

КЊИГА 8

# УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ СА СТАНДАРДИМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

УРЕДНИК:  
Проф. др Снежана Соковић



Крагујевац  
2020.

## ПРАВНИ ОПСЕГ ЗАВЕШТАЈНЕ СПОСОБНОСТИ\*

### Резиме

Један од основних предуслова за настанак пуноважног завештања јесте постојање завештајне способности завештаоца у тренутку његовог сачињавања. Дефинисање примерене доње (најниже) старосне границе завештајне способности централни је проблем приликом нормирања овог института. Одређивање ове субјективне компоненте завештајне способности своди се на следећа питања: најпре, да ли малолетним лицима треба признати право завештајног располагања? У случају афирмативног одговора на претходно питање, намеће се следеће - да ли завештајну способност треба изједначити са пословном способношћу, или пак степеновати по угледу на пословну способност и ограничити је према различитим критеријумима (нпр. у погледу обима или предмета располагања, у погледу завештајних форми које малолетном лицу стоје на располагању, и сл.), или је пак уредити као пуну завештајну способност? Покренуте дилеме неопходно је посматрати са аспекта правнополитичког циља који се нормирањем доње границе завештајне способности жели постићи. Ова анализа се, у крајњем, своди на изналажење начина да се успостави равнотежа између интереса завештаоца као појединца и његове приватноправне аутономије, на једној страни, и општих интереса, на другој.

**Кључне речи:** правна способност, пословна способност, завештајна способност, способност расуђивања (субјективна компонента завештајне способности), објективна компонента завештајне способности; завештајна способност малолетника.

### 1. Кратак историјскоправни осврт на завештајну способност

Способност тестирања као материјалоправна претпоставка за настанак пуноважног завештања настала је као еманација овлашћења располагања

---

\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније”, који се финансира из средстава Факултета.

имовином, које је првенствено признато у сврху прометања добара за живота, а потом и за случај смрти. Способност тестирања везује се за правни субјективитет неког лица, те је круг лица којем је кроз различите историјске етапе признавано ово право зависио од врсте друштвеног уређења и њиховог положаја у друштву. Првобитно је тестаментарна способност имала карактер јавне установе, те је могла бити одузета од стране државе. Као и код уговорног располагања, право тестирања је у значајној мери било условљено личним квалитетима појединца (пол, вероисповест, занимање), као и сталешком припадносту, па су по том основу многа лица била онемогућена да завештајно располажу својом имовином.

С обзиром да је првобитни приступ завештајној способности био формалистички, посебно дискриминисана лица у погледу могућности тестирања била су она са телесним недостацима (слепа, глувонема лица и др.) којима је право тестаментарног располагања било ускраћено. Према Српском грађанском закону, тестаментарно неспособна лица су била сва лица неспособна за расуђивање, као и малолетна лица испод петнаест година старости. Са малолетницима су биле уподобљена лица која су због расипничког понашања стављана под старатељство (тзв. „распикуће“).<sup>1</sup>

У каснијем периоду, са све развијенијим субјективистичким приступом у тестаментарном праву, и способност тестирања почела је да поприма материјалноправно значење и поимала се као „способност психички зрелог и ментално способног лица да изјави правно релевантну вољу у погледу распореда заоставштине, у форми тестаamenta.“<sup>2</sup> Како се и акт опозива завештања сматрао једностраним располагањем за случај смрти, завештајна способност морала је постојати и у случају опозива, као и код предузимања других радњи у погледу измена и допуна садржине завештања.<sup>3</sup>

## 2. Појам и елементи завештајне способности

Савремена законодавства не дефинишу изричито установу завештајне способности.<sup>4</sup> Међутим, у правној теорији завештајна способност се дефинише двојачко: као „способност за изјављивање последње воље“ (материјалноправно поимање);<sup>5</sup> као „способност неког лица да сачини, измени и опозове завештање“ (формалистичко поимање).<sup>6</sup> Као претпоставка настанка

---

<sup>1</sup> Периф, Ж., *Специјални део грађанског права, Наследно право*, Београд, 1923, стр. 31, 32.

<sup>2</sup> Марковић, С., *Однос тестаментарне према правној способности*, Зборник радова правног факултета у Нишу, бр. 13/1974, стр. 161.

<sup>3</sup> Креч, М., Павић, Д., *Коментар закона о наслеђивању - са судском праксом*, Загреб, 1964, стр. 187.

<sup>4</sup> Hausman, R., Hohloch, G., *Handbuch des Erbrecht*, Erich Smidt Verlag, Berlin, 2010, стр. 363.

<sup>5</sup> Марковић, С., *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 237.

<sup>6</sup> “Способност за тестирање је способност да се путем последње воље пуноважно располаже, било да се на тај начин тестамент конституише или опозива“( Ferrati, С.,

пуноважног завештања, завештајна способност подразумева испуњење општих услова који се захтевају код сваке завештајне форме, а то су: године старости завештаоца (општа, објективна компонента), као и способност за расуђивање (индивидуална или субјективна компонента). За поједине облике завештања захтева се испуњење законом прописаних посебних, допунских услова (да је лице писмено, способно да говори и др.).<sup>7</sup>

## **2.1. Субјективна компонента завештајне способности**

У правној теорији способност за расуђивање као субјективна компонента завештајне способности поима се као свест лица да схвати природу и правни значај својих поступака, односно, свест о имовинскоправним последицама учињених изјава воља (интелектуална компонента) и способност да њима управља (вољна компонента).<sup>8</sup> Са друге стране, законски текстови упоредног законодавства су претежно ускратили дефиницију завештајне способности, осим неколицине законодавстава (аустријско, немачко и хрватско законодавство) која су дала негативну дефиницију овог института тј. пошла од тога *када неко лице није способно за расуђивање*. Тако нпр. немачки законодавац предвиђа да лице није способно за расуђивање (и самим тим је завештајно неспособно) уколико није у стању да схвати значај изјављене воље, као ни значај поступака у реализацији те воље због менталног поремећаја, менталног недостатка или поремећаја свести.<sup>9</sup> *Argumentum a contrario* из ових дефиниција произлази да је завешталац способан за расуђивање уколико је у стању да схвати значење изјављене последње воље и њених последица, те да је у стању да влада својом вољом тако да поступа у складу са тим значењем.

Способност расуђивања као субјективну компоненту завештајне способности која се налази у домену психијатрије тешко је дефинисати, тако да је њене елементе „лакше интуитивно осетити, него рационално формулисати“<sup>10</sup>. Као таква, она се везује за лична својства појединца и представља *questio facti* који захтева индивидуалистички приступ сваком појединачном случају у погледу утврђивања одговарајућег степена

---

Likar-Peer, G.M., *Erbrecht – Ein Handbuch für Praxis*, Manzsche Verlags - Univeritätsbuchhandlung, Wien, 2007, стр. 141); Марковић, С., *Однос тестаментарне према...*, стр. 237.

<sup>7</sup> Стојановић, Н., Ћирић, З., *Правни и психијатријски аспект завештајне способности*, Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, св. II, Ниш, 2010, стр. 47; види Сворцан, С., *Наследно право*, Крагујевац, 2009, стр. 40.

<sup>8</sup> Уместо свих види Ђурђић-Милошевић, Т., *Неки аспекти завештајне способности*, Правни живот, бр. 10/2013, стр. 79, 80.

<sup>9</sup> Пар. 2229 (4) Немачког грађанског законика, <http://www.gesetze-iminternet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>; 28. 07. 2013; Пар. 566 Аустријског грађанског законика.

<sup>10</sup> Митић, М., *Тестаментарна способност малолетника*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, бр. 5-6/1969, стр. 44.

разборитости потребног за изражавање правно релевантне воље у конкретном случају.

Иако је психолошки аспект субјективне компоненте завештајне способности неспоран, савремени правни системи су се определили за концепт објективизирања субјективне компоненте завештајне способности, што значи да одређују доњу старосну границу за коју се везују претпоставку постојања потребног нивоа способности за расуђивање за настанак правног посла у питању.

## **2.2. Објективна компонента завештајне способности**

Суштински проблем у одређивању објективне компоненте завештајне способности огледа се у процени одговарајуће старосне доби која претпоставља постојање одговарајућег степена способности за расуђивању. Дефинисање доње границе завештајне способности суштински се своди на питање признања малолетним лицима могућности завештајног располагања.

У упоредном праву заступљени су различити концепти нормирања завештајне способности: од оних који малолетницима признају потпуну завештајну способност, до оних који малолетницима признају ограничену тестаментарну способност, до оних који малолетницима не признају завештајну способност, већ је изједначавају са пословном.

*Концепција ограничене тестаментарне способности малолетника.*<sup>11</sup> Модалитет нормирања ограничене завештајне способности малолетних лица преовладава у упоредном законодавству (у немачком, аустријском, француском, мађарском праву). У сваком од ових правних система потпуна завештајна способност се стиче пунолетством, док је доња граница завештајне способности различито одређена и ограничена на различите начине (формом завештања, предметом или обимом располагања).<sup>12</sup> Тако је у аустријском и немачком праву завештајна способност малолетника ограничена *врстама завештања* путем којих они могу пуноважно располагати за случај смрти, при чему је доња старосна граница завештајно способног лица у аустријском праву четрнаест,<sup>13</sup> а у немачком шеснаест година.<sup>14</sup>

Како је објективна компонента завештајне способности детерминанта која опредељује круг лица која могу тестаментарно располагати, прописивањем ниже границе за стицање завештајне способности проширује се слобода да се

---

<sup>11</sup> Поднаслови који се односе на концепције завештајне способности преузети су из дисертације „Ограничење завештајне слободе“, коју сам одбранила 2018, на Правном факултету у Крагујевцу;

<sup>12</sup> Ђурђић, Т., *нав. чланак*, стр. 570. Марковић, С., *Однос тестаментарне према ...*, стр. 38-41.

<sup>13</sup> Ubert, G., Hochmuth, J., *Erbrecht*, München, 2003, стр. 84-85.

<sup>14</sup> Чл. 2229 Немачког грађанског законика.

сачини завештање као основна претпоставка у реализацији слободе тестирања. Ниже постављена доња старосна граница завештајне способности у односу на ону која је прописана за стицање пословне способности, има утемељење у доктринарном схватању да је сачињавање завештања мање захтеван посао од правних послова *inter vivos*, тако да се и способност за расуђивање цени према блажим мерилима у односу на пословну способност.<sup>15</sup> То је уједно и рачио прописивања ниже старосне границе завештајне способности у односу на пословну.

Међутим, иако је овим путем проширен домашај слободе тестирања у погледу круга лица која могу тестирати укључивањем малолетника одређене старосне доби, истовремено су постављена и различита ограничења у њеној реализацији. У праву Аустрије и Немачке малолетна лица могу сачињавати само одређене јавне форме завештања: усмено, судско или нотарско завештање у аустријском праву,<sup>16</sup> а у немачком праву нотарско завештање, у усменој или писменој форми. У случају опредељења малолетног завештаоца за писмену форму нотарског завештања, сама исправа мора бити предата нотару у отвореном омоту.<sup>17</sup> Овакво решење предвиђено је зарад остваривања додатне заштитне функције форме, уважавајући чињеницу да се у улози завештаоца појављује малолетник, те да тајност овог акта није препоручљива.

Слично решење предвиђено је и у праву Шпаније и Мађарске. У мађарском праву малолетна лица са навршених четрнаест година живота, као и ограничено пословно способна лица могу сачињавати само нотарско завештање.<sup>18</sup> У праву Шпаније је прописано формално ограничење завештајне способности малолетних лица у погледу немогућности сачињавања својеручног завештања. Ова завештајна форма резервисана је само за пунолетна лица, с обзиром на веома благе захтеве форме који намећу потребу зрелијег приступања.<sup>19</sup> У праву Шпаније завештајна способност се стиче са четрнаест година, под условом да је завешталац способан за расуђивање.<sup>20</sup>

Ограничавање тестаментарне способности малолетника у погледа избора форме завештања, постављено је у циљу заштите интереса малолетних завештаоца од непромишљеног поступања и противправних утицаја на њихову вољу, осигуравајући правну релевантност манифестоване последње воље, која је претпоставка слободе тестирања. Зато је погрешно посматрати их са аспекта отклањања општих недостатака појединих завештајних форми (нпр.

---

<sup>15</sup> Стојановић, Н., Ћирић, З., *нав. чланак*, стр. 53.

<sup>16</sup> §569 Аустријског грађанског законика, види Ferrari, С., Likar-Peer, G.M., *нав. дело*, стр. 141, 142.

<sup>17</sup> Усмено нотарско завештање се сачињава давањем изјаве воље пред јавним бележником (нотаром), а писмено подразумева предају завештања нотару у писменој форми, и то у отвореном омоту, чл. 2233 (1) и (2) Немачког грађанског законика.

<sup>18</sup> Одељак 7:14 (4) Мађарског грађанског законика.

<sup>19</sup> §688. Шпанског грађанског законика.

<sup>20</sup> §663 Шпанског грађанског законика.

олографског тестамент),<sup>21</sup> или као вид надомештања завештаоачеве неспособности да тестира.

Овакво решење као компромис између стриктног концепта завештајне способности која се изједначава са пословном, и либералног концепта који завештајну способност дефинише шире од пословне, сматрамо оправданим, пре свега у контексту успостављања равнотеже слободе тестирања и правне сигурности. Наиме, степеновање завештајне способности према критеријуму доступности тестаментарних форми сматрамо прихватљивим видом ограничавања слободе тестирања из више разлога. Најпре, пружа се додатна правна заштита малолетним завештаоцима коју сматрамо друштвено оправданом и правно сврсисходном; овакав вид заштите видимо као противтежу шире постављеној слободи тестирања, посебно у случају снижења доње старосне границе завештајне способности, за коју се залажемо и која би требало да износи 14. година.

У појединим правима која су прихватила систем ограничене завештајне способности малолетника, ограничење је прописано у погледу *обима располагања* имовином за случај смрти, што је случај са француском правом. У овом правном систему способност добродоног располагања за случај смрти и завештајног располагања јединствено је регулисана.<sup>22</sup> Француски законодавац признаје ограничену завештајну способност малолетним лицима која су навршила шеснаест година живота.<sup>23</sup> Ограничење завештајне способности малолетника огледа се у томе што она могу завештајно располагати половином добара којима може располагати пунолетно лице за случај смрти.<sup>24</sup> Међутим, лице које је навршило шеснаест година живота и еманциповано је у складу са чл. 467. *Code civil*, може завештајно располагати целокупном својом имовином, баш као и пунолетно лице. Уколико малолетник у својству завештаоца нема рођаке закључно са шестим степеном сродства, тада такође има пуну завештајну способност.<sup>25</sup> У француском праву предвиђена је могућност тестаментарног располагања од стране лица под старатељством који може сачинити завештање уколико је способно за расуђивање.<sup>26</sup> Малолетно лице не може располагати завештајно у корист свог староца, осим уколико се у тој улози налази неко од његових предака.<sup>27</sup>

У правној теорији се ограничење завештајне способности малолетних лица у погледу обима располагања имовином за случај смрти оспорава. Сматра се да ако се неком лицу признаје завештајна способност, али само у односу на

---

<sup>21</sup> Упореди: Митић, М., *нав. чланак*, стр. 42, 43.

<sup>22</sup> Поглавље друго, чл. 901-912 Француског грађанског законика.

<sup>23</sup> Трпеновска, Ј.С., Мицковић, Д., Ристов, А., *Наследувањето во Европа*, Скопје, 2011, стр. 280.

<sup>24</sup> §904 (1) Француског грађанског законика:

<sup>25</sup> §904 Француског грађанског законика.

<sup>26</sup> §513 Француског грађанског законика.

<sup>27</sup> §907 Француског грађанског законика.

одређен део имовине, да то значи да се ипак сумња у његову способност тестирања.<sup>28</sup> Овакво становиште се делимично може прихватити. Наиме, овде није реч о томе да ли се сумња у завештаочеву способност тестирања, већ у то да ли ће он располагати на начин који се чини правичним са аспекта заштите интереса породице тестатора. Треба узети у обзир да овај вид ограничења завештајне способности није установљен у циљу заштите интереса лица којем се ово ограничење намеће, тј завештаоца (и које је као такво, по нашем мишљењу, једино оправдано са становишта његове правне сврсисходности), већ је предвиђено зарад заштите интереса трећих лица, тј. потенцијалних законских наследника у остваривању њихове правне наде у погледу стицања наследства. Из тих разлога сматрамо да се било какво непосредно ограничење у погледу обима завештајног располагања може окарактерисати као неоправдано ограничење тестаментарне слободе и задирање у суштину овог уставом зајемченог права.

Овакав концепт нормирања завештајне способности која је ограничена на различите начине, неспорно, има за последицу њено степеновање (слично пословној способности). Као аргумент против степеновања завештајне способности у правној доктрини се наводи да неко не може бити за исти правни посао "пола способан, а пола неспособан".<sup>29</sup> Како се истиче, неко лице или има одговарајуће вољне и интелектуалне квалитете, те је тестаментарно способно, или нема, па му тестаментарну способност треба ускратити у потпуности.<sup>30</sup>

Чини нам се да оваква аргументација која се генерално истиче против степеновања завештајне способности нема чврсто теоријско упориште, нарочито ако се има у виду могућност степеновања пословне способности где се као одлучујуће околности (критеријуми) степеновања узимају у обзир способност за расуђивање одређеног лица као и правно-економско дејство правног посла за учеснике.<sup>31</sup> Имајући у виду да је завештање једностран, добротин правни посао за случај смрти и као такав носи мањи или никакав ризик за остале учеснике правног промета, његов правни значај треба посматрати са аспекта интереса лица које је уложи завештаоца и спрам њега одредити потребан ниво душевне зрелости. У том смислу, степеновање завештајне способности према критеријуму доступних завештајних форми сматрамо оправданим, јер се спрам интереса лица у својству завештаоца процењује потреба за пружањем додатне правне заштите. При том не сматрамо да прописаним ограничењем долази до недопуштеног задирања у слободу

---

<sup>28</sup> Митић, М., *нав. чланак*, стр. 42.

<sup>29</sup> *Исто*.

<sup>30</sup> *Исто*.

<sup>31</sup> Ачански, Т., *Начини стицања пословне способности појединца*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/1981, стр. 163.



тестирања, јер се њим аутентичност изјављене воље фаворизује, и самим тим доприноси остварењу правне суштине слободе тестирања.

*Концепција непризнавања тестаментарне способности малолетника.* Иако припада групи германских права, швајцарско законодавство није прихватило концепт ограничене тестаментарне способности, већ је завештајна способност изједначена са пословном и стиче се са пунолетством. Од те животне доби сматра се да је лице способно да тестаментарно располаже својом имовином, у границама и у форми која је прописана законом.<sup>32</sup> Осим швајцарског права, правни системи у којима су изједначене завештајна и потпуна пословна способност јесу италијанско,<sup>33</sup> руско,<sup>34</sup> енглеско<sup>35</sup> и бугарско право<sup>36</sup>.

Полазећи од поистовећивања правних послова за случај смрти са правним пословима за живота, изводи се закључак о изједначавању завештајне и пословне способности. Према овој концепцији непризнавање завештајне способности малолетним лицима последица је одсуства њихове способности да располажу имовином за живота. За малолетнике се сматра да немају довољно развијену свест и вољу како би самостално диспонирали својом имовином, „а ту зрелост не могу стећи *ad hoc* само за случај сачињавања тестаamenta“.<sup>37</sup> Како је завештање лични правни посао код којег је заступништво искључено, сматра се да је једини логични закључак ускраћивање завештајне способности малолетним лицима.

По нашем мишљењу, овакав концепт нормирања завештајне способности негативно се одржава на слободу тестирања у мери да се може говорити о њеном прекомерном ограничењу, јер се знатно и неоправдано сужава круг лица која могу пуноважно тестирати. Присталице ове концепције оправдање за њено увођење налазе у карактеру правног посла завештања, истичући да он никако не представља акт мање важности у односу на друге правне акте, посебно имајући у виду да се завештајним располагањем мења законски ред наслеђивања и да се из тих разлога мора захтевати пунолетство, као и код располагања за живота.<sup>38</sup>

Овде бисмо указали на чињеницу да завештање, иако не представља редовни инструмент правног промета, свакако није акт мање важности у односу на друге правне послове, нарочите из перспективе самог завештаоца, имајући у виду да је у питању акт последње воље који потврђује значај и изузетност самог чина креирања тестаamenta. Дакле, његова важност у односу

---

<sup>32</sup> §467. Швајцарског грађанског законика, <http://www.servas.org>

<sup>33</sup> §591. Италијанског грађанског законика <http://ceflonline.net>

<sup>34</sup> §1118 (2). Грађанског кодекса Руске Федерације <http://www.russian-civil-code.com/>

<sup>35</sup> *Family Law Reform Act* (1969); <http://www.legislation.gov.uk>

<sup>36</sup> Чл. 59 *Zakona o dedovanju*, Uradni list SRS, бр. 15/76, 23/78, Uradni list RS, бр. 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 73/05); <http://zakonodaja.gov.si/>, 28. 08. 2020.

<sup>37</sup> Митић, М., *нав. чланак*, стр. 37.

<sup>38</sup> Благојевић, Б., *Наследно право у Југославији*, Београд, стр. 166.

на друге правне послове *inter vivos* се не оспорава, већ је суштина у томе да је у питању мање ризичан правни посао у односу на остале правне послове у редовном правном промету (што је последица његове правне природе и дејства *mortis causa*, о чему је већ било речи). У том смислу, уважавајући специфичну правну природу завештања, аргумент који се истиче у прилог непризнавања завештајне способности малолетним лицима - а то је да је реч о личном правном послу где је заступништво искључено, искористили бисмо као аргумент у прилог томе да малолетним лицима треба признати завештајну способност.

*Концепција потпуне завештајне способности малолетника.* Трећа концепција завештајне способности малолетника постављена је аналогно завештајној способности пунолетних лица. Према овој концепцији, малолетници имају потпуну тестаментарну способност, а стичу је са одређеним узрастом, пре оног предвиђеног за потпуну пословну способност. У законодавствима која су усвојила ову концепцију, различито је одређен узраст потребан за стицање тестаментарне способности. На пример, у праву Републике Српске потребно је да малолетник има петнаест година да би стекао завештајну способност,<sup>39</sup> у праву БиХ шеснаест година живота,<sup>40</sup> док је у Великој Британији та граница знатно виша - подигнута је на навршених осамнаест година живота.<sup>41</sup> Сва законодавства из ове групе за оба пола одређују исти узраст потребан за стицање завештајне способности. У погледу тестаментарне способности, малолетна лица се у потпуности изједначавају са пунолетним лицима.

За разлику од претходне концепције којом се малолетници изопштавају као учесници из правног промета *mortis causa*, јер им се у потпуности ускраћује могућност тестаментарног располагања, ова концепција има исто полазиште као и претходна, само што аргументација иде у супротном смеру, у прилог признавања завештајне способности малолетним лицима. Наиме, полази се од специфичне правне природе завештања као правног посла за случај смрти, истиче да је у питању акт мање важности, и на тој полазној претпоставци се темељи став о оправданости признавања потпуне завештајне способности малолетним лицима, одређеног узраста.

Оваквом гледишту у правној теорији упућује се критика уз аргументацију да се њиме меша узрок са последицом, па се зато садржај тестаментарне способности не може одређивати спрам карактера правног посла, јер сама способност није елемент правног посла, већ субјективна претпоставка његовог

---

<sup>39</sup> Види чл. 64 Закона о наслеђивању Републике Српске (Сл. гласник Републике Српске, бр. 1/2009);

<sup>40</sup> Види чл. 62. Закона о наслеђивању Федерације БиХ (Службене новине Федерације БиХ, бр. 80/2014.

<sup>41</sup> Bartholomeyzik, H., Schluter, W., *Erbrecht - Ein Studien Buch*, München; C. H. Beck's *Verlagsbuchhandlung*, 1980, стр. 95.

настанка.<sup>42</sup> Иако се ова констатација не може оспорити, природа правног посла свакако је од значаја за дефинисање домашаја способности за његово сачињавање. Она је, пре свега, опредељена каузом правног посла која се код завештања огледа у бесплатном располагању за случај смрти. Са друге стране, правни послови *inter vivos* усмерени су ка остварењу различитих економских циљева. Они се сматрају ризичнијим правним пословима па се за њихово склапање захтева већи степен зрелости и животног искуства у односу на завештајно располагање, па самим тим се и граница стицања пословне способности подиже на већи број година у односу на оне предвиђене за завештајну способност. Како завештање због своје природе представља правни посао са којим је скопчан миминалан или никакв ризик за завештаоца, уважавајући његов опозив карактер који је од значаја са аспекта уважавања његове воље коју може мењати до своје смрти, признавање потпуне завештајне способности малолетним лицима свакако говори у прилог шире слободе тестирања. У том смислу овај концепт има значајну предност у односу на концепт непризнавања завештајне способности малолетним лицима, али не и у односу на концепт ограничене тестаментарне способности малолетника путем форми. Наиме, њихова превентивна и заштитна функција иде у прилог осигурања правно релевантне последње воље малолетних лица и у значајној мери гарантује слободу тестирања која због недовољног животног искуства и мањег степена зрелости ових лица може бити лакше угрожена.

*Завештајна способност малолетника у српском праву.* У српском праву прихваћен је концепт потпуне тестаментарне способности малолетника, што значи да малолетно лице одређеног узраста може остварити право тестирања као и пунолетно, у пуном обиму, без ограничења у погледу форме тестаamenta, обима или врсте имовине којом располаже. Првобитно је доња старосна граница завештајне способности била шеснаест година,<sup>43</sup> да би доношењем актуелног Закона о наслеђивању из 1995. год. ова граница била снижена на петнаест година живота. Као основна смерница која је определила законодавца на овакве измене наводи се изједначавање са радном способношћу која се у нашем праву стиче са петнаест година, и која подразумева да малолетник, односно дете овог узраста може предузимати правне послове располагања својом зарадом и имовином коју је стекло сопственим радом.<sup>44</sup> Из тих разлога поједини аутору радну способност детета уподобљавају са делимичном пословном способношћу.<sup>45</sup> Аналогно овом решењу, а полазећи од специфичне природе правног посла завештања, малолетнику са навршених петнаест година живота признаје се право тестаментарног располагања својом имовином за

---

<sup>42</sup> Митић, М., *нав. чланак*, стр. 43.

<sup>43</sup> Чл. 64 Закона о наслеђивању ФНРЈ (Службени лист ФНРЈ, бр. 20/55), Чл. 59. Ст. 1. Закона о наслеђивању СР Србије (Службени гласник СРС, бр. 52/74, 1/80).

<sup>44</sup> Чл. 64 ст. 3 Породичног закона,

<sup>45</sup> Кларић, П., Ведриш, М., *Грађанско право*, Загреб, 2006, стр. 37.

случај смрти. У прилог ниже старосне границе завештајне способности говори и признавање малолетним лицима и неких других права која нису имовинскоправне природе, али представљају еманацију дететовог права одлучивања и права на развој, уважавајући степен његове зрелости с обзиром на узраст (право да одлучи са којим од родитеља ће живети,<sup>46</sup> коју средњу школу ће похађати<sup>47</sup> и права да да свој пристанак за предузимање медицинског захвата<sup>48</sup>).

### 3. Закључна разматрања

Владајуће концепције регулисања завештајне способности према објективном критеријуму тј. годинама старости које се фиксно одређују, стварају неоториву претпоставку да малолетна лица испод дефинисане старосне границе немају правно релевантну вољу да сачине завештање, тј. завештајно су неспособна, и обориву претпоставку да лице које је достигло законом дефинисану старосну доб није способно за расуђивање, па самим тим и завештајно неспособно.<sup>49</sup> Како изјава последње воље завештаоца подразумева постојање „одређеног степена зрелости, предострожности и осећаја праведности“, то значи да у сваком конкретном случају треба оцењивати испуњеност поменутих критеријима за пуноважност завештајног располагања.<sup>50</sup> Међутим, објективистичким приступом завештајној способности онемогућава се малолетним лицима која поседују ниво зрелости и разборитости за изјављивање правно релевантне последње воље, а не испуњавају објективну претпоставку завештајне способности, у погледу година старости, да пуноважно завештајно располажу. Дакле, критеријум за одређивање завештајне способности је одређен јединствено, за све малолетнике, тако да изостаје индивидуализација у утврђивању постојања способности за расуђивање адекватне послуге који се предузима, у сваком конкретном случају.

За дефинисање доње старосне границе завештајне и било које способности потребне за настанак пуноважног правног посла, одлучујућу улогу има природа правног посла и његов правно-економски значај, као друга објективна компонента која је дефинише. Наиме, што је правно - економски значај неког правног посла већи по његовог учесника, то се захтева и већи степен његове способности за расуђивање, што се јасно може видети на примеру ступњевитости - степеновања пословне способности.

---

<sup>46</sup> Чл. 60 ст. 4 Породичног закона.

<sup>47</sup> Чл. 63 ст. 2 Породичног закона.

<sup>48</sup> Чл. 62 ст. 2 Породичног закона.

<sup>49</sup> Ђурђић, Т., *нав. чланак*, стр. 571.

<sup>50</sup> Hagen, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Verlag C.H. Beck, стр. 1443.

Уколико се пође од специфичне правне природе завештања као личног, добродиног, опозивог правног посла за случај смрти, прописивање ниже доње старосне границе завештајне способности у односу на пословну способност потпуно је оправдана. Како је завештање добродин правни посао којим завешталац исказује љубав, пажњу, захвалност или незахвалност, није потребан онај ниво психичке зрелости као код теретних правних послова *inter vivos*, а ризик од несавесног поступања и угрожавања правног промета сведен је на минимум. Завештајно располагање може бити опредељено различитим мотивима и побудама усмереним ка остварењу циља, који у сваком случају није лукративни, тако да завешталац своју последњу вољу увек може опозвати. С друге стране, правни послови *inter vivos* производе правно дејство за живота њихових учесника, те се захтева већи ниво животног искуства, опреза и зрелости, тим пре што се ови правни послови не могу једнострано раскинути (осим у законом прописаним случајевима и под законом прописаним условима).

У прилог ниже старосне границе завештајне способности спрам пословне говори и чињеница да се у случају завештања за разлику од осталих (каузалних) правних послова, недостатак завештајне способности (способности за расуђивање) не може надоместити ангажовањем законског заступника. Тако, уколико неко лице није навршило законом прописане године за стицање завештајне способности или није способно за расуђивање, могућност сачињавања завештања ће изостати.

*Tamara Đurđić Milošević, Ph.D.,  
Assistant Professor*

## **LEGAL SCOPE OF TESTAMENTARY CAPACITY**

### ***Summary***

*One of the basic preconditions for the creation of a valid last will is the existence of the testator's testamentary capacity at the time of its creation. Defining the appropriate (lowest) age limit of testamentary capacity is a central problem when proscribing this institute. In order to determine a subjective component of testamentary capacity the following questions are supposed to be considered: first, should minors be granted the right to testamentary disposition? In the case of an affirmative answer to the previous question, the following arises - whether the testamentary capacity should be equated with the legal capacity, or graded according to the legal capacity, or limited according to different criteria (in terms of the scope*

*or subject of disposal, in terms of testamentary forms that are available to a minor, etc.), or arranged as a full testamentary capacity? It is necessary to observe the raised dilemmas from the aspect of the legal-political goal which are to be achieved by proscribing the lower limit of testamentary capacity. Finally, this analysis raises the question of finding the most appropriate way for establishing a balance between the testator's interests as an individual and his private-law autonomy, on the one hand, and general interests, on the other.*

**Key words:** *legal capacity, business capacity, testamentary capacity, reasoning ability (subjective component of testamentary capacity), objective component of testamentary capacity, testamentary capacity of minors.*