни метод тумачења којим се истражује заједничка намера уговорника која се утврђује према објективном критеријуму („шта се под изјавом морало разумети”), уз поштовање начела облигационог права (начела савесности и поштења, поступања у складу са добрим обичајима, поштовање ограничења слободе уговарања) (Радишић, 2000, стр. 121). С друге стране, код тумачења тестамената предност се даје субјективном методу тумачења и утврђивању правне намере завештаоца (чл. 135 ЗН).

Када је реч о садржини ових правних послова, тестватор је слободан да одреди као садржину тестамената све оно што може бити садржина једностраних правних послова за живота. Међутим, када је реч о располагањима која производе наследноправно дејство, тестватор може одредити као садржину завештања једино оно што је законом допуштено. Уколико се одредба у завештању не може подвести ни под једну законом предвиђену врсту тестаментарних одредаба које производе наследноправно дејство, таква одредба биће ништава, нпр. одредба којом се одређује наследник наследнику (Gavella &

Belaj, 2008, str. 151). Дакле, док се завештањем може одредити само оно што је законом допуштено, уговором се може предвидети све оно што није недопуштено у границама јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја (Gavella & Belaj, 2008, str. 151, 152). У том смислу, тестаментарна слобода је ужег домашаја од слободе уговарања, што је последица њеног дејства *erga omnes*. Међутим, како садржину тестаamenta могу чинити и одредбе неимовинског карактера, осим оних имовинске природе, у том домену слобода тестирања је шира од слободе уговарања.

Неопозивост као тачка разграничења између уговора и тестаamenta

У уској вези са једностраним карактером тестаamenta је његова опозивост. Изјављена последња воља не везује тестатора. Он може до момента смрти опозвати сачињено завештање, чиме се потврђује гаранција слободе тестирања у оквирима јавног поретка, док је за раскид уговора, као и за његов пуноважни настанак, неопходна сагласност воља уговорних страна.

Док је опозивост главно својство тестаamenta и претпоставка слободе тестаментарног располагања, неопозивост је обележје класичног облигационог уговора, које долази до изражаја и код појединих уговора од значаја за наследно право (као што је нпр. уговор о наслеђивању), опредељујући утицај уговорне слободе на слободу тестирања у домену наследног права.

Специфичност уговора о наслеђивању огледа се превасходно у његовој двострукој правној природи. Он је истовремено и посао *mortis causa* и уговор. Како уговорно именоване наследника везује уговорног оставиоца, он не може накнадно чинити друга располагања за случај смрти, јер је везан уговорном изјавом воље. У том смислу, и накнадно сачињено завештање било би неважеће уколико би садржински противречило уговору о наслеђивању.

Управо због тога што уговорни оставилац остаје везан за своју последњу вољу и у том смислу учињено располагање за случај смрти због уговорне природе не може бити једнострано раскинуто (осим изузетно, у законом предвиђеним случајевима), увођење наследноправних уговора у сферу наследног права јавља се као спорно. На тај начин се, како противници уговорног наслеђивања сматрају, слобода тестирања неоправдано ограничава, те се не може у потпуности спровести, јер било какво споразумно уређење наследноправних последица смрти доводи у питање слободну реализацију последње воље оставиоца (Влагојевић, 1983, str. 303).

Чини се да је суштина проблема у томе што се слобода тестирања у правној теорији поистовећује са слободом располагања *mortis causa*, те се опозивост располагања за случај смрти види као његова главна одлика, па се у том правцу критички посматра уговор о на-

слеђивању, који је начелно неопозив правни посао (Živojinović & Đurđić, 2015, str. 75, 76).

О УТИЦАЈУ НАСЛЕДНОПРАВНИХ УГОВОРА НА СЛОБОДУ ТЕСТИРАЊА

Савремено наследно право карактерише тренд контрактуализације наследног права, тј. уговорно уређење наследноправних односа, који подразумева све већу заступљеност различитих видова уговорног располагања имовином са посредним или непосредним наследноправним дејствима (Živojinović & Đurđić, 2015, str. 71). Уговор о наслеђивању и други инструменти планирања наслеђивања, као вид вољног уређења наследноправних последица смрти, карактеристични су првенствено за земље германске правне традиције. Забрана наследноправних уговора својствена је земљама романске правне традиције и произлази из прокламоване забране уговорног располагања будућим наследством, иако су изузеци од ове забране све присутнији, што потврђују и различити модалитети уговорног располагања у домену наслеђивања (Станковић, 2015).

Када је реч о нашем праву, позитивно законодавство забрањује уговорно располагање заоставшином, мада су у *Нацрту грађанског законика Републике Србије* предвиђена одступања у том правцу, јер се прописује изузетак од прокламоване забране увођењем уговора о наслеђивању између супружника као допуштеног инструмента имовинског располагања за случај смрти *de lege ferenda* (*Грађански законик Републике Србије* – радни текст, 2015, чл. 2777).

Као што је већ напоменуто, као основни проблем поводом увођења уговорног наслеђивања, али и других видова *mortis causa* располагања са посредним наследноправним дејством, истиче се ограничавајуће дејство на слободу тестирања. Наиме, везаност уговорног оставиоца за учињено уговорно располагање за случај смрти има за последицу ограничавање слобода тестирања у погледу уговором обухваћене имовине (Ђурђевић, 2009, стр. 197–199). Дакле, оставилац не би могао располагати правним пословима *mortis causa* имовином која је уговором обухваћена, већ само оном која није предмет располагања тог уговора о наслеђивању.

С друге стране, оно што се наводи као аргумент против овог уговора – истовремено представља аргумент који се истиче њему у прилог. Као што је напоменуто, уговорно располагање везује оставиоца и управо у везујућем дејству види се правна сврха уговорног располагања заоставштином, јер се жели заштитити уговорни наследник у већој мери у односу на завештајног наследника, и то кроз забрану било каквог располагања за случај смрти од стране уговорног завештаоца, чиме би се осујетио наследноправни интерес уговорног

наследника. Осим тога, уговор о наслеђивању неопходно је посматрати као манифестацију слободе уговорања, јер је у домену реализације приватноправне аутономије сваког појединца да одлучи да ли ће се везати уговорним располагањем за случај смрти и на тај начин својевољно ограничити своју слободу тестирања (Ђурђић Милошевић, 2018, стр. 366).

Иако се уговор о наслеђивању у правној теорији превасходно посматра као ограничавајући фактор слободе тестирања из горепоменутих разлога, његово негативно, тј. ограничавајуће, дејство на слободу тестирања ипак није апсолутно, ако се има у виду да оставилац може завештајно располагати имовином која није обухваћена овим уговором. Осим тога, као израз начела слободе уговорања, у правима која ту могућност предвиђају, уговорне стране могу задржати право на једностранни раскид уговора у уговором дефинисаним случајевима. Коначно, у појединим правима у циљу заштите слободе тестирања ограничена је слобода уговорног располагања на $\frac{3}{4}$ заоставштине, при чему $\frac{1}{4}$ мора остати слободна за завештајно располагање (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Fassung von 2018, (ABGB) §1253).

Осим уговора о наслеђивању, као типичног представника наследноправних уговора, постоје и други правни послови који су од значаја за установу наслеђивања (позитивни и негативни уговори о будућем наследству).⁶ Иако се за позитивне уговоре о будућем наследству не може рећи да су општеприхваћени у савременим грађанским кодификацијама, уговори о одрицању од будућег наследства све више трасирају свој пут као замене класичних инструмената планирања наслеђивања (завештања) (Ђурђић Милошевић, 2018, стр. 383–386). Правна сврха ових уговора је да се још за живота уреде имовинскоправни односи између будућих наследника и унесе извесност у наследноправне односе. Овом формом имовинског располагања доприноси широј аутономији воље за случај смрти, првенствено кроз дерогирање правила нужног наслеђивања (Ђурђић Милошевић, 2018, стр. 390), тако да се овај уговор разликује од уговора о наслеђивању по свом амфирмативном дејству на слободу тестирања.

⁶ Позитивни уговори о будућем наследству или легату су уговори којима неко лице располаже наследством или легатом, односно другом користи којој се нада. Негативни уговор о будућем наследству представља вид одрицања од будућих наследноправних овлашћења, дакле, уговор којим се неко одриче наследства које није отворено (Ђурђић Милошевић, 2018, стр. 382, 383).

ЗАКЉУЧАК

Из ове анализе произлази да је, када се говори о дејству слободе уговарања на слободу тестирања у домену наследног права, неопходно поћи од врсте уговора која у питању, с обзиром на то да различити наследноправни уговори имају различито дејство на слободу тестирања. Разнолика правна дејства наследноправних уговора у упоредном праву на слободу завештајног располагања показују да ограничавајуће дејство слободе уговарања на слободу тестирања не мора бити апсолутно, тако да у одређеним случајевима не само да није ограничавајуће већ је и афирмативно, као што је случај са уговором о одрицању од будућег наследства.

Оно што је извесно јесте да се слобода тестирања и слобода уговарања морају посматрати као еманација истог принципа – принципа аутономије воље. Њихово дејство није нужно супротстављено, већ може бити и комплементарно. Отуда, уговорно располагање имовином у домену наслеђивања треба схватити као вољно уређење наследноправних последица смрти, које осим завештања, употпуњава палету инструмената планирања наслеђивања. У том смислу, парадигму о тестаментарном располагању као једином виду располагања имовином за случај смрти треба напустити и променити догматски приступ приватноправној аутономији за случај смрти, која се не сме поистовећивати са тестаментарном слободом, већ се мора посматрати много шире (и као манифестација уговорног располагања *mor-tis causa*).

У таквом комплементарном односу уговорне и тестаментарне слободе, и поједини наследноправни уговори добили би једну нову димензију као нови инструменти планирања наслеђивања, којима би се афирмисала, пре свега, приватноправна аутономија у домену наслеђивања. У том смислу, треба узети у обзир предност уговора о наслеђивању и других наследноправних уговора као инструмената имовинског располагања у домену наследног права, која се огледа у томе што се још за живота омогућава уређење наследноправних последица смрти (посредно или непосредно). На тај начин се доприноси флексибилности располагања заоставштином за случај смрти и његовом прилагођавању конкретним околностима и потребама – како будућег оставиоца тако и будућих наследника.

ЛИТЕРАТУРА

- Antić, O. (1997). Tumačenje zaveštanja [Interpretation of Testament], *Pravni život*, 12, 75–87.
- Antić, O. (1983). *Sloboda zaveštanja i nužni deo – doktorska disertacija* [Freedom of Testation and Forced Shares – PhD thesis], Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

- Антић, О. & Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању* [Commentary on the Law of Succession], Београд: Номос-Београд.
- Антић, О. (2009). *Наследно право* [Inheritance Law], Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Аврамовић, С. (1981). *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu – doktorska disertacija* [Evolution of Freedom of Testation in Ancient Greek Law–Phd thesis], Београд: Broširano.
- Влагојевић, В. (1983). *Nasledno pravo u Jugoslaviji* [Inheritance Law in Yugoslavia], Београд: Savremena administracija.
- Врох, Н. (2004). *Erbrecht*. Köln-Berlin-München: Carl Heymanns Verlag.
- Врох, Н. (2004). *Grundprinzipie, Erbrecht*. Köln-Berlin-München: Carl Heymanns Verlag.
- Deeg, P. (2003). *Typenzwang-Testierfreiheit und Typenzwang, Diseertation*. Passau: Der Juristischen Fakultät der Universität Passau.
- Грађански законик Аустрије [Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Fassung von 2018], (<https://www.jusline.at/gesetz/abgb>).
- Грађански законик Републике Србије (радни текст) [Civil Code of Republic of Serbia], Комисија за израду Грађанског законика Владе РС, Београд, мај 2015; доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.
- Ђурђевић, Д. (2009). Увођење уговора о наслеђивању у српско право [Introduction of Inheritance Agreement in Serbian law], *Анали*, 2, 186–212.
- Ђурђевић, М. (2011). Уговор о поклону за случај смрти [Gift in Case of Death], *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1, 241–256.
- Ђурђевић, Д. (2017). Институције наследног права [Institutes of Inheritance Law], Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Ђурђић Милошевић, Т. (2018). *Ограничење слободе завештајних располагања – докторска дисертација* [Limits of Freedom of Testamentary Dispositions], Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Retrieved from <https://fedorakg.kg.ac.rs/fedora/get/o:1043/bdef:Content/get>.
- Gavella, N. & Belaj, V. (2008) *Nasledno pravo* [Inheritance Law], Zagreb: Narodne novine.
- Ковачевић Куштримовић, Р. (2008) *Увод у грађанско право* [Introduction into Civil Law], Ниш: Пунта.
- Крећ, М. & Рајић, (1964) *Komentar Zakona o nasljeđivanju: (sa sudskom praksom)* [Commentary of Law of Succession with case law], Zagreb: Narodne novine.
- Kroppenberg, I. (2008). *Privatautonomie von Todes wegen: Verfassungs-und zivilrecht Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden* [Jus Privatum], Tübingen: Mohr Siebeck.
- Leipold, D. (2002). *Erbrecht*. Tübingen.
- Leipold, D. (2002). *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*. Tübingen.
- Перић, Ж. М. (1923). *Специјални део Грађанског права, Наследно право* [Special Part of Civil law-Inheritance Law], Београд.
- Перовић, С. (1995). *Коментар Закона о облигационим односима I књига* [Comments on Law of Obligation, I book], Београд: Савремена администрација.
- Perović, S. (1980). *Obligaciono pravo* [Law of Obligation], Beograd: Privredna štampa.
- Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu* [Formal Contracts in Civil Law], Beograd: Naučna knjiga.
- Повеља о основним правима у Европској унији [Charter of Fundamental Rights of the European Union], (2007/С 303/01).
- Радишић, Ј. (2000), *Облигационо право – општи део* [Law of Obligation – the general part], Београд: Номос.

- Rajačić, Č. (1958). *Teorija nasleđivanja kao pravne ustanove – doktorska disertacija* [*Theory of Inheritance as a Legal Institution – PhD thesis*], Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
- Станковић, М. (2015). *Наследноправни уговори између супружника (докторска дисертација)* [*Inheritance Agreements Between Spouses – Phd thesis*], Београд: Правни факултет у Београду, Retrieved from <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:10166/bdef:Content/get>.
- Стојановић, Н. (2004). *Увод у грађанско право* [*Introduction into Civil Law*], Београд: Народна књига.
- Водинелић, В. (2012). *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права* [*Introduction into Civil Law and General Civil Law*], св. 1. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- Устав републике Србије [Constitution of Republic of Serbia], Службени гласник РС, бр. 98 (2006).
- Živojinović, D. & Đurđić, T. (2015). Inheritance Contract and its Substitutes in European and Serbian Law, *Revija za Evropsko pravo*, 2-3, 69–86.
- Živojinović, D. (2003). *Nevažnost zaveštanja – doktorska disertacija* [*Invalidity of Testament- Phd thesis*], Kragujevac.
- Zankl, W. (2008) *Erbrecht*, Wien: Facultas.
- Закон о наслеђивању Републике Србије [Law of Inheritance of Republic of Serbia], Службени гласник РС, бр. 46 (1995), 101 (2003) – одлука УСРС и 6 (2015).

THE RELATION BETWEEN FREEDOM OF TESTATION AND CONTRACTUAL FREEDOM FROM THE INHERITANCE LAW PERSPECTIVE

Tamara Đurđić-Milošević

University of Kragujevac, Faculty of Law, Serbia

Summary

Freedom of testation and contractual freedom, the subjects of this paper, are observed as manifestation of private autonomy, which basis is the right of ownership, with a remark that both freedoms kept their independency during their different historical evolution.

The relation between a contractual and testamentary freedom is considered firstly through the points of their overlapping and differentiation. Their different legal nature and ground (*causa*), that further determine different legal effects, interpretative rules, and finally, different legal scope, are considered through a comparative perspective.

Specific attention was drawn to the way of making contracts and testaments, where the contract considers compliance of two wills, while the testament is the manifestation of just one. That is a crucial point of distinction between these two freedoms that implies that any binding effect of last will and its conditioning by some other will is forbidden. This feature implies the revocability of testamentary disposition, as a prerequisite of testamentary freedom realization, while in contract law irrevocability of contractual disposition is the rule.

When the irrevocability of the contractual disposition is considered through the point of view of inheritance law, the conclusion that prevails in legal doctrine is that it is contradictory to revocability as a main principle of testamentary law, and *mortis causa*

disposition, in general sense. This approach is the consequence of the absolutisation of the freedom of testation and their identification with private autonomy mortis causa, and therefore inheritance contractual disposition is forbidden in some societies.

In this paper, the author tries to find arguments that justify the need for changing the paradigm of absolute testamentary freedom and in favor of the introduction of contractual arrangement of inheritance relations. In that sense, it is pointed out that the relation between freedom of testation and contractual freedom must not be contradictory, but complementary, and that the mixed nature of inheritance agreements that incorporate elements of obligatory nature as well as hereditary, as a new instruments of estate planning, just prove the approximation of these freedoms.