

Časopis za poslovnu teoriju i praksu
Rad primljen: 29.04.2022.
Rad odobren: 02.06.2022.

UDK 347.64/.68:340.142
DOI 10.7251/POS2228305R
COBISS.RS-ID 136428289
Pregledni rad

Raković Đorđe, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, Banja Luka, Bosna i Hercegovina,
djordjerakovicdr@gmail.com
Mandić Sara, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, Bosna i Hercegovina

OGRANIČENJE SLOBODE TESTIRANJA

Rezime: *U radu autori daju prikaz istorijskog razvoja, ali i analiziraju pozitivno-pravna rješenja domaćeg zakonodavca posvećena testamentu i ograničavanju slobode testiranja. Autori u fokus stavljaju značaj i ulogu ograničenja slobode testiranja u nasljednom pravu, istovremeno ukazujući na njegovu važnost u samoj regulaciji porodičnih odnosa. Autori objašnjavaju ustanovu nužnog nasljednog dijela, koji ograničava slobodu raspolaganja imovinom mortis causa u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, zemalja evropsko-kontinentalne pravne tradicije. Putem poređenja sa rješenjima zakonodavaca anglo-američke pravne tradicije, autori ukazuju da apsolutna sloboda testiranja, kao takva, ne postoji ni u jednom pravnom sistemu. Autori, prikazujući rješenja prisutna u pravu Sjedinjenih Američkih Država, objašnjavaju načine prevazilaženja strogog formalizma koji može dovesti do neuvažavanja posljednje volje testatora. Sloboda testiranja može biti proširena isključenjem ili lišavanjem dijela na koji nasljednici u skladu sa imperativnim propisima imaju pravo samo ako za to postoji zakonom predviđen razlog. Cilj rada je da ukaže da zakonodavci evropsko-kontinentalne i englo-američke pravne tradicije na različite načine ograničavaju slobodu testiranja, ali da su oba motivisana postizanjem ravnoteže između porodične solidarnosti i poštovanja posljednje volje testatora.*

Gljučne riječi: *testament, sloboda testiranja, nužni nasljednici*

JEL klasifikacija: *K12*

UVOD

Sloboda testiranja predstavlja najveću širinu koja je ikada data volji, odnosno hiru pojedinca (Morton 1894, 198). Načelo dispozitivnosti, kao opšte načelo građanskog prava, na području uređenja nasljeđivanja dolazi do izražaja u mogućnosti da svako sa svim što mu pripada slobodno raspoláže za slučaj svoje smrti (Pichler 2019, 68). Naravno, ovo načelo nije apsolutne prirode. Postoje osobe koje su sa testatorom u tako bliskim porodičnim odnosima da današnjem pravnom shvatanju ne bi odgovaralo kada bi ih testator mogao potpuno naslijediti, a da za to nema opravdan razlog.

Jedan od temeljnih postulata nasljednog prava sadržan je u davanju mogućnosti ostavitelju (testator, oporučitelj, *de cuius*) da u pogledu uređivanja imovinskih odnosa na dobrima u njegovom vlasništvu, izrazi svoju volju. Pored ostalog, predmetna volja ispoljava se kroz jednostani pravni posao-testament, koji ima *mortis causa* dejstvo (Hašić et al. 2019, 113). Testamentarno nasljeđivanje predstavlja korekciju zakonskog nasljeđivanja koje će se primijeniti u slučaju da testament nije uopšte sačinjen ili ako njime nije obuhvaćena cjelokupna imovina testatora. Testament kao oblik slobode raspoređivanja imovine za slučaj smrti u najvećoj mjeri uvažava volju

testatora ukoliko je sam testator uvažio prava nužnih nasljednika. Pojedinaac svojom posljednjom izjavom volje može slobodno odrediti koje lice ili koja lica će ga naslijediti, jer ipak on najbolje poznaje prilike u svom socijalnom okruženju i porodici te samo nasljeđivanje usmjerava na potrebe koje ga nadživljavaju.

Postavlja se pitanje da li pojedinac treba da ima pravo da apsolutno slobodno raspoláže svojom imovinom *mortis causa*. Drugim riječima, da li druga lica treba da imaju pravo da ospore ono što je napisano u samom testamentu, pod uslovom da je isti punovažan?

Na prvi pogled, vjerovatno bi odgovor na ova pitanja glasio da svako ima pravo činiti šta mu je volja sa sopstvenom imovinom. Sa druge strane, potrebno je uzeti u obzir moralnu obavezu da se osiguraju lica koja su sa testatorom u najbližoj biološkoj i socijalnoj vezi, pogovoto što ova moralna obaveza može postati javna briga ukoliko uzdržavani članovi porodice, nakon testatorove smrti, postanu zavisni od pomoći države.

Prema Džonu Loku, pravo na nasljeđivanje je prirodno pravo čovjeka i treba da bude prepoznato kao takvo (Golling-Sledge 2019, 143). Ostvarivanje ovog imanentnog čovjekovog prava omogućava ustanova nužnog dijela, koja jamči najbližim članovima porodice testatora dio njegove zaostavštine.

Sloboda testiranja je institut koji se tiče individualnog prava testatora da raspoláže sopstvenom imovinom. Pitanje slobode testiranja i njenog limitiranja u formi dijela imovine koji mora pripasti najbližim članovima porodice je pitanje koje su zakonodavstva kroz istoriju različito uređivala.

Nužni dio, međutim, ne treba posmatrati isključivo i samo kao ograničenje raspolaganja testamentom, već i kao pravo nužnih nasljednika. Tako shvaćen pojam nužnog dijela se može definisati kao zakonom određena vrijednost iz zaostavštine, koju će nakon ostaviočeve smrti dobiti najbliži pripadnici njegove porodice, uprkos drugačijoj zavještaočevoj namjeri koja je izražena kroz njegov testament i dobročina raspolaganja učinjena za života (Đurđević 2015, 208).

Kroz istoriju se vodila rasprava o tome da li treba omogućiti apsolutnu slobodu testiranja ili država treba imperativnim normama da osigura dio imovine testatora njemu najbližim licima.

Način na koji su rimski pravници nastojali uravnotežiti slobodu testiranja i porodičnu solidarnost je bio temelj za oblikovanje pravne tradicije kontinentalne Evrope te su se u tom cilju razvili različiti koncepti, među kojima je i ustanova nužnog nasljednog dijela.

Sa druge strane, zemlje anglosaksonske pravne tradicije imaju drugačiji pogled na slobodu raspolaganja testamentom koja je kroz istoriju bila gotovo neograničena.

1. ISTORIJSKI RAZVOJ TESTAMENTA I SLOBODE TESTIRANJA

Testament predstavlja institut koji ima svoje korijene u rimskom pravu, konkretno u Zakonu XII tablica, gdje se pojavljuje u obliku koji i danas poznajemo, odnosno kao jednostrana, lična, uvijek opoziva posljednja izjava volje testamentalno sposobnog lica, kojom raspoređuje svoju zaostavštinu za slučaj smrti, u zakonom propisanoj formi (Stefanović i Počuča 2019, 518). Testamentom je zavještalac ostvarivao kontrolu nad onima koji bi mogli imati koristi od njegove smrti, a takva kontrola je mogla biti pasivna i aktivna. Pasivna kontrola je obezbijedena tajnošću dokumenta koji može osigurati dobro ponašanje potencijalnih nasljednika, ali aktivno, zavještalac je uvijek bio slobodan da ide dalje, da obećava ili prijeti (Champlin 1989, 210).

Zakonik XII tablica je omogućivao apsolutnu slobodu testiranja koja je mogla dovesti do zloupotrebe te je to kasnije uzrokovalo uvođenje nužnog nasljednog prava.

U vrijeme donošenja Zakona XII tablica postojala su dva načina kako se mogao sastaviti testament. *Testamentum calatis comitiis* se sačinjavao pred kurijatskom skupštinom koja se održavala dva puta godišnje, gdje bi ostavilac izjavljivao na koga želi da prenese imovinu. Drugi oblik testamenta u starom rimskom pravu se odnosio na vojnike kojima je bio namijenjen – *testamentum in procinctu* (Počuča i Stefanović 2019, 522).

Rimski pravници su ograničili apsolutnu slobodu testiranja koja je postavljena Zakonikom XII tablica koristeći se rimskim narodnim shvatanjima. Testator je mogao iznaslijediti bilo kojeg od svojih srodnika pri čemu nije bio obavezan da navede razloge za takvo svoje postupanje. Sin je morao biti iznaslijeđen pojedinačno navođenjem njegovog imena ili svojstva, dok je za ostale važila uopštena formulacija (Doods 1992, 916). Ovim je stvoreno formalno nužno nasljedno pravo, jer je određena forma u obliku traženih izjava bila nužna za valjanost iznaslijeđivanja ili imenovanje nasljednika (Vidaković 2019, 208). Ako testamentom nije bio imenovan nasljednikom sin u vlasti ili ako nije bio poimenično iznaslijeđen, testament je u potpunosti bio nevaljan i dolazilo bi do intestatnog naslijeđivanja.

U klasičnom periodu, pretorski testament je bio autonomna forma testamenta nasuprot onom sastavljenom prema pravilima *ius civile*, odnosno testamentu *per aes et libram*. Za punovažnost pretorskog testamenta nije potrebno ispunjenje forme testamenta *per aes et libram* te uglavnom oni koji su sačinjavali ovaj testament nisu ni imali namjeru da on važi po *ius civile*. Pretorsko pravo zahtijeva da testament bude sačinjen u pisanoj formi i da bude ovjeren pečatima sedam svjedoka (Aličić 2007, 356).

Pretorskom djelatnošću su proširena načela nužnog nasljednog prava na sve koji su spadali u prvi nasljedni red po pretorskom pravu, odnosno na *libere*. Prema pretorskom pravu, svi muški *liberi* morali su biti iznaslijeđeni poimenično, čime se formalnost iznaslijeđivanja proširila na unuka i druge koji ulaze u *libere*. Staro civilno parvo, kao i pretorsko parvo, nisu uspjeli ograničiti na pravi način zloupotrebu apsolutne slobode testiranja, što proizilazi iz činjenice da je testator mogao bezrazložno iznaslijediti *sui heredes i libere* (Vidaković 2019, 209).

Materijalno nužno nasljedno pravo se razvilo u praksi centuvirskog suda. Ono predstavlja skup pravnih pravila kojima se određuje krug osoba kojima je testator dužan ostaviti određeni dio svoje imovine (*legitima portio*). Nužni nasljednici moraju dobiti od testatora određeni dio koji se naziva nužni dio, a to je dio onog dijela koji bi nužni nasljednici dobili kao zakonski nasljednici da nema testamenta. Ascendenti, descendenti, braća, sestre te polubraća i polusestre (ako je za nasljednika bila imenovana nedostojna osoba) su spadali u krug nužnih nasljednika. Ukoliko ova lica bez opravdanog razloga ne bi dobila ni četvrtinu zakonskog dijela, mogla su koristiti pravno sredstvo - *querella inofficiosi testamenti* i tražiti pobijanje testamenta. Ova tužba se mogla koristiti samo protiv nasljednika imenovanih testamentom i mogla se koristiti ako nema nijednog drugog pravnog sredstva kojim bi nužni nasljednik mogao ostvariti svoje pravo. Centuvirski sud je po slobodnoj ocjeni odlučivao o opravdanosti iznaslijeđivanja, a teret dokaza bio je na nužnom nasljedniku koji je morao dokazati da je riječ o neopravdanom iznaslijeđivanju.

Justinijanovom Novelom 115 taksativno su nabrojani motivi za isključenje i ovakav sistem iznaslijeđivanja zahtijevao je da se jedan od razloga predviđenih Novelom izričito navede u testamentu. Ovom Novelom dolazi do spajanja načela formalnog i materijalnog nužnog prava koje rezultira zahtjevom da nužni nasljednici moraju u testamentu biti imenovani nasljednicima (Vidaković 2019, 211). Nužni nasljednik je mogao koristiti dva pravna sredstva. U slučaju da mu je testator ostavio makar nešto, on može koristiti *actio ad supplendam legitimam* i tražiti dopunu do visine nužnog dijela. Nužni nasljednik koji je apsolutno isključen iz naslijeđivanja je mogao koristiti *querella inofficiosi testamenti* (Gagliardi 2015, 2). Nužnim nasljednicima smatrani su samo descendenti i ascendenti, samo ako nije bilo potomaka.

U rimskom pravu testament je drastično modifikovan u skladu sa shvatanjima o pravu određenog istorijskog perioda. Tokom perioda razvoja, došlo se do zaključka da određeni dio imovine pokojnika treba biti rezervisan za njegovu porodicu. Ovaj *legitim* je varirao od jedne četvrtine od jedne polovine imanja nakon plaćanja dugova (Radin 1925, 226).

Prema starijoj doktrini, Rimljani su imali strah od umiranja bez testamenta. Ovaj argument je pravdan time da se osoba koja umre bez testamenta naziva *intestatus*, a negativna forma ove riječi implicira izuzetak. Takođe, navodi se izjava Katora Starijeg da najviše u životu žali što je jedan

dan živio bez testamenta (Crook 1973, 38). Sa druge strane, savremeniji autori kontriraju izneseno stanovište, navodeći da je sačinjavaje testamenta bilo izuzetak, a ne pravilo (Stern 2000, 413). Činjenica je da su mnoga rješenja zakonodavaca evropko-kontinentalnog pravnog sistema zasnovana na rimskom pravu, ali vremenom su se zakonodavci udaljili od rimskog šablona i stvorili propise koji odražavaju njihove nacionalne običaje i potrebe (Začucki 2018, 2322).

2. USLOVI ZA PUNOVAŽNOST TESTAMENTA

Kada se posmatra kroz objektiv svojine, moć testamenta se vidi kao prirodno proširivanje prava na raspolaganje imovinom *inter vivos* (Croucher 2012, 11).

Zavještalc mora ispuniti odgovarajuće uslove normirane od strane zakonodavca da bi testament, a samim tim i raspoređivanje njegove imovine *mortis causa*, proizveli pravno dejstvo nakon njegove smrti. Zakonodavstvo Republike Srpske (u daljem tekstu: zakonodavstvo RS) i zakonodavstvo Federacije Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: zakonodavstvo FBiH) na identičan način regulišu ove uslove.

Aktivna testamentarna sposobnost je sposobnost zavještaoca da sačini punovažan testament ili da ga punovažno opozove i ona predstavlja poseban vid poslovne sposobnosti (Đurđević 2015, 122). Zakonodavac RS u čl. 64. Zakona o nasljeđivanju Republike Srpske (Zakon o nasljeđivanju Republike Srpske-ZON RS, „Službeni glasnik Republike Srpske”, br. 1/2009, 55/2009 - ispravka i 91/2016 28/2019 - odluka Ustavnog suda i 82/2019) i zakonodavac FBiH u čl. 62. Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine (Zakon o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine - ZON FBiH, „Službene novine FBiH”, br. 80/ 2014 i 32/2019 - odluka Ustavnog suda) navode da testament može sačiniti svako lice sposobno za rasuđivanje koje je navršilo 15 godina života. Institut aktivne testamentarne sposobnosti je izuzetno značajan iz razloga što omogućava da testament sastavi isključivo ono lice koje posjeduje pravno relevantnu volju.

Suština formalističkog pojma testamentarne sposobnost je u tome da naglasi da se pod testamentarnom sposobnošću podrazumijeva sposobnost za samostalno, lično sačinjavanje testamenta kao formalno-pravnog akta. Ovako shvaćen pojam testamentarne sposobnosti svoje korijene pronalazi u rimskom klasičnom pravu koje nije poznavalo ustanovu zastupništva i kada se testament morao sastavljati uz izgovaranje određene formule (Marković 1974, 160).

Zavještalc nije bio sposoban za rasuđivanje ako u tom trenutku nije bio u stanju shvatiti značenje svojeg očitovanja i njegove posljedice ili nije bio u stanju vladati svojom voljom toliko da postupa u skladu s tim znanjem (Krišto Mađura i Melada i Drmić 2016, 158).

Kada se govori o odnosu između poslovne i testamentarne sposobnosti potrebno je reći da su u literaturi prisutna različita stanovišta.

U najvećem broju država testamentarna sposobnost se poklapa sa poslovnom sposobnošću, odnosno pravom da se samostalno raspolaze poslovima *inter vivos* iz razloga što kod testamenta nije moguće primijeniti ustanovu zastupništva. Ovakav koncept je prisutan u engleskom, izraelskom, pravu država Sjedinjenih Američkih Država i sl. (Marković 1974, 166).

Drugo stanovište nastoji da uspostavi ravnotežu između zahtjeva za očuvanjem načela o testamentu kao strogo ličnom poslu i potrebe da se omogući testiranje i licima koja ne mogu samostalno raspolagati imovinom *inter vivos*, odnosno maloljetnicima. Iz tog razloga, maloljetnicima određena zakonodavstva daju mogućnost da raspolazu samo određenim dijelom svoje imovine, najčešće polovinom. Ovakvu ograničenu testamentarnu sposobnost je uveo francuski *Code civil*. Sa druge strane, postoje i zakonodavstva koja maloljetnicima dopuštaju da sačinjavaju samo javne forme testamenata i takvo rješenje je prisutno u Mađarskom građanskom zakoniku (Marković 1974, 168). Naše zakonodavstvo prihvata treće stanovište koje smatra testamentarnu sposobnost širom od poslovne, odnosno predviđa nižu starosnu granicu za sticanje testamentarne u odnosu na poslovnu sposobnost. Određivanje starosne granice omogućava ostvarivanje zaštitne funkcije. Naime, mladi ljudi ne raspolazu adekvatnim znanjem i iskustvom te bi te okolnosti mogle biti zloupotrebijene

ukoliko bi im se omogućavalo sklapanje poslova *inter vivos* prije nego što dostignu određeni uzrast. Ovakva opasnost ne postoji u slučaju pravnih poslova *mortis causa*, jer je njihovo sklapanje motivisano upravo zato što čovjek umire. Iz navedenih razloga, za sastavljanje testamenta je predviđen uzrast od 15 godina, a ne punoljetsvo kao u slučaju sticanja pune poslovne sposobnosti. Takođe, kod testamenta je isključena mogućnost zastupanja te bi postavljanje previsoke starosne granice dovelo do ugrožavanja ustavom zagaranovanog prava nasljeđivanja.

Lice koje je potpuno lišeno poslovne sposobnosti ne može da sačini punovažan testament. Ovaj pravni posao neće biti punovažan ni kada se u vrijeme sastavljanja testamenta zavještalc, inače lišen poslovne sposobnosti, nalazi u stanju privremene sposobnosti za rasuđivanje (Đurđević 2015, 122). Drugačije stanovište zastupaju autori koji smatraju da će testament sastavljen u vrijeme svijetlih trenutaka biti punovažan, s tim da će teret dokazivanja punovažnosti testamenta biti na licu koje tvrdi da su postojali svjetli trenuci (Harder i Kroppenber 2002, 48).

Zakonodavac je u čl. 64. ZON RS, odnosno u čl. 62. ZON FBiH normirao da gubitak sposobnosti za rasuđivanje nakon sačinjavanja testamenta ne utiče na punovažnost testamenta čime je nastojao da održi na snazi što veći broj testamenata.

U pogledu ništavosti testamenta, zakonodavac RS je čl. 65. ZON RS odredio da je ništav testament ukoliko je zavještalc bio nesposoban za rasuđivanje, nije imao 15 godina, bio natjeran prijetnjom ili prinudom da ga sačini ili se odlučio da ga sačini usljed toga što je bio prevaren ili što se nalazio u zabludi. Takođe, do ništavosti testamenta dolazi i kad prijetnja, prinuda ili prevara potiču od trećeg lica. Isto rješenje sadržano je u čl. 63. ZON FBiH.

Testament je ništav usljed prinude ako ga je zavještalc sačinio zato što je prema njemu ili nekoj drugoj osobi bilo primjenjeno neko zlo, a bilo mu je ostavljeno u izgled da će zlo prestati ako sačini testament kakav je sačinio. Do ništavosti dolazi i u slučaju kad je zavještalc sačinio testament iz razloga što je mu je neko prijetio, odnosno kod njega izazavao opravdan strah da će njemu ili bliskoj osobi biti naneseo neko zlo. Zabluda uzrokuje ništavost testamenta ako je zavještalc raspolagao testamentom onako kako je raspolagao zbog toga što se nalazio ili u bitnoj poslovnoj zabludi ili o zabludi o pobudi. Ukoliko je zavještalc raspolagao onako kako je raspolagao zbog toga što se nalazio u zabludi o nekoj bitnoj činjenici, takvo raspolaganje je ništavo. Bitne činjenice su one koje bi u slučaju da je zavještalc imao pravilnu predstavu o njima uzrokovale drugačiju sadržinu testamenta ili dovele do toga da zavještalc uopšte ne bi sačinio testament (Gavella 1986, 159).

Testament je formalan pravni posao na šta ukazuje zakonodavac, čl. 67. ZON RS, odnosno čl. 65. ZON FBiH kojima normira da je punovažan onaj testament koji je sačinjen u obliku utvrđenom u zakonu i pod uslovima predviđenim u zakonu. Samo testament stvoren u skladu sa okvirom koji je za ovaj pravni akt postavio zakonodavac može izazvati pravna dejstva koje želi zavještalc. Proturječje u stvaranju posljednje volje s odredbama zakona, stoga, uopšteno znači njegovu nevaljanost (Zaucki 2020, 145). Ispunjenje potrebnih formalnosti prilikom oblikovanja zavještaoćeve posljednje volje ima zaštitnu funkciju. Formalizam omogućava potpunije saznanje o samom testamentu i njegovom sadržaju, što je izuzetno značajno imajući u vidu da testament proizvodi pravno dejstvo tek poslije smrti zavještaoca. Takođe, formalizam treba da spriječi falsifikovanje testamenta (Đurđević 2015, 128).

Uvijek kada zakon čini djelotvornost pravnog posla zavisnim od ispunjavanja formalnih uslova, neminovno se javljaju problemi s transakcijama koje su mogle proizvesti dejstvo, ali nisu zbog toga što nisu izvršene uz potrebne formalnosti (Orth 2008,73).

Kada se od suda traži da sprovede namjeru zavještaoca, on će u tom momentu neizbježno biti mrtav i neće moći da razjasni ili potvrdi svoje izjave, date godinama ili čak decenijama unazad. Iz tog razloga, formalnosti imaju funkciju da osiguraju da će imanje zavještaoca zaista biti raspoređeno u skladu sa njegovom namjerom (Langbein 1982, 492). Sa druge strane, pretjerani formalizam može dovesti do toga da posljednja volja zavještaoca ne bude ispunjena, ukoliko je on učinio i najmanju formalnu grešku. U skladu sa ovim stavom, može se navesti slučaj u praksi Sjedinjenih

Američkih Država (u daljem tekstu: SAD) u kojem je sud odbio da ispoštuje volju testatora. Naime, svjedoci su se nakon uočavanja da je testator potpisao testament preselili u susjednu prostoriju u advokatskoj kancelariji kako bi potpisali testament. U ovom slučaju, nije ispoštovana formalnost da testator mora prisustvovati potpisivanju testamenta od strane svjedoka. Svrha ove formalnosti je garancija da neće doći do prevare ili falsifikovanja testamenta, ali se ne može reći da ta svrha nije ispoštovana samo zato što su se svjedoci preselili u drugu prostoriju (Johnson 2012, 111). Zbog ovakvih i sličnih slučajeva, zakonodavstvo SAD pronalazi različita rješenja za prevazilaženje problema pretjeranog formalizma.

U SAD-u postoje dva načina za prevazilaženje ovog problema. Prvi način je smanjenje broja i složenosti formalnosti koje zahtijeva zakon, a drugi je primjena doktrine *harmless error* (Langbein 1987, 5).

Doktrina *harmless error* je predstavio John Langbein 1975. Prema ovog doktrini, neispunjenje bilo koje zakonom propisane formalnosti vezane za testament povlači sa sobom istragu o tome da li testament izražava zavještaočevu namjeru i da li je oblik testamenta dovoljno približan zakonskim formalnostima.

Po Langbeinovom mišljenju, zakon bi trebalo da sadrži oborivu pretpostavku nevaljanosti koja se može prevladati dokazima o namjeri zavještaoca i zadovoljenju svrhe zakona. Testament mora biti u pisanoj formi i potpisan od strane zavještaoca da bi se ispunili minimalni uslovi za njegovu punovažnost (Crawford 2019, 277). Strah da bi uslijed primjene ove doktrine moglo doći do falsifikovanja testamena nije opravdan. Kao što je rečeno, doktrina bezopasne greške dozvoljava sudovima da potvrde pismeno koje nije u skladu sa zakonskim formalnostima, ako postoje jasni i ubjedljivi dokazi da je zavještalc namjeravao da to pismeno predstavlja njegovu posljednju volju. Čini se malo vjerovatnim da bi falsifikator stvorio lažni testament, jer bi taj testament morao biti podvrgnut temeljnom sudskom postupku (Weisbord i Horton 2020, 896).

3. USTANOVA NUŽNOG NASLJEDNOG DIJELA

Nužni dio je dio zaostavštine kojom zavještalc ne može raspolagati. Drugi dio njegove zaostavštine se naziva raspoloživi dio i njime može slobodno raspolagati. Nužni dio predstavlja zbir pojedinačnih nužnih dijelova nužnih nasljednika ili skupni nužni dio koje je rezervisan za sve nužne nasljednike. U našem pravu pod nužnim dijelom se podrazumijeva i dio nasljeđa koji pripada svakom nužnom nasljedniku, odnosno pojedinačni nužni dio.

Čl. 6. ZON RS propisuje da zavještalc može testamentom raspolagati svojom imovinom na način i u granicama koji su određeni u zakonu. ZON FBiH istim članom određuje da zavještalc osim testamentom, može raspolagati svojom imovinom i ugovorom o nasljeđivanju. Iz ovakvo formulisanih odredbi proizilaze dvije posljedice. Prvo, ova odredba se ne odnosi samo na raspolaganje testamentom ili ugovorom o nasljeđivanju, već i na raspolaganje pravnim poslovima *inter vivos* (poklonima). Drugo, kada zakonski propis govori o granicama, postoji mogućnost da takve granice ne postoje u slučaju da zavještalc nema nužnih nasljednika ili ih ima pa su oni nesposobni ili nedostojni, odnosno ne mogu ili neće da naslijede ili su isključeni iz nasljeđa, odnosno nužnog dijela. U slučaju da ne postoje nužni nasljednici, sloboda testiranja je neograničena (Hašić et al 2019, 83).

3.1. Krug nužnih nasljednika

Članovi porodice zavještaoca su po zakonu ovlašćeni da ga naslijede, što je posljedica arhaičnih shvatanja o neodvojivosti pojedinca i porodice. Sa razvojem društva razvija se i dolazi do izražaja individualizam pojedinca te su se ovakva ovlašćenja članova porodice i sam krug nasljednika smanjivali.

Krug potencijalnih nužnih nasljednika je uži u odnosu na zakonske nasljednike. Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini različito određuju krug lica koja se mogu smatrati nužnim nasljednicima. Razlikujemo apsolutne i relativne nužne nasljednike.

Apsolutni nužni nasljednici prema članu 30. ZON RS su djeca umrlog, njegovi usvojenici iz nepotpunog usvojenja i njegov bračni supružnik. Kao apsolutni nužni nasljednici u ZON FBiH pojavljuju se: djeca umrlog, u koje se ubraja i dijete iz potpunog usvojenja, kao i bračni partner (čl. 28. ZON FBiH). U potpunosti je nepotrebno navođenje djece iz potpunog usvojenja kao nužnih nasljednika, jer je potpunim usvojenjem već zasnovan odnos identičan krvnom srodstvu, što navodi i član 4. ZON FBiH. Između ova dva zakona su primijetne određene razlike. ZON FBiH u članu 9. navodi da na osnovu zakona ostavitelja nasljeđuje i njegov vanbračni partner, koji je u pravu nasljeđivanja izjednačen s bračnim. Međutim, određujući krug apsolutnih nužnih nasljednika, zakonodavac FBiH izričito navodi bračnog partnera, što može izazvati nejasnoće o tome da li i vanbračni partner ulazi u krug nužnih nasljednika. Mišljenja smo da bi u narednim izmjenama zakona trebalo upotrebiti formulaciju bračni ili vanbračni partner da bi navedena odredba bila jasnija. Vanbračni partner prema zakonodavstvu RS ne može biti ni zakonski pa, samim tim, ni nužni nasljednik. Drugo, usvojenik iz nepotpunog usvojenja je apsolutni nužni nasljednik u RS, ali takav položaj nema u FBiH, gdje se ova lica pojavljuju kao relativni nužni nasljednici. Rješenje zakonodavca u RS se pojavljuje kao logičnije rješenje iz razloga što je usvojilac prilikom zasnivanja nepotpunog usvojenja imao mogućnost da usvojenika isključi iz nasljednog prava ili da mu isto ograniči (Krešić 2017, 669).

Navedena lica u oba zakonodavstva treba da ispunjavaju opšte uslove za zakonske nasljednike, odnosno treba da u času otvaranja nasljedstva postoje, da su sposobna za nasljeđivanje i da imaju pravni osnov za nasljeđivanje (Gavella 1986, 85). Takođe, potrebno je da nisu isključeni ili lišeni nužnog dijela.

Relativni nužni nasljednici prema zakonodavstvu RS su potomci umrlog, njegovi roditelji i njegova braća i sestre ukoliko pored opštih uslova kumulativno ispunjavaju i dva posebna uslova: trajno su nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Relativni nužni nasljednici u ZON FBiH su: ostali potomci umrlog, njegovi usvojenici iz nepotpunog usvojenja i njihovi potomci, njegovi roditelji i njegova braća i sestre. Takođe, ovaj krug lica se može smatrati nužnim nasljednicima ukoliko su trajno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Nesposobnost za rad relativnog nužnog nasljednika koji ima sredstava za život (lična imovina, penzija, invalidnina i sl.), takođe ga isključuje iz prava na nužni dio (Krešić 2017, 670). Relativni i apsolutni nužni nasljednici ostvaruju pravo na nužni nasljedni dio samo onda kada su po zakonskom redu nasljeđivanja pozvani na nasljeđe.

3.2. Veličina nužnog nasljednog dijela

U uporednom pravu prisutna su dva koncepta u pogledu određivanja veličine nužnog dijela nužnih nasljednika i načina na koji se nužni dio izračunava. U sistemu kolektivnog nužnog dijela, veličina nužnog dijela se određuje u odnosu na cijelu zaostavštinu. Nužni dio po ovom sistemu dat je skupno, kao skupni nužni dio kojima ostavilac ne može raspolagati (Krešić 2017, 670). Drugi koncept je sistem pojedinačnog nužnog dijela, gdje se veličina nužnog dijela određuje kao procenat od redovnog zakonskog dijela. Prema ovom sistemu, potrebno je za svakog nužnog nasljednika izračunati njegov zakonski dio, uzimajući u obzir sva uvećanja, odnosno smanjenja zakonskog dijela pa tako utvrđenu osnovu umanjiti za određeni procenat. Za svaku kategoriju nužnih nasljednika se određuje procenat za koji se njihov zakonski dio umanjuje.

U nasljednom pravu FBiH i RS prihvaćen je sistem pojedinačnog nužnog dijela. Nužni dio apsolutnih nužnih nasljednika iznosi jednu polovinu, a nužni dio ostalih nasljednika, odnosno nasljednika koji su relativni nužni nasljednici jednu trećinu od onog dijela koji bi svakom od njih pojedinačno pripao po zakonskom redu nasljeđivanja (čl. 9 ZON FBiH, odnosno čl. 31 ZON RS).

3.3. Pravna priroda i povreda prava na nužni dio

Nužni dio je subjektivno pravo svakog nužnog nasljednika. Nužnom nasljedniku je zagwarantovana određena vrijednost imovine zavještaoca, a način na koji će ostvariti tu vrijednost zavisi od pravne prirode prava na nužni dio. Zakonodavstva evropsko-kontinentalnog pravnog sistema poznaju nasljedno-pravnu i obligaciono-pravnu prirodu prava na nužni dio.

Pravna područja koja su bila pod jakim uticajem rimskog prava kao i zemlje istočne Evrope shvataju nužni dio kao nasljedno pravo, dok zemlje germanske pravne tradicije pravo na nužni dio smatraju obligacionim pravom (Huseinspahić i Mušinović 2017,74).

U sistemu nasljedno-pravne prirode prava na nužni dio, postoje rezervisani i raspoloživi dio zaostavštine. Raspoloživim dijelom zavještalc može slobodno da raspolaže. U slučaju povrede nužnog dijela, nužni nasljednik stiče pravo na alikvotni dio zaostavštine. Nužni nasljednik u ovom sistemu je univerzalni sukcesor u pravom smislu te riječi. On nije ograničen na to da zahtijeva novčanu protuvrijednost svog dijela, već on ima pravo da zahtijeva predaju predmeta iz zaostavštine *in natura* od testamentarnih nasljednika i legatara (Đurđević 2015, 217).

Obligaciono-pravna priroda nužnog dijela prouzrokuje da nužni nasljednik postaje povjerilac koji stiče potraživanje novčane protuvrijednosti nužnog dijela od svih testamentarnih nasljednika i legatara, srazmjerno dijelu zaostavštine koju su dobili. Nužni nasljednici imaju pravo na novčanu vrijednost, a ne na realan dio zaostavštine kao što je slučaj u sistemima nasljedno-pravne prirode nužnog dijela. Obligaciona priroda nužnog dijela može dovesti do nezavidnog položaja nužnih nasljednika. Naime, novčani iznos određen pravosnažnom sudskom presudom može biti višestruko umanjen kad dođe do izvršnog postupka usljed visoke inflacije, ako kamata nema revalorizacioni karakter.

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini su izričito normirala pravo na nužni dio kao nasljedno pravo, što proizilazi iz formulacije da nužnom nasljedniku pripada određeni dio svake stvari i prava koji sačinjavaju zaostavštinu (čl. 32. ZON RS i čl. 30. ZON FBiH). Takođe, drugi dio navedenih članova ukazuje da se zavještaocu daje mogućnost da mijenja pravnu prirodu nužnog dijela tako što može odrediti da nužni nasljednik primi svoj dio i u određenim stvarima, pravima ili u novcu. Ovim je rješenjem zakonodavac primijenio stav, poznat još od pandektnog prava, da određivanje pravne prirode nužnog dijela spada u domen zavještaočeve slobode testiranja. U suštini, sva savremena prava, bilo da prihvataju prvo ili drugo određenje pravne prirode prava na nužni dio, dopuštaju zavještaocu da on sam odredi način namirenja svojih nužnih nasljednika (Huseinspahić i Mušinović 2017,74).

Povreda nužnog dijela postoji ukoliko je zavještalc prekoračio raspoloživi dio i to testamentarnim raspolaganjima ili poklonima prema ZON RS, odnosno testamentarnim raspolaganjima, ugovorom o nasljeđivanju ili poklonima prema ZON FBiH (čl. 39. ZON RS, čl. 37. ZON FBiH).

U slučaju povrede, prvo se smanjuju testamentarna raspolaganja, a ako to nije dovoljno, onda dolazi do vraćanja poklona. S obzirom na to da zakonodavstvo FBiH predviđa ugovor o nasljeđivanju, prije vraćanja poklona dolazi do smanjenja raspolaganja putem ugovora o nasljeđivanju. Ovakvo rješenje polazi od toga da se nužni dio vrijeđa po dejstvu najdocnijim besplatnim pravnim poslovima. S obzirom na to da je zavještanje pravni posao *mortis causa*, zavještajna raspolaganja se uvijek smatraju posljednjim dobročnim raspolaganjima (Krstić 2012, 327). Iz navedenih razloga stoji pretpostavka da je nužni dio povrijeđen baš tim posljednjim raspolaganjem, a da se činjenjem poklona tokom života zavještalc kretao u granicama raspoloživog dijela.

Raspolaganja testamentom smanjuju se u istoj srazmjeri, bez obzira na njihovu prirodu i na njihov obim i bez obzira da li se nalaze u jednom ili više testamenata, ako iz testamenta ne proizilazi nešto drugo. Srazmjerno smanjenje znači da poslije namirenja nužnih nasljednika umanjene kvote testamentarnih nasljednika moraju da zadrže onu proporciju koju je odredio zavještalc (Đurđević 2015, 235).

Ako je zavještalc ostavio više legata i naredio da se neki legat isplati prije ostalih, taj će se legat smanjiti samo ukoliko vrijednost ostalih legata ne dostiže da se namiri nužni dio (čl. 41. ZON RS, odnosno čl. 39. ZON FBiH). Testamentarni nasljednik čiji je nasljedni dio morao biti smanjen da bi se namirio nužni dio, može tražiti srazmjerno smanjenje legata koje treba da isplati, ako iz testamenta ne proizlazi nešto drugo, a isto važi i za legatara (čl. 42. ZON RS), odnosno za nasljednika iz ugovora o nasljeđivanju (čl. 40. ZON FBiH).

Ukoliko se smanjenjem testamentarnih raspolaganja ne može namiriti nužni dio nekog nužnog nasljednika, onda dolazi do vraćanja poklona. Vraćanje poklona se vrši počev od posljednjeg poklona i ide dalje obrnuto redu kojima su pokloni učinjeni (čl. 43. ZON RS i čl. 41. ZON FBiH). Može se pojaviti spor oko toga koji je poklon učinjen ranije, odnosno kasnije i lica u tom slučaju taj spor treba da riješe u parnici.

Pokloni učinjeni istovremeno vraćaju se srazmjerno, odnosno srazmjerno veličini poklona doprinosi se namirenju neizmirenog nužnog dijela (Hašić et al 2019, 103).

Poklonoprimalac se smatra savjesnim držaocem od dana saznanja o postojanju zahtjeva, a ovo pitanje je važno zbog utvrđivanja odgovornosti za propast stvari i zbog prava na plodove od stvari.

Zakonodavac u RS je članom 45. ZON odredio da samo nužni nasljednici mogu tražiti smanjenje testamentarnih raspolaganja i vraćanje poklona. Sa druge strane zakonodavac u FBiH je propisao da je pravo na traženje smanjenja raspolaganja testmanetom, ugovorom o nasljeđivanju i vraćanje poklona nasljeđivo ako je nužni nasljednik prije svoje smrti već podnio zahtjev za nužni dio (čl. 43. ZON FBiH). Navedena razlika ukazuje da nasljednik nužnog nasljednika ovo pravo u RS ne može ostvariti ni onda kada je nužni nasljednik za života podnio tužbu za smanjenje raspolaganja testamentom i vraćanje poklona, ali je u toku postupka umro. (Krešić 2017, 668).

3.4 Razbaštinjenje nužnih nasljednika

Nužni dio predstavlja privilegiju najbližih članova porodice zavještaoca. Ovakva privilegija se može suprotstaviti zavještaočevoj slobodi testiranja samo ako nužni nasljednici sa opšte-društvenog stanovišta i sa stanovišta zavještaoca zaslužuju takvu privilegiju (Đurđević 2015, 221). Neograničena sloboda testamentarnog raspolaganja bi stvorila mogućnost da zavještalc svojom posljednom izjavom volje ne ostavi ni najmanji dio imovine najbližim članovima porodice. Zbog potrebe da se zaštite najbliži članovi porodice, prisutno je ograničenje ove slobode u vidu instituta nužnog nasljeđivanja. S druge strane, kompenzovanje ovakvog ograničenja osigurano je mogućnošću da zavještalc čak i pojedine nužne nasljednike, iz određenih razloga i pod određenim uslovima, razbaštini (Čolaković i Demirović 2020, 149). Razbaštinjenje nužnih nasljednika se ostvaruje u vidu isključenja ili lišavanja prava na nužni dio. Ova dva instituta se međusobno razlikuju po razlozima koji mogu dovesti do njihove primjene, kao i zbog cilja koji treba da ostvare. Isključenje iz nasljedstva predstavlja uskraćivanje nužnom nasljedniku prava na nužni dio. Da li će se zavještalc koristiti ovim ovlašćenjem zavisi od njegove volje, međutim ukoliko odluči da isključi nužnog nasljednika on to mora učiniti samo iz razloga koji su propisani zakonom i u određenoj formi.

Ova građansko-pravna kazna može da pogodi samo sposobnog i dostojnog nasljednika, jer su sposobnost i dostojnost pretpostavke za isključenje. Drugim riječima, nesposobnost i nedostojnost za nasljeđivanje su jačeg intenziteta od isključenja iz nužnog dijela. To se vidi i iz okolnosti što u prva dva slučaja isključuje sam zakon, dok se kod isključenja iz nasljeđa radi o dispozitivnom aktu ostavioca (Krešić 2017, 671).

Zakonodavac u RS čl. 47. određuje da zavještalc može isključiti iz nasljeđa nasljednika koji ima pravo na nužni dio ako se nasljednik povredom neke zakonske ili moralne obaveze teže ogriješio prema ostaviocu, nakon čega navodi u čemu se može sastojati povreda zakonske ili moralne obaveze. Takve povrede mogu biti uvredljivo ili grubo ophođenje prema zavještaocu, umišljajno učinjeno krivično djelo prema zavještaocu, njegovom djetetu, usvojeniku, supružniku ili roditelju,

odnosno odavanje neradu i nepoštenom životu. Sa druge strane zakonodavac u FBiH normira zasebne uslove za isključenje čl. 45. ZON FBiH. Razlika između rješenja zakonovaca se ogleda u tome što zakonodavac u RS navodi kao razlog isključenja umišljajno učinjeno krivično djelo prema usvojeniku zavještaoca, što ne navodi zakonodavac u FBiH. Takođe, isključenje zbog počinjenog krivičnih djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine ili čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom nije predvidio zakonodavac u RS. Zaključno, zakonodavac u RS je odredio da se nužni nasljednik mora kumulativno odati neradu ili nepoštenom životu, dok zakonodavac u FBiH previđa alternativnost ovih uslova.

Oba zakonodavstva predviđaju da zavještalc mora isključiti nasljednika na nesumnjiv način testamentom (čl. 48. ZON RS), odnosno testamentom ili ugovorom o nasljeđivanju u FBiH (čl. 46. ZON FBiH). Pravo RS predviđa da je korisno navesti razlog za isključenje, dok je navođenje razloga u pravu FBiH predviđeno kao uslov za punovažnost isključenja. Takođe, oba zakonodavstva određuju da se posljedice isključenja sastoje u tome da isključenjem nasljednik gubi nasljedno pravo u obimu u kome je isključen, a pravo ostalih lica koja mogu naslijediti ostavioca određuju se kao da je isključeni umro prije ostavioca (čl. 49. ZON RS, odnosno čl. 47. ZON FBiH).

Lišenje nužnih nasljednika, pored kažnjavanja nužnih nasljednika zbog načina života kojim ugrožavaju egzistenciju sebe i članova svoje porodice, ima i zaštitni karakter koji se ogleda u zaštiti interesa maloljetnih ili punoljetnih, ali za privređivanje nesposobnih članova porodice lišenog nužnog nasljednika (Stojanović 1996-1997, 175).

Osnov lišenja mora postojati u momentu pravljenja testamenta, ali i u momentu otvaranja nasljeđa, jer se lišenje vrši u korist potomaka lišenog nasljednika zato što je on prezadužen ili rasipnik. Ovakvo rješenje je logično, imajući u vidu da bi lišeni nužni nasljednik navjerovatnije koristio nasljeđenu imovinu za namirenje svojih dugova ili bi je brzo uludo potrošio. Međutim, ako u momentu otvaranja nasljeđa potomak nije prezadužen ili nije rasipnik, onda nema osnova za lišenje (Krešić 2017, 675). Zakonodavstvo RS članom 50. ZON RS i zakonodavstvo FBiH članom 48. ZON FBiH predviđaju da se nužni nasljednik može lišiti u cjelini ili djelimično nužnog dijela ako je prezadužen ili je rasipnik. Lišavanje se vrši u korist potomaka koji su maloljetni, odnosno punoljetni, ali nesposobni za privređivanje prema pravu RS. Da druge strane, da bi nužni nasljednik bio lišen nužnog dijela prema pravu FBiH, potrebno je da ima maloljetne potomke ili one koji su punoljetni pod uslovom da su kumulativno nesposobni za rad i nemaju nužnih sredstava za život. Takođe, potrebno je da navedene kategorije lica postoje u momentu otvaranja nasljeđa da bi lišenje bilo punovažno.

Za nasljednika koji je u potpunosti isključen, vrijedi fikcija smrti, dok za lišeno lice ta fikcija ne vrijedi. Potomci lišenog nasljednika ne moraju ispunjavati uslove koji su inače potrebni za nužne nasljednike. Lišeni potomak je apsolutni nužni nasljednik i on nasljeđuje jednu polovinu od onoga što bi naslijedio po zakonu. Zbog toga se prvo izračunava nužni dio lišenog nasljednika kao da je živ pa tek se onda taj dio daje njegovim potomcima. Ovakvo tumačenje proizlazi iz formulacije koju je koristio zakonodavac navodeći da zavještalc može lišiti nužnog nasljednika u cjelini ili djelimično njegovog nužnog dijela u korist njegovih potomaka (Krešić 2017, 677).

4. SLOBODA TESTIRANJA U ENGLESKOJ I SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Uvreženo je stanovište da u pogledu slobode testiranja postoje dva potpuno različita sistema i to evropsko-kontinentalni, koji uglavnom predviđa ustanovu nužnog dijela kao ograničenje slobode testiranja i anglo-američki sa apsolutnom slobodom.

Englesko pravo se ne zasniva na kodifikaciji, ali su potrebe prakse vremenom dovele do ublažavanja ovakvog pristupa. Naime, od 1832. godine pored sistema *Common law* i pravila *Equity*, sve se više razvija i pisano pravo, odnosno *Statute law* (Antić 1985, 321). U periodu srednjeg vijeka englesko pravo nije bilo naklonjeno apsolutnoj slobodi testiranja. Jedina sloboda

testiranja koja je postojala je bila ograničena na dispozitivna prava na pokretnim stvarima. Ako muškarac umre ostavljajući ženu i dijete, njegove pokretne stvari su bile podijeljene prema tripartitnom pravilu koje je zahtijevalo da jedna trećina ide supružniku, a jedna trećina djeci (Brook 2019, 19). Ovakvo pravilo suštinski predstavlja nužni dio, međutim, ova pravila su vremenom potisnuta iz pravnog života širenjem slobode testiranja. Postoji više razloga za ovakvu promjenu. Prvo, nužni dio zahtijeva unaprijed određena, precizna pravila od kojih je englesko pravo zaziralo. Drugo, usljed porasta emigracije, unaprijed određeni nužni dio bi znatno otežao položaj onih srodnika koji su ostali u Engleskoj (Antić 1985, 322).

The Inheritance (Family Provision) Act iz 1938. godine izražava rastuću svijest engleskog zakonodavca da je nasljedstvo porodična stvar i da sloboda testiranja, bez obzira koliko bila poželjna kao opšti princip, ne treba da ometa interese društva koja zahtijevaju zbrinjavanje članova porodice (Dainow 1940, 338). Ovaj propis je omogućio razbaštinjenim članovima porodice podnošenje zahtjeva sudu za novčanu nagradu iz zaostavštine (Hedlund 2021, 55). Sud je u Engleskoj bio ovlašten da izmijeni zavještaočeva raspolaganja ukoliko je testator neopravdano lišio nasljeđa članove svoje porodice koji su od njega bili zavisni u pogledu izdržavanja.

The Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act iz 1975. godine ovlašćuje na podnošenje zahtjeva supružnika, civilnog partnera, bivšeg supružnika, odnosno civilnog partnera, pastorčad i ostala lica koja je preminuli uzdržavao neposredno prije smrti (Antić 1985, 323). U slučaju da sud zaključi da navedena lica nisu dobila odgovarajući dio iz zaostavštine, uzimajući u obzir sve okolnosti, sud može da podnosiocu zahtjeva odredi primjeren novčani iznos iz zaostavštine. Konačna odluka zavisi od slobodnog uvjerenja sudije. Takođe, ovaj propis daje mogućnost sudu da donese odluku kojom se poklonoprimec obavezuje da obezbijedi novac ili imovinsku korist u cilju zadovoljenja opravdanih potreba podnosioca zahtjeva, čime se englesko pravo u velikoj mjeri približilo ustanovi nužnog dijela.

SAD kao polaznu tačku uzimaju autonomiju volje pojedinca koju karakteriše doktrina slobode testiranja. Apsolutna sloboda testiranja može se opravdati stavom da pojedincu treba omogućiti da slobodno raspolaže svojom imovinom *mortis causa*, jer pojedinci onda imaju podsticaj da tokom života investiraju i štede, a ne samo konzumiraju. U protivnom, kada bi sloboda raspolaganja bila značajno ograničena, ovaj podsticaj bi nestao zato što bi nestala i upotreba imovine od strane pojedinaca koje zavještalc odredi (Glover 2017, 291). Pažljiviji pregled zakona i prakse SAD-a pokazuje da zavještaoci podliježu ograničenjima koji rezultiraju daleko većom zaštitom članova porodice od onoga što retorika slobode testiranja sugerise (Madoff 2014, 334). Moglo bi se reći da apsolutna sloboda testiranja, nekada obilježje američkog prava dijeli sudbinu drugih značajnijih sloboda i nalazi se u stanju opadanja (Laufer 1955, 277).

U većini prava u SAD-u postoje zakonske odredbe koje zabranjuju testamentarna raspolaganja određenim poljoprivrednim zemljištem koje poslije smrti ostavioca obavezno nasljeđuje njegova porodica. Ovakvo rješenje proizilazi iz stava američkog zakonodavca da je potrebno zaštititi porodicu kao jedinicu društva od nepovoljne sreće koja je može zadesiti (Bowker 1986, 523).

U praksi se često dešava da se osporava testament kojim se djeca lišavaju nasljeđa. Osporavanje se najčešće vrši pozivanjem na nedozvoljen uticaj na volju zavještaoca ili tvrdnjom da se zavještalc nalazio u zabludi, a sve kako bi se postigli rezultati koji su više u skladu sa porodičnom paradigmom (Foster 2001, 210).

Kada zavještalc raspolaže cjelokupnom imovinom, a ne isključi izričito djecu iz prava na nasljeđe, uzima se da on nije želio da ih liši nasljeđa te zavještaočeva djeca dobijaju zakonski dio nasljeđa. Specifično ograničenje zavještaočeve slobode predstavlja princip da testator koji izričito lišava dijete nasljeđa, taj dio mora dati nekom drugom licu, u protivnom lišenje neće biti punovažno. Takođe, ukoliko je zavještalc ostavio svoju cjelokupnu imovinu svojem bračnom supružniku, takvo raspolaganje će biti punovažno, jer se polazi od pretpostavke da će se preživjeli supružnik starati o interesima djece (Antić 1985, 325).

ZAKLJUČAK

Uloga porodice i položaj njenih članova se mijenjao kroz istoriju, ali porodica je uvijek bila temelj na kojem počiva samo društvo. Razvojem individualizma, dolazi do izražaja moć pojedinca da može odrediti sudbinu svoje imovine *mortis causa*, pri čemu je slobodan u svom izboru. Kako bi ovakve situacije mogle dovesti do toga da najbliži članovi porodice koje je zavještalac za života izdržavao zapadnu u nepovoljan položaj, pojavila se potreba za ograničavanjem slobode testiranja. Ograničenje slobode se ogleda u ustanovi nužnog dijela, koja garantuje određenim licima dio zaostavštine. Međutim, ukoliko su potencijalni nužni nasljednici iskazali neadekvatno ponašanje koje je zakonom propisano, testator dobija veću slobodu raspolaganja testamentom.

Sagledavanje istorijskog razvoja slobode testiranja dovodi do zaključka da je rimsko pravo razvilo nužno nasljeđivanje u cilju zaštite najbližih članova porodice. Najveći doprinos razvoju ustanove nužnog dijela kakvu je poznaje savremeno pravo Bosne i Hercegovine je imala Justinijanova reforma nužnog nasljednog prava. Reforma je uticala na institut iznasljeđivanja, određujući da je obavezno navođenje propisanog razloga, a uticaj je vidljiv i pogledu same prirode nužnog dijela.

Zakonodavac propisuje da postojanje aktivne testamentarne sposobnosti predstavlja *condicio sine qua non* punovažnosti testamenta. Sa druge strane, isto je predviđeno i za poštovanje forme koja naravno zavisi od oblika samog testamenta. Autori su naveli primjer kako čak i neznatno odstupanje od poštovanja formalnih uslova dovodi do nevaljanosti testamenta te strog formalizam odnosi prevagu nad poštovanjem posljednje volje zavještaoca. Da bi se izbjegle takve situacije, rješenje možemo pronaći u doktrini koju primjenjuje sve više država u SAD-u. Naravno primjena ove doktrine, kao i svih ostalih instituta treba da bude prilagođena duhu konkretnog nacionalnog zakonodavstva i pravne tradicije koja je tu prisutna.

Zakoni u Bosni i Hercegovini imaju izvjesne razlike u pogledu uređivanja ustanove nužnog dijela. ZON RS ne određuje vanbračnog supružnika kao zakonskog nasljednika, dok je u ZON FBiH usvojenik iz nepotpunog usvojenja određen kao relativni nužni nasljednik. Razlika je primjetna i kod razloga za isključenje nužnih nasljednika, kao i kod određivanja uslova koje punoljetno lice mora ispuniti da bi u njegovu korist nužni nasljednik bio lišen svog nužnog dijela. Takođe, u zakonodavstvu FBiH postoji ugovor o nasljeđivanju, što nije slučaj sa zakonodavstvom RS. Oba zakona na istovijetan način određuju veličinu nužnog nasljednog dijela i pravnu prirodu prava na nužni dio.

Uporedna analiza evropsko-kontinentalnog instituta nužnog dijela i ograničenja slobode testiranja koja postoje u anglo-američkom pravu pokazuje da apsolutna sloboda testiranja ne postoji ni u jednom savremenom pravu. Moglo bi se reći da rješenja u ova dva sistema ispoljavaju više sličnosti nego razlika, što je dokaz da osnovne građansko-pravne ustanove, bez obzira na prostornu ili vremensku dimenziju, uvijek sadrže i određene sličnosti.

Uprkos kritikama u pogledu postojanja ustanove nužnog dijela koje se uglavnom baziraju na tome da nužni dio predstavlja ograničavanje slobode pojedinca, značajno je spomenuti ulogu koji ovaj institut ima u našem pravnom poretku. Naime, socijalno-ekonomska situacija u Bosni i Hercegovini ne pruža adekvatne modele zaštite pojedinaca koji nemaju sopstvenu imovinu i sredstva za zadovoljenje osnovnih potreba te ustanova nužnog dijela omogućava zbrinjavanje najbližih članova porodice.

LITERATURA

1. Aličić, Samir. 2007. „Bonorum possessio secundum tabulas u Gajevim Institucijama: forma ili način konvalidacije testameta?“ .*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1-2: 353-68.
2. Antić, Oliver. 1985. „Sloboda testiranja u anglo-američkom pravu“. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 33: 321-328.
3. Bowker, Wilbur. 1896. „Our earliest Homestead or Dower act“. *Alberta Law Review*. 24:522-529.
4. Bridget J. Crawford. 2019. „Wills Formalities in the Twenty-First Century“. *Wisconsin Law Review*. 2:269-284.
5. Brook, Julier. 2018. „Testamentary freedom – myth or reality?“ .*Conveyancer and Property Lawyer*. 82:19-30.
6. Champlin, Edward. 1989. „Creditor Vulgo Testameta Hominum Speculum Esse Morum: Why the Romans Made Wills“. *Classical Philology*. 84: 198–215.
7. Čolaković, Maja i Demirović, Ramajana. 2020. „Lišenje nužnog nasljednog dijela kao oblik zaštite imovinskih interesa porodice“. Rad prezentovan na naučnom skupu Pravo, tradicija i promjene, Istočno Sarajevo, Bosna i Hercegovina, oktobar, 148–163.
8. Crook, John A. 1973. „Intestacy in roman society“. *Proceedings of the Cambridge Philological Society*. 19: 38–44.
9. Croucher, Rosalind F. 2012. „How free is free? Testamentary freedom and the battle between "family" and "property"“. *Australian journal of legal philosophy*. 37: 9-27.
10. Dainow, Joseph. 1940. „Limitations on Testamentary Freedom in England“. *Cornell Law Review*. 25:337-360.
11. Doods, Julie. 1992. „The impact of Roman law of succession and marriage on womens,'s property and independence“. *Melbourne University Law Review*. 18: 899-917.
12. Đurđević, Dejan. 2015. *Institucije naslednog prava*. Beograd: Univerzitet u Beogradu - Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje.
13. Foster, Frances. 2001. „The Family Paradigm of Inheritance Law“. *New York Law Review*. 80:199 273.
14. Gavella, Nikola. 1986. *Nasljedno pravo*. Zagreb: Informator.
15. Glover, Mark. 2017. „Freedom of Inheritance“. *Utah Law Review*. 2:283 330.
16. Golling-Sledge, Alexis A. 2019. „Testamentary Freedom Vs. the Natural Right to Inherit: The Misuse of No-Contest Clauses As Disinheritance Devices“. *Washington University Jurisprudence Review*. 12:143-171.
17. Hašić, Enes i Hamzabegović, Suad i Krešić, Boris i Muslić, Albin. 2019. *Nasljedno pravo*. Bihać: Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću.
18. Hedlund, Richard. 2021. „The end to the testamentary freedom“. *Legal Studies*. 41:55-72.
19. Huseinspahić, Ajdin i Mušinović, Armina. 2017. „Pravna priroda prava na nužni nasljedni dio“. *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*. 19:71-94.
20. Johnson, Irene. 2011. „There's a Will, But No Way--Whatever Happened to the Doctrine of Testamentary Freedom and What Can (Should) We Do to Restore It?“ .*Estate planning & community property law journal*. 4: 105- 127.
21. Junir James Madison, Morton. 1894. „The theory of Inheritance“. *Harvard Law Review*. 8:161-167. DOI: 10.2307/1321715.
22. Krešić, Boris. 2017. „Institut nužnog nasljedstva: Federacija Bosne i Hercegovine versus Republika Srpska“. Rad predstavljen na naučnom skupu Dvadeset godina Dejtonskog mirovnog sporazuma, Istočno Sarajevo, Bosna i Hercegovina, oktobar, 666–679.
23. Krišto Mađura, Ivana i Melada, Anja i Drmić Stipe. 2016. „Oporučna sposobnost u demencijama.“ *Neurologia Croatica*. 65 :158-158.

24. Koppenberg, Inge and Harder, Manfred. 2002. *Grundzüge des Erbrechts*. Neuwied: Luchterhand.
25. Krstić, Novak. 2012. „Zaštita prava na nužni deo povredena prekomernim poklonima u našem pravu de lege lata i de lege ferenda”. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 63: 323-342.
26. Langbein, John H. 1975. „Substantial Compliance with the Wills Act.” *Harvard Law Review*. 88: 489–531. DOI:10.2307/1340322.
27. Langbein, John H. 1987. „Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law”. *Columbia Law Review*. 87:1-52.
28. Laufer, Joseph. 1955. „Flexible Restraints on Testamentary Freedom: A Report on Decedents' Family Maintenance Legislation.” *Harvard Law Review*. 69:277–314. DOI: 10.2307/1337868
29. Lorenzo Gagliardi. 2015. „Multiple forced heirs and the action for undutiful will in roman law: classical and byzantine text”. *Forum Historiae Iuris*. 1:1-15.
30. Madoff, Ray. 2014. „A Tale of Two Countries: Comparing the Law of Inheritance in Two Seemingly Opposite Systems”. *International and Comparative Law Review*. 27: 333 351.
31. Marković, Slavko. 1974. „Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti”. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 13: 155-172.
32. Orth, John. “Wills act formalities: how much compliance is enough?”. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*. 43:73–81.
33. Pichler, Davorin. 2019. “Nasljednopravna raspolaganja u korist životinje”. *Pravni vjesnik*. 35: 67-83.
34. Počuča, Milan i Stefanović, Nenad. 2019. “Institut testamenta kao nasleđe iz rimskog prava”. *Pravni zapisi*. 10:517-531.
35. Radin, Max. 1924. „Fundamental Concepts of the Roman Law”. *California Law Review*. 12: 481–495. DOI:10.2307/3475799
36. Stojanović, Nataša. 1996-1997. „Isključenje iz nasleđa po novom Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije”. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 36-37: 173-186.
37. Vidaković, Ivan. 2019. „Utjecaj Justinijanove reforme nužnog nasljednog prava na suvremeno nužno nasljedno prava Republike Hrvatske”. *Paragraf*. 3:205-226.
38. Weisbord, Reid Kress i Horton, David. 2020. „Inheritance Forgery”. *Duke Law Journal*. 69:855-921.
39. Yaakov Stern. 2000. “The Testamentary Phenomenon in Ancient Rome”. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte*. 49:413–428.
40. Załucki, Mariusz. 2018. „Attempts to Harmonize the Inheritance Law in Europe: Past, Present, and Future “. *Iowa Law Review*. 103:2317-2338 .
41. Załucki, Mariusz. 2020. “Preparation of wills in times of COVID-19 PANDEMIC –selected observations”. *Journal of Modern Science*. 45: 143-152. DOI: 10.13166/jms/130207.