

УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ДРАГАН Д. ПАНТИЋ

***DONATIO MORTIS CAUSA* - РИМСКО ПРАВО
И СРПСКО ПРАВО**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Крагујевац 2014.

САДРЖАЈ

УВОД.....	9
ПРВИ ДЕО.....	19
<i>DONATIO MORTIS CAUSA</i> У РИМСКОМ ПРАВУ.....	20
1. ПОРЕКЛО <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i>	20
1.1. Библија.....	21
1.2. Арамејски папируси.....	24
1.3. Хамурабијев законик.....	27
1.4. Египатско право.....	29
1.5. Античко грчко право.....	30
1.5.1. Хомерско доба.....	31
1.5.2. Гортинско право.....	37
1.5.3. Спартанско право.....	42
1.5.4. Атинско право.....	44
1.5.5. Епиграфски извори из других делова античке Грчке.....	46
2. ПОЈАМ <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i>	50
2.1. Римско схватање појма <i>donatio mortis causa</i>	50
2.2. Основна обележја <i>donatio mortis causa</i>	54
2.3. Модерне дефинице <i>donatio mortis causa</i>	56
3. ОДНОС ИЗМЕЂУ <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i> И <i>DONATIO INTER VIVOS</i>	59
3.1. Наследноправна ограничења <i>donatio mortis causa</i>	61
3.2. Papinianus D. 39,6,42,1.....	63
3.3. Papinianus D. 39,6,42,pr.....	66
3.4. Scaevola D. 32,37,3.....	72
3.5. Paulus D. 31,87,4.....	77
4. <i>DONATIO MORTIS CAUSA PERICULO IMMINENTE</i> И <i>DONATIO MORTIS CAUSA SOLA COGITATIONE MORTALITATIS</i>	82
4.1. <i>donatio mortis causa periculum imminente</i>	82
4.2. <i>donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis</i>	85
4.3. Спор о постојању <i>donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis</i> у класичном праву.....	88
4.3.1. Приговори против постојања <i>donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis</i> у класичном праву.....	93
4.3.2. Докази који потврђују постојање <i>donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis</i> у класичном праву.....	98

5.	ВРСТЕ <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i>	104
5.1.	Класификација типова <i>donatio mortis causa</i> у литератури.....	104
5.2.	Реални <i>donatio mortis causa</i> који се реализује преносом својине.....	109
5.2.1.	Реални <i>donatio mortis causa</i> са непосредним преносом својине..	110
5.2.2.	Реални <i>donatio mortis causa</i> са суспензивно условљеним преносом својине.....	113
5.2.3.	Спор о класичној изворности две врсте реалног <i>donatio mortis causa</i>	117
5.2.3.1.	Разликовање два облика реалног <i>donatio mortis causa</i> у римским правним изворима.....	118
5.2.3.1.1.	Ulpianus D. 39,6,2.....	119
5.2.3.1.2.	Iulianus D. 39,5,1.....	121
5.2.3.1.3.	Ulpianus D. 39,6,29.....	124
5.2.3.1.4.	Inst. 2,7,1.....	127
5.2.3.2.	Спор поводом два облика реалног <i>donatio mortis causa</i> ...	129
5.2.3.3.	Оцена спора поводом два облика реалног <i>donatio mortis causa</i>	132
5.3.	Обећавајући <i>donatio mortis causa</i>	133
5.4.	Ослобађајући <i>donatio mortis causa</i>	136
6.	ПРАВНА ПРИРОДА <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i>	140
6.1.	Различита схватања правне природе <i>donatio mortis causa</i>	140
6.2.	Уговорна природа <i>donatio mortis causa</i>	142
6.2.1.	Бесплатност.....	144
6.2.2.	<i>Animus donandi</i>	146
6.2.3.	Двостраност.....	149
6.3.	Усклађивање <i>donatio mortis causa</i> са правилима наследног права....	152
6.3.1.	<i>donatio mortis causa</i> и правна правила која ограничавају слободу располагања.....	153
6.3.1.1.	<i>donatio mortis causa</i> и <i>lex Furia</i> и <i>Lex Voconia</i>	153
6.3.1.2.	<i>donatio mortis causa</i> и <i>lex Falcidia</i>	155
6.3.1.3.	<i>donatio mortis causa</i> и <i>lex Iulia et Papia</i>	158
6.3.1.4.	<i>donatio mortis causa</i> и <i>Actio Calvisiana</i> i <i>Actio Fabiana</i>	162
6.3.1.5.	<i>donatio mortis causa</i> и <i>Bonorum possessio contra tabulas</i>	165
6.3.2.	Однос између <i>donatio mortis causa</i> и института наследног права.	168
6.3.2.1.	Однос између <i>donatio mortis causa</i> и тестаментa.....	168
6.3.2.2.	Однос између <i>donatio mortis causa</i> и фидеикомиса.....	174
6.3.2.3.	Однос између <i>donatio mortis causa</i> и легата.....	181
7.	ОПОЗИВ <i>DONATIO MORTIS CAUSA</i>	190
7.1.	Опозив <i>donatio mortis causa</i> у класичном праву.....	191

7.1.1.	Право на опозив као карактеристика <i>donatio mortis causa</i>	191
7.1.2.	Iulianus D. 39,6,13-19.....	193
7.1.3.	Опозив <i>donatio mortis causa ex paenitentia</i>	197
7.1.4.	Опозив код <i>donatio mortis causa</i> међу супружницима.....	198
7.1.5.	Marcellus D. 40,1,15.....	199
7.1.6.	Право опозива у случају опоравка поклонодавца и у случају претходне смрти поклонопримца.....	200
7.1.7.	Мотивација поклонодавца код опозива <i>donatio mortis causa</i>	202
7.1.8.	<i>donatio mortis causa</i> са ограниченим или изостављеним правом на опозив.....	204
7.2.	Опозив <i>donatio mortis causa</i> у посткласичном праву.....	206
8.	DONATIO MORTIS CAUSA У ПОСТКЛАСИЧНОМ И ЈУСТИНИЈАНОВОМ ПРАВУ...	208
8.1.	<i>donatio mortis causa</i> крајем класичног и почетком посткласичног периода.....	209
8.2.	Константинова реформа.....	211
8.3.	<i>donatio mortis causa</i> у Јустинијановом праву.....	219

ДРУГИ ДЕО

ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ

1.	ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ.....	227
1.1.	ЕВРОПСКО КОНТИНЕНТАЛНО ПРАВО.....	227
1.1.1.	Немачко право.....	228
1.1.2.	Швајцарско право.....	231
1.1.3.	Аустријско право.....	233
1.1.4.	Француско право.....	235
1.2.	ЕНГЛЕСКО ПРАВО.....	237
1.2.1.	Порекло <i>donatio mortis causa</i> у енглеском праву.....	239
1.2.2.	Модерна концепција <i>donatio mortis causa</i> у енглеском праву.....	240
1.2.3.	Проширење концепције <i>donatio mortis causa</i>	242
1.2.4.	<i>donatio mortis causa</i> на непокретностима.....	243
1.2.5.	правна природа <i>donatio mortis causa</i> у енглеском праву.....	245
1.2.6.	Сличности између римског и модерног енглеског <i>donatio mortis causa</i>	247
1.3.	ЈЕВРЕЈСКО ПРАВО.....	248
1.3.1.	Поклон за случај смрти у раном јеврејском праву.....	249
1.3.2.	<i>Mattenath šakhiv mera'</i>	250

1.3.2.1.	Појам.....	251
1.3.2.2.	Форма.....	252
1.3.2.3.	Опозивање.....	252
1.3.2.4.	Пренос својине.....	254
1.3.3.	<i>Mesawweh mehameth mitha</i>	255
1.4.	ШЕРИЈАТСКО ПРАВО.....	257
2.	ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ.....	263
2.1.	Поклон за случај смрти у српском средњовековном праву.....	263
2.1.1.	Правила о поклону за случај смрти у Законоправили.....	263
2.1.2.	Правила о поклону за случај смрти у законодавству цара Стефана Душана.....	266
2.1.3.	Правила о поклону за случај смрти према Закону о рудницима деспота Стефана Лазаревића.....	277
2.1.4.	Примена правила о поклону за случај смрти након губитка самосталности средњовековне српске државе.....	281
2.2.	Правила о поклону за случај смрти у Српском Грађанском законнику.....	283
2.2.1.	Појам.....	285
2.2.2.	Карактеристике.....	287
2.2.3.	Однос СГЗ према Аустријском грађанском законнику.....	292
2.2.4.	Судска пракса.....	295
2.3.	Правила о поклону за случај смрти у послератној теорији и пракси.....	299
2.3.1.	Појам поклона за случај смрти у послератној теорији.....	301
2.3.2.	Карактеристике поклона за случај смрти у послератној теорији.....	307
2.3.2.1.	Одложни и раскидни услов	308
2.3.2.1.1.	Одложни услов.....	310
2.3.2.1.2.	Раскидни услов.....	313
2.3.2.2.	Принудно остварење поклона за случај смрти.....	314
2.3.2.3.	Опозивање поклона за случај смрти.....	320
2.3.2.4.	<i>Collatio Bonorum</i>	322
2.3.3.	Правна природа поклона за случај смрти.....	328
2.3.3.1.	Уговорна природа поклона за случај смрти.....	329
2.3.3.2.	Однос између поклона за случај смрти и легата.....	331
2.3.4.	Судска пракса.....	333

2.4. Поклон за случај смрти према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.....	337
2.4.1. Појам.....	338
2.4.2. Карактеристике.....	339
2.4.3. Форма.....	340
2.4.4. Одложни услов.....	344
2.4.5. Поклон за случај смрти као уговор закључен <i>intuitu personae</i>	345
2.4.6. Опозивост поклона за случај смрти.....	346
2.4.7. Накнада штете због једностраног раскида.....	350
2.4.8. Правна природа поклона за случај смрти.....	355
 ЗАКЉУЧАК.....	 359
СКРАЋЕНИЦЕ.....	377
ИЗВОРИ.....	378
ЛИТЕРАТУРА.....	380
ЗАКОНСКИ ТЕКСТОВИ.....	403

УВОД

Поклон за случај смрти има богату историјско правну традицију, али му је у нашем праву посвећена оскудна пажња. Овај правни институт у нашој земљи није регулисан позитивноправним прописима, али је побуђивао пажњу како предратних, тако и савремених аутора, који су сагласни да се ради о сложеној правној материји коју би требало регулисати за убудуће.

Предмет нашег рада је назначен у наслову тезе. То је *donatio mortis causa* у римском праву и српском праву. Тема потенцира истраживања о улози *donatio mortis causa* у римском праву, и развој овог правног института у српском праву, са посебним акцентом на утицају римског права на српско право. Изабраном темом и формулисањем проблема научног истраживања одређен је и сам предмет истраживања. Посматрајући у целини, предмет истраживања су правне границе института *donatio mortis causa*, и то истраживање је омеђено проучавањем *donatio mortis causa* у римском праву, упоредном праву и српском праву.

Тема која је предмет истраживања је нова, актуелна и није детаљније обрађивана у нашој правној теорији. Не постоје у домаћој романистици обимнији радови и монографије који су се детаљније бавили овом темом, нити постоје озбиљнија истраживања о поклону за случај смрти у српском праву. Стога сматрамо да постоји пуно научно и шире друштвено оправдање да се подробније обради овај правни институт.

Поклон за случај смрти, због своје сложености може се научно истраживати са различитих аспеката, што би зависно од приступа, захтевало примену одговарајућег метода. Приликом истраживања поклона за случај смрти, потребно је, најпре, сагледати његов историјски развитак у римском праву, а затим приказати развој тог правног института у српском праву. Притом је неопходно уочити утицај који је римско право остварило на српско право, почев од средњовековног српског права, па до савремених правних решења. Приликом таквог истраживања морао би се имати у виду утицај правних, економских, социолошких, политичких и религијских фактора. Зато је историјско-правни метод био један од основних метода приликом обраде ове теме. Како су истраживањем обухваћена и законодавства савремених правних држава, при чему ће

бити анализирана нормативна правна решења, то је нужно коришћење упоредноправног метода. У циљу утврђивања тачног смисла изворних текстова који помињу *donatio mortis causa*, потребно их је повезати са другим текстовима који обрађују овај институт, те у неким случајевима и са фрагментима за које се сматра да су интерполирани, при чему је неопходна примена филолошког метода. За разумевање услова у којима се одвијао развој поклона за случај смрти, неопходно је испитивање друштвених услова и вредности сваке етапе у којој је долазило до промена у његовом садржају и значењу. Због тога је у овом раду коришћен и социолошки метод. У другом делу овог рада предмет истраживања је поклон за случај смрти као грађанскоправна установа у српском праву, која је истражена и доктринарно објашњена пре свега са правног аспекта. Сходно томе, користиће се методи иманентни друштвеним наукама, као што су метод дескрипције и научне ескпликације. Пошто је у другом делу рада анализиран поклон за случај смрти у савременим правима, што подразумева интерпретацију позитивно-правних прописа, коришћен је догматско-правни метод. Овим методом анализирани су различити прописи, чија је примена релевантна за изабрану тему. Аксиолошким методом посебно су анализиране судске одлуке које су везане за правни институт поклона за случај смрти, што доприноси јаснијем одређивању појма, карактеристика и правне природе поклона за случај смрти у српском праву. Од логичких метода обраде грађе коришћени су дедукција, индукција и аналогија, како би се утврдиле опште карактеристике овог правног института, и извукли неопходни закључци.

Римско право је извршило утицај на већину савремених европских правних система, па тако и на српско право. Такав утицај је приметан почев од најранијег периода, када се српско право тек развијало под утицајем византијских правних зборника, па све до модерног српског права, које је прихватило изворна римска правила о поклону за случај смрти.

Посматрајући поклон за случај смрти са правног и правно-историјског аспекта, најпре смо покушали дати одговор на питање у којој мери је римско право утицало на развој поклона за случај смрти у упоредном праву, анализирајући такав утицај кроз све веће савремене правне системе. Потом, смо путем компаративне анализе, истраживали на који начин и колико је римска правна традиција учествовала у одређивању појма и обележја поклона за случај смрти у српском праву. Такво истраживање је неопходно

спровести кроз различите историјске периоде, да би се дошло до одговора да ли се савремено српско право и будућа законска регулатива ослањају на *donatio mortis causa* римског права, те да ли је и у ком правцу потребна доградња нашег правног система у сегменту законске регулативе поклона за случај смрти.

На теоретском плану, кроз истраживање најважнијих елемената – проучавања порекла, одређивања појма, разграничења у односу на донацију *inter vivos*, утврђивања његове правне природе, и решавања спорних питања у вези мотивације за сачињавање поклона и његове реализације преносом власништва, дефинисали смо карактеристике, обележја и практичну вредност *donatio mortis causa* у римском праву. Затим смо приказали упоредноправна решења, и утицај римског права на модерна законодавства у једном ширем аспект, док смо посебан акценат ставили на проучавању развоја овог правног института у српском праву, при чему смо назначили у којим сегментима се огледао утицај римског права на српско право и одредили критеријуме за такво уочавање, и на тај начин поставили научни систем излагања као структуралну окосницу овог научног рада. У разradi постављања проблема за сваки период који је предмет истраживања дали смо одговоре каквог је садржаја и обима утицај римског права на српско право, који му је основ и која сврха, те како се правнотеоријски поима и објашњава.

Значај ове теме такође се огледа и у потреби правног регулисања поклона за случај смрти у нашој предстојећој грађанској кодификацији, јер поклон за случај смрти још увек није законски регулисан у нашем праву. Имајући у виду интензивни рад на усвајању будућег Грађанског законика Републике Србије, одређеним предлозима и смерницама хтели смо да дамо и свој лични допринос, а посебно да укажемо на утицај и присуство изворног римског права у савременом српском праву.

На основу наведених теоријских поимања и објашњења, предмет истраживања биће научно презентиран кроз такву структуру излагања, где је рад подељен на два дела. Први део рада односи се на *donatio mortis causa* у римском праву, а други део на поклон за случај смрти у савременом праву, у оквиру кога се посебан значај посвећује проучавању даровања за случај смрти у српском праву.

Пре излагања о *donatio mortis causa* римског права, сматрали смо да је неопходно проучити порекло даровања за случај смрти. Притом, сматрамо да такво проучавање

треба обухватити развој поклона за случај смрти почев од најстаријих народа. Досадашњи радови о *donatio mortis causa* нису усмерили приоритет у истраживању ка проучавању порекла тог даровања. Истраживања су се углавном заснивала на ономе што је римска правна доктрина усвојила из грчког права. Притом је занемарено да су се неки облици *donatio mortis causa* појавили већ у најстаријим цивилизацијама. Одређене назнаке да се ради о поклону за случај смрти могу се пронаћи у Библији, али је спорно да ли се располагања мотивисана смрћу поклонодавца, која су садржана у самом тексту Библије, могу поистоветити са *donatio mortis causa* у римском праву. Арамејски папируси који потичу из V века пре нове ере садрже облике даровања који веома подсећају на *donatio mortis causa* римског права. Нека законодавства источњачких деспотија садрже одређена располагања за случај смрти која се могу упоредити са *donatio mortis causa* римског права. Даровања која садржи Хамурабијев законик имају велике сличности са *donatio mortis causa* римског права, док у египатском праву установа *imit-per* представља испољавање воље за случај смрти које у себи садржи како облике тестаментa, тако и елементе поклона за случај смрти. Коначно, у истраживању порекла *donatio mortis causa* основни акценат смо дали проучавању овог института у античком грчком праву. У вези са тим треба нагласити историјски значај и улогу коју је имало античко грчко право у развоју римског права, као и уопште целокупног римског друштва. Код истраживања поклона за случај смрти у старом грчком праву поставили смо одређене просторне и хронолошке оквири. Такво проучавање почиње од Хомерског доба, имајући у виду да су још римски правници у Институцијама (I. 2,7,1), и Дигестама (D. 39,6,1) наводили Телемахов поклон Пиреју из Хомеровог епа Одисеје, као школски пример *donatio mortis causa*. Истраживање смо даље усмерили ка проучавању поклона за случај смрти у гортинском праву и спартанском праву. О постојању поклона за случај смрти у Атини, као најразвијенијој држави античке Грчке, најзначајније податке су оставили антички песници, оратори и филозофи. Поклон за случај смрти је коришћен и у другим деловима античке Грчке, што се може утврдити анализом епиграфских и других расположивих извора.

Након проучавања порекла *donatio mortis causa*, прелази се на целину рада која се односи на научно истраживање *donatio mortis causa* у римском праву. Циљ овог рада није да се изворна документација, која је до сада доступна, анализира и кратко

коментарише у вези свих могућих предметних питања везаних за *donatio mortis causa* у римском праву. Тиме се не би постигао знатан напредак у односу на већ објављене радове романиста. Такође, настојали смо да не дискутујемо опширно о питањима која су већ детаљно обрађена, већ да се овај рад ограничи на приказ кључних питања везаних за практичну примену *donatio mortis causa*.

У важнија питања у вези са *donatio mortis causa* римског права спада неколико правних питања. Најпре је потребно одредити појам *donatio mortis causa*, при чему треба посебно нагласити схватање које су римски правници имали о даровању за случај смрти, а посебно приказати како модерни романисти дефинишу *donatio mortis causa*.

Други аспект анализе *donatio mortis causa* у римском праву биће усмерен ка утврђивању критеријума за разликовање овог поклона од поклона *inter vivos*. Пошто и *donatio mortis causa* као и обично даровање имају обележја бесплатности и воље за поклањањем, требало би утврдити њихову структуралну подударност односно различитост. Такво разликовање би, најпре, требало извршити према наследноправним обележјима које не поседују обични поклони, а које у себи садржи *donatio mortis causa*. Како су странке ради изигравања закона често прибегавале симуловању правних послова, то посебно треба узети као критеријум за разграничење намеру коју су странке имале приликом закључења правног посла, а не назив који су дале правном послу.

Једно од спорних питања које је присутно међу романистима тиче се мотивације поклонодавца приликом настајања *donatio mortis causa*. Првобитно се даровање за случај смрти сачињавало само код конкретне смртне опасности која је претила поклонодавцу - *periculum imminente*, међутим, већ у класичном периоду су се појавили и случајеви даривања без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*. У раду смо анализирали различита схватања романиста и кроз изворне текстове покушали да одговоримо на спорно питање да ли се *donatio mortis causa* у класичном праву морао односити само на конкретну животну опасност, или је даривалац могао поклонити одређену ствар без одређене смртне опасности, само размишљајући о људској смртности.

Donatio mortis causa није имао јединствену структуру, већ се остваривао кроз различите облике. Случајеви у којима се јавља *donatio mortis causa* су различити међу собом, и то

како према предмету, тако и према правним последицама. Римски правници нису извршили класификацију *donatio mortis causa* према врстама, али јесу уочили његове различите облике, што се најбоље може видети из Улпијановог текста D. 39, 6, 2. и Јулијановог текста D. 39, 5, 1. Модерна романистика је на различите начине покушала да изврши класификацију и прикаже различите врсте *donatio mortis causa*. Притом, је неспорно да је најзаступљенији био реални *donatio mortis causa* који се остваривао преносом својине, са подврстама у виду *donatio mortis causa* са моменталним извршењем и условљени поклон за случај смрти. Као спорно појавило се решавање проблема на који начин се обављала реализација *donatio mortis causa* преносом својине. Да ли се у класичном праву реални пренос својине обављао непосредном предајом ствари уз раскидни услов, или је подједнако било примењиво и извршење преноса имовине уз одложни услов. Пре него што смо заузели наш став о овом проблему изложили смо стање спора у литератури, као и мишљење које су римски правници имали у вези овог спорног питање, ослањајући се на стање у изворима. Иако се у изворима најчешће налази *donatio mortis causa* који се остваривао реалним путем, сматрамо да треба као посебне облике приказати и обећавајући и ослобађајући *donatio mortis causa*.

Правна природа *donatio mortis causa* је специфична јер је он у себи садржао и уговорна и наследноправна обележја. Како је правна природа *donatio mortis causa* је била предмет многих теоретских дискусија, у раду смо најпре изложили стање у литератури, а затим смо посебно приказали уговорна и наследноправна обележја *donatio mortis causa*. Уговорна обележја која садржи поклон за случај смрти су бесплатност, *animus donandi* и двостраност, које карактеристике садржи и *donatio inter vivos*, чиме се уочава сличности између њих. Наследноправна обележја раздвајају *donatio mortis causa* од обичног поклона. Усклађивање *donatio mortis causa* са институтима наследног права започето је већ у преткласичном периоду, а завршило се у Јустинијановом праву, када је дошло скоро до потпуног изједначавања поклона за случај смрти и легата. Процес подвргавања *donatio mortis causa* правилима наследног права, посебно треба анализирати кроз однос који је настајао између даровања за случај смрти и различитих наследноправних института. Најстарије усклађивање *donatio mortis causa* са наследноправним институтима настало је проширивањем ограничења *Lex Furia* и *Lex Voconia* на поклон за

случај смрти. Ограничење способности за пријем наслеђа кроз *leges Iulia et Papia* примењивано је и на *donatio mortis causa*, што је било предмет наше анализе. Право на нужни део је један од најзначајнијих елемената наследног права, те смо анализирали какав је био утицај *lex Falcidia* - закона који је био прописан ради заштите нужног дела, на *donatio mortis causa*. Даље смо анализирали и однос између *donatio mortis causa* и ограничења у слободи располагања имовином од стране ослобођеника, која је патрон могао установити помоћу *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana*. Посебно смо приказали однос између *donatio mortis causa* и наследноправних института. Пошто је један од најважнијих института наследног права тестамент, то смо сматрали за потребно анализирати и однос тестаментa и *donatio mortis causa*. На *donatio mortis causa* су се могли наложити фидеикомиси, те је потребно испитати случајеве у којима се то могло остварити. Коначно, правила Јустинијановог права су скоро потпуно поистоветили *donatio mortis causa* са легатима, те смо кроз анализу њиховог односа покушали дати одговор на питање да ли се *donatio mortis causa* у завршној фази свог развоја потпуно изједначио са легатима, или је и даље у себи имао нека уговорна обележја.

Право на опозив је битна карактеристика *donatio mortis causa*, и она је његово основно обележје. Мотивација код *donatio mortis causa* је битно другачија него код обичног поклона, јер поклонодавац не жели да се дефинитивно одрекне поклоњене ствари. Стога смо, најпре, изложили правила о опозиву даровања у класичном праву, при чему смо приказали случајеве са ограниченим или изостављеним правом на опозив, пружили доказе за класично право на опозив, и посебно анализирали право на повраћај у случају опоравка поклонодавца или преходне смрти поклонопримца. Еволуција у развоју *donatio mortis causa* довела је до тога да у посткласичном праву буде примењив опозив по слободној вољи, без неких додатних услова. И поред става једног дела теорије да је слободан опозив *donatio mortis causa* настао тек у Јустинијановом законодавству, презентирали смо доказе у изворима који су указивали да право на слободан опозив, ипак, није искључиво Јустинијанова творевина, већ да је тај процес започео већ у класичном праву.

Даровање за случај смрти је имало свој развојни пут, који се некад додиривао са обичним поклоном а некад се одвијао независно од њега. У раду смо покушали да одговоримо на нека спорна питања у вези завршне фазе развоја *donatio mortis causa* које

се спроводила у посткласичном и Јустинијановом праву. Једно од спорних питање је да ли се Константинова реформа даровања, којом је поклон од каузе других правних послова постао типичан правни посао, односила само на поклоне међу живима, или је обухватила и *donatio mortis causa*. Неспорно је да се еволуција даровања за случај смрти окончала у Јустинијановом праву, када је *donatio mortis causa* подвргнут правилима која су важила за легате. Међутим, спорно је да ли је дошло до њиховог потпуног изједначавања или је *donatio mortis causa* и даље задржао неке уговорне особености које га одвајају од наследноправних установа.

Други део рада посвећен је истраживању *donatio mortis causa* у савременом праву. Сматрамо да би било непотпуно само проучавање *donatio mortis causa* у римском праву и његов утицај на српско право, уколико не бисмо приказали правце развоја даровања за случај смрти у најзначајнијим упоредним правним системима. На тај начин се јасније може уочити снажан утицај који је римско право извршило на готово све савремене правне системе. Због обима рада обухваћена су само нека од најважнијих законодавстава. У оквиру европског континенталног права приказали смо правила о поклону за случај смрти у законодавствима Немачке, Аустрије, Швајцарске и Француске. Земље европског континенталног права су своја национална законодавства развијали на темељима римског права, те је у тим државама утицај римског права и највећи.

Од европских земаља посебно смо детаљно изложили поклон за случај смрти у Енглеском праву. За то постоје вишеструки разлози. Енглеско право је родоначелник англосаксонског права, које услед културних и историјских чинилаца има утицаја у трећини светских законодавстава. Иако римско право има мало додирних тачака са енглеским правом, јер је утицај римског права у прошлости сузбијан и законским мерама спречаван, значајна је чињеница да се правила о поклону за случај смрти у енглеском праву у потпуности темеље на рецепцији римског права.

Детаљније смо изложили и правила о поклону у јеврејском праву. Оправдање за то смо пронашли у чињеници да је јеврејско право имало релативно самосталан развојни пут, да је настало много пре хришћанства, и да до сада није довољно истражена међусобна повезаност јеврејског права са римским правом, а самим тим и са савременим правним системима који у основи имају римско право.

Коначно, упоредно правни преглед правила о поклону за случај смрти не би био потпун без приказивања стања у подручју шеријатског права. У раду је посебно истражен правни институт *vasijjet*, који је специфичан по својој правној природи јер у себи садржи како обележја тестамена, тако и неке карактеристике поклона за случај смрти.

Посебан правац истраживања је усмерен на проучавање правних граница поклона за случај смрти у српском праву, уз наглашени значај утицаја римског права на српско право. Такав утицај ће се анализирати кроз различите историјске етапе, почев од средњовековног српског права, па до савремених правних решења.

Предмет истраживање је утицај који је римско право остварило на словенске народе почев од најранијег периода и досељавања на ове просторе. Како је на овој територији већ вековима постојао устројени римско-византијски друштвени и правни систем, то су временом и досељени Срби почели прихватати такве културне и правне тековине. Нарочито је рецепција римског права постала снажна у периоду након прихватања хришћанства. Тада је српски народ је дошао у непосредни додир са византијским црквеним правом, те је на тај начин и римско-византијско право у облику црквеноправних компилација и зборника, доспело у правни живот средњовековне Србије. Значајне заслуге за продор римског права на територију наше земље припадају архиепископу Сави, који је био творац Законоправила, насталог 1219. године под утицајем византијског правног зборника – Прохирона. Тиме су одредбе о даровању из римског права пренете у српско средњовековно право. Римско-византијска правила о поклону, преузета у Законоправилу, под утицајем Прохирона, наставила су да се примењују у законодавству цара Стефана Душана, и остала су у практичној примени у српском народу наредних неколико векова, и поред пропасти српске средњовековне државе. Доласком турске власти престала је да постоји српска држава, али је њено законодавство наставило да живи у виду правних правила која су Турци дозволили цркви да примењује у уређивању грађанскоправних односа српских поданика.

Српски грађански законик из 1844. године је настао под утицајем Аустријског грађанског законика, али код уређивања поклона за случај смрти СГЗ није прихватио становиште заступљено у АГЗ да је даровање за случај смрти хибридни правни институт који у себи садржи и елементе уговора и елементе легата. Прихваћена је само она одредба која на поклон за случај смрти примењује правна правила прописана за легате. Тиме је

изражено схватање блиско римском праву Јустинијановог периода. Такав став је углавном заступала и судска пракса, мада су се у мањем броју појављивала и другачија решења, где су у неким одлукама судови закључивали да поклон за случај смрти осим наследноправних има и уговорних обележја

У послератном периоду није био законски нормиран поклон за случај смрти и постојала су многа лутања у вези регулисања овог правног института. То се пре свега односи на правну природу поклона за случај смрти у српском праву, која је у домаћој правној доктрини спорна, и предмет је теоретских дискусија. Наиме, позитивна правна теорија поклон за случај смрти схвата искључиво као уговор, са посебном погодбом да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца, на који се имају применити сва правила која се односе на редовни поклон. Међутим, такво схватање поклона за случај смрти се разликује од теоретског појма *donatio mortis causa* римског права, које је поклон за случај смрти сматрало правним институтом који се налази између уговора и легата.

Будућа законска регулатива поклона за случај смрти у српском праву, која се изражава кроз Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, приближава теоретско схватање правне природе овог правног института изворном схватању *donatio mortis causa* у римском праву. Ово из разлога што предложена неограничена могућност располагања поклоном и опозивост даровања по слободној вољи, више одговарају наследноправним располагањима, и нису у складу са послератним теоретским схватањем поклона као уговора. Тиме се још више потврђује чињеница да је утицај римског права од пресудног значаја за правно-теоретско поимање овог правног института у српском праву. У вези са наведеним, сврху овог истраживања треба тражити у проучавању и сагледавању утицаја римског права на правно-теоретску изградњу појма поклона за случај смрти у српском праву. Такав развој се мора посматрати свеобухватно кроз дужи временски период почев од средњовековног српског права, па све до правних решења која се предлажу ради нормирања овог правног института у српском праву *de lege ferenda*.

Ово истраживање поред теоретског има и свој практични циљ, јер научноистраживачки резултати до којих се буде дошло овим истраживањем могу послужити нашем

законодавцу као смерница за регулисање овог правног института у нашем будућем грађанском законодавству.¹

¹ аутор је своје предлоге за регулисањем поклона за случај смрти у будућем Грађанском закону изнео на XXV Конгресу Копаоничке школе природног права – „Право и морал“, Копаоник 13-17.12.2012.г. у раду „Поклон за случај смрти у српском праву *de lege ferenda* – појам, карактеристике и правна природа“, (објављено у: Правни живот, број 10/2012, стр. 801-816.). На предлог уредника катедре „Право на имовину“ проф. Слободана Перовића, проф. Миодрага Орлића и проф. Оливера Антића, (који су уједно ангажовани и у Комисији за изради будућег Грађанског законика, као председник и чланови комисије) ставови аутора су добили општу подршку учесника Конгреса и ушли су у поруке Завршног документа Конгреса. (Завршни документ: опште констатације, уводна реч, поруке, Копаоничка школа природног права, Двадесетпети сусрет, Копаоник-Београд 2012, стр. 70-71.)

ПРВИ ДЕО

***DONATIO MORTIS CAUSA* У РИМСКОМ ПРАВУ**

1. ПОРЕКЛО *DONATIO MORTIS CAUSA*

Досадашња истраживања нису у довољној мери посветила пажњу пореклу поклона за случај смрти. Таква проучавања су се углавном заснивала на ономе што је римска правна доктрина усвојила из грчког права. То је познати случај Телемаховог поклона Пиреју из Хомеровог епа Одисеја. У том даривању је римска правна наука препознала класичан случај *donatio mortis causa*, те је тако он нашао место у Јустинијановим институцијама (I. 2,7,1), и Дигестима (D. 39,6,1 *Marcianus*). Углавном сви романисти који су се озбиљније бавили институтом *donatio mortis causa*, у својим истраживања наводе овај пример из Хомеровог епа, као и развој овог правног института кроз ране фазе римске правне историје.² За разлику од оваквих непотпуних истраживања, у овом раду смо више пажње посветили раном развоју поклона за случај смрти, и то у периоду пре настанка, а свакако пре пуног правног развитка *donatio mortis causa* у римском праву. Такво истраживање нужно мора да обухвати најстарије цивилизације, са циљем да се проучи располагање за случај смрти у законодавству источњачких деспотија, и у различим полисима и епохама античке Грчке.

Проучавајући порекло поклона за случај смрти, основну пажњу смо усмерили на проучавање овог института у античком грчком праву, које је извршило снажан културни утицај на развој римског друштва, јер је оно кроз историју својим високим достигнућима претходило римском праву, и послужило му је у многим областима као узор. Најпре, смо пажњу посветили Хомерској епохи где су као правно-историјски извори послужили Хомерови епови Одисеја и Илијада, и где је описан већ поменути поклон Телемаха Пиреју. Након тога смо проучили поклон за случај смрти у Гортинском праву, Спартанском праву, Атинском праву, као и у другим деловима античке Грчке. Међутим,

² Amelotti, M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953, 49-79; Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania 1950, 145-190; Senn, F., *Études sur le Droit Obligations, Tome premier, I: Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris 1914, 19-39; Simonius, P. *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, 240-244., Tort Mortorell Llabres, C. *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 33-52, Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 21-24, Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, Santiago de Compostela 2012, 107-142.

истраживање порекла поклона за случај смрти не би било потпуно уколико би се акценат ставио само на проучавању овог института у грчком античком праву. Неопходно је проучити развој овог правног института и у другим старим друштвима, а пре свега уочити његове трагове у вавилонском и египатском праву. Нека обележја даривања која подсећају на поклон за случај смрти се могу уочити у Библији, мада је спорно да се таква даровања могу поистоветити са поклоном за случај смрти из римског права, док се у арамејским папирусима из V века пре нове ере већ могу уочити конструкције које веома подсећају на *donatio mortis causa* римског права. Све ово нам указује да је поклон за случај смрти веома стари правни институт, чији корени потичу из далеке прошлости, и који се упоредо развијао у многим старим друштвима, што је представљало претходно полазиште и основу на којој се у римској правној науци развио *donatio mortis causa*.

1.1. Библија

У правној теорији постоји дилема да ли се у Библији могу пронаћи почетна обележја поклона за случај смрти, као клица из које се касније развио овај правни институт. Неки теоретичари су мишљења да се почетни облик *donatio mortis causa* може наћи у Библији, односно у текстовима Старог Завета. У прилог доказивања такве тврдње спомиње се више текстова у Старом завету, које ћемо овде презентирати.³

Најпре, налазимо један случај у Другој књизи Самуиловој, где се говори о Ахитофеловом уређивању ствари у свом домаћинству припремајући се да изврши самоубиство:

„Ахитофел , видећи да се не прими његов савет, оседла свог магарца и пође кући у свој град. Даде наредбу за своју кућу и удави се. Тако он умре. Сахранише га у гробу оца његовога.“⁴

У Првој књизи о Краљевима се говори се о Давидовом давању последњих упутстава Соломону у вези религије и политике:

„Кад Давиду дође време да умре, он даде заповести своје Соломону, сину своје говорећи: Ја идем на пут којим иде све на земљи. Буди храбар и буди човек. Држи

³ превод текстова из Библије преузет је из: Библија или свето писмо, превео Лујо Бакотић, Београд 1988.

⁴ 2 Sam. 17.23.

заповести Јехове Бога свога, ходећи путевима његовим и држећи законе његове, наредбе његове, судове његове...⁵

У Књизи Сираховој налази се текст где се даје упутство за последње дане живота.

„Када се дани живота заврше, на дан смрти расподели имовину“⁶

Такви примери се могу наћи и у Другој Књизи о Краљевима, где Језакије саветује Исаија да треба средити ствари у домаћинству у очекивању скоре смрти:

„У то време разболе се Језекија на смрт. К њему дође пророк Исаија, син Амосов, и рече му: Овако говори Јехова: Нареди за дом свој, јер ћеш умрети, нећеш више живети.“⁷

На три места у Књизи Постанка, налазимо на случајеве где Јаков благосиља, наређује и опомиње своје синове, али без конкретног спомињања расподеле имовине:

„Затим им даде ову заповест: кад се приберем к роду своме, сахраните ме код оцаца мојих у пећини која је на њиви Ефрона Хетејца... Кад Јаков изговори заповести синовима својим, испружи ноге своје на постељу и умре, и би прибрен к роду своме... И они поручише Јосифу: отац твој даде пре смрти своје ову заповест...“⁸

У Књизи Постанка на више места налазимо текстове који се баве наслеђивањем. Тако имамо случај где је Аврам је даровао синове које је имао са љубавницама и још за живота их опремио и послао далеко од сина Исака:

„...а синовима својих иноча даде Аврам дарове и још за живота свога опреми их далеко од Исака, сина свога, на исток, у источни крај.“⁹

Затим налазимо потврду да се законита деца имала већа наследна права од синова од љубавница, односно наследна права ванбрачно рођене деце су зависила од воље оца:

„ И рече Авраму: Отерај ову робињу са сином њезиним, јер син ове робиње неће бити наследник заједно са мојим сином, са Исаком“¹⁰

⁵ | К 2.1.

⁶ Sirach 33.23.

⁷ 2 К.20.1.=Isa.38.1.

⁸ Gen. 49.29, 49.33 , 50.16

⁹ Gen. 25,6

Да су законита деца била су у предности приликом наслеђивања, потврду налазимо у још једном тексту из књиге Постанка:

„Аврам даде све своје имање Исаку“¹¹

Из текста у Другој Књизи Летописа видимо да се осим имовине распоређује и наследство царске круне, где предност припада прворођеном детету.

„И отац им даде велике дарове, сребра и злата и скупочених ствари с утврђеним градовима у земљи Јудиној; царство пак даде Јораму, јер беше првенац“¹²

У вези предности код наследства прворођеног детета говори и други пасус у Поновљеним Законима, где је оцу онемогућено да крши таква правила:

„Онда кад дође време да подели синовима своје имање, он не може првенцем учинити сина од миле преко сина од немиле који је првенац; него ће за првенца признати сина од немиле и даће му два дела имања свога, јер је он почетак силе његове; његово је право првенаштва.“¹³

Одређене случајеве даривања налазимо у Језакији, где оставилац одмах чини дар својим синовима:

„Овако говори Господ, Вечни: ако кнез преда од свог наследства дар некоме од својих синова, тај дар ће припадати синовима његовим, то ће бити њихова својин, као њихово наслеђе.“¹⁴

Они имају предност у наслеђивању имовине од свог оца, нарочито у односу на поклоне учињене слугама, који су били подложни враћању:

„Али, ако он преда дар од свог наслеђа којему од својих слугу, тај дар ће бити његов до опросне године, а онда ће се вратити кнезу. Само ће синови његови држати оно што им је он дао из свог наслеђа.“¹⁵

¹⁰ Gen. 21,10.

¹¹ Gen. 25,5.

¹² 2 Chr. 21.3.

¹³ Deut. 21.16-17.

¹⁴ Ezek. 46.16.

¹⁵ Ezek. 46.17.

Осим даровања за живота, оставилац може чинити и расподелу по последњој вољи.

„Кнез неће узимати ништа од наслеђа народа, он им неће одузимати оно што је њихово. Оно што буде дао у наслеђе својим синовима узеће од сопствене имовине, да нико од мог народа не буде истеран са свог поседа.“¹⁶

Овакви текстови су били предмет теоретске дискусије јер су поједини теоретичари покушали да их повежу са почетним облицима поклона за случај смрти, наводећи као аргуменат да се у њима чини распоред са имовином узроковано размишљањем о смрти.¹⁷ С друге стране се сматра да се овде ради само о расподели имовине међу наследницима, где нема свих неопходних елемената даровања за случај смрти, те да такво даровање није компаративно оним какве налазимо у старом јеврејском праву или код римског *donatio mortis causa*.¹⁸

Анализирајући наведене текстове можемо закључити да у самом тексту Библије нема директног спомињања даровања за случај смрти, те иако постоје одређена места која се тичу наслеђивања и уређивања наследних удела, сматрамо да не постоји доказ о даровању узрокованом размишљањем о смрти, који би био по основним обележјима био сличан *donatio mortis causa* римског права.

1.2. Арамејски папируси

Најранија позната постојећа збирка правних докумената јеврејског порекла потиче из V века пре нове ере. Ради се о арамејским папирусима из Елефантина, са територије на југу границе са Египтом, написаних на арамејском језику.¹⁹ Претпоставља се да се ради о малој изолованој заједници јеврејског порекла, и вероватно да се првобитно радило о војном гарнизону, који је имао одређену аутономију у организовању друштвеног живота и примени закона. Правна правила која се налазе у папирусима у највећем броју случајева се односе на Јевреје, што може указати да се ради о примени старог јеврејског

¹⁶ Ezek. 46.18.

¹⁷ Gulak, A. *Das Urkundenwesen im Talmud im Lichte der griechisch – aegyptischen Papiry und des griechischen and roemischen Recht*, Jerusalem 1935, стр. 126.; Hercog, I., *Main Institutions of Jewish Law, I*, London 1936, 297.

¹⁸ Yaron, R. *Gift on contemplation of death in Jewish and Roman Law*, Oxford, 1960, 10.

¹⁹ У раду ћемо користити текстове из арамејских папируса који су објављени код: Cowley, A. *Aramaic Papiry of the Fifth Century B.C.* 1923(-AP); Krealing, E.G. *The Brooklyn Museum Aramaic Papiry*, 1953.(P.Brooklyn)

права. Међутим, за такву констатацију нема директних доказа, јер је таква заједница сигурно морала бити под јаким утицајем околних земаља, пре свега Египта и земаља Оријента.²⁰

У арамејским папирусима у вези наслеђивања између супружника налазимо форму одређених споразума који су сачињени при размишљању о смрти. У њима се спомиње могућност умирања мужа и правима жене, али и могућност смрти жене, где се говори о правима мужа. Из садржаја докумената произилази да су права мужа нешто већа од права жене. Муж након смрти жене задржава сва права на имовини, док жена након смрти мужа остаје само уживалац на имовини.²¹ Пример за то је писмени акт у коме се наводи да након смрти свог супруга, удовица има право на уживање имовине само док се не преуда. Уколико се преуда задржаће само своју имовину, док ће остала имовина бити предата законским наследницима њеног покојног супруга.²² Из ових докумената се види да су права мужа су јасно утврђена и супериорна у односу на права жене. Закљученим брачним уговором штите се права удовице на наслеђеној имовини, јер би у супротном имовина била враћена мужевљевим законским наследницима.²³

Овакви документи који по карактеру представљају један облик брачних уговора чињени су само у специфичним ситуацијама, уколико нема живе деце у тренутку смрти једног од супружника. Нема сачуваних података како су решавани случајеви када су наследници осим преживелог супружника била и њихова деца. Извесно је да она нису лишавана наследних права, већ су иста права остваривали на основу закона или обичаја.²⁴

У арамејским папирусима налазимо и неколико случајева даровања са тренутним дејством. У њима уочавамо случајеве даривања где се чини унапред расподела имовине размишљајући о смрти.²⁵ Таква расподела имовине обухвата и случајеве даривања имовине женској деци у случају смрти оца.²⁶

Карактеристичан случај оваквих даривања налазимо у једном документу из 434. г. п.н.е. где извесни Анани одмах поклања половину куће жени Тамут, док је одредио да ће

²⁰ Yaron, R. *Gift in contemplation of death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960, 12.

²¹ A.P., 15; P.Brooklyn, 7

²² P.Brooklyn, 7

²³ Freund, L. *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, XXI 1907. стр. 177.

²⁴ Yaron, R. „Aramaic Marriage Contracts: Corrigenda and Addenda“, *Journal of Semitic Studies*, V/1960, 66.

²⁵ A.P. 8; P.Brooklyn 4, 6, 10.

²⁶ P.Brooklyn 4, 6

другу половину куће, у случају његове смрти, наследити њихово двоје деце - Палти и Јехојишма, који ће имати предност у односу на друге наследнике.

„И чак шта више, уколико ја, Анани, умрем у стотој години, Палти и Јехојишма, обоје моја деца, имаће моћ над мојом имовином, оном која буде преостала. Други људи, моја мајка и мој отац, браћа или сестре, или било која друга особа неће имати моћ над овом кућом – ниједним њеним делом – него моја деца коју си ми родила.“²⁷

У арамејским папирусима се могу пронаћи и поклони чије је дејство одложено до поклонодавчеве смрти. Тако у једном спису из 404. године п.н.е. наилазимо на исте странке као у претходном случају. Отац Анани поклања кћерки Јехојишми половину своје куће у очекивању своје смрти у знак захвалности због пажње коју му је пружила.

„Ја, Анани, дајем Јехојишми, мојој кћерки, док ми се смрт примиче, јер ме је тако лепо пазила у старости када више нисам могао да радим својим рукама. Чак шта више дајем јој по својој смрти.“²⁸

Овакав поклон је поклонодавац прогласио неопозивим, те да нико не може да промени његову вољу.

„нико неће моћи да говори против овога, старим или новим документом, јер је овај документ који сам направио једини пуноважан.“²⁹

Текстови који се налазе у Арамејским папирусима указују да се ради о различитим спорним питањима везаним за распоређивање имовине у вези са размишљањем о смрти. Даровања која се спомињу у текстовима садрже основна обележја *donatio mortis causa*. Таква обележја се огледају у томе што се даровања чине размишљајући о смрти, а чије дејство наступа тек након смрти поклонодавца. У таквим даровањима се не налазе сви структурални елементи које садржи *donatio mortis causa* римског права или даровање за случај смрти у савременим правима, али се могу уочити његова основна обележја. Овакав почетни облик *donatio mortis causa* био је познат и другим старим народима, и на таквим основама ће се у каснијим временима надограђивати овај правни институт до свог пуног развитка у римском праву.

²⁷ P.Brooklin, 4, 18-20

²⁸ P.Brooklin, 9, 17-18

²⁹ P.Brooklin, 9, 21

1.3. Хамурабијев законик

Вавилонија се из мале заједнице на Еуфрату, временом развила у значајан град-државу, и важан трговачки центар. Најзначајнији владар Вавилона био је цар Хамураби, који је у XVIII веку п.н.е. успео да територијално прошири државу и преко граница старе Месопотамије. Најзначајнији правни споменик старог Истока био је Хамурабијев законик, који је релативно касно доспео у жижу научне јавности, јер је пронађен тек 1901. године у месту Сузи, у данашњем Ирану. Писан је клинастим писмом на каменом стубу и садржи укупно 282 члана. Начин и форма који се користе у тексту Законика указују на завидну правну технику. Прописи који се налазе у Законику односе се на световно законодавство и нису свеобухватно регулисали одређену правну област. Углавном су у Законику регулисана појединачна правна питања са којима су се најчешће сусретали у пракси.

Оставилац је могао да сачини распоред имовине којим утиче на законску расподелу. У пракси је често коришћена адопција, уколико је оставилац није имао деце или је желео да његову имовину наследи неко лице ван круга породице. Уколико би му се након тога родило дете, могао је да раскине усвојење, уз обавезу да обештети усвојеника са трећином покретне имовине која припада детету, док је непокретна имовина остајала у кругу породице.³⁰

Битна обележја поклона за случај смрти налазимо у чл. 150. Хамурабијевог законика, који гласи:

„Ако неко својој жени поклони поље, башту, кућу, и о томе јој изда исправу (таблицу), после смрти њеног мужа њена деца да јој ништа не оспоравају; она то може оставити после своје смрти једном сину, коме хоће, не мора дати ком другом брату (њених синова). „³¹

Из наведеног текста се види да су код оваквог даровања присутни углавном сви битни елементи поклона за случај смрти. Наиме, у питању је формални правни посао, јер је

³⁰ Аврамовић, С. у: Аврамовић С, Станимировић, В. *Упоредна правна традиција*, Београд 2009, 77.

³¹ Марковић, Ч. *Законик Хамурабија*, Београд 1925, 46.

прописано да се о даровању има сачинити исправа. Таква исправа се сачињавала у виду глинене таблице, што је то време представљао материјал на коме се писало. Овакав формални правни посао је двострани, јер оставилац обавезан да сачини даровање у писаном облику и преда га обдаренику. Активна улога обдреника се огледа у пријему таблице са уписаним даром, односно у прихватању даровања. Правно дејство даровања је одложено до смрти поклонодавца, што је у тексту законика јасно наглашено. Тек након смрти оставиоца из његове оставинске масе се издваја поклон и предаје жени, при чему нико од његове деце, као његових најближих наследника, такав поклон не може оспоравати. Предајући поклон жени, поклонодавац јој омогућава сва права на поклоноњеној имовини, па и право да може исто тако начинити поклон за случај своје смрти и оставити поклоњену ствар најмилијем сину.

Обележја поклона за случај смрти налазимо и у чл. 165. Хамурабијевог законика, који гласи:

„Ако неко своме сину, првом свога погледа (кога претпоставља) поклони поље, башту и кућу, и о томе му изда исправу; ако после отац умре и браћа деле, тај син задржаће поклон који му је отац дао, а преко тога делиће на једнаке делове.“³²

У овом члану се такође могу уочити сви битни елементи поклона за случај смрти, који је формални правни посао, јер се мора о даровању сачинити таблица. Ради се о двостраном правном послу јер оставилац обдареном сину предаје таблицу о дару, који поклон он прихвата. Међутим, правно дејство поклона наступа тек након оставиочеве смрти, када се поклон изузима из наследне масе оставиоца и уручује поклонопримцу, док остали његови синови, као најближи законски наследници немају права на том поклону.

У наведеним члановима 150. и 165. Хамурабијевог законика су јасно наглашена скоро сва најважнија обележја поклона за случај смрти. Једино се нигде у тексту Законика не спомиње право оставиоца да опозове поклон, али смо мишљења да је такво право постојало. Наиме, иако је сачинио таблицу о даровању и предао је обдаренику, поклонодавац је располагао предметом поклона за време свог живота, из чега произилази да је поклон могао и отуђити. У тексту законика нигде није наведена забрана

³² Марковић, Ч. *Законик Хамурабија*, Београд 1925, 48.

која би утицала на поклонодавца да поклон не може отуђити, нити је обдареник имао на располагању правна средства да га у томе спречи. Коначно, обичајно право, које у старим друштвима игра важну улогу, на страни је оставиоца, јер старешина куће представља неприкосновену власт према осталим укућанима.³³

1.4. Египатско право

Проучавање правног уређења старог Египта је веома отежано из разлога што је остало мало сачуваних писаних докумената. Разлог за то може бити и материјал – папирус, на коме су Египћани писали. Папирус је далеко нежнији материјал од глинених плочица, на којима се писало у Месопотамији, и које су сачуване у великом броју. Ипак, на основу доступних материјала, можемо доћи до неких закључака у вези располагања за случај смрти у египатском праву.

Наследно праву у старом Египту садржи одређене специфичности, јер је заступљена једнакост мужа и жене. Наследници оставиоца су могли бити и његови синови и кћерке, с тим што предност у наслеђивању имао прворођени син. Спорно је да ли се у египатском праву располагање за случај смрти чинило тестаментом. Док поједини аутори сматрају да је тестамент постојао у старом Египту,³⁴ мишљење већине историчара је да се не може говорити о тестаменту класичном смислу, већ само о неким формама помоћу којих је оставилац могао чини распоред своје имовине.³⁵ И поред тога што је став већине правних историчара да у старом египатском праву није постојао тестамент у класичном смислу, у пракси је постојао начин да оставилац утиче на распоред своје имовине после смрти. Египатско право је испољавало три облика располагања за случај смрти. Оставилац је могао да искључи одређене наследнике из наслеђивања његове имовине (ексхередација), док је могао и да уведе неко лице у круг наследника

³³ Родитељска власт је према деци у Вавилону била велика, и њу је поседовао, пре свега отац, а после његове смрти мајка (§29,177). Таква власт је могла трајати доживотно или за кћери до удаје (§156). Отац је могао да кћер посвети богу (§181), да одлучује о удаји кћери и женидби сина (§160,166), или да децу и жену преда у дужничко ропство (§217), а син који би тукао оца био би кажњен одсецањем руку (§195).

³⁴ Theodorides, A. „Le Testament dans l’Egypte ancienne“, *Revue intern des droits de l’Antiquite*, 1970, т. XVII, serie 3. стр. 117-216; Кечекјан, С.Ф. *Општа историја државе и права*, Београд 1946, 61.

³⁵ Станојевић, О. *Историја политичких и правних институција I (стари Исток и Грчка)*, Београд 1982, 71; Аврамовић, С., у: Аврамовић С, Станимировић, В. *Упоредна правна традиција*, Београд 2009, стр. 88; Марковић, С. *Тестамент у старовјековном праву*, Београд 2004, 19.; Шаркић, С, *Општа историја државе и права*, Београд 1999, 49.

усвојењем (адопција). Трећи облик испољавања воље за случај смрти је установа *imit-per*.³⁶

Установа *imit-per* је испољавање воље за случај смрти, које има неке облике тестаментa и поклона за случај смрти. Сачињавало га је лице у очекивању смрти, пред органима државне власти. У престоници је то био државни савет на челу са Џатијем (носилац управне и судске власти, и најутицајнија личност у Египту после Фараона), а ван престонице локална скупштина којом је председавао управник места. Назив ове установе се може превести као попис – инвентар имовине, јер је оставилац наводио шта има у кући, и могао је наредити да се нека ствар поклони одређеној особи. На тај начин се утицало на законски ред наслеђивања. Сличност са римским тестаментом се огледала у томе што је сачињаван пред сведоцима и био је опозив, а разлика је била у томе што није садржао именовање наследника – универзалног сукцесора.³⁷

До сада је испитиван однос установе *imit-per* према тестаменту, док сличност овог института са *donatio mortis causa* римског права до сада није истраживана. Елементи који су заједнички *donatio mortis causa* и тестаменту, је опозивост правног посла. Такође, оба правна посла су могла бити сачињена пред сведоцима. Ипак, смо мишљења да се већа сличност може уочити са тестаментом, јер по својим карактеристикама овај институт наликује једностраном правном послу. Нигде се не може приметити да је за такво даровање била неопходна сагласност обдареног, што би био неопходан елемент *donatio mortis causa*. Из овог разлога, можемо закључити да, иако у себи садржи и неке елементе поклона за случај смрти, располагање у египатском праву *imit-per* има првенствено карактеристике тестаменталног располагања, мада нема све одлике тестаментa у класичном смислу.

1.5. Поклон за случај смрти у античком грчком праву

Од свих народа старог света поклон за случај смрти је највећи развој доживео у античком грчком праву. Овакав развој треба посматрати кроз различите епохе, почев од раног развоја грчке државе и права у хомерском добу, па све до таквих располагања у каснијим епохама у развијенијим државама античке Грчке.

³⁶ Аврамовић, С., *Ibid*

³⁷ Марковић, С. *Тестамент у старовјековном праву*, Београд 2004, 22.

1.5.1. Хомерско доба

Период ране грчке историје назива се хомерско или херојско доба. Најзначајнији извор за проучавање тог периода представљају Хомерови епови – Илијада и Одисеја. Грчка књижевност је постигла значајна достигнућа и представља помоћни извор у проучавању раних историјских епоха у развоју античког грчког права. Иако је Хомер живео и написао Илијаду почетком VIII п.н.е. а нешто касније и Одисеју, историјски период у који је сместио радњу из ових епова протеже се дубоко у прошлост – чак до XIV-XIII века п.н.е. Иако се из Хомерових епова уочава опис микенског периода из времена Тројанског рата, постоји сумња да је Хомер, уствари, описивао друштво у коме је живео, како би таква слика друштва била блиска тадашњим његовим савременицима,³⁸ иако постоји и став да се ради о грчком друштву које је постојало између ова два периода - из X и IX века п.н.е.³⁹ Мада се не може са сигурношћу потврдити период који описује Хомер, у његовим еповима налазимо описе друштава различитих епоха, од микенског периода па све до Хомеровог времена. Притом, Илијада и Одисеја не представљају два ступња правног развоја, већ на оба епа треба гледати као на једну правну целину, што се развоја правних института тиче, иако је разлика у њиховом настанку неколико деценија.⁴⁰ Друштво Хомеровог доба било је на ниском ступњу привредног развоја, тако да је познавало само најосновније правне институте – трампу и поклон, с тим да се од трампе временом развија купопродаја, која је у почетку била ограничена само на одређене предмете.⁴¹

Поклон је био познат многим старим друштвима, па је значајно место заузимао и у грчком друштву хомерског доба. Већ у том периоду могла се уочити разлика између поклона за случај смрти од поклона *inter vivos*. Таква разлика је постојала имајући у виду правну природу ових института. Поклон *inter vivos* је двострано теретни правни посао, јер се поклањало у очекивању узвратног поклона. Такво узајамно даривање је, свакако, настало из трампе, као зачетка трговине у неразвијеним друштвима. С друге стране, поклон *mortis causa* је добротин правни посао, јер се код њега не очекује узвратно даровање, и своје дејство остварује тек након смрти поклонодавца. Даровања која су

³⁸ Oman, C.W.C., *A History of Greece*, London 1901, 33.

³⁹ Finley, M.I., *The World of Odysseus*, New York 1978, 142.

⁴⁰ Avramović, S., *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu (doktorska disertacija)* Beograd 1981, 24.

⁴¹ Pringsheim, F. *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 95.

проучавана у доступним изворима тог времена, носе у себи и извесну специфичност, јер се ради, по правилу, о личној својини дародавца, која за њега имају одређену афекциону вредност.⁴²

Најпознатији пример даровања за случај смрти, који је уочен још од стране римских правника је Телемахов поклон Пиреју. Текст гласи:

„И тад Пиреј први проговори ове му речи:

женскиње своје, Телемаше, у кућу мени опреми,

Њему смотрени на то Телемах одговори ово:

’Како ће све се збити то, Пиреју, не знамо јоште,

ако пркосни просци у дворима убију мене

тајно и међу се стану имање очево делим,

хтео бих све да уживаш ти но неко од ових;

ако ли њима припремим ја убиство и пропаст,

онда ми радосну у дом са радошћу поклоне носи.’”⁴³

У конкретном случају у наведеном одломку из Одисеје се говори о томе да је Телемах оставио код Пиреја поклоне приликом повратка кући. Ради се о поклонима у виду сребрног ковчега и хаљине за будућу невесту, које је Телемах добио од Менелаја и Хелене, док је тражио оца по Грчкој. Пре него што иде у бој, Телемах оставља код Пиреја дарове добијене од Менелаја, са одредбом да овај може да их задржи, ако Телемах буде убијен; али ако се он победоносно врати из боја, онда Пиреј треба да му исте врати.

У Хомеровом епу Одисеји су римски правници видели класичан случај *donatio mortis causa*. Тако у Дигестама наилазимо на Марцијанов текст, који наводи Телемахов поклон Пиреју:

D. 39, 6, 1 *Marcianus libro nono institutionum*

⁴² Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 36.

⁴³ Odis. XVII 74-83

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. &1 Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo

Поклон за случај смрти постоји, када неко би пре сам имао ствар, него да је прималац има, а с друге стране прималац би је радије сам имао, него наследник поклона. &1 Тако код Хомера Телемах поклања Пиреју.

Јустинијан је Марцијанову реченицу о *donatio mortis causa* у потпуности прихватио и дословно исти текст придодео одељку институција 2,7,1.

I 2,7,1

Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum. sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo

Дар(овштина) за случај смрти настаје када онај који дарује жели да ствар остане рађе њему но онеме коме је дарује, а онеме коме је дарује рађе но баштинику (наследнику Д.П.). На тај начин код Хомера Телемах дарује Пиреја.⁴⁴

Римским правницима је био добро познат Телемахом поклон Пиреју, те поклон за случај смрти, учињен са мотивацијом дародавца да исти поврати у случају да преживи смртну опасност, налазимо и у Пауловом тексту у Дигестама:

D. 39, 6, 35, 2 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum“.

Поклон за случај смрти разликује се од оног правог и безусловног поклона који се тако изводи да се не може ни у ком случају опозвати. Овде би поклонодавац желео да ствар треба пре примаоцу него њему да припада. Ко пак због смрти поклања, има у мислима само себе и из љубави према животу пре би задржао ствар него

⁴⁴ Јустинијанове Институције, превео с латинског на српски Лујо Бакотић, Београд 1912, 83.

поклонио. То је разлог зашто се каже у општем случају: „Он би желео да ствар сам има, него да је даропримац има; овај би је радије имао него наследник поклона“.

Још јаче него Марцијан излаже Паул морално схватање поклонодавца, које се односи само на њега. Поклонодавац уопште не би хтео да поклони, већ очекује да постигне повраћај ствари, јер се нада да ће остати у животу. То се сигурно односи на случајеве поклона чији је повод конкретна животна опасност по угледу на Телемаха. Поклонодавац рачуна стално са могућношћу смрти и хоће да се обезбеди у том случају. Оваква мотивација поклонодавца налази се у тим случајевима у првом плану. Отворена је могућност да би поклонодавац, не налазећи се у акутној смртној опасности, желео другачије да одреди своју оставштину. Оваква мотивација поклонодавца може бити повезана и са намером да се збрину одређени ненаследници. На сличност у таквој намери поклонодавца указују и одређени текстови код Папинијана.⁴⁵ Намера поклонодавца најчешће може бити остварена уз предају предмета поклона још за живота, што може да иде тако далеко да законским наследницима не остане скоро ништа из наследства.⁴⁶ Свакако је да би се овде радило о случајевима заобилажења прописа наследног права.

Према томе је карактеристично повезивање једне условљене намере даривања са праћењем сопственог циља дародавца, који претежно настоји да предмет не дође до наследника. Поклонодавац се неће одрећи ствари док је он сам може користити, докле год он сам може доћи у положај да му је потребна. Поклонопримац треба да је има тек у случају, пошто нужно на месту поклонодавца мора да наступи неко други.⁴⁷

Тумачећи мотивацију поклонодавца и стварни ефекат који се жели постићи оваквим даровањем, неки романисти су доводили у питање преовлађујуће тумачење да се ради о даровању које садржи сва битна обележја *donatio mortis causa* римског права. Тако, од старијих романиста, Norton овакво даровање не сматра поклоном за случај смрти, без давања конкретног образложења за такав став.⁴⁸ *Thalheim* је мишљења да би се пре радило о остави него о поклону за случај смрти,⁴⁹ док је *Bruck* заузео став да се ради о

⁴⁵ D. 24, 1, 52, 1; 31, 77, 2

⁴⁶ Scaevola D. 32, 37, 3

⁴⁷ Cohen, A. *Die Lehre des römischen Rechtes von der Schenkung von Todeswegen*, München 1878, 6.

⁴⁸ Norton, F.O. *A lexicographical and historical study of diatheke*, Chicago 1908, 39.

⁴⁹ Thalheim, Th., „Testamentgesetzes Solons“, BPhW 28/1909, 878.

располагању у корист трећих.⁵⁰ Од новијих тумачења правне природе овог даровања издвајамо став немачког романисте *Davida Rügera*, који сматра да је овај правни посао по својим карактеристикама близак остави исто толико колико и поклону за случај смрти.⁵¹

Како се често у старијој, а која тенденција се јавља и у новијој романистици, Телемаховом поклону Пиреју, приписују и обележја оставе, морамо да размотримо основаност такве претпоставке. Оваква хипотеза је у директној супротности са ставом римске правне доктрине, која је Телемахов поклон Пиреју окарактерисала као класичан случај *donatio mortis causa*. Римским правницима су у то време, свакако, била позната и обележја *depositum*, јер је он био давно у правној употреби у римском праву, и његове одредбе се налазе још у Законнику XII таблица. Наиме, битна обележја оставе (*depositum*), је давање покретне ствари другом лицу на бесплатно чување, који је обавезан да ствар врати на захтев депонента или по истеку рока. Примањем ствари на чување депозитар на њима није стицао ни власништво, ни државину, већ је поседовао само детенцију - фактичко држање. Битно обележје депозита је да депозитар не сме ствар употребљавати, јер би тиме чинио *furtum usus*, а депоненту није пружана ни интердиктна заштита, већ се у случају сметања државине морао за заштиту обратити депоненту. Имајући у виду наведена битна обележја римског *depositum*, морамо приметити да у одломку из Одисеје не можемо уочити намеру Телемаха да поклон остави Пиреју без овлашћења да ствари употребљава, а нарочито без државинске заштите на тим стварима. Уосталом, *donatio mortis causa* се у свом почетном облику развио из непосредне предаје дароване ствари, где је поклонопримац имао сва својинска права на тој ствари, укључујући и њено држање и располагање. У другим примерима из Хомерових епова, које ћемо анализирати касније, уочићемо и предају оружја, што, свакако, указује да такви предмети нису давани само на чување. На тај начин, сматрамо да постоји мало основа, да се поклон Телемаха Пиреју може сматрати *depositum*.

Имајући у виду напред наведено можемо закључити да се код Телемаховог поклона Пиреју могу пронаћи обележја *donatio mortis causa* римског права, те да су римски

⁵⁰ Bruck, E.F. *Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römischen Recht*, Breslau 1909, 8.

⁵¹ Rüger, D. *Die donation mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 21.

правници правилно таквом правном послу из Хомеровог епа придавали карактер *donatio mortis causa* .

У Хомеровим еповима, осим, поменутог Телемаховог поклона Пиреју, као најпознатијег примера поклона за случај смрти, можемо уочити још неке случајеве који имају обележја *donatio mortis causa*.

Наиме, у Хомеровом епу Илијади, налазимо случај да је Агамемнон добио на поклон Зевсово жезло. Такво жезло је начинио Хафест, па је преко Пелопа дошло до Антреја, који га на смрти оставља Тијесту, а Тијест га оставља Агамемнону.

„Антреј на смрти својој стадовитим да га Тијесту,

***Тијест га остави пак Агамемнону...“*⁵²**

У другом примеру описан је случај где Хектор облачи одело и узима оружје убијеног Ахила и враћа се у борбу.

„... и бесмртно оружје узме

Пелејева сина Ахилеја, што му га оцу

небески богови даше, а отац кад остари да га

***својему сину, ал овај у њему не дочека старост.“*⁵³**

У овом примеру се види да је Пелеј своје оружје, које за њега има посебну – божанску вредност, поклатио свом сину Ахилу. Иако је Ахил његов једини син, и очекивано је да би он наследио очеве ствари, ипак се у овом случају ради о ствари тј. о личном оружју, за које важе посебна правила. Према старим обичајним правилима, неке од ствари које за умрлог имају афекциону вредност, и које је он свакодневно употребљавао, нису се наслеђивале, већ су се сахрањивале са умрлим. Такви случајеви су познати код старих Грка и Германа.⁵⁴ Тако се оваквом поклањању може дати својство поклона за случај смрти.

⁵² II. II 106-107

⁵³ II. XVII 194-197

⁵⁴ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 36.

Дакле, иако у самом зачетку, у Хомеровској епохи грчког друштва, већ се могу уочити обележја поклона за случај смрти, који претходи и представља претечу *donatio mortis causa* римског права. Постоји мишљење да се такво даровање суштински разликује од *donatio mortis causa* римског права, јер се преносе само личне ствари поклонодавца, те да такво даровање представља само пријатељски гест поклонодавца, без намере преношења неке значајније имовинска вредности.⁵⁵ Сматрамо да се не би могла прихватити без оградe оваква констатација. Наиме, иако су у наведеним примерима описана само даровања личних ствари, не значи да није било спроводиво у пракси и даровање свих других ствари, које песник овде није споменуо. Такође, иако се ради о личним стварима, оне имају своју имовинску вредност, која је додатно појачана афекционом вредношћу. Стога је песник посебно и истакао таква даровања. Сигурно је да су сребрни ковчег или оружје били значајније вредности, посебно у поређењу са стоком или другим покретним стварима. Осим тога, Хомер је био песник који је опевао догађаје из једне историјске епохе ране Грчке, и његова мотивација је била уметничке природе, без намере да се бави прецизним историјским бележењем чињеница, или описивањем правних института. Зато сматрамо да даровања која Хомер спомиње у својим еповима представљају правни посао познат многим старим друштвима, који у свом рудиментарном облику поседује основне карактеристике на којима се развио *donatio mortis causa* римског права.

1.5.2. Гортинско право

Гортински законик је најобимнији епиграфски споменик ране Грчке. Настао је на Криту средином V века п.н.е. као законик дорског полиса Гортине. Крит је у то време представљао заосталу област античке Грчке, у односу на остале грчке полисе, а нарочито у односу на просперитетну Атину. Друштвено уређење које се развило на Криту било је конзервативног схватања, где су превладавали обичајно право и примена старих института. У Гортинском законуку се налазе одредбе посвећене поклону, који су најчешће међусобно чинили најближи рођаци.⁵⁶ У седам одредби у Гортинском законуку се говори о поклону. Заједничка особина свих одредби је у њиховом израженом корегирајућем карактеру. Такође, из њих извире друштвена потреба да се кроз промену

⁵⁵ *Ibid*, 37.

⁵⁶ Avramović, S. *Rano grčko pravo i Gortinski zakonik (magistarski rad)*, Beograd 1977, 188.

старог права ограничи установа поклона, уз прелазне одредбе које елиминишу ретроактивно дејство нових правила.⁵⁷

Кроз анализу свих правила о поклону из Гортинског законика, покушаћемо да одговоримо на питање, да ли се у њима налазе правила о поклону за случај смрти.

У III колумни се налази текст који указује да даровање има непосредне везе са правним послом *mortis causa*, јер муж оставља жени поклон за случај своје смрти:

GZ III 17-31

„Ако човек умре остављајући децу, ако жена хоће, може се удати узимајући своју (имовину) и оно што јој је муж поклатио како је прописано, у присуству три сведока који су пуноправни и слободни; А ако остави без деце, нека задржи своју (имовину) и половину свега што је уткала и њен део прихода куће са епибалонтима подједнако, као и оно што јој је муж поклатио како је прописано; а ако однесе било шта друго, нека се води спор.“⁵⁸

Из наведеног текста можемо закључити да овакав поклон има у себи елементе поклона за случај смрти. Најпре, разлог за то је мотивација поклонодавца, који поклон чини ишчекујући смрт. Он жели да се у случају његове смрти, један део његове имовине добија његова супруга. Ово из разлога што по законском наследном праву она не би улазила у круг законских наследника, те би поклон представљао једини начин за њеним обезбеђењем након смрти мужа. Форма оваквог поклона је усмена, али је ради сигурности правног посла прописано присуство три сведока. Улога сведока може бити значајна у евентуалном спору, који могу иницирати законски наследници, јер се оваквим поклоном непосредно утиче на умањење њихових наследних права. Овакав поклон није у свему компаративан са *donatio mortis causa* римског права, али се то не може ни очекивати, имајући у виду време када је настао и ступањ друштвеног развоја полиса Гортине, где су још увек били присутни реликти родовско-племенских односа. Ипак, основни елементи који се налазе у наведеном поклону, дају нам за право да овакво даровање, по својој правној природи, окарактеришемо као поклон за случај смрти.

⁵⁷ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 80.

⁵⁸ Николић, Д, Ђорђевић, А. *Законски текстови*, 62-63.

Такође, у тексту исте колумне III се одређује шта конкретно може бити поклон, и његова вредност се лимитира до одређеног износа.

GZ III 36-40

„Ако поклон желе да учине муж или жена, нека то буде или одећа или дванаест статера или ствар у вредности од дванаест статера, али не више.“⁵⁹

Као што се може видети законодавац је одредио да поклон мужа или жене може да буде у одећи или новцу и лимитирао је његову вредност на дванаест статера. Неки теоретичари су сматрали да се такав поклон односи на даровање трећим лицима од стране мужа или жене.⁶⁰ Други су, пак, сматрали да је у питању институт *donatio divortii causa*.⁶¹ Док постоји и став да овакав поклон у себи садржи елементе *mortis causa*.⁶² Постоји и мишљење да овакав поклон има сличности са римским *lex Cincia*, јер се њиме забрањује поклон између брачних другова, уз аргументацију да брак треба да се одржава љубављу а не поклонима.⁶³ Овакво становиште се може довести у озбиљну сумњу, јер се основни разлози изгласавања Цинцијевог закона не налазе се у забрани супружничког даровања, већ да би се смањила могућност нерационалног располагања имовином, чиме би поклонодавац био ограничен у њеном располагању. С друге стране, постојали су и разлози увођења закона *lex Cincia* који су се за циљ имали онемогућавање располагања имовином у корист поклонопримца. Разлог за то лежи у честом изнуђивању поклона, нарочито у виду хонорара адвоката који су били изузетно високи. Тиме би овај закон био уперен против поклонопримца.⁶⁴ Упоредјујући овакво ограничење у Гортинском законику са римским *lex Cincia*, можемо закључити да је мотивација римског законодавца била нешто другачија, те да не можемо довести у непосредну вези ова два правна споменика.

Након ових примера поклона са елементима *mortis causa*, презентоваћемо један поклон између оца и кћерке, из Колумне IV- V Гортинског законика, који по својим карактеристика наликује миразу:

⁵⁹ *Ibid*, 63.

⁶⁰ Guiraud, P., *La propriété foncière en Grèce, jusqu'à la conquête romaine*, Paris 1893, 240.

⁶¹ Dareste, R., Haussoullier, B., Reinach, T., *Recueil des inscriptions juridiques grecques, I*, Paris 1891, 459.

⁶² Bruck, E.F., *Schenkung*, 28.

⁶³ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 83.

⁶⁴ Malenica, A. *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 64.

GZ IV 48 - V 7

„А ако отац док је жив жели да учини поклон (ћерки) за удају, нека га да ко је прописано, али не више. А она (ћерка) којој је пре (овог закона) учинио поклон или обећао, нека га задржи, али нека ништа друго из очеве имовине не узима.“⁶⁵

Овакав поклон по својим обележјима садржи правила старог права, где је обавеза оца била да кћерки приликом удаје преда мираз у форми поклона. Притом такав поклон не сме да пређе прописану вредност, како се не би повредила права осталих законских наследника, пре свега мушких потомака. Из наведених одредби не произилази да се ради о класичном поклону за случај смрти, али он остварује извесне ефекте правних послова *mortis causa*, јер се наведена ограничења код вредности поклона и спроводе имајући у виду његова наследноправна дејства.

У наставку се у Колумни V говори о праву жене која није примила поклон у виду имовине од оца или брата:

„Жена која нема имовине било од очевог поклона или братовљевог било од (њиховог) обећања било од наслеђа, (по правилима која су објављена) у време када је Етелејски стартос чинио козмос Килоса и осталих, нека узме свој део наслеђа, нека се против оних који су раније примили не води спор.“⁶⁶

У X колумни се говори о поклону мужа жени и сина мајци, који су лимитирани према висини износа:

GZ X 14-20

„...мајци син, а жени муж може поклонити сто статера или мање, али не више. А ако поклони више, ако желе епибалонти, исплативши новац, нека добију имовину.“

⁶⁷

У овом тексту се поред поклона који чини муж жени, наводи и поклон који чини син мајци. Овакви поклони нису били неуобичајени, јер су у раном грчком праву познати случајеви да синови преузимају бригу над мајком након смрти оца. Из тих разлога се

⁶⁵ Николић, Д, Ђорђевић, А. Законски текстови, 64.

⁶⁶ *Ibid*, 65.

⁶⁷ *Ibid*, 70.

упоредо излажу поклон мужа жени и сина мајци, те треба претпоставити да оба поклона имају иста правна дејства. Пошто је најпре лимитиран износ поклона на највише сто статера, у другом делу одредбе се говори о томе да епибалонти могу оспоравати поклон веће вредности. Овај део одредбе говори у прилог тези да је у оба случаја у питању поклон *mortis causa*, јер епибалонти (*Epiballontes*) је термин који означава рођаке из било ког наследног реда који имају право на наслеђе.⁶⁸ Имајући напред наведено у виду, можемо закључити, да је и овде у питању поклон *mortis causa*, који нема све елементе *donatio mortis causa* римског права, али у основу има основна обележја поклона за случај смрти.

Такође, у колумни X се говори о ограничењу располагања имовином у виду поклона за посебне категорије лица. То су она лица која су дужна, осуђена или који воде спор, уколико преосталом имовином не би био намирен њихов дуг. Тако учињени поклон од стране наведених лица би се имао сматрати неважећим.

GZ X 20-25

„Ако неко ко дугује новац или ко је осуђен или док спор још није завршен учини поклон, ако преостала имовина не намирује дуг, нека буде неважећи поклон“⁶⁹

Циљ оваквог ограничења је више него очигледан, и усмерен је на заштиту преостале имовине. У томе су неки романисти видели одлике института римског права *actio Pauliana*, који познају и многа савремена права.⁷⁰ С друге стране постоји мишљење да такав поклон није близак поклону *mortis causa*, јер се у њему не уочава тенденција промене у распореду имовине међу наследницима, нити има наследноправне ефекте.⁷¹

У колумни XII се налази генерална одредба која уређује располагање поклоном и одређује његове границе

⁶⁸ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 87.

⁶⁹ Николић, Д, Ђорђевић, А. *Законски текстови*, 70.

⁷⁰ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 28.

⁷¹ Avramović, S. *op.cit.*, 82.

***„Ако је син поклатио мајци или муж жени имовину, како је било прописано пре овог натписа, нека се не води спор; каснији поклати нека се чине како је (овде) прописано.“*⁷²**

Из овог текста се може уочити да законодавац жели да изврши реформу у правним пословима даривања. Притом је јасно изражена намера законодавца да се нови прописи неће ретроактивно примењивати. Правила о поклону наведена у овом закону се имају односити само на поклоне учињене након доношења овог закона. Нејасно је каква су правила о поклонима постојала до доношења овог закона, а највероватније је да се радило о обичајном праву. Очигледно је да су ограничења наведена у ранијим члановима, прописана како би се више значаја дало законском наследном реду, а поклонадавац се онемогућио да потпуно отуђи имовину и тиме оштети права законских наследника. Таква тенденција заштите интереса законских наследника је касније значајно развијена у римском праву, а пуну примену има и у савременим законодавствима.

1.5.3. Спартанско право

Спартанско друштво је све до Пелопонеских ратова било архаично и конзервативно, чије су карактеристике биле јака државна власт и потчињеност породичној заједници на челу са патерфамилијом. Дубоке промене су наступиле у периоду крајем V и почетком IV века п.н.е., када долази до продора приватне својине и наглог развоја свих институција, укључујући и правни систем.

Постоји хипотеза да је са развојем читавог друштва у Спарти дошло и до развоја права, које је условило развој слободе тестирања. Тако се сматрало да је у том периоду у Спарти настао тестамент као облик изражавања последње воље тестатора. Повод за такав закључак је Аристотелов текст у „Политици“, где наводи следеће:

***„Куповање и продавање поседа Ликурџ је с пуним правом прогласио нечасним, али је власницима оставио слободу да га поклањају и остављају коме хоће.“*⁷³**

⁷² Николић, Д, Ђорђевић, А. *Законски текстови*, 72.

⁷³ Aristotel, *Politika*, 1270a

Овакво навођење Аристотела указује да је још од најстаријег спартанског права – Ликурговог, било забрањено располагање имовином *inter vivos*, а да је било слободно располагање *mortis causa*. Такво располагање *mortis causa* су неки аутори изједначили са настанком тестаментa у раном спартанском праву. Разлог за то су пронашли у високом степену морталитета у Спарти, као ратничкој држави, те је постојала честа појава да син премине пре оца, што је узроковало потребу за настанком тестаментa.⁷⁴ Међутим, иако правни извор у виду Аристотеловог текста у Политици поткрепљује оваква тврђења, ипак се таква могућност од стране већине романиста сматра мало вероватном. Наиме, неки аутори сматрају да је наведени текст интерполиран, имајући у виду да таква реченица стоји на крају десетог фрагмента шесте главе у другој књизи Политике.⁷⁵ Док други аутори наводе и да је формулација реченице необична, као и сама садржина, јер се не види оправдан разлог због чега би располагање имовином *inter vivos* било забрањено, а дозвољено располагање *mortis causa*. Из тих разлога не изгледа вероватно да је још Ликург увео тестамент у спартанско право, али да се, исто тако, не може искључити могућност да је можда постојао неки облик изражавања аутономије воље појединца у наследном праву.⁷⁶

Писани извори не пружају поуздане податке да је постојао поклон за случај смрти у спартанском праву. Таква могућност може само да се претпостави имајући у виду чињеницу да се ради о ратничком народу, где је стално присутна смртна опасност. Таква могућност се може претпоставити и имајући у виду постојање располагања за случај смрти код других старих народа. Стога су неки аутори заузели став да је у спартанском праву, још од раног периода постојао поклон за случај смрти, који је за предмет имао покретне ствари.⁷⁷ Осим, тога неки аутори су овакву претпоставку поткрепили чињеницом да је постојала сличност између спартанског и гортинског права, где је утврђено да је постојао поклон за случај смрти. Такође, овакав закључак изводе упућујући на натпис из полиса Тегеа у суседној Аркадији,⁷⁸ са којом је Спарта остваривала контакте, јер је лице које врши располагање *mortis causa*, вероватно

⁷⁴ Schulin, F., *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, Basel 1881, 39.

⁷⁵ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 60.

⁷⁶ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 121.

⁷⁷ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 65.

⁷⁸ о натпису урезаном на бронзаној плочи пореклом из полиса Тегеа, биће више речи у наредном поглављу

Спартанац.⁷⁹ Из наведеног натписа из полиса Тегеа, не може се са сигурношћу одредити да је Ксутиас, који чини располагање *mortis causa* управо Спартанац, мада се таква могућност не може искључити.

Из напред наведених разлога не можемо са довољно аргументације изложити став да је поклон за случај смрти постојао у спартанском праву. На овакав закључак нас упућује недостатак извора који би могао да поткрепи такве тврдње. Ипак, оваква се могућност не сме одбацити, имајући у виду напред наведене разлоге, а посебно упоредноправне изворе који потичу из других друштава тог периода.

1.5.4. Атинско право

Атинска држава има најдужу правну традицију од свих градова – полиса старе Грчке, и највише је сачувано правних извора који потичу из античке Атине. Такви правни извори се могу пратити почев од најранијег периода, који почиње распадом родовско-племенских односа, па све до времена процвата атинске демократије у V и IV веку п.н.е.

Како смо већ навели, поклон за случај смрти је био познат многим заједницама ране Грчке, и имао је практичну примену и у атинском праву. Извори који нам пружају податке о томе су антички песници, оратори и филозофи, који су у својим делима, на одређеним местима, оставили јасне доказе о даровању за случај смрти.

Софокле је средином V века п.н.е., у своме делу „Трахињанке“ дао опис поклона за случај смрти. Ради се о поклону који муж даје својој жени, а ради њене лакше удаје.⁸⁰ Такав поклон је сличан даровању које чини муж жени у гортинском праву, те се, вероватно ради о истој мотивацији поклонодавца, који учињеним даровањем жели да утиче на права законских наследника.⁸¹

Даљи пример даровања за случај смрти налазимо у Еурипидовој драми „Алкестида“ из V века п.н.е., где Херакле оставља свом пријатељу Адмету робињу, и поклања му под условом да се не врати жив из рата.⁸² Из оваквог поклона се види да је учињен под суспензивним условом, који се има остварити уколико се Херакле не врати жив из рата.

⁷⁹ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 124.

⁸⁰ Sofokle, *Sophoclis Tragoediae*, ed. L. Dirndorf, Lipsiae 1901, 155-163.

⁸¹ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 217.

⁸² Euripid, *Euripidove drame*, I-II, Zagreb 1919-1920, 1020-1024.

Својина над предметом поклона прелази на поклонодавца тек након смрти поклонопримца. Међутим, поклонодавац није робињу оставио само на чување, и није ограничио поклонопримца у овлашћења да робињу користи док се налази код њега, те стога сматрамо да, иако постоји индиција да је овакав поклон повезан и комбинован са оставом, ипак се много јаче наглашавају особине даровања за случај смрти.

Да је у атинском праву једно лице могло оставити за случај своје смрти поклон лицу изван породице, потврду налазимо у Демостеновом говору против Калипоса. Наиме, оратор Демостен наводи да је трговац Ликон извесну суму новца депоновао код банкара Пасиона, за случај своје смрти, јер је ишао на опасно путовање у Либију. Приликом депоновања новца издао је налог банкарју да депоновани новац исплати његовом пријатељу Кафисиадесу, уколико се он не врати жив са путовања. Управо се такав случај и десио, јер је Ликон настрадао у гусарском нападу на брод, тако да је настао спор у вези депонованог новца. Спор је иницирао Калипос против банкара Пасиона, јер је тврдио да је Ликон њему оставио новац а не Кафисиадесу, коме је по налогу оставиоца новац исплаћен од стране банкара.⁸³ Оно што даје посебну специфичност овом правном послу јесте учешће трећих лица у реализацији даривања. То је својеврстан уговор који сачињава поклонодавац са лицем којем оставља ствар, а у корист трећег.⁸⁴ Суштина је да такво даровање, и поред овакве специфичности која се не запажа у другим правима народа ране Грчке, има обележја поклона за случај смрти.

Још један извор из друге половине V века п.н.е. пружа нам податке о поклону за случај смрти. Ради се о псеудо-Андокидовом говору против Алкибијада, где Плутарх наводи да је Калиас поклонио сву своју имовину друштву, у случају да умре без деце. Мотив за такав поклон је страх од лакомости свог зета Алкибијада, који је од њега у више наврата изнуђивао веће суме новца, најпре на име мираза, а затим приликом рођења детета.⁸⁵ И овде имамо случај да се даровање чини у корист трећих слица. Овога пута не ради се о располагању у корист неког одређеног појединца, већ у корист целе друштвене заједнице. Такође, приликом оваквог даровања није поименице наведено шта се конкретно дарује, али можемо закључити да је у питању целокупна имовина поклонодавца. Постоји мишљење да се овај правни посао налази на средокраћу

⁸³ Demosthenes, I-VII (ed. Vince, J.H.-Murray, A.T.), London-Cambridge MA 1954-1964, 20-23.

⁸⁴ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 79.

⁸⁵ Plutarh, *Alkibijad*, 8.

еволутивног пута од поклона за случај смрти ка специфичном облику располагања *mortis causa*, јер у себи има елементе и поклона за случај смрти и одређене елементе сингуларне сукцесије у њеном специфичном облику где се исцрпљује целокупна имовина.⁸⁶

Конечно, говорећи о поклону за случај смрти у атинском праву, морамо констатовати да нам извори које смо проучили пружају довољно поузданих података да можемо закључити да је такав правни посао постојао у старој Атини. Наравно, даровање за случај смрти које налазимо у атинском праву није компаративно са *donatio mortis causa* римског права, што не би требало ни очекивати, имајући у виду степен друштвеног развоја и време у коме се развијао. Међутим, неспорно је да даровање за случај смрти, какво налазимо у атинском праву, има основна обележја даровања *mortis causa*, јер њиме поклонодавац врши имовинска располагања за случај своје смрти.

1.5.5. Епиграфски извори из других делова Грчке

Пронађени натписи који потичу из различитих периода грчке историје упућују нас на значајне изворе који могу посведочити о настанку и развоју појединих правних института, и њиховој практичној примени почев од најранијег периода. Грчка правна епиграфика представља богату збирку и садржи бројне натписе, који се међусобно разликују у томе што потичу из различитих делова Грчке и различитих временских периода.⁸⁷

У дорском полису Петелији крајем VI или почетком V пре нове ере настао је један од најстаријих натписа, који се може повезати са даровањем за случај смрти.

„Бог. Срећа, Стаотис даје Сиканији кућу и све остало. Демијург: Парагорас. Проксенои: Минкон, Хармоксидамос, Агатхархос, Онатас, Епикорос.“

Овакав натпис, краће садржине, изазвао је међу истраживачима бројне недоумице. Предмет дискусије је било да ли су учесници у правном послу Стаотис и Сиканија странци, те да ли су, у складу са тим, и наведени сведоци сведоци странци, затим да ли Стаотис поклања само кући са покућством или се израз „и све остало“ односи и на сву

⁸⁶ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 221.

⁸⁷ У раду смо користили превод натписа који је објављен у: Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu (doktorska disertacija)* Beograd 1981, 263-274.

другу имовину.⁸⁸ Спорно је било и утврђивање његове правне природе, те су тако једни теоретичари овај правни посао сматрали тестаментом,⁸⁹ док су други били мишљења да се ради о поклону.⁹⁰ Аргументовано је изнет став који по питању природе правног акта из Петелијског натписа, дефинише овај правни посао као поклон мужа жени за случај смрти. Таква аргументација је заснована на примерима из других делова Грчке, где се употреба глагола „даје“ приликом располагања, скоро по правилу користила када је у питању поклон. Како се ради о поклону у виду куће, вероватно је да правне последице нису наступале одмах, још за живота мужа, већ је правно дејство одложено после његове смрти. Такође, располагање из правног акта из Петелије по форми је скоро идентично раније наведеном располагању из Гортинског права. У оба случаја за његово пуноважно закључење се тражи присуство сведока – у овом случају петорица присутних, док се у Гортини захтевало присуство тројице сведока. Једина разлика је у томе што је у Петелији такав акт имао писану форму, а што у Гортини још није био случај, али је извесно да је пре продора писмености, и у Петелији овакво даровање закључивано пред сведоцима, као у Гортини. Осим тога, на компаративност у природи ових правних аката указују и чињенице да су Петелија и Гортина дорски полиси, који су сродни по друштвено-политичком и правном уређењу, да су натписи настали приближно у исто време, те да постоји блискост дијалекта којим су писани.⁹¹

Из историјски истог периода - почетка V века пре нове ере потиче натпис из Кримисе. У њему Калифаонтос даје поклон за случај смрти својој жени Заотихи. Овакво даровање је веома слично даровању из претходно описаног натписа из Петелије. Истраживачи који су детаљније проучавали овај натпис недуго по његовом проналаску, сагласни су да се ради о поклону за случај смрти мужа жени. Очигледно је да се ради о реалном преносу својине, јер је такав начин реализације поклона био уобичајен у већини старих права. Једино што постоје размимоилажења у погледу начина преноса власништва. Неслагање постоји код момента наступања правног ефекта даровања. Према једном мишљењу ради се о поклону учињеном уз суспензивни услов, где се ефекат даривања остварује

⁸⁸ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 37.

⁸⁹ Schulín, F., *Das griechische Testament*, 44.

⁹⁰ Bruck, E.F. *op.cit.*, 36.

⁹¹ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 265-266.

након смрти оставиоца.⁹² Насупрот томе, постоји други став да је у питању поклон за случај смрти тренутним преносом својине на поклонопримца, али уз постојање раскидног услова.⁹³ И у овом натпису је употребљен глагол „даје“, што говори у прилог чињеници да се ради о правном акту чија је правна природа идентична са претходним натписом. Из садржине натписа може се закључити да је у том периоду у грчким колонијама у јужној Италији био познат поклон за случај смрти мужа жени.⁹⁴

Један од најзначајнијих натписа који се тиче даровања за случај смрти потиче из полиса Тегеа на Пелопонезу. Процењује се да је настао у сличном периоду као и претходно анализирани натписи – почетком V века пре н.е. На бранзаној плочи се налази текст урезан са обе стране. На страни А текст гласи:

„Ксутиасу, Филахаиовом сину, двеста мина. Ако он сам буде жив, нека дође и нека прими; а ако умре, нека припада деци пет година после (стицања) зрелости; а ако се не роде деца, нека припадне онима који имају право; а нека одлуче Тегејци према прописима.“

На другој страни Б налази се нешто опширнији текст који гласи:

„Ксутиасу, Филахаиовом сину, четири стотине мина сребра остављено. А он живи, сам нека прими; а ако није жив, нека приме рођени синови, пет година после (стицања) зрелости; а ако они нису живи, нека приме рођене ћерке; а ако оне нису живе, нека приме незаконити синови; а ако незаконити синови нису живи, нека приме најближи рођаци; а ако се споре, нека одлуче Тегејци према прописима.“

Садржај текста који се налази са две стране бронзане плоче, указује да су натписи нису настали истовремено. Овакву тврдњу, поткрепљује чињеница да је садржај текста на другој страни потпунији и комплетнији, што може да укаже на околност да је највероватније текст на другој страни настао касније. На такву констатацију нас усмерава и околност да на другој страни Ксутиас детаљно набраја своје законске наследнике и чини распоред са својом имовином, што може значити да је тако комплетан правни акт могао настати само у каснијем периоду у односу на, оскудан по садржају, натпис на првој

⁹² Arrangio-Ruiz, V., Olivieri, A., *Inscriptiones Graeciae Siciliae et Infamiae Italiae ad ius pertinentes*, Mediolani 1925, 143.

⁹³ Comparetti, M., *Tabelle testamentarie delle colonie echee di Magna Graecia*, Athene 1916, 220.

⁹⁴ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 267.

страни. Анализом текста са обе стране можемо уочити њихову повезаност, те доћи до закључка да текст на другој страни допуњава и комплетира текст са прве стране. У оба текста у питању је правни посао који се састоји у депозиту новца, који Ксутиас чини за случај своје смрти. Неки истраживачи су депозит новца повезали са завештањем, сматрајући да се ради о тестаменталном располагању.⁹⁵ С друге стране постоји мишљење да се овде не ради о тестаменту, већ да је у питању двострани правни посао - једна врста мешовитог уговора. Такав уговор се закључује у корист трећег лица, а у себи садржи споразум о депозиту, уз прецизан налог депозитара коме исплатити депонована новчана средства после његове смрти. Овакав правни посао би се реализовао уз помоћ посредника који је извршилац последње воље, какав случај је постојао и у старогерманском праву, а по правној природи посла ради се о условљеном поклону за случај смрти.⁹⁶ У прилог мишљења да се пре ради о двостраном правном послу него о тестаменту, стоји и чињеница да се у тексту на другој страни детаљно наводе законски наследници, који би и без тога наследили депоновани новац свог оца, а да притом оставилац не чини промене у законском реду наслеђивања, нити даје предност неком од законских наследника. Осим тога, извесно је да износ од 400 мина, који је предмет правног посла не представља целокупну имовину Ксутиаса, а одређивањем лица коме ће припасти тај износ не врши се постављање универзалног сукцесора. Коначно, повезаност депозита са поклоном за случај смрти је позната у старом грчком праву, а нарочито има сличности има са Телемаховим поклоном Пиреју и Ликоновим располагањем у Демостеновом говору против Калипоса, те је извесно да се ради о правном акту *mortis causa*, где бенефицијари не стичу пре смрти оставиоца овлашћења према дарованом предмету.⁹⁷

Из каснијег периода, вероватно из III века пре.н.е. потиче натпис из дорског полиса Коркире. Текст је на неколико места оштећен, и у њему се наводи следеће:

„Бог. Срећу. Аристодамас десетину Бахидијске (?) даје... Политиму, ... ако умре, земљу у Кнису. Сведок Аристодамантов Дамухидас, Еуклидов син; Политимов (сведок) Филонида, Есхилов син...”

⁹⁵ Norton, F.O. *A lexicographical*, 42.

⁹⁶ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 43-45.

⁹⁷ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 270-271.

Иако је и код овог натписа постојала дилема у погледу правне природе акта, најубедљивији су аргументи који доказују да се ради о поклону за случај смрти. Сведоци са обе стране, који се помињу у тексту, недвосмислено указују да се не ради о тестаменталном располагању, већ да је реч о двостраном правном послу – уговору о поклону.⁹⁸ Специфичност оваквог даровања за случај смрти јесте да се ради о поклону непокретности, што чини разлику у односу на претходне случајеве у којима је оставилац располагао само покретним стварима, чиме је дошло до еволуције ове установе у правцу проширивања круга предмета којима се могло располагати.⁹⁹

2. ПОЈАМ *DONATIO MORTIS CAUSA*

2.1. Римско схватање појма *donatio mortis causa*

Када се говори о одређивању појма *donatio mortis causa* могу се појавити одређене тешкоће, јер римски правници нису дали његово прецизно појмовно одређење нити његову класичну дефиницију. Из изворних римских правних текстова се једино може видети да се ради о сложенем правном институту, чија су најважнија обележја римски правници посебно истакли, на основу чега се може поуздано утврдити његов појам.

Сложеност у конструкцији правног института *donatio mortis causa* може се видети у различитим текстовима. Овом приликом ћемо се задржати на два текста из Дигеста. У њима се могу уочити основна обележја која садржи у себи поклон за случај смрти, и по чему је специфичан у односу на друге сличне правне послове. Таква специфичност се огледа, пре свега, у двострукој мотивацији поклонодаваца. Са једне стране поклонодавац би радије желео да лично поседује ствар, него поклонопримац, али у случају његове смрти, његова воља је да ствар поседује поклонопримац а не његови (поклонодавчеви) законски наследници.

D. 39, 6, 1 Marcianus libro nono institutionum

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

⁹⁸ Bruck, E.F. *Die Schenkung*, 40.

⁹⁹ Avramović, S. *Evolucija slobode testiranja*, 273.

„Поклон због смрти постоји када би неко пре сам имао ствар, него да је поклонопримац има, а с друге стране, радије би да је има поклонопримац него његови наследници. Тако код Хомера Телемах дарује Пиреја.“

D. 39, 6, 35, 2 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum“.

„Поклон за случај смрти разликује се од оног правог и безусловног поклона који се тако изводи да се не може ни у ком случају опозвати. Овде би поклонодавац желео да ствар треба пре примаоцу него њему да припада. Ко пак због смрти поклања, има у мислима само себе и из љубави према животу пре би задржао ствар него поклонио. То је разлог зашто се каже у општем случају: „Он би желео да ствар сам има, него да је даропримац има; овај би је радије имао него наследник поклона“.

Ови текстови на прецизан начин описују карактер поклона за случај смрти и основну идеју оваквог поклањања, где поклонодавац има жељу да поклонопримац поседује ствар пре него његови наследници, али не преноси трајно имовину на поклонопримца, јер би радије лично поседовао поклоњену ствар. На тај начин може се са извесношћу донети закључак о мотивацији поклонодавца, јер нам извори о томе пружају довољно доказа. Ипак, у стручним круговима су у једном ранијем периоду постојале недоумице и дискусије између романиста у погледу оригиналности ових текстова.¹⁰⁰

Овде се може видети да код поклона за случај смрти поклонодавац одмах преноси поклоњену ствар у својину и државину поклонодавца. Међутим, воља поклонодавца није да поклонопримац постане коначни власник на поклоњеној ствари. Ово из разлога

¹⁰⁰ Schulz Fritz сумња у оригиналност текста D. 39,6,1 упоређујући га са текстом из Паулових Сентенција 2.23.6 – v. Schulz, F., *I principii del diritto romano*, Florencia 1946, стр.42; Одређене разлике између текстова је уочио још Savigny Friedrich Carl, али их је елиминисао на тај начин што урадио исправку и то тако што је део текста: „*te malo habere quam me*“ исправио у: „*me malo habere quam te*“ – v. Savigny, F.C., *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid 1879, стр. 295; Таквој исправци у текстовима се придружио и Biondi који је нагласио да је исправком извршеном од стране Савињија нестало разлике у текстовима – v. Biondi, B., „*Appunti intorno alla donatio mortis causa nel diritto romano*“ u AP, 29 (1914), 173.

што су специфичне околности утицале на вољу поклонодаваца да сачини поклон. Поклонодавац који поклања у смртној опасности не жели да ствар постане коначно поклонопримчева, јер задржава право да тражи повраћај ако преживи конкретну смртну опасност, или ако прималац умре пре њега. Уствари, његова воља није да поклонопримац у сваком случају постане власник поклоњене ствари, јер би радије желео да у случају преживљавања опасности он – поклонодавац, задржи својину над ствари, него да ствар поседује поклонопримац. Циљ којим се постиже такво дејство јесте право на опозив даровања, чиме се наглашава разлика у односу на поклон *inter vivos*. Поклонодавац је прецизно изнео своју последњу вољу, где јасно наглашава да не жели да предмет поклона дође у руке његовим законским наследницима, али истовремено задржава право да тај поклон може лично поседовати. Овај тренутак показује тесну везу коју остварује *donatio mortis causa* са располагањима последње воље.

У класичном римском праву, које је представљало златно доба римске правне науке, *donatio mortis causa* је према својој структури била једна од форми поклона и правни посао међу живима. Класично право још увек није познавало у већој мери приближавање *donatio mortis causa* правилима наследног права. То ће се догодити много касније, у Јустинијановом периоду, када долази до формалног изједначавања поклона за случај смрти са легатима.

Да се у класичном праву *donatio mortis causa* сматрао правним послом међу живима може се закључити из следећег текста:

FV 249.3

Itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata...

Постоје и други докази који указују да се у класичном римском праву под *donatio mortis causa* мислило на поклон. Таква чињеница се може наслутити из тога што је даровање за случај смрти сврставано под уобичајене и суспензивно условљене поклоне, што указује на тесну повезаност са обичним поклонима – *inter vivos*.

D. 39, 6, 38 Marcellus 1 ad leg. Iul. et Pap.

Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: Nam mortis causa donatur quod praesens praesenti dat, mortis causa capi intellegitur et quod non cadit in speciem donationis

„Између *donatio mortis causa* и свега што је, иначе, неко због смрти стекао, постоји следећа разлика: Због смрти се поклања оно што се даје међу живима, док се стицањем због смрти подразумева и оно што не потпада под форму поклона.“

Међутим, иако је у класичном праву *donatio mortis causa* представљао поклон, то не значи да је по обележјима он био истоветан са уобичајеним даровањем међу живима. Римски правници су итекако уочавали разлику између ова два даровања, и посебно су је истицали. У великом броју случајеви се говори о оба правна посла и прави се јасна разлика међу њима. Обично даровање - *inter vivos* се у текстовима означавало различитим називима. Најчешће се разлика између ове две врсте даровања директно назначавала - *donatio non mortis causa*.¹⁰¹ Али поред тога, обично даровање се означавало и другим називима: *donatio absoluta, vera et absoluta*,¹⁰² *donatio directa*,¹⁰³ и, наравно, директним називом који означава да се ради о поклону међу живима - *donatio inter vivos*.¹⁰⁴

Нарочито треба разграничити појам *donatio mortis causa* од обичног даровања - *inter vivos*. Пошто је у класичном римском праву и *donatio mortis causa* био правни посао који је закључиван међу живима, не би се између њихових структура могла истицати таква разлика. Њихова различитост се налази више у различитим сврхама којима је служило даривање. Док је код обичног поклона својина на поклоњеној ствари одмах прелазила са поклонодавца на поклонопримца, код *donatio mortis causa* није била намера да се поклоњена ствар одмах пренесе у својину поклонопримца. Код *donatio mortis causa* намера је била да се располаже предметом због смрти, где се коначна судбина поклоњене ствари одређивала тек након конкретног догађаја. Да је специфичност

¹⁰¹ FV 259; D. 5. 2. 25. pr. ; D. 38. 2. 3. 18; D. 39. 5. 7. 6; D. 50. 16. 67. 1; Inst. 2. 7 pr.

¹⁰² D. 39.6.42.1

¹⁰³ FV 249.3; CTh. 8.12.1 pr.; C. 8.53.25. pr.

¹⁰⁴ D. 5.2.25. pr.; D. 39.6.27; Inst. 2.7.2.; Inst. 2.18.6; C. 3.28.35.2.

donatio mortis causa у томе да се поклонодавац не одриче трајно ствари коју поклања, говори и Улпијанов текст у Дигестама D. 39, 6, 7:

D. 39, 6, 7 Ulpianus libro trigesimo secundo Sabinum

Si aliquis mortis causa donaverit et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio ut imperfecta, quamvis ceterae donationes sine suspicione poenae factae valeant.

Овде се показује и различитост у третирању *donatio mortis causa* у односу на поклон *inter vivos*. Код конфискације имања као последице једне казне, ствар која је поклоњена *inter vivos* је већ издвојена из имовине починиоца и одузета, док се другачије третира ствар која је поклоњена *mortis causa*. Наиме, сматра се да је код поклона *mortis causa* ствар и даље својина поклонодавца, јер он поседује право на опозив и може је узети себи назад. Због тога ствар још увек није коначно својина поклонопримца, иако се он налази у њеној државини, јер се за то нису створили потребни услови. На тај начин се ова ствар не може одузети из имовине поклонопримца, јер би тиме био оштећен поклонодавац, који не би могао да оствари право на опозив поклона.

Таква различитост између поклона *mortis causa* и обичног поклона, која је изражена у мотивацији поклонодавца, није била једина околност која је одвајала *donatio mortis causa* од редовног поклона, а која би оправдавала структуру правног посла због смрти. Треба имати у виду и чињеницу да се у дужем временском периоду *donatio mortis causa* подвргавала правилима наследног права. Тиме је *donatio mortis causa* била истовремено посао међу живима и располагање због смрти. То се јасно изражава у тексту D. 39, 6, 38, где су поменута оба аспекта овог правног посла.

Али, иако су у структури *donatio mortis causa* биле јасно наглашене и особине правног посла међу живима и располагања за случај смрти, ипак није било противуречности између њих. Још мање је било разлога да једна карактеристика искључује другу. Макар тако нешто није било познато у класичној епохи.¹⁰⁵

2.2. Основна обележја *donatio mortis causa*

Donatio mortis causa је у класично доба, попут обичног поклона, био кауза која је реализовала путем различитих правних послова, а римски правници су и поклон за

¹⁰⁵ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958. 8.

случај смрти и обичан поклон сврставали у једну заједничку категорију – *donationes*.¹⁰⁶

Осим што по структури нису били типичан правни посао, постојале су и друге њихове заједничке особине. Оне се најпре огледају у бесплатном располагању, двостраности правног посла и вољи да се нешто поклони - *animus donandi*. Међутим, разлика између њих је у томе што је *donatio mortis causa* сложени правни институт који у себи, осим поменутих уговорних обележја, која поседују и обични поклони, садржи и обележја располагања због смрти, што га подвргава наследноправним правилима.

Сама намера да се одлучује због смрти није била довољна да се у правном смислу од било код поклона начини *donatio mortis causa*. У класичном праву се за *donatio mortis causa* захтевало да има и извесне посебне карактеристике. Основне карактеристике које једном поклону дају обележје *donatio mortis causa*, су:

1) даривање мора бити начињено због одређеног страха од смрти

Основна разлика која раздваја *donatio mortis causa* од обичног поклона – *inter vivos*, је управо таква мотивација поклонодавца. Поклон мора бити начињен због одређеног постојећег страха од смрти. То је основна мотивација и покретач поклонодавца, који одлучујуће утиче на настанак овог правног посла. Такав страх од смрти може настати из различитих разлога, а посебно од конкретне смртне опасности која је претила поклонодавцу - *periculum imminente*. У раном развоју *donatio mortis causa* управо је најчешћи повод за *donatio mortis causa* била је конкретна смртна опасност која је претила поклонодавцу. У највећем броју случајева се радило о болести, одласку у рат или опасном путовању.

Међутим, већ у класичном периоду су се појавили случајеви даривања без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*. Тада се дошло до спознаје да се *donatio mortis causa* не мора нужно односити на конкретну животну опасност, већ да даривалац може поклонити одређену ствар без одређене смртне опасности, већ само размишљајући о људској смртности. Иако је облик *donatio mortis causa* који се чини због конкретне смртне опасности био у пракси и даље чешћи, све више су се јављали случајеви даривања за случај смрти без постојања такве конкретне опасности.

¹⁰⁶ D. 50, 16, 67, 1

2) поклонодавац има на располагању право на опозив поклона

Обичан поклон – *inter vivos* је у класичном периоду био неопозив. Так крајем класичног и почетком посткласичног периода су се појавиле назнаке да би се могло остварити његово опозивање. Чак и у случају могућег права на опозивање, то се дозвољавало само у малом броју стриктно прописаних случајева. Тиме је опозивост представљала изузетак од општег правила о неопозивости даривања.

Са друге стране, основно обележје *donatio mortis causa*, које чини главну разлику у односу на поклон *inter vivos*, је управо његова слободна опозивост. Поклонодавцу је још од најранијих примера даривања за случај смрти дата могућност да превазилажењем смртне опасности може опозвати даровање и вратити поклоњену ствар. Право на опозив поклона могло је бити и условљено тиме да поклонопримац мора да надживи поклонодавца. У случају раније смрти поклонопримца постојало је овлашћење поклонодавца да захтева повраћај датог поклона.

2.3. Модерне дефиниције *donatio mortis causa*

Многи аутори који су се бавили проучавањем *donatio mortis causa*, у својим радовима су дефинисали овај правни институт. Ово је од нарочитог значаја имајући у виду чињеницу да су у романистичким круговима постојали различити погледи на правну природу *donatio mortis causa* и његове основне карактеристике. Како би се правилно одредио појам *donatio mortis causa* претходно би требало његову суштину изложити из различитих углова приказаних од стране романиста који су се њиме бавили.

Један од услова који се истиче за постојање поклона за случај смрти јесте специфична мотивација поклонодавца. Код поклона *inter vivos* поклонодавац може даривати своју ствар из различитих разлога, а најчешће наклоности према поклонопримцу, док код једног од основних облика *donatio mortis causa* у питању је специфична мотивација дародавца, која је одређена присутним страхом од конкретне смртне опасности.

Већина романиста под *donatio mortis causa* подразумева такав добротини правни посао где поклонопримац коначно стиче својину над предметом даривања само ако надживи поклонодавца. Овакав услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца је битно

обележје *donatio mortis causa*, којим се овакво даровање разликује од даровања *inter vivos*, где се не тражи испуњење таквог услова.

Такво обележје поклона за случај смрти јасно наглашава *Mario Amelotti*, који у својој монографији посвећеној овом даривању, даје дефиницију *donatio mortis causa* као таквог поклона за чије се коначно дејство захтева да поклонодавац умре пре поклонопримца, односно да се за коначно стицање захтева да поклонодавац не надживи поклонопримца.¹⁰⁷

Такође италијански романиста, *Pietro Bonfante* сматра да *donatio mortis causa* може постојати само у случају када се даровање у страху од смрти, или када је неизбежна смртна опасност, или у случају неке опасности.¹⁰⁸

Према мишљењу *Maxa Kasera* *donatio mortis causa* је такво даровање чија ефикасност зависи од тога да ли ће прималац да надживи даваоца. Притом он разликује неколико варијанти. У једној варијанти прималац стиче моментално поклон од даваоца који се налази у смртној опасности, са могућношћу донатора да захтева повраћај поклона ако преживи опасност или надживи поклонопримца, тако да се не испуни циљ коме је донација тежила. У другој варијанти је поклон је учињен под условом и одлаже се пуноважно стицање поклонопримца до тренутка смрти поклонодавца.¹⁰⁹

Немачки романиста *David Rüger*, наводи у својој докторској дисертацији и монографији скоријег датума, да су правне форме *donatio mortis causa* бројне као и сврхе које се желе њиме постићи. Повезујућа заједничка црта свих преноса имовине је договор да се поклон реализује након смрти поклонодавца у одређеном тренутку или под одређеним условима. Првобитно је поклон био везан за конкретну смртну опасност која прети поклонодавцу, али се касније јављају и случајеви без конкретне опасности. Моментални пренос својине је био правило, а само изузетно је било могуће условно одложено спровођење поклона код којег се својина преноси тек након смрти поклонодавца. Имајући у виду његову правну природу и карактеристике не би се могао потпуно

¹⁰⁷ Amelotti, M. *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953, 3.

¹⁰⁸ Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946, 545.

¹⁰⁹ Kaser, M., *Das Römische Privatrecht*, 2. Aufl. München, 1971, 350.

сврстати ни у категорију уговорног нити наследног права, јер поседује особине и једног и другог.¹¹⁰

Donatio mortis causa је у новије време нарочито био предмет интересовања шпанских романиста. Тако, *Armando Torrent* сматра да се током класичног периода тежило да се оцрта специјална форма стицања *mortis causa* која би била заснована на даровању, потпуно изван правила о постављању универзалног сукцесора или правила о легату. Таква донација би у духу акта *mortis causa* давала слободу поклонодавцу да поклон може да опозове по слободној вољи, и да би донација имала коначну ефикасност неопходно је да поклонопримац надживи поклонодавца.¹¹¹

Чињеница да је конкретна смртна опасност основна мотивација поклонодавца је схватање које је заступљено од стране шпанских романиста *Daza Martinez i Rodriguez Ennes*,¹¹² док *Fuenteseca* још додаје да је *donatio mortis causa* поклонодавац чинио онда када је предвидео своју смрт и да се таква донација чини под условом чекања његове смрти или кроз фидуцијалну манципацију са обавезом да се изврши опозив и повратак поклона преко *actio fiduciae*.¹¹³

Шпански романиста *Virginia Suárez Blázquez* у својој новијој монографији посвећеној *donatio mortis causa* сматра да је основно обележје овог правног института чињеница да се коначно стицање добара у корист примаоца реализује само ако прималац не умре пре поклонодавца, односно ако поклонодавац не надживи поклонопримца. Ефекти се остварују чак ако поклонодавац и поклонопримац умру у исто време.¹¹⁴

Такође, шпански романиста *Carmen Tort-Martorell Llabrés* у својој монографији која се, као кључном темом бави опозивом *donatio mortis causa*, наводи да је класична структура поклона за случај смрти само привремени статус, који почиње од конкретне смртне опасности која мотивише поклонодавца да сачини даровање, а осим тога њени

¹¹⁰ Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, München 2011, 243.

¹¹¹ Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza 1987, 660.

¹¹² Daza. M.,- Rodríguez, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Alicante 1993, 538.

¹¹³ Fuenteseca, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978, 590.

¹¹⁴ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, Santiago de Compostela 2012, 243.

елементи су још и лично и непреносиво право поклонопримца – *intuitu personae*, те дефинитивно постаје ефикасна смрћу поклонодавца у смртној опасности.¹¹⁵

Српски романиста Маленица Антун у својој монографији о поклону у римском праву, истиче да се *donatio mortis causa* кроз целу историју разликовао од обичног поклона, да се на њега није примењивао *Lex Cincia*, и да су у њему Римљани видели институт који је више везан за наслеђивање него за поклон у целини.¹¹⁶

Да се ради о правном послу који је основ наслеђивања, сматрају и други српски романисти, који уочавају његове особине, како даровања, тако и наследноправног института.¹¹⁷

3. ОДНОС ИЗМЕЂУ *DONATIO MORTIS CAUSA* И *DONATIO INTER VIVOS*

Поклон се као институт формирао у римском праву, али се није развијао попут осталих уговора облигационог права, већ је имао специфичан развојни пут, који се умногоме разликује од развоја других облигационих уговора. Римски појам поклона настао је у дневном животу, а не у правној науци. Израз који означава даровање – *donatio*, настао је на основу закона који ограничавају поклањање, и правна наука је на *donatio* гледала више са негативног него са позитивног становишта, што је резултирало недостатак

¹¹⁵ Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 173.

¹¹⁶ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 21.; Супротно томе, постоји мишљење да се *Lex Cincia* односио и на *donatio mortis causa* и да је са становишта класичног права погрешно разликовати даровања на *inter vivos* и *mortis causa*, јер класични правници такву разлику нису познавали. в. Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983, 86.

¹¹⁷ Проф. Стојчевић Драгомир је сматрао да је поклон за случај смрти у суштини облигациони однос, али како је умногоме био подвргнут истим правилима као и легати, о њему се излаже у оквиру наследног права. Ради се о таквом даровању где поклонодавац који се налази у смртној опасности на поклонопримца преноси одмах својину над ствари, уз услов да је врати ако преживи опасност. (Stojčević, D., *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1985, 330.)

Према проф. Мирославу Милошевићу, *donatio mortis causa* је уговор међу живима, као и сваки други уговор, али је повезан са наследним правом особином да производи правна дејства „за случај смрти“, и услов за пуноважност уговора је да поклонопримац надживи поклонодавца. (Милошевић, М., *Римско право*, Београд 2011, 434.)

Проф. Жика Бујуклић, наводи да се ради о правном послу који је основ наслеђивања, додајући да је исти настао из потребе да се хитно одреди „наследник“ у ситуацијама у којима је доведен у опасност живот поклонодавца, с тим што поклонопримац није *heres*, јер овим правним послом наступа само сингуларна сукцесија. (Бујуклић, Ж., *Римско приватно право*, Београд 2012, 310.)

теоретског усавршавања овог правног института. У римском праву поклон није био типичан правни посао, нити уговор који је имао обезбеђену тужбену формулу. Процес индивидуализације типичних правних послова који је захватио друге каузе, није обухватио и поклон. Све до краја класичног периода он је задржао карактер каузе, која се остварује путем других, апстрактних правних послова. Као типичан правни посао он се развио тек од IV века н.е. Константиновом реформом, и у том правцу је значајна примена конституције FV 249. Основна обележја даровања јесу бесплатност, која подразумева правни однос којим се уступа одређена имовинска корист или право без икакве противуслуге, и воља да се поклон учини – *animus donandi*. Осим тога, карактеристика даровања је и прихватање поклона од стране поклонопримца, што овом правном послу даје обележје двостраности.

Попут обичног поклона, ни *donatio mortis causa* није током целог класичног периода била типичан правни посао, већ кауза, која се могла реализовати путем различитих правних послова – манципације, *iure censi*, опроста дуга, ослобођења, итд. Пошто је и *donatio mortis causa* у својој структури садржао бесплатност, и вољу за поклањањем, то се мора размотрити њихова структурална подударност. У романистичкој теорији је спорно да ли су ова два института структурално подударна, или постоје значајније разлике које их одвајају. Стога би требало размотрити однос *donatio mortis causa* према обичном поклону - *donatio inter vivos*, и утврдити подударност и разлике између њих.

Мотивација код ова два даровања садржи извесне разлике. Док је код обичних поклона воља поклонодавца усмерена на бесплатно увећање имовине поклонопримца, најчешће услед одређене наклоности према њему, код *donatio mortis causa* мотивација поклонодавца је условљена наступањем смрти, било услед непосредне смртне опасности или услед размишљања о људској смртности. Притом, поклонодавац не жели да поклон безусловно припадне поклонопримцу, већ само у случају његове смрти. Он би радије задржао поклон ако остане у животу, а за случај да не преживи радије би да поклон поседује поклонопримац него његови законски наследници. Зато је за разлику од обичног поклона, који је неопозив, битно обележје *donatio mortis causa* - управо његова слободна опозивост. Неспорно је међу романистима да је опозив поклона основна карактеристика која одваја *donatio mortis causa* од обичног поклона. Таква опозивост се

нарочито истиче у ситуацијама када поклонодавац преживи смртну опасност услед које је извршио даровање и када поклонопримац умре пре поклонодавца.

Као критеријум за разграничење *donatio mortis causa*, може послужити развојна тежња приближавања *donatio mortis causa* правилима наследног права, што је резултирало све већим разилажењем са обичним поклоном, који је по структури остао облигациони уговор.

Осим тога, приликом разграничења *donatio mortis causa* од обичног поклона увек треба имати у виду стварну вољу странака коју они имају приликом предузимања правног посла, а не форму коју су представили. Право на опозив је основно обележје *donatio mortis causa* и код даровања где такво право није предвиђено ради се о обичном поклону, чак и када су странке предузеле такав посао у поводу смрти и представиле да је у питању *donatio mortis causa*. С друге стране не може правни посао бити *donatio inter vivos* зато што су га странке тако назвале. Ако код даровања егзистира право на опозив онда се такво даровање мора третирати као *donatio mortis causa*, и на њега применити правила наследног права, укључујући и оптерећење донатора фидеикомисима. О томе се посебно говори у текстовима D. 39, 6, 42, 1, D. 39, 6, 42, pr., D. 31, 87, 4 и D. 31, 87, 4 које смо детаљно анализирали са циљем уочавања разлике између *donatio mortis causa* и обичног поклона.

3.1. Наследноправна ограничења *donatio mortis causa*

Један од разлога одвајања поклона за случај смрти од обичних поклона је све већа тенденција приближавања наследном праву. Такве тенденције су се јавиле још у класичном периоду, а јаче су биле изражене у посткласичном, да би у Јустинијановом праву овај процес био заокружен скоро потпуним изједначавањем поклона за случај смрти са легатима. Све већим приближавањем наследном праву и применом наследноправних ограничења могло је да дође до јасног разграничења *donatio mortis causa* према обичном поклону - *donatio inter vivos*.

Наследноправна ограничења су почела да се примећују веома рано на *donatio mortis causa*. Већ пре краја класичног периода дошло је до приближавања између *donatio mortis causa* и легата кроз усвајање и примену *lex Furia* и *lex Voconia*.

Најпре је због учесталости злоупотребе легата, где је оставилац могао путем легата да исцрпи целокупну имовину, донет крајем III века пре нове ере *lex Furia testamentaria*.¹¹⁸ Према овом закону нијендо лице није могло на име легата или по другом основу за случај смрти добити више од хиљаду аса.¹¹⁹

И поред тога што је *lex Furia testamentaria* требало да спречи злоупотребе легата и других послова *mortis causa*, до тога није дошло, те се прибегло се даљем законодавном раду на сузбијању ове појаве. У том циљу је 169. године пре нове ере усвојен *Lex Voconia*, који је требало да пружи заштиту законским наследницима. Овим законом је предвиђено да нико не може по основу легата или другог правног посла *mortis causa* добити више него што је припало законским наследницима.¹²⁰

Као један од критеријума који може помоћи при разграничењу *donatio mortis causa* у односу на *donatio inter vivos*, може послужити примена Фалцидијевог закона на поклоне за случај смрти.

Као што је у романистици неспорно *lex Falcidia* је донет 40 године пре Христа у циљу ограничавања оставиоца у несразмерном располагању својом имовином, као наследницима не би остали само дугови.¹²¹ Пошто су претходни такви покушаји доношењем *lex Furia* с краја III века пре нове ере, и *lex Voconia* средином II века пре нове ере, били неуспешни, то је овим законом прописано да наследнику мора остати четвртина заоставштине неоптерећена легатима – *quarta Falcidia*. Уколико би оставилац прекорачио прописану границу располагањем у корист трећих лица, таква располагања би била без правног дејства, те су сразмерно умањивана (*ipso iure ex lege*) до заштићеног дела од једне четвртине који припада законским наследницима. Овде се очигледно

¹¹⁸ Gai. 2.224.

¹¹⁹ Gai. 2.225.

¹²⁰ Gai. 2.226.

¹²¹ D. 35,2,1

ради о једном од првих потпуних закона - *leges perfectae*, који су забрањене правне послове оглашавали ништавим.¹²²

Почетак примене *lex Falcidia* на фидеикомисе сматра се период 70-80 године после нове ере који је спроведен кроз *SC Pegasianum*.¹²³ Тек сто година након тога дошло је до примене *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*. До тада су се наследноправни закони могли изигравати кроз поклоне за случај смрти, те је римски законодавац одлучио да Фалцидијев закон примени и на даровања за случај смрти. То се догодило кроз конституцију Септимија Севера, чији текст није сачуван, али се посредно може сазнати из једне конституције Александра Севера из 223. године нове ере С. 6,50,5. Садржај и ауторство Септимија Севера може се доказати и кроз С. 8,56,2. из 239. године нове ере, као и Папинијановог текста у Дигестама - D. 39,6,42,pr. у коме се он позива на наведену конституцију, мада у тексту није децидирано навео да се ради о Септимију Северу. Све ово указује да примена *lex Falcidia* на *donatio mortis causa* није постојала до владавине Септимија Севера. Сматра се да је конституција састављена у првим годинама његове владавине између 193. и 197. године нове ере, јер се касније конституције на њу позивају. Ово и из разлога што је управо у том периоду у царској канцеларији радио Папинијан као *procurator a libellis*, те је врло вероватно и сам Панијан допринео примени *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*.¹²⁴ Ово је извесно и из разлога што се нико сем Папинијана овим питањем није темељно бавио.¹²⁵ У мањој мери овим проблемом су се бавили Марцијан¹²⁶ и Улпијан.¹²⁷

3.2. Papinianus D. 39, 6, 42, 1.

Начелну оријентацију за разграничење *donatio mortis causa* према *donatio inter vivos* у вези са применом *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*, пружа нам следећа Папинијанова одлука:

¹²² Schanbacher, D., *Ratio legis Falcidie*, Berlin 1995, 34.

¹²³ Gai. 2, 254.

¹²⁴ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 36-37.

¹²⁵ D. 31,77,1,2,6; D. 35,2,15,pr.; D. 39,6,42,pr.

¹²⁶ Марцијанов текст D. 39,6,42,pr. се у односу на нашу тему скоро у потпуности ослања на Папинијанов текст D. 39,6,42,pr.

¹²⁷ D. 35,2,82; D. 35,3,1,10; D. 43,3,1,5; D. 24,1,32,1

D. 39, 6, 42, 1 Papinianus libro tertio decimo responsorum

Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidia causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.

„Отац је поклатио на смртној постељи свом еманципованом сину неке ствари без икаквог споразума о (опозиву и) враћању. Његова браћа и остали наследници захтевали су да се поклати сходно закону *lex Falcidia* додатно урачунају у заоставштину. Моје стручно мишљење је гласило да треба применити старо право. Наиме, конституција се односи само на оне предмете који се поклатијају под једним одређеним условом, и тек са наступом смрти извлаче се из имовине, јер је онда нада на поново стицање отпала. Ко поклатија без услова, он не поклатија због смрти него више као умирући.“

Из овог текста се може закључити да један смртно болесни отац поклатија свом еманципованом сину одређене предмете (*quaedam*), при чему није постигнут никакав споразум о опозиву поклоне и праву на захтев враћање поклоњених ствари. Након што је отац преминуо браћа су захтевала од поклонопримца свог брата да он свој примљени део од оца на име поклоне урачуна у наследни део према *lex Falcidia* (*contribui*). При томе се очигледно ради о *collatio bonorum*. Због тога се и наглашава, да је супротно својој браћи, поклонопримац син који је еманципован. Из садржаја текста се не може видети да ли је отац оставио тестамент. Основано би се могло претпоставити да за то није имао времена, обзиром да се налазио смртно болестан и на смртној постељи (*extremis vitae constitutus*). Питање постојања тестамена је од важности имајући у виду примену *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*. Папинијаново стручно мишљење је да треба применити старо право, а што значи оно право које је важило пре *constitutio Severi* C. 6,50,5 - конституције Александра Севера из 223. године нове ере. На основу тога *lex Falcidia* може бити примењена и на *donatio mortis causa*. Ново правило се односи само на оне поклоне који се могу опозвати пре смрти, што је овде тако приказано да се ствари тек након тога могу сматрати коначно отуђеним (*morte insecuta quodammodo bonis*

auferrentur spe retinendi perempta), те сходно томе такав поклон не сме за живота поклонопримца да буде неопозив. Одлучујуће питање је овде да ли се поклањање обавља *lege certa* или *absolute*, односно да ли се стварно поклања *mortis causa* или само у поводу смрти - *moriens*. Притом се ради о томе да треба разликовати везу са смрћу као мотив поклона, од једног правног услова, као што је смрт поклонодавца. Објективни критеријум за разликовање било би постојање ма каквог права на опозив поклона (*ulla condicio redhibendi*). Право да поклонодавац може опозвати поклон и тражити натраг поклоњене ствари је битно обележје *donatio mortis causa*.¹²⁸

Правилност оваквог става потврђује и Марцијан, који скоро са идентичним речима потврђује наводе Папинијана:

D. 39, 6, 27 Marcianus libro quinto regularum

Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.

„Тамо где је поклањање у случају смрти тако начињено да се никако не може захтевати опозив поклона, предстоји пре поклон због мотива него за случај смрти. Стога се мора тако сматрати као свако друго поклањање моћу живима. Зато је међу супружницима без дејства и стога *lex Falcidia* не налази примену као што би било код *donatio mortis causa*.“

Овај текст веома подсећа на претходни Папинијанов текст, тако да може изгледати да је Марцијан исти начинио по угледу на Папинијанов *responsum*. Следећи Папинијанове идеје у Марцијановом тексту се наглашава да поклањање без права на опозив може бити наведено као правни посао *mortis causa* (*Ubi ita donatur mortis causa*), али да такво даровање треба третирати као обичан поклон - даровање међу живима (*perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos*). Овакво поклањање које је наведено као *mortis causa*, али где поклонодавцу није омогућен опозив поклона и право на враћање ствари, има карактер поклањања међу живима, чак и онда када би се у самом тексту квалификовало

¹²⁸ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 38-39.

да се ради о поклањању због смрти.¹²⁹ Код *donatio mortis causa* поклонодавац за себе задржава право да може опозвати поклон, што показује његову егоистичку природу, која је у супротности са *animus donandi* поклонодавца код обичних поклона. Изражено право на опозив даровања код *donatio mortis causa* у супротности је са вољом за дефинитивним поклањањем која се јавља код поклона *inter vivos*, и што чини кључну разлику између ових даровања.

3.3. Papinianus D. 39, 6, 42, pr.

D. 39, 6, 42, pr. Papinianus libro tertio decimo responsorum

Seia cum bonis suis (traditionibus factis) Titio cognito donationis causa cessisset, usum fructum sibi (recepit) <retinuit> et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietates ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent, igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. (bona fidei) <fiduciae> autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moretur, filiis Titii restitutura. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae conditionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. Sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

„Када је Сеја пренела свој иметак свом рођаку Тицију као поклон уз превођење у својину, задржала је право коришћења и уговорила да ако Тиције пре умре својина се њој враћа; ако она потом умре, а Тицијева деца буду жива, онда њима припада имовина. Како је ипак започета тужба за веру и верност, постављено је питање да ли жена мора да обећа стипулацијом да она, када умре, врати имање Тицијевој деци. Постојала је несигурност, јер поклон није уопште заживео у погледу деце, па се не може ни захтевати. Али да није можда према ставу правне сигурности ранији поклон,

¹²⁹ Cuq, É., *Manuel des institutions des Romains*, Paris 1917, 799.

који је некада преношењем својине био у потпуности испуњен, важећи у односу на првобитни споразум и да није обећан по други пут? Да ли је то поклон под одређеним условом или такав који се дешава за случај смрти, и стога има такво име. Не треба порицати да је он очигледно договорен због смрти. Из тога следи да иза стављања ван снаге ранијег поклона стоји да је Сеја надживела Тиција. Из тога следи да деца Тиција касније по смрти ове жене одговарају у своје име за удео у *quarta Falcidia* ако су добили испуњење уговора, сходно вољи те жене.“

Наведени случај спада у један од најкомпликованијих примера *donatio mortis causa*. Он је изазвао пажњу широког круга романиста, који су га анализирали.¹³⁰

Од стране романиста постојали су многобројни коментари који су указивали да је текст интерполиран. Притом је указивано на различита места у тексту која указују да се ради о интерполацији. На основу речи из текста *cessisset* неки романисти су закључили да се ради о преносу имовине *in iure* цесијом, са образложењем да се иста могла користити и за *res Mancipi* и за *res nec Mancipi*.¹³¹ Мишљење да се пренос обавио *in iure* цесијом у супротности је са наведеним текстом који, упућује на то да се пренос обавио традицијом (*traditionibus factis*). Са друге стране пренос традицијом долази у конфликт са постављеним условом у погледу права коришћења, које је могуће, као што је познато, кроз манципацију, а не кроз традицију. Стога су неки романисти сматрали да су речи *traditionibus factis* интерполиране, те да је у овом случају правилан пренос „*mancipatio*“, а што је у тексту интерпилирано са „*traditio*“.¹³² На интерполацију ових речи указује и Frag.Vat. 47.:

Frag.Vat. 47:

In re nec Mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur

¹³⁰ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania 1950, 158; Amelotti, M., *La „donatio mortis causa“ in diritto Romano*, Milano 1953, стр.101-106; Kaser, M., *Rez. zu Pascal Simonius, Die Doantio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, TR 27 (1959), 215-218; Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donation mortis causa en el derecho romano*, Oviedo 2000, 129-138; Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 44-68.

¹³¹ Longo, C., *Corso di diritto romano: La fiducia*, Milano 1933, стр. 155; постоји мишљење да је у тексту првобитно стајало „*in iure cesio*“ v. Levy, E., „*Essai sur la promesse de donation en droit romain*“, Mel.De Visscher, II. (RIDA 1949) 99.

¹³² v. Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 93. (nap.1)

„код *res nec mancipi*, традицијом се не може установити плодуживање, као ни на робу ако се он традира peregrinu“

Међутим, новија истраживања указују да не треба доносити пребрзо закључак да је дошло до замене првобитног „*mancipatio*“, са у тексту интерпилисаним „*traditio*“. Овде треба у текст увести глагол *recipere* који допушта да се помисли да се овде не ради о уобичајеном *retentio* или *deductio usufructus*, већ да је могућ пренос својине са каснијим установљеним правом плодуживања путем стипулације.¹³³

Неки романисти иду чак дотле, да сматрају да се у првобитној верзији текста D. 39, 6, 42, pr. уопште није радило о поклону за случај смрти, те оригиналном тексту оспоравају повезаност са *donatio mortis causa*.¹³⁴

Овај текст је сложен имајући у виду да многи делови текста изазивају недоумице и различита тумачења. Као полазну тачку у анализи текста треба, најпре, утврдити да ли је Тиције заиста прерано умро, и да је тиме наступио услов опозивања поклона и враћања ствари од стране Сеје. Оваква чињеница произилази из околности да Тицијеви наследници постављају захтев за својином, а уз то се од Сеје, која је очигледно у том тренутку још жива, захтева *cautio*. Спорно је и о колико поступака се овде ради. Да ли је у питању само *rei vindicatio* Тицијевих наследника, или постоји и други поступак који се односи на начела добре вере и поштења (*iudicium bona fidei*), код кога се од Сеје захтева *cautio*, или је све то један исти поступак. Даље је спорно ко је уопште тужена страна код започете виндикације од стране наследника, да ли власник Тиције или корисница права Сеја (што је став већине романиста), или чак и трећа страна која је корисница добара а усмено је заступана од Сеје. Имајући у виду да је *rei vindicatio* усмерена само према појединим предметима, а у оквиру *iudicium bona fidei* захтевано је обезбеђење на читавој имовини, на који начин делује договор странака у погледу стања својине. Такође, одређене недоумице изазива и питање колико је поклона у договору између Тиција и Сеје обухваћено. Коначно, спорна је и обавеза по основу обезбеђења „*ex consensu mulieris*“.¹³⁵

¹³³ Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 46.

¹³⁴ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania 1950, 165.

¹³⁵ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 46.

На сва ова питања већ дуже времена у романистичким круговима дају се различити одговори, без изгледа да се постигне одређена усаглашеност. Једна од важних тема која се тиче овог текста већ деценијама јесте и то да ли је исправна теза Келера која потиче још из 1845. године, према коме је *bona fidei iudicium* у речима Папинијана управо – *fiducie iudicium*.¹³⁶ Овакав став је изазивао пажњу романиста, те је овај текст анализиран и изван литературе која се искључиво бави *donatio mortis causa*. Већина романиста га је у таквом ставу следила, те је тако из ове тезе настала теорија настанка *donatio mortis causa* из фидуције.¹³⁷ И у домаћој романистици је заступљен став да је *donatio mortis causa* у свом првобитном облику који се користио код непосредне смртне опасности, настао из фидуције, јер је фидуцијарним споразумом (*pactum fiducie*) постигнут договор између странака да се ствар врати фидуцијанту ако преживи смртну опасност.¹³⁸ Против овакве тезе у старијој романистици били су *Heck*,¹³⁹ *Kretchmar Paul*,¹⁴⁰ и *Hajmann Franz*,¹⁴¹ а нешто касније је такво становиште заступао и *Pascal Simonius*.¹⁴²

Текст говори о томе да је извесна Сеја пренела рођаку по мајци Тицију своју целокупну имовину (*bona sua*). Сеја је пренос извршила уз договор да установљава за себе службеност плодоуживања, и да се имовина има њој вратити у случају раније смрти Тиција (*si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad em rediret*), а да након њене смрти имовина припадне Тицијевој деци.

Значајно је да је Сеја свом рођаку Тицију поклонила своју целокупну имовину, а не само неки њен део. Иако неке речи из текста, посебно реч *cessisset* могу да упуте на начин преношења *in iure* цесијом, исправније би било да је Сеја је учинила кроз манципацију и традицију. Рођак Тиције је у знак захвалности, и као један вид противуслуге истој стипулацијом одобрио коришћење имовине до краја њеног живота, односно установио плодоживање у корист Сеје на поклоњеној имовини. На тај начин што је установио

¹³⁶ Keller, *Ueber L.Siae 42. pr. De mor. ca. don. und über den Satz, daß die Exceptio doli – bonae fidei iudicium mache*, ZGRW 12 (1845), 400-423.

¹³⁷ Senn, F., *Études sur le droit des obligations*, Tome premier, I.: *Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris 1914, 40-60. Овакав став су са извесним модификацијама касније заступали и: Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto Romano*, Milano 1953, 49. и Noordraven, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 90.

¹³⁸ Владетић, С., *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови (докторска дисертација)*, Београд 2010, 70.

¹³⁹ Heck, P. Von; *Die Fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann*, SZ 10 (1889), 136.

¹⁴⁰ Kretchmar, P., *Über die Entwicklung der Konpensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907, 34-37

¹⁴¹ Hajmann, F., *Zur lex 42. pr. D. de mortis causa donationibus*, 39,6., SZ 38 (1917), 215-222.

¹⁴² Simonius, P., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, 156.

detentio у корист Сеје, она је могла да настави да користи своју имовину, али сада са измењеним овлашћењима. Она више није била власник, већ само законити држалац имовине. Она је имала фактичку власт над имовини (*corpus*), али не и *animus possidendi*, јер је стварни власник био њен рођак Тиције. Они су ступили у сложени уговорни однос где су постигли споразуме да уколико Тиције умре пре Сеје, његови наследници буду обавезни да својину пренесу на Сеју. Даљи договор је био да након смрти Сеје имовина не припадне њеним законским наследницима, већ деци Тиција. Међутим, неспорно је да се након тога догодио случај да је Тиције умро пре Сеје. Његови наследници су покушали да путем виндикације пренесу неке ствари на себе. Њихов захтев је био одбачен путем *exceptio doli* јер је право коришћења и плодоуживања на имовини имала Сеја. Осим тога, и према постигнутом споразуму са Тицијем имовина је у случају његове раније смрти морала да буде враћена Сеји. Очигледно је да се овде радило о споразуму *intuitui personae* који је био усмерен на личност примаоца поклона. Сеја је желела да имовину поклони искључиво Тицију, те је стога разумљив захтев да јој се имовина врати у случају да он премине пре ње. Њена жеља није била да у посед имовине одмах ступе његови наследници, већ да се имовина врати њој. Она је најпре желела да имовину поклони Тицију, али и радије би да јој имовина буде враћена него да власници постану трећа лица, у овом случају Тицијеви законски наследници.

Како је даљи споразум између Тиције и Сеје подразумевао да после смрти Сеје имовина припадне Тицијевој деци, а не Сејиним законским наследницима, Тицијева деца су захтевала *cautio* од Сеје, како би се обезбедили да ће заиста добити имовину у случају њене смрти. Они су желели да обезбеде јаче право на имовину од Сејиних законских наследника. Такав њихов захтев за обезбеђењем је прихваћен у поступку *iudicium bonae fidei*. Очигледно је да су поштована начела добре вере, а у склади са начелима поштења и поверења, јер је право на имовину после Сејине смрти припадало Тицијевој деци на основу саме сагласности воља између Тиција и Сеје, те би једино исправно било да они постану власници те имовине када се за то стекну потребни услови.

Дакле, из овог текста је очигледно је да су постојала два судска спора. Један је онај који текст описује да се догађа у садашњости, и у коме се одлучује да ли у конкретном случају има места примени *lex Falcidia*, док је други спор био раније у односу на овај и у коме се у поступку *iudicium bonae fidei* одлучивало о праву на обезбеђење потраживања Тицијеве

деце према Сеји, односно у коме је Сеја неформално обећање поклона обезбедила путем *cautio*.

Касније када је умрла Сеја, дошло је до ситуације где је требало одлучити о коначној судбини предметне имовине. Тицијева деца су била обезбеђена са *cautio* те су са правом могли да положе захтев да ступе у посед Сејине имовине. Такав захтев је био усмерен према Сејиним законским наследницима. Ови су са своје стране у поступку расправљања права на имовину истакли приговор *quarta Falcidia*. Овде Папинијан на примеру из живота поставља теоретско питање да ли правила *lex Falcidia* могу бити примењена. Папинијан у расправљању овог спорног питања исказује завидну правну вештину. Очигледно је да су у договору између Тиција и Сеје постојала два *donatio mortis causa*. Први поклон за случај смрти је доспевао ранијом смрћу Тиција, док је други *donatio mortis causa* био сачињен у корист Тицијеве деце. Овај други поклон за случај смрти би могао слободно да се опозове у складу са правном природом *donatio mortis causa*. Стога се томе противи принудно обезбеђење имовине путем *cautio*. Такав Папинијанов став је у супротности са оним што су правници пресудили у поступку *iudicium bonae fidei*, када су Тицијевој деци признали право на обезбеђење. У овом случају би било битно и то да ли је Сеја добровољно обезбедила потраживање Тицијеве деце или се то догодило принудним путем. Наиме, она је други део споразума којим након своје смрти имовину уступа Тицијевој деци, сачинила као неформални споразум, што подразумева необавезно обећање поклона, а које би могло да буде утуживо само ако се за такво неформално обећање обезбеди *cautio*. Зато су Тицијева деца и тражила *cautio* јер без таквог обезбеђења Сеја би имала право да опозове поклон, у складу са природом *donatio mortis causa*.¹⁴³

Коначно, из овог текста је видљиво да треба решити спорно питање може ли се у конкретном случају применити *lex Falcidia*. Треба имати у виду да је Фалцидијев закон проширен на *donatio mortis causa* управо из разлога изигравања права на штету законских наследника. Таква појава је била раширена, и често су странке да би прикриле праву уговорну вољу фиктивно представљале поклон *inter vivos* као *donatio mortis causa*. У погледу разликовања поклона међу живима и поклона за случај смрти, није од значаја како је даровање означено између странака, већ је битна стварна мотивација и воља

¹⁴³ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 68.

уговорних страна. Меридаван критеријум за разликовање ових даровања би било право на опозив поклона. Даровање за случај смрти може егзистирати само уколико је поклонодавцу омогућено да поклон може опозвати за време трајања свог живота. Уколико такво право поклонодавац не би поседовао онда се не би радило о *donatio mortis causa*, па чак и уколико су га странке означиле као таквог.

3.4. Scaevola D. 32, 37, 3

D. 32, 37, 3 Scaevola libro octavio decimo digestorum

Pater emancipatio filio bona sua universa exceptis duobus servis non mortis causa donavit et stipulatus est a filio in haec verba: „quae tibi mancipia quaeque praedia donationis causa tradidi cessi, per te non fieri dolo malo neque per eum ad quem ea res pertinebit, quo minus ea mancipia quaeque ex his adgnata erunt eaque praedia cum instrumento, cum ego volam vel cum morieris, quaeque eorum exstarent neque dolo malo aut fraude factove tuo eis ad quem ea res pertinebit in rerum natura aut in potestate esse desissent, si vivam mihi aut cui ego volam reddantur restituantur, stipulatus est Lucius Titius pater, spondit Lucius Titius filius“. idem pater decedens epistulam fideicommissariam ad filium suum scripsit in haec verba: „Lucio Titio filio suo salutem, certus de tua pietate fidei tuae committo, uti des praestes illi certam pecuniam: et Lucionem servum meum liberum esse volo“. quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit nec ei heres exstiterit, an ex epistula fideicommissa et libertatem praestare debeat. respondit, etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret, tamen nihilo minus et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse, maxime post constitutionem divi Pii. quae hoc induxit.

„Један отац пренео је своје еманципованом сину своје имање, осим своја два роба, поклоном који није *mortis causa* а син је овим речима стипулацијом дао обећање: „У погледу робова и земљишта које ја теби на основу обећања предајем и чиним власником ти обећаваш: Не сме да се деси да нити ти, ни твојим лукавством, нити твој правни наследник, да ови робови и њихово потомство и ова земља са својим покретним стварима или оно што од тога преостане – уколико ништа због твог

лукавства или лукавства твог правног наследника, због преваре или уопште да је неко нешто учинио да не постоји реално ништа или је неправично поступао према мени, док ја живим или према ономе кога будем одредио, не буду враћени или плаћени, ако ја то захтевам или ако ти пре мене умреш. Тако је обећао отац Луције Титиус и тако је обећао син Луције Титиус.“ Исти отац је сачинио пред смрт фидеикомис у облику писма своме сину следећим речима. „Луције Титиус своме сину. Сигуран у обавезно поштовање, препуштам одлуку твојој верности, да ти овом и оном даш одређену суму новца. Даље бих желео да мој роб Лукрио буде ослобођен.“ Пошто син није захтевао ни *bonorum possessio*, нити је био наследник свога оца, појавило се питање да ли на основу писма мора да испуни фидеикомис и да ослободи роба. Судска пресуда је гласила да, мада није наследник нити је тражио *bonorum possessio* и не поседује ниједан комад наследства, може из стипулације наследника и оца и из фидеикомиса да буде сматран као дужник, нарочито према конституцији божанског Пија, која је установила овакво правно стање.“

Овај текст у почетку подсећа на Папинијанов текст D. 39,6,42,1. У оба текста је *filius emancipatus* учесник у правном послу који означава једну врсту прибављања добара у виду наслеђа, пре тренутка делације. Отац преноси на свог еманципованог сина већ за живота у облику поклона скоро свој целокупни иметак, а само два роба задржава за себе. Овде је од мањег значаја начин на који он преноси своју имовину. Могуће је то обавити традицијом или *in iure* цесијом.¹⁴⁴ Мада се чини да *in iure* цесија није у то време био уобичајени начин преноса имовине.¹⁴⁵ О томе да се у свакодневном животу много чешће користила манципација, која се могла обавити у кругу пријатеља без ангажовања државног апарата, изјашњавају се и извори.¹⁴⁶ Сину је на тај начин омогућено да управља очевом имовином у својству власника у оквиру редовног управљања имовином, још пре него што је наступио тренутак наслеђивања. Отац се истовремено обезбедио да син не отуђује безразложно његову имовину, пошто је ставио у изглед

¹⁴⁴ Lenel, O., *Paltingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889, str. 240.; Beseler, G., *Miscellanea: Fideicommissum a debitore relictum*, SZ 45 (1925), 264.

¹⁴⁵ Kaser, M., *Rez. zu Fritz Sturm, Abalienatio*, Essai d'explication de la définition des Topiques (Cic., Top. 5,28), Milano 1957, SZ 75 (1958), 412.

¹⁴⁶ Gai. 2,25 *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.* — „Ипак се најчешће и готово увек служимо манципацијама. Оно што можемо обавити сами пред присутним пријатељима, нити је згодно нити је потребно да са већим тешкоћама обављамо пред претором или управником провинције.“

могућност опозива даровања, и стипулацијом обезбедио за себе ово право. Притом се стипулација не односи на целокупну имовину (*bona sua universa*), већ само на робове и земљиште (*quae mancipia quaque praeida*). Син је стипулацијом јемчио оцу или после његове смрти неком трећем којег је он одредио, за сигурност земљишта и робова, уз ограђивање да није одговоран за оно што буде изашло из његовог поседа без његове кривице. Обавеза повраћаја односи се само на оно што стварно постоји при настанку услова, при чему гарантује за умањење иметка настало због дугова, као и за преварне радње правних наследника. Повраћај поклоњене имовине ће се обавити под условом да син раније умре (*cum morieris*) или да отац опозове поклон (*cum ego volam*). За разлику од Папинијановог текста D. 39,6,42,1. извесно је да отац приликом даривања није био близу смрти. Наставак фрагмента сведочи о томе да је протекло извесно време између закључења споразума о повраћају ствари и даљег тока дешавања. Тек на самртном одру отац предаје сину фидеикомис у коме се наводи да неким особама исплати одређену суму новца, а роба Лукрија да ослободи.¹⁴⁷ Извесно је да се ради о једном од два споменута роба у тексту, а не о неком трећем или туђем робу.¹⁴⁸ Очигледно је да је реч о кућном робу који га је служио до смрти и према коме је отац имао посебну наклоност, која га је и мотивисала да нареди његово ослобађање. Син који је после смрти оца задужен да изврши фидеикомис пориче своју обавезу, што је повод коментара који Сцевола даје у тексту. Наиме, он сматра да је син у обавези да изврши фидеикомис без обзира да ли је добио нешто од наследства (*etsi neque hereditatem adisset neque bonorum possessionem petisset et nihil ex hereditate possideret*). Син јемчи као дужник по основу стипулације и као корисник по основу фидеикомиса (*et ex stipulatu ab heredibus patris et fideicommisso ab his quorum interest quasi debitorem conveniri posse*).¹⁴⁹

Посебно је интересантно у овом тексту да поклон не треба да се изврши *non mortis causa*. Притом, треба анализирати и однос између стипулације и фидеикомиса, што је значајно

¹⁴⁷ Gai. 2,263 *Libertas quoque servo servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius*. – „Фидеикомисом се може даровати и слобода робу тако да је наследник или легатар обавезан да ослободи.“

¹⁴⁸ римско право је дозвољавало и ослобађање туђег роба – (Gai. 2,263 - Не прави се разлика између случајева у којима се захтева слобода за сопственог роба, оног који припада самом наследнику, легатару или чак неком другом лицу), којег је у том случају требало прибавити, а обавеза се гаси тек у случају да господар не жели да га прода (Gai. 2,265 - Тада туђег роба мора прибавити и ослободити. Ако господар неће да га прода јасно је да се гаси право на слободу из фидеикомиса, јер се у овом случају не може применити правило о процењивању)

¹⁴⁹ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 70-71.

за испитивање граничне линије између правних послова међу живима и располагања због смрти.

Анализирајући структуру поклона који отац даје сину, мора се уочити да су странке даровање означили изразом – „*non mortis causa donavit*“, што свакако није учињено без разлога. Сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца се очигледно хтео реализовати поклон *inter vivos*.¹⁵⁰ То је у тексту јасно и назначено да не би дошло до недоумица, јер би спомињање у тексту опозива поклона нужно указивало да се ради о поклону за случај смрти. Право на опозив поклона се јасно може видети из садржаја текста, где би се радило о опозиву који је мотивисан *sola cogitatione mortalitatis*. Један од разлога за опозив би био претходна смрт поклонопримца, што је у тексту и наглашено. Други разлог за опозив био би покајање поклонодавца, на које право текст, такође указује. Тражећи разлог због чега је дошло до оваквог споразума између оца и сина, може се решење наћи у све учесталијим ограничењима која су се односила на правила наслеђивања, а којима су све више били подвргнути поклони за случај смрти. Већ од раније Воконијев закон, а касније и Фалцидијев закон су се почели односити на *donatio mortis causa*, а такође су и правила *leges Iulia et Papia*, која су се протезала на *donatio mortis causa*, требало бити заобиђена. У том смислу споразум *non mortis causa* у циљу изигравања закона треба посебно замислити у ситуацији ако син није имао деце.¹⁵¹

Оно што је у овом случају неуобичајено јесте чињеница да син може бити одговоран за испуњење обавезе и из стипулације и из фидеикомиса. На први поглед би ово изгледало контрадикторно, јер би једна обавеза искључивала другу: или би неко био дужник из стипулације на основу правног посла међу живима, или је неко добио имовину из наследства, па према наследном праву може бити оптерећен за фидеикомис. Притом постоје и разлике да ли син јемчи за обавезу *ex stipulatio* или *ex fideicommisso*, јер они остварују различита правна дејства. Треба још приметити и да стипулација и фидеикомис имају за предмет сасвим различите радње. Стипулацијом се ствара обавеза враћања земљишта и робова, док се фидеикомисом захтевају различита новчана плаћања и отпуштање робова. Веза између њих може постојати само када стипулација обавезе сина на поступање према епистули. Уколико је стипулацијом оцу остављена

¹⁵⁰ Knütel, R., Ein vorsichtiger Schenker – Scaev. D.32,37,3-, *Seminarios complutenses de derecho Romano* 20/21 (2007/2008), 266.

¹⁵¹ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 72-73.

могућност да опозове у свако доба земљиште и робове, онда је он у епистули одредио само плаћање одређених новчаних обавеза и ослобађање једног роба. Поклон се овде опозива само онолико колико је за испуњење фидеикомиса неопходно. Према томе, овај текст нам указује да је Сцевола дозволио да се фидеикомис испуни кроз *inter vivos* договорено право повраћаја, а јемство сина за испуњење обавезе постиже се помоћу једног наследноправног инструмента насталог из споразума међу живима. Поента случаја лежи у двострукој релацији, јер се ради о наследноправној обавези уговореној правним послом међу живима.¹⁵²

Спорно је овде како се могао син оптеретити фидеикомисом, када није ништа примио из наслеђа. У вези са тим треба одредити у каквом се односу налазе обавезе *ex stipilatio* и *ex fideicommisso*. Код *ex stipilatio* не постиже се обавеза непосредно из стипулационог акта, већ је она одређена садржајем епистула којим је отац извршио распоред са својом имовином. Као резултат тога појављује се обавеза сина који јемчи из два разлога за извршење фидеикомиса. Као наследник оца из стипулације и као корисник фидеикомиса. Овакво двоструко јемство указује да се, заправо, помоћу стипулације један поклон *inter vivos*, који је по својој структури неопозив, претвара у један опозиви поклон. Тиме се постиже да се уствари ради о поклону за случај смрти, иако *donatio mortis causa* не мора стриктно да се спомиње. На тај начин се долази и до валидне основе за испуњење фидеикомиса, што су, очигледно, странке и желеле да постигну.¹⁵³

Из овог текста се може закључити да се Сцевола приликом давања мишљења у овој правној ствари није ослонио само на конституцију Пија, како произилази из самог текста. Ако се у овом случају преусмери захтев против дужника само преко фидеикомиса на трећег корисника, *epistula fideicommissaria* је дала захтеву који је заснован из стипулације свој конкретан садржај. Основно размишљање рескрипта да се дужник може теретити у корист трећег, јер он добија истовремено у погледу прибављеног посла у корист трећег *exceptio doli* који делује према наследнику повериоца, само донекле даје објашњење за овај случај, јер се овде ради о конкретизовању предмета посла преко фидеикомиса. У овом случају ради се о перфектном правном послу, и правно дејство фидеикомиса се без тешкоћа може остварити јер не постоји ниједан разлог који би говорио против тога.

¹⁵² Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 74.

¹⁵³ Knütel, R., Ein vorsichtiger Schenker – Scaev. D.32,37,3-, *Seminarios complutenses de derecho Romano* 20/21 (2007/2008), 277.

Потпуно је валидна одлука оца, који је у овом случају и поклонодавац и тестатор, да своју вољу спроведе преко фидеикомиса. Споразум између оца и сина који се налази у тексту и који упућује да се ради о *donatio inter vivos*, а не о правном послу *mortis causa* уствари је фиктиван правни посао, – *falsa demonstratio*. Суштина ствари упућује на то да се овде уствари ради о једном *donatio mortis causa*. Уколико је син на основу стипулације о опозиву и повраћају поклона у својим правима изједначен са поклонопримцем код правног посла *mortis causa*, онда се он може оптеретити фидеикомисом. Без обзира што располагање носи назив правног посла међу живима, његова битна обележја упућују да се ради о правном послу *mortis causa*, те ће се, сходно томе, примењивати и таква правна правила.¹⁵⁴ Ово указује на чињеницу да без обзира што су странке поклон означиле као *inter vivos*, уколико постоји право поклонодавца да опозове поклон, онда се ради о *donatio mortis causa*. Странке су у овом случају стипулацијом уговориле право опозива за поклонодавца, те сходно томе такво даровање треба схватити као *donatio mortis causa*.

3.5. Paulus D. 31, 87, 4

D. 31, 87, 4 Paulus libro quarto decimo responsorum

Lucius Titius cum haberet quinque liberos, universos emancipavit et in unum filium Gaium Seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit et universos liberos cum uxore scripsit heredes: in eodem testamento duas possessiones, quas retinuerat, eidem Gaio Seio praelegavit et ab eo petit, ut ex redditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot: conventus a Maeviae sorore sua legem Falcidiam implorat. quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt revocari praeceperit, an Gaius Seius compellendus sit secundum voluntatem patris ex donationibus fideicommissum praestare heredi sororis. Paulus respondit post litteras imperatoris nostri dubitari non oportere, quin in hac quoque specie, de qua quaritur, subveniendum sit liberos, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est, praesertim cum imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his

¹⁵⁴ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 81.

qui fideicommissum petunt intercedit. sed si Falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem.

„Луције Тиције имао је петоро деце; све је еманциповао а на једног је пренео, на Гаја Сеја, веома велико имање као поклон. За себе је задржао један скроман остатак, а осталу децу и жену је именовао за наследнике. У истом тестаменту наменио је баш истом Гају Сеју једним прелегатом две парцеле земљишта, које је задржао и ставио као обавезу да из коришћења земљишта које је он (отац) њему поклонио за живота, треба да извесну своту златног новца даје кћерки Мавији, а једном од браће неку другу суму. Када је сестра Мавија поднела захтев Гају Сеју, овај се позвао на *lex Falcidia*. Пошто је наш Свети Цар, како је горе написано, наредио да се за поклоњено против воље поклонодавца захтева повраћај, ја питам, да ли се Гај Сеј може приморати да наследнику сестре према вољи оца изврши фидеикомис из поклона. Паул је одговорио да у односу на речи нашег цара нема никаквих сумњи да се деци мора помоћи код овог спорног предмета, а чији је део умањен због поклона учињеног у корист једног сина, нарочито је овде наш цар помогао против воље оца, у овом случају чак воље оца према споровима који захтевају фидеикомис. Али уколико *lex Falcidia* наступи, онда фидеикомис нека потпуно делује због обима прекомерног поклона.“

Садржај овог фрагмента указује на сличност са претходно анализираним текстом Сцеволе D. 32,37,3. Текст наводи на то да је тестатор сву своју децу и жену именовао за наследнике, али да је наследно право на наки начин изиграо тиме што је за живота скоро цео свој иметак поклонио једном од наследника (*Gaium Seium amplissimas facultates donationibus contulit et modicum sibi residuum servavit*). За разлику од претходног текста Сцаеволе D. 32,37,3. овде није претходно постигнут никакав споразум о праву на опозив и враћање поклона. У питању је дакле обичан поклон. У тестаменту је тестатор истом наследнику Гају Сеју прелегатом доделио два земљишта (*duas possessiones, quas retinuerat, eidem Gaio Seio praelegavit*). Због додељеног земљишта прелегатом овом сину, друго двоје своје деце је обезбедио фидеикомисом који је ставио на терет поменутог сина Гаја Сеја (*ab eo petit, ut ex redditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maevie filiae tot aureos daret, item alteri fratri alios tot*). Фидеикомис не треба да терети наследни део сина Гаја, већ само поклоне које је од њега примио (*ut ex*

reditibus praediorum, quae vivus ei donaverat, Maeviae filiae tot aureos daret). Очигледно је да је сестра Мавија у међувремену преминула, јер се Гај стављајући примедбу на извршење фидеикомиса позива на Фалцидијев закон. Тако и Паул у тексту поставља питање да ли Гај треба фидеикомис да испуни њеним наследницима (*an Gaius Seius compellendus sit [...] fideicommissum praestare heredi sororis*). Он је притом потврдио обавезу испуњења фидеикомиса позивајући се на један императорски рескрипт. Позивање Гаја на ограничење које произилази из *lex Falcidia* у овом случају не може бити оправдано нити као такво може бити дозвољено (*si Falcidia lex intercedat, fideicommissa in solidum esse praestanda*).¹⁵⁵

Овај случај је први доказ за увођење *quarrela inofficiosae donationis*, коју је увео Александар Север. Паул се у тексту изричито позива на императорски рескрипт, у коме је цар наредио да поклони помоћу којих је тестатор умањио наследство, буду враћени да би наследници остварили своја законска наследна права (*quaero, cum sanctissimus imperator, ut supra scriptum est, contra voluntatem donantis ea quae donata sunt revocari praeceperit*). У вези са тим потврду налазимо у следећем тексту:

D. 31, 87, 3 Paulus libro quarto decimo responsorum

Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. „Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi quarellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari“.

„Император Александар Август пише Клаудију Јулијану, градском префекту: “Ако си се убедио, драги Јулијане, да је баба да би заобишла тужбу за ометање обавезе, својину исцрпла поклонима унуку, онда имаш право да захтеваш да половина поклоњеног буде враћена.“

Овај случај је у рескрипту изнешен скраћено, и може се протумачити тако да је једна жена имала два потомка са правом на наследни део, па је једном од њих читав иметак поклонила поклоном међу живима. Император је у вези тог случаја одлучио да аналогично према *querela inofficiosi testamenti* захтева повраћај целог поклона. Такав поклон поново улази у наследну масу и припада потомцима у подједнаким деловима. Зато овде

¹⁵⁵ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 82-83.

поклонопримац, као резултат свега мора да врати само половину оног што се захтевало. Мада је *querela inofficiosi donationis* створена по угледу на *querela inofficiosi testamenti*,¹⁵⁶ она другачије формулише заобилажење правних обавеза. Приговор отуђењу имовине даровањем огледа се у томе да се долазило у ситуацију да је располагањем поклонима наслеђе већ толико било исцрпљено да оном ко полаже право на имовину из наслеђа остаје само *querela* која даје право на четвртину имовине оставиоца, по узору на *lex Falcidija*.¹⁵⁷ За овај случај је од посебне важности да је приликом процењивања да ли је у питању противправна радња, потребно као полазну основу узети стање имовине пре извршења поклona, и на тој основи треба рачунати четвртину у вези са деловањем *querela inofficiosi donationis*.¹⁵⁸

Посебно је занимљиво за овај случај одговорити на питање да ли онај коме је неопозиво поклоњено може да се терети за извршење фидеикомиса. Овде се не би могло тумачити тако да поклони треба стварно да буду враћени, иако то наизглед тако произилази из императоровог рескрипта који преноси Паул (*subveniendum sit liberos, quorum portio in unum filium donationibus collatis imminuta est*). На тај начин би се могло тумачити тако да би на основу императоровог рескрипта требало да буду враћени сви поклони у наследну масу. Али овде акценат није стављен на враћању поклona, већ на дејству фидеикомиса. Тако би се дошло до дилеме да ли би фидеикомис имао правно дејство, уколико би се од Гаја тражило враћање поклona. Зато као полазна основа не треба бити ситуација да се заиста тражи враћање поклona од поклонопримца. *Querela* из императоровог рескрипта више служи као чврста гаранција да поклонопримац може бити оптерећен фидеикомисом. Уколико би поклони заиста могли бити опозвани и одузети, онда би поклонопримца и последице мање тежине, као што је обавезивање фидеикомисом, могле теретити. Овакав императоров рескрипт је у сагласности са вољом тестатора, и заједно таквој обавези дају правно дејство (*imperator noster contra voluntatem patris subvenerit, in proposita autem causa etiam voluntas patris pro his qui fideicommissum petunt intercedit*). На овај начин би се дејство фидеикомиса одразило на структуру самог даровања. Иако је поклон, по правилу неопозив, деловање фидеикомиса могло би се одразити тако се у овом случају може протумачити да је могуће извршити делимично

¹⁵⁶ Fr. Vat. 270.

¹⁵⁷ Zoz de Biasio, M.G., *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano*, Milano 1978, 78-80; Voci, P., *Diritto ereditario romano II: Parte speciale*, 2. Aufl. Milano 1963, 727-730.

¹⁵⁸ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 84.

опозивање поклона путем фидеикомиса. Исто би одговарало поклону са споразумом о опозиву и враћању ствари, какав смо видели у D. 32,37,3, те би тиме овакво даровање имало обележја блиска *donatio mortis causa*.¹⁵⁹

Из текста се може видети да Паул оспорава Гају право да се позове на *lex Falcidia* како би одбио захтев из фидеикомиса. Неубичајено је било у пракси да се позива на *lex Falcidia* један од наследника, који је истовремено прималац поклона, а који је угрозио право наслеђивање осталим санаследницима. Аргументација коју Гај користи не делује убедљиво, већ више иде за тим да се изиграју права законских наследника. Формалноправно, после деловања фидеикомиса, Гају би заиста остало мање него што је прописано Фалцидијевим законом. Али треба имати у виду да је фидеикомис био по вољи тестатора, те би осећање правде захтевало да буде оптерећен фидеикомисом и поред тога што би то било у супротности са *lex Falcidia*, и у супротности са чињеницом да је он прималац поклона *inter vivos*. У оваквој ситуацији је правилније сагледати тако да се поклон *inter vivos*, који је у суштини неопозив, дејством *querela* трансформише у опозиви поклон. Дакле, правилније би било у одлуци Паула видети увођење и примену *querela inofficiosi donationis* на поклон међу живима. Мотивација за такву одлуку би била заштита права наследника од изигравања њихових права заобилажењем прописа. На тај начин долази до приближавања поклона *inter vivos* и *donatio mortis causa*, јер се тиме губи као разлика карактеристика – *ulla condicio redhibendi*. Уколико се у конкретnoj ситуацији желе изиграти права законских наследника, против воље оставиоца, увођење *querela inofficiosi donationis* помаже како би се заштитила њихова права. Ово без обзира да ли су странке назвале даровање *inter vivos*, они тиме не могу ставити ван снаге консеквенце наследног права.¹⁶⁰ Уколико постоји могућност опозива поклона и такав захтев је у складу са вољом дародавца, онда се правни посао мора третирати као *donatio mortis causa*. Супротно од тога, уколико не постоји уговорено право опозивања поклона, ради се о поклону *inter vivos*, чак и у случају да је повод за поклањање била предстојећа смрт поклонодавца. Тада наследно право није примењиво. Дакле, меродаван критеријум за разграничење обичног поклона од поклона за случај смрти било би право на опозив поклона. Зато је наизглед контрадикторно, али је правно могуће на поклоне *inter vivos* применити наследноправна ограничења, па самим тим и наложити испуњење

¹⁵⁹ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 85-86.

¹⁶⁰ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 87.

фидеикомиса. Тиме се јасније успоставља гранична линија између поклона *inter vivos* и *donatio mortis causa*.

4. DONATIO MORTIS CAUSA PERICULO IMMINENTE И DONATIO MORTIS CAUSA SOLA COGITATIONE MORTALITATIS

Правила о поклону за случај смрти у римском праву су се разликовала од правила прописаних за поклоне међу живима. Таква разлика се најбоље може уочити у мотивацији поклонодавца да учини поклон, јер он није поклањао у уобичајеним околностима, већ у вези са специфичном ситуацијом у којој се налазио. Најчешћи повод за такав поклон била је конкретна смртна опасност која је претила поклонодавцу. У највећем броју случајева се радило о болести, одласку у рат или опасном путовању, које опасности су у оно време били честе. Првобитно је код таквог поклањања био присутан само облик *donatio mortis causa* који је био повезан са конкретном опасношћу која је претила поклонодавцу - *periculum imminente*. Очигледно је законодавац оваквим прописом тежио да поклонодавцу пружи правну могућност да дарује ствар одређеним лицима за случај своје смрти, али и да то чини уз одређену резерву, задржавајући право на својини поклоњене ствари. Међутим, већ у класичном периоду су се појавили случајеви даривања без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*.¹⁶¹ Тада се поставило питање да ли се *donatio mortis causa* мора односити само на конкретну животну опасност, или даривалац може поклонити одређену ствар без одређене смртне опасности, само размишљајући о људској смртности.

4.1. Donatio mortis causa periculum imminente

Поклонодавац код сачињавања поклона за случај смрти је најчешће мотивисан непосредном смртном опасношћу - *periculum imminente*. То је настарији облик даровања за случај смрти где се по правилу такво даровање спроводило у тренуцима када је поклонодавцу претила озбиљна опасност по живот.

¹⁶¹ у изворима се овакав начин поклањања без конкретне смртне опасности, само у вези са размишљањем о пролазности живота, спомиње у две сличне варијанте, и то као „*sola cogitatione mortalitatis*“ или „*sola cogitatione mortis*“. Израз „*sola cogitatione mortalitatis*“ налазимо у: D. 39, 6, 2 и C. 8, 56 (Justinian), а „*sola cogitatione mortis*“ у: D. 39, 6, 35, 4, Inst. 2, 7, 2.

Римски правни извори нам пружају доказ да је најстарији тип поклона за случај смрти био управо у вези са конкретном смртном опасношћу. О томе се говори у тексту D. 44, 4, 4, 1.

D. 44, 4, 4, 1 Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum

Iulianus scripsit, si quis, cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobрино spopondisset, volens scilicet eam pecuniam ad milieram pervenire, deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. et refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse.

„Јулијан је писао: ако је неко када је био болестан, рођаку своје супруге обећао сто златника, при чему је хтео да тај новац дође до његове супруге, а онда је оздравио (питање је) да ли он може да подигне приговор. Како Јулијан наводи Лабео је претпоставио да се може поднети приговор због преваре.“

Из овог текста се, према садржају који је Јулијан описао, може се закључити да човек који је оболео и свестан је своје тешке болести, жели да остави одређени новчани износ својој жени. Исто се постиже стипулацијом. Како би се избегле законске забране даривање између супружника, он ангажује рођака своје жене за посредника. Женин рођак, који је посредник у овом правном послу, постиже посебан договор са поклонодавцем и обећава да ће договорени износ после смрти мужа исплатити његовој жени. Ипак, у наредном периоду не дође до смрти поклонодавца, већ он оздрави. Ако рођак жене постави захтев из стипулације Лабео обезбеђује поклонодавцу посебан приговор *exceptio doli*. Овај правни посао подсећа на уговор у корист трећег. Из садржаја се може закључити само сигурна стипулација између поклонодавца и посредника. Међутим, одређене проблеме ствара обавеза предаје бестеретног дара трећем лицу – жени поклонодавца. Стога важну улогу у томе има приговор *exceptio doli*, који штити поклонодавца од евентуалне преваре, и упућује на стварну вољу поклонодавца у погледу даровања своје имовине.

Текст у Дигестама D. 44, 4, 4, 1 презентује да су још најранији извори везани за *donatio mortis causa* указивали да су се одређене посебности појавиле у сфери даровања за случај смрти између супружника на основу забране поклона. У касном класичном

периоду се дозвољеност таквих поклона оправдава тиме да они ступају на снагу тек након развода брака.

Опасност која је претила поклонодавцу могла је да потиче од различитих разлога – одласка у рат, опасног путовања или болести. О опасностима које могу да буду мотив за поклонодавца да учини даривање, можемо наћи више података у Пауловим Сентецијама:

Paul.Sent. 3, 7, 1.

Mortis causa donat qui bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donauit

„О даровању за случај смрти ради се онда када неко ко одлази у рат или на пловидбу (морем) другоме нешто даје под условом да му то, ако се врати (жив), буде натраг враћено, а ако умре да остане ономе коме је даровано.“

Paul.Sent. 2, 23, 1.

Mortis acusa donatio est, que impendentis metu mortis fit, ut ortu ualetudinis peregrinationis navigationis uel belli.

„Даровање за случај смрти је оно које се чини због непосредне (претеће) опасности од смрти, као што су случајеви погоршања стања здравља, путовања, пловидбе бродом или рата.“

Обзиром да поклонодавац поклон чини у конкретној смртној опасности, и поклоњени предмет одмах преноси на поклонопримца или му уступа неко право, уз клаузулу *pactum de fiducia*, да се, ако смртна опасност прође, ствар или право враћају поклонодавцу. Овај начин поклона за случај смрти са раскидним условом сматра се старијим и испочетка се обављао фидуцијарном манципацијом. Код ове врсте поклона смрт је била основ и мотив поклона, и поклонодавац је могао, када прође смртна опасност опозвати поклон и стварном тужбом тражити повраћај поклона. Поклон за случај смрти се сматрао перфектним тек када наступи смрт поклонодавца.

Коначно из самог текста Улпијановог текста D. 39,6,2 произилази да је поклонодавац који се налази у конкретној смртној опасности поклањао тако да својина одмах прелази

на поклонопримца, те да је могао тражити натраг дароване ствари само ако преживи претећу опасност.

У класичном периоду се најчешће спроводило даривање које је узроковано непосредном опасношћу по дародавца. Уколико би прошла опасност због које је поклонодавац одлучио да дарује, имао је право захтевати да му се поклоњена ствар врати натраг. У римским правним изворима на многим местима се може наћи гаранција поклонодавцу да полаже право да захтева да му дарована ствар буде враћена након што опасност прође.¹⁶²

4.2. *Donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*

Када се говори и класификацији *donatio mortis causa* према облицима у којима се остварује у римском праву, такву поделу треба схватити само условно. У изворним текстовима римских правника не можемо пронаћи изричиту потребу да се таква класификација изврши. Стога ћемо као изворну класификацију типова *donatio mortis causa* из римског права анализирати поделу која се налази у Улпијановом тексту у Дигестама, где је он извршио такву класификацију позивајући се на Јулијана. У тексту Дигеста D. 39, 6, 2 приказана је класификација поклона где се презентују три типа *donatio mortis causa*, а као први облик се наводи такво даровање за случај смрти које није подстакнуто непосредном смртном опасношћу. У другом тексту Дигеста D. 39, 5, 1 говори се о другачијој врсти *donatio mortis causa*. Овде је пуни правни ефекат даровања зависан од остварења одређеног услова.

Још један од најстаријих текстова који могу да посведоче о *donatio mortis causa*, пружа доказ о томе да је било могуће даровање за случај смрти које није било мотивисано само непосредном смртном опасношћу - *donatio mortis causa periculum imminente*, већ да је поклонодавац могао да сачини поклон за случај смрти и без те опасности, само размишљајући о људској смртности - *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*.

D. 39, 6, 43 Neratius libro primo responsorum

¹⁶² у погледу на честу смртну опасност, акутну болест, извори по правилу говоре о *convalescere*: Africanus D. 39, 6, 24; Gaius D. 39, 6, 31, 3; Julian D. 12, 1, 19 pr.; 24, 1, 4; 39, 6, 13 pr.1; eod. 18, 1, 2; eod 19; Marcellus D. 40, 1, 15; Paulus D. 12, 4, 12; 22, 1, 38, 3; 39, 6, 35, 3, 4.6; eod 39; Scaevola D. 24, 1, 56; Tryphonin D. 23, 3, 76; Ulpian D. 39, 6, 29; eod. 37,1.

Fulcinus: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moritorem se putet: quam iuste nec ne susceperit, non quarendum, quod magis tuendum est.

„Фулцин: између супружника се поклања због смрти, када се поклонодавац потпуно с правом плаши умирања. Нерације мисли напротив: довољно је да је поклонодавац мишљења да ће скоро умрети; да ли то образложено или није, није одлучујуће. То изгледа тачније.“

Дакле, из садржаја овог текста, који представља један од најстаријих текстова којима се говори о *donatio mortis causa*, може се закључити да је поклон за случај смрти могао бити сачињен из разлога конкретног страха од смрти, када поклонодавац може с правом очекивати скору смрт, али и без неке конкретне опасности, већ само из поклонодавчевог размишљања о смртности. Специфичност даровања из овог текста је да се оно чини између супружника. Из наведеног текста закључујемо да је постојала дискусија у вези могућих мотива за сачињавање поклона између супружника. Према једном мишљењу поклонодавац може поклањати само из страха од конкретне смртне опасности, док је друго мишљење супротно од овог и дозвољава да се поклон учини и без непосредне опасности, већ само из размишљања о смртности. Без сумње да је као исправно преовладало мишљење Нерација, који је правилно закључио да *donatio mortis causa inter virum et uxorem* не мора постојати само онда када је присутан конкретан страх од смрти, већ је довољна субјективна процена поклонодавца о блискости смрти. Да није *donatio mortis causa sola cogitatione* још у то време постојала, онда не би такво мишљење ни било изражено, нити би постојао повод да се децидирано прикаже дискусија о два супротстављена становишта о мотивацији поклонодавца за поклањање које се врши између супружника. Још мање би постојао повод да се као исправније прикаже мишљење према коме је између супружника дозвољено и даривање без конкретне смртне опасности.

Следећи текстови у Дигестама, такође, нам указују на постојање даровања за случај смрти које је мотивисано размишљајући о пролазности живота:

D. 39, 6, 35, 4 *Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam*

Mortis causa donatio fit multis modis; alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest.

„Поклон за случај смрти може се догодити на много начина: понекад независно од страха од једне конкретне опасности од неког здравог човека доброг здравља који мисли на пролазност живота; понекад из смртне опасности садашње или будуће, јер има пуно разлога да се човек плаши смртне опасности, било на земљи, било на води, у доба мира, као и у рату, код куће, као и у војној служби.“

У овом тексту Паул изражава мишљење да је даровање за случај смрти могуће чак и ако је човек здрав, али га нешто нагони да размишља о томе како је живот и пролазан и како ће једног дана морати да умре, као и сва друга жива бића. Такво размишљање може код човека створити страх од смрти, те га на тај начин мотивисати да размишља о распореду своје имовине. Осим што овакво даровање за случај смрти *sola cogitatione mortalitatis*, спомиње на првом месту, у овом тексту се говори и о осталим облицима поклона за случај смрти. Тако, даровање је могуће сачинити на такав начин да предмети не морају да се врате и у случају да поклонодавац преживи смртну опасност или болест. Могуће је да због утицаја болести или опасности поклонодавац промени своју вољу, те је тада опозив обавезан, чак и када даривалац премине. Осим тога, постоји даровање за случај смрти где је опозив даровања и враћање предмета могуће једино ако прималац умре пре даваоца. И на крају се говори о таквом даровању за случај смрти где не постоји могућност опозива даровања, чак ни ако се претпоставља да ће се даривалац опоравити или превазићи опасност.

О сличној мотивацији поклонодавца приликом даровања говори и текст D. 39, 6, 31, 2:

D. 39, 6, 31, 2 *Gaius libro octavo ad adictum provinciale*

Si donatione autem capitur, veluti pecunia, quam statuliber, aut legatarios alicui conditionis implendae gratia numerat, sive extraneus sit, qui accipit, sive heres. Eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem, vel non adeat, quique in hoc

accipit pecuniam, ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulatur, capitur sane mortis causa; cuius generis dotes recepticiae vocantur. Rersus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur, aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intelligimus.

Поред поклона за случај смрти који се чини услед различитих могућих опасности, које поклонодавца могу да снађу - *imminente periculo commotus*, несумљиво је постојање *donatio mortis causa* која се предузима у размишљању о сопственој смртности - *sola cogitatione mortalitatis*. То се потврђује и у Гајевом тексту у Дигестама:

D. 39, 6, 31, 2 Gaius libro octavo ad edictum provinciale

[...] rursus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.

„ ... насупрот томе оно што је *mortis causa* поклоњено даје се или у смртној опасности или с обзиром на смрт, јер знамо да једном морамо да умремо.“

Из овог текста се види да је поред конкретне смртне опасности, којој може бити изложен поклонодавац, од утицаја на мотив поклонодавца да сачини поклон за случај смртности и само размишљање о смртности. Гај то објашњава на крајње једноставан начин, који је својствен римским правницима – људски живот је ограниченог трајања и сваки човек зна да ће једном морати да умре. Таква околност је више него довољан разлог да се дозволи даривање приликом размишљања о сопственој смртности. Рамишљајући о неумитном крају свог живота у људској природи је да размишља и о судбини своје имовине, те да сачини распоред са њом и одреди коме ће је даривати.

4.3. Спор о постојању *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву

У светској романистици већ дуго влада дилема, која временом није изгубила на својој актуелности: да ли је у класичном периоду постојала само *donatio mortis causa* која је мотивисана конкретном смртном опасношћу по поклонодавца - *imminente periculo*, или је поклонодавац могао да сачини даривање за случај смрти и без постојања такве

животне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*. Извори који су доступни, и који су проучавани у те сврхе, недвосмислено су потврдили да је у класичном праву приоритетан био *donatio mortis causa imminente periculo*, јер је највише текстова који сведоче да је *donatio mortis causa* настајао из конкретне смртне опасности, која је претила поклонодавцу. Међутим, одређени романисти су указали да постоје у изворима текстови који упућују да је, и у класичном периоду постојала могућност да поклонодавац дарује за случај смрти иако није непосредно животно угрожен – само размишљајући о пролазности живота. Из тога је у модерној литератури настао један од највећих спорова у односу на *donatio mortis causa*. Са једне стране се истицало да је класичан само *donatio mortis causa* где је поклонодавац мотивисан непосредном смртном опасношћу, те да се други облик мотивације поклонодавца - *sola cogitatione mortalitatis*, појавио тек у Јустинијановом периоду. Са друге стране, изношени су докази који су потврђивали класицитет даровања за случај смрти - *sola cogitatione mortalitatis*. У овом раду ћемо изложити аргументе који говоре у прилог једне или друге теорије и подвргнути их свестраној анализи, у циљу проналажења најпотпунијег одговора на ово спорно питање.

У правној теорији настао је један од највећих спорова у вези са класичношћу даровања *sola cogitatione mortalitatis*. Једни аутори су тврдили да је изворно класичан само *donatio mortis causa periculum imminente*, који је заснован на конкретној животној опасности по донатора, а да је поклон за случај смрти без конкретне животне опасности по донатора настао тек много касније у посткласичном периоду. Стога су она места која указују на постојање таквог облика *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном периоду сматрали интерполираним. С друге стране, одређени аутори нису порицали првобитни настанак *donatio mortis causa periculum imminente*, али су сматрали да је у класичном периоду настао и *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, и за такву тврдњу су докази пронашли у изворима. Таква дискусија је нарочито постала актуелна средином прошлог века, када су спор започели својим чувеним теоретским расправама италијански романисти Ди Паола и Амелоти.

Став да је класична само *donatio mortis causa periculum imminente* први је изнео *Santi Di Pola* 1950. године у својој монографији посвећеној *donatio mortis causa*. Он је сматрао да је *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* настала у Јустинијановом периоду,

мада са одређеним класичним одступањима. Овакво гледиште је тврдокорно заступао и у наредном периоду, без обзира на бројне критике.¹⁶³

Таквом ставу су се 1950.-тих година прошлог века придружили више других значајнијих романиста. Тако је *Pascal Simonius*, у својој монографији из 1958. године, делом прихватио аргументацију *Di Paola*, а делом је изнео нове аргументе, у прилог тези да су интерполирана сва места која потврђују класичност *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*.¹⁶⁴

Теоретској дискусији се придружио и *Reuven Yaron*, стајући на страну претходника. Он је на ову тему написао два стручна рада у којима се бавио детаљном и критичком анализом извора, упоређујући тачке гледишта једних и других теоретичара. Он је заузео став да се *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* појавила као једна иновација из касног посткласицизма.¹⁶⁵

Gian Gualberto Archi је изнео став да се радило о еволуцији у режиму поклона *inter vivos* и *mortis causa*, који се процес одвијао до краја класичног периода, те је био мишљења да је опозив поклонодавца *ex paenitentia* представљао посткласичну иновацију. Тако је остао код становишта да у класичном периоду није постојала могућност опозива поклона од стране поклонодавца услед промене своје воље.¹⁶⁶

Од значајнијих романиста тог времена, став да *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* не потиче из класичног периода је заступао и *Fritz Schwarz*.¹⁶⁷ Они су сматрали да овакав тип поклона који није мотивисан непосредном смртном опасношћу, може потицати само из посткласичног или Јустинијановог периода.

С друге стране, постојали су бројни аутори који су износили аргументе у корист класичности *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Тако је *Biondo Biondi* најпре у стручном раду из свог раног научног опуса, изнео став против класичности опозива поклона по слободној вољи поклонодавца, сматрајући да је некласично опозивање

¹⁶³ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania 1950, 186-190

¹⁶⁴ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, 79-100.

¹⁶⁵ Yaron, R., Some Remarks od „Donatio Mortis Causa“, RIDA 3, (1956), p. 493-496; *Donatio sola cogitatione mortalitatis*, RIDA 13 (1966), 371-375,

¹⁶⁶ Archi, GG., *La donazione: corso di diritto romano*, Milano 1960, 217, 240-241, 256-257.

¹⁶⁷ Schwarz, F., *Die Grundlage der Conducto im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952, 268.

поклона *ad libitum*.¹⁶⁸ Касније је променио мишљење и признао право на опозивање поклона у свакој епохи, те сматрао да је *donatio mortis causa* била подложна режиму *lex Cincia* те је стога опозив поклона био могућ све док је поклонодавац био у животу.¹⁶⁹

Класицитет *donatio mortis causa* бранио је са разложном аргументацијом *Mario Amelotti*, у својој монографији из 1953. године. Он је, покушавајући да одговори на дискутабилно питање који је од два мотива имао већи утицај на правни живот римског класичног периода, признао да је, ипак, у питању *donatio mortis causa periculum imminente*, јер се такав мотив највише спомињао у римским класичним текстовима, а такође је и једини мотив који се спомиње у Пауловим Сентенцијама. Међутим, он сматра да оба мотива потичу из класичног периода, и да представљају два узастопна ступња у развоју овог правног института. Према овом аутору неспорно је да је била позната у класичном периоду *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, али да из посткласичне епохе потиче *revocatio ad libitum*, односно да опозивање по слободној вољи потиче из каснијег – Јустинијановог периода.¹⁷⁰

Став сличан Амелотијевом, где се наводи да је у класичном периоду била позната *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, изложен је и од стране неких других романиста. Посебно истичемо да су такав став заступали и Макс Касер¹⁷¹ и Ерик-Ханс Каден.¹⁷²

Овај спор није изгубио на актуелности да најновијих времена, јер и међу савременим романистима постоје различита гледишта на решавање овог проблема. У новијој шпанској романистици је значајно место заузела расправа око спорних питања у вези различитих проблема *donatio mortis causa*, што је резултирало са више објављених стручних радова последњих година. Тако је *Carmen Tort-Mortarell Llabrés* у својој монографији из 2003. године, која се бави опозивањем *donatio mortis causa* заузела становиште да је класична само била *donatio mortis causa periculum imminente*, јер је у почетку постојало само реално даровање за случај смрти са моменталном трансмисијом

¹⁶⁸ Biondi, B., *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, in: ders. *Scritti giuridici*, Band 3 (diritto romano – diritto privato), Milano 1914., 203.

¹⁶⁹ Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1953, 712.

¹⁷⁰ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto Romano*, Milano 1953, 9-12

¹⁷¹ Kaser, M., *Rez. zu Santi Di Paola, Donatio mortis causa*, Catania 1950, IURA 2 (1951), 244; *Rez. zu Mario Amelotti, La 'donatio mortis causa' in diritto Romano*, Milano 1953, SZ 71 (1954), 448.

¹⁷² Kaden, E.H., *Rez. zu Pascal Simonius, Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, SZ 76 (1959), 624.

имовине. Мотивација поклонодавца је, према истом аутору, у класичном периоду увек доношена из објективног разлога - смртне опасности које је претила поклонодавцу. Мотивација поклонодавца која би била субјективна - *sola cogitatione mortalitatis* могла се јавити тек након III века н.е. Само у поткласичној епохи се признаје опозивање по слободној вољи поклонодавца – *ex paenitentia* или *ad libitum*, чиме се *donatio mortis causa* приближава легатима. Овакво приближавање *donatio mortis causa* легатима је отворило пут прогресивном признавању *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*.¹⁷³

Супротан став који сматра да је постојала *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном периоду, износи више романиста. Тако став да је даривање за случај смрти, које није мотивисано непосредном смртном опасношћу било примењивано у класичној епохи, износи *Emma Rodríguez Díaz*, у својој монографији из 2000. године, али слично ставу Амелотија износи мишљење да је опозив по слободној вољи био познат тек у каснијем периоду, те да у класичном периоду није био познат резолутивни услов.¹⁷⁴

У монографији из 2012. године посвећеној поклону за случај смрти у римском праву, *Virginia Suárez Blázquez* је изнела став који оправдава класичност *sola cogitatione mortalitatis*. Према овом аутору обе врсте *donatio mortis causa* су биле познате у класичном римском праву, и то како *periculum imminente*, тако и *sola cogitatione mortalitatis*. Аргументи које је дао Амелоти су уверљивији, те не треба сматрати да даровање за случај смрти које је учињено само размишљајући о пролазности живота потиче из посткласичног или Јустинијановог периода.¹⁷⁵

Немачки романиста David Rüger у својој монографији из 2011. године, која је посвећена проучавању *donatio mortis causa* у класичном периоду, брани класицитет *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Он наводи да су и аутори који поричу класичност поклона без конкретне опасности принуђени да прихвате ову могућност у појединим случајевима и за класично време, притом се, међутим, ради о толико много и толико важних случајева, да је само због тога начело у питању. Даље наводи да је *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* постојала још у једном од најстаријих текстова у којима се говори о даровању за случај смрти D. 39, 6, 43, те да не би била спомињана таква

¹⁷³ Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 163.

¹⁷⁴ Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo 2000, 87.

¹⁷⁵ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, Santiago de Compostela 2012. 75.

могућност да она није заиста постојала. Коначно, пада у очи да Јустинијан познаје два облика према својим подацима - *periculum imminente u sola cogitatione mortalitatis*, што проистиче из његове реформисане конституције уз *donatio mortis causa* C. 8, 56, 4., те сматра да је он само прихватио стање настало у класичном периоду.¹⁷⁶

4.3.1. Приговори против постојања *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву

Чињеница да је мотивација поклонодавца у класичном периоду била најчешћа условљена конкретном смртном опасношћу, послужила је неким романистима да изложе схватање да је у класичној епохи постојала само *donatio mortis causa imminente periculo*. У томе су се од значајнијих романисти истицали нарочито *Santi Di Paola*,¹⁷⁷ *Pascal Somonius*¹⁷⁸ и *Reuven Yaron*.¹⁷⁹ Приликом порицања класицитет ових поклона без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву уопште, изношен је читав низ аргумената.

Још је *Otto Karlowa* доводио у питање класицитет *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* наводећи као образложење неусаглашеност између облика *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* и већине места, а нарочито деформације из D. 39, 6, 1 pr. слике која је у основи поклона због смрти. Он је покушао да реши проблем тако што је *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* обележио као „секундарну“ врсту поклона због смрти, кога је сврстао као изведени облик, исто тако „секундарном“, условљеном суспензијом преношењу власништва.¹⁸⁰

Први аргумент против класичности *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* даје чињеница да се ова никако не уклапа у општу дефиницију поклона због смрти, која нам је предата у Дигестама: ни формулација *Paulusa* у D. 39, 6, 35. 2 – „*qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult*“, ни на том месту и у Марцијановом фрагменту 39, 6, 1 pr. – „*mortis causa donatio est, cum quis habere se <ma-> vult quam eum. cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum*“ не пружају доказе за класично постојање *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Баш у

¹⁷⁶ Rüger, D. Die *donatio mortis causa*, 29-30.

¹⁷⁷ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, 186-190.

¹⁷⁸ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, 79-100.

¹⁷⁹ Yaron, R., *Some Remarks*, 493-496; *Donatio sola cogitatione mortalitatis*, 371-375.

¹⁸⁰ Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. II, Leipzig 1901, 945.

основи егoистични - „*se cogitat*“, у горњем цитату описани правни посао, недостаје једној *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Доказ за егoистичну природу поклонодавца је и чињеница да без спољашњих околности, нико не поклања ствар коју би радије задржао за себе.

Неусаглашеност са Јустинијановим правним стањем доказује да цитирана дефиниција никако не потиче од компилатора, већ приказује право пре Јустинијана. Пошто је оцењено да текстови с једне стране не одговарају безусловно стилу класичара, то је поборнике ове теорије навело на закључак да се ради о делу каснијих класичара или раних посткласичних правника.¹⁸¹

Следећи аргумент против класичности *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* наводи се анализа текстова о поклону за случај смрти у римским изворима. На један од тих доказа указано је анализом текстова о *donatio mortis causa* у Пауловим Сентенцијама. Ту се као изричити доказ наводи дефиниција поклона за случај смрти коју даје Пауло у Сентенцијама. О томе се говори на почетку оба обрађена одељка теме *donatio mortis causa*:

PS 2, 23, 1

Mortis acusa donatio est, que impendentis metu mortis fit, ut ortu ualetudinis peregrinationis navigationis uel belli.

„Даровање за случај смрти је оно које се чини због непосредне (претеће) опасности од смрти, као што су случајеви погоршања стања здравља, путовања, пловидбе бродом или рата.“

PS 3, 7, 1

Mortis causa donat, qui bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donauit

„О даровању за случај смрти ради се онда када неко ко одлази у рат или на пловидбу (морем) другоме нешто даје под условом да му то, ако се врати (жив), буде натраг враћено, а ако умре да остане ономе коме је даровано.“

¹⁸¹ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, 81.

Из наведених дефиниција се може видети да Сентенције не познају уопште *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. То наводи на претпоставку да ни старији извори од сентенција нису познавали овакву мотивацију поклонодавца без конкретне смртне опасности.¹⁸²

У прилог теорији која негира класичност *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* јавља се дилема како један угледни правник попут Паула, није у Сентенцијама дао макар кратак преглед једне *donatio mortis causa* остварене од стране неког ко се није налазио у смртној опасности или коме не прети таква опасност. Ово нарочито имајући у виду да је таква мотивација наведена на првом месту у тексту у Дигестама D. 39, 6, 35, 4. Заговорници овакве теорије су мишљења да се не ради о пропусту, због скраћивања текста или да је можда тај део од стране посткласичара избрисан, већ да Паул свесно није навео овај облик *donatio mortis causa*.¹⁸³

И у Дигестама се налазе текстови у којима се постојање опасности поставља изричито као основ за *donatio mortis causa*. Ту се пре свега мисли на Паулов фрагмент који је проширен уметањем цитата других правника D 39. 6. 3-6. На такав закључак упућују следећи делови наведених текстова:

D. 39, 6, 3 Paul. 7 ad Sab.

Mortis causa donare licet non tantum infirmæ uoletudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis uel ab hoste uel a praedonibus uel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundæ

D. 39, 6, 4. Gai. 1 rer. cott. sive aur.

aut per insidiosa loca iturus

D. 39, 6, 5 Ulp. 2 inst.

aut ætate fessus¹⁸⁴

¹⁸² Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, 82.

¹⁸³ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 130.

¹⁸⁴ према реду реченице у Дигестама треба закључити да је Улпијан мисли на акутну немоћ

D. 39, 6, 6 Paul. 7 ad Sab.

haec enim omnia instans periculum demonstrant¹⁸⁵

Један од важнијих аргумената у прилог неklasичности *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* налази се у тумачењу текстова и проналажењу мотива даривања у сваком тексту где се спомиње *donatio mortis causa*. У бројним текстовима се као мотив даровања налази опасност због смрти, односно превазилажење „*periculum*“. Притом нису наведене алтернативе, нити неки други мотиви који би могли да утичу на поклонодавца.¹⁸⁶

Donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis се, напротив, помиње само у текстовима који стоје насупрот „*periculo imminente*“. ¹⁸⁷ То су текстови попут: D. 39, 6, 2, D. 31, 2 и D. 35, 4, као и D. 39, 6, 13. 1. Ово указује да се на чињеницу да класични текстови нису садржали самосталну мотивацију поклонодавца која није била у вези са конкретном смртном опасношћу. Због тога се одсуство спомињања *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у већини класичних текстова не би могло бранити тиме да је то била секундарна занемарена форма.¹⁸⁸

Такође, постоје и језички разлози који указују на извесне интерполацијске корекције текстова. Израз „*cogitatio mortis*“ који се појављује у тексту D. 39.6.35.4 делује као византизам, и указује да се ради о речи грчког порекла. ¹⁸⁹ Да је наведени текст интерполиран сматра више аутора.¹⁹⁰

Један од најзначајнијих текстова који се тиче мотивације поклонодавца приликом сачињавања поклона за случај смрти у класичном периоду, је Улпијанов D. 39, 6, 2. Њега ћемо посебно анализирати јер је његов садржај био предмет бројних теоретских расправа:

¹⁸⁵ овде посебну пажњу заслужује реч „*enim*“

¹⁸⁶ D. 12, 1, 19 pr., D. 12, 4, 12, D. 22, 1. 38.3, D. 23, 3. 76, D. 24,1,4 eod. 56, D. 39.6.13 pr., eod. 18 pr., eod. 19, eod. 24, eod. 29, eod. 35.6, eod. 37.1 i eod. 39.

¹⁸⁷ изузев посебаног случаја *mortis causa* у D. 39, 6, 42, pr.

¹⁸⁸ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, стр., 83.

¹⁸⁹ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, стр. 186.

¹⁹⁰ Biondi, B., Appunti intorno alla donatio mortis causa, in: ders. Scritti giuridici, Band 3 (diritto romano – diritto privato), Milano 1914., стр. 177.; Aru, L., *Le Donazione fra Coniugi in Diritto Romano*, Padova 1938, стр. 122.

D. 39, 6, 2 Ulp.32 ad Sab

Iulianus libro septimo tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu contrerritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta

„Јулијан пише у 17. Књизи Дигеста да постоје три облика поклона за случај смрти. Један, када неко није уплашен никаквом непосредном смртном опасношћу, него поклања имајући на уму људску смртност (пролазност живота). Друга врста поклона постоји у случају када неко, подстакнут непосредном опасношћу, тако поклања да поклоњена ствар одмах прелази у својину поклонопримца, а трећа врста поклона постоји у случају када неко, подстакнут опасношћу од смрти, поклања само у случају ако до смрти заиста и дође, а не да би ствар одмах прешла у својину поклонопримца“

Из садржаја наведеног текста можемо закључити да је Улпијан, позивајући се на Јулијана, евидентирао постојање три облика поклона за случај смрти у класичном римском праву, од којих се први разликује од следећих имајући други мотив, да су ови међусобно различити начином преношења својине.

Много полемика у романистичким правним круговима изазвала је подела на три типа поклона, који се приказује у D.39,6,2., и то прва два типа који су узроковани непосредном смртном опасношћу по поклонодавца - *imminente periculo*, и трећи тип поклона за случај смрти који није узрокован никаквом смртном опасношћу за поклонодавца, већ се чини само услед размишљања о пролазности живота - *sola cogitatione mortalitatis*, како је наведено у тексту Дигеста D. 39,6,2. Спорна је била аутентичност Јулијановог текста D. 39,6,2, односно да ли су неки његови делови интерполирани. Аутори који су оспоравали његову аутентичност наводили су да не може постојати оваква конструкција даровања *mortis causa*. Према једном становишту у класичном периоду може постојати само један једини тип *donatio mortis causa*, и то најстарији облик реалног преноса имовине подстакнутог непосредном опасношћу за живот. Остали облици које је навео Улпијан не уклапају се класичну конструкцију *donatio mortis causa*, те исто указује да се ради о

интерполираним деловима текста. Према таквом мишљењу, постоје и језички разлози који указују да се ради о уметнутим деловима текста, извршеним у посткласичном периоду. Коначно, све ово упућује на закључак да тип *donatio mortis causa* који није мотивисан непосредном смртном опасношћу, већ само пролазношћу живота - *sola cogitatione mortalitatis*, није постојао у класичном праву, већ да води порекло из Јустинијановог периода.¹⁹¹

И неки други аутори су сматрали да је наведени текст на неки начин интерполиран. Ово произилази из нелогично изједначена три типа *donatio mortis causa*, од којих се први тип који говори о даривању без конкретне смртне опасности, разликује од следећа два имајући други мотив. Такође, и друга два типа *donatio mortis causa* који су мотивисани непосредном смртном опасношћу су међусобно различити начином преношења својине. Пошто оваква три типа *donatio mortis causa* у својој целокупности није могуће логично објаснити, сматрало се да треба један или други од два супротна става елиминисати као небрижљиве интерполације, те с обзиром на остале нелогичности *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*, изнето је мишљење да треба уклонити разлику између две по мотиву супротне врсте поклона због смрти.¹⁹²

Иако су заступници оваквог мишљења изнели доста аргумената у прилог својих тврдњи, ипак сматрамо да се не може таква теорија са сигурношћу прихватити, нарочито имајући у виду чврсте доказе који ће напред бити изложени, а који потврђују постојање *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву.

4.3.2. Докази који потврђују постојање *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву

Иако су неки аутори износили аргументе који оспоравају постојање *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном периоду, извори, ипак, потврђују да је у класичном периоду постојао *donatio mortis causa* који није био условљен непосредном смртном опасношћу.

У текстовима D. 39, 6, 2, D. 39,6,35,4, D. 39,6,13,1. и D. 39,6,31,2 налазе се један насупрот другог оба облика поклона за случај смрти и то како *donatio mortis causa imminente*

¹⁹¹ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 189.

¹⁹² Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, 86.

periculo, тако и *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Ови текстови су били подвргнути критици због интерполације, и одређени аутори су исте користили као доказ против постојања *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* у класичном праву.¹⁹³ Међутим, без обзира на интерполацијске критике, сматрамо да јача аргументација стоји на страни становишта да њихово заједничко навођење у текстовима представља несумљиви доказ да је су оба облика постојала у класичном праву.¹⁹⁴

Тако имамо случајеве *donatio mortis causa* која је заснована на обећању даровања. Такво обећање поклоне се остварује *stipulatio mortis causa*. Када се притом нигде не указује на конкретну смртну опасност, мора се претпоставити да поклонодавац поклања са чистом дарежљивошћу, те се може сматрати да се ради о поклону због смрти и такав правни посао убројити у *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis*. Тако се може наћи у изворима оваква примена код поклоне који се састоји у томе да нека жена свој мираз – *recepticia*, у случају своје смрти обећа неком трећем.¹⁹⁵ О обећању даровања које има елементе *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* говори и Паулов текст D. 33,4,11.

D. 33, 4, 11 Paulus libro septimo responsorum

Seia cum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum aureos et ahibuit Quintum Mucium, qui nihil numeravit, sed dotem stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cavit: „Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot aureos`. quaero, cum instituit Lucium Titium convenire Quintus Mucius ex stipulatu actione, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti, respondit, si Quintus Mucius mandante Seia non donationis causa stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse. quod si donationis causa Seia stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris exstitit, mortis causa stipulatum: et ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore.

Из садржаја овог Пауловог фрагмента може се закључити да *stipulatio mortis causa* која је означена у тексту, упућује да се уствари ради о *donatio mortis causa sola cogitatione*

¹⁹³ *Ibid.*, 84-90.

¹⁹⁴ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 76.

¹⁹⁵ C. 8,56,2,2; D. 31,77,2

mortalitatis, јер се тешко може замислити да је жени претила нека конкретна смртна опасност приликом обећања даровања.¹⁹⁶

Други облик *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* може се код видети *donatio retento usufructu*. О томе се говори у тексту D. 39,6,42, pr.

D. 39, 6, 42, pr. Papinianus libro tertio decimo responsorum

Seia cum bonis suis (traditionibus factis) Titio cognito donationis causa cessisset, usum fructum sibi (recepit) <retinuit> et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietates ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent, igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. (bona fidei) <fiduciae> autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutura. Incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. Sed numquit interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri. Sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

Поклон који се спомиње у овом тексту очигледно не зависи од конкретне смртне опасности. Позивање у тексту на *lex Falcidia* само још више потврђује наше уверење, имајући у виду чињеницу да се Фалцидијев закон примењује уколико предстоји *donatio mortis causa*. Ово из разлога јер су наследноправна ограничења из тог закона била проширена временом и на поклоне за случај смрти. Од уобичајеног *donatio retento usufructu* се поклон за случај смрти разликује у погледу права на опозив даровања код ранијег преминућа поклонопримца, и ту суспензивни услов поклањања долази до изражаја.

Повезаност *donatio retento usufructu* са поклоном за случај смрти, у смислу постојања *donatio mortis causa sola cogitatione mortalitatis* може се наћи и у *leges romanae*

¹⁹⁶ Simonius, P., *op.cit.*, 94.

barbarorum. То је нарочито уочљиво у западноготском зборнику *Lex Visithorum* из VII века н.е.:

LV 5, 2, 6

Qui vero sub hac occasione lergitur, ut [eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita] post eius mortem ad illum, cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutari voluntatem litudo est testamenti, habebit licentiam inmutari voluntatem suam, quando voluerit, etiam si in nullo lesum fuisse se dixerit.

На наше предње наводе може се односити и садржај *Interpretatio Visigothica ad CTh.* 8,12,1.

Int. ad CTh. 8,12,1

Mortis causa donatio est, ubi donator, dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat scribens: <si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat>, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donantis res donata perveniat, quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris.

Дискутујући о томе да ли је у класичном периоду могао да се сачини поклон за случај смрти само из разлога размишљања о смртности, или је за то била неопходна конкретна смртна опасност, морамо се запитати шта се у римском праву подразумевало под конкретном опасношћу. Притом треба имати на уму да не постају сви поклони који су учињени приликом неке животне опасности аутоматски *donatio mortis causa*.¹⁹⁷ Да би један поклон имао обележја *donatio mortis causa* он је морао да буде конституисан као такав, а не да му обележје поклона због смрти даје нека животна опасност, која се могла и случајно догодити при поклањању. Стога римски правници нису посебно стеновали опасност и одређивали њене категорије. Критеријум да ли је неки поклон сматран *donatio mortis causa* није била озбиљност претње. Чак би било потешкоћа и код утврђивања оваквих чињеница, јер у многим животним ситуацијама важну улогу има субјективни осећај угрожености. Зато се за постојање *donatio mortis causa* није тражило да животна опасност носи одређени степен озбиљности, јер се таква чињеница могла и

¹⁹⁷ D. 39,6,42,1

фингирати. Једна од предности која је могла да мотивише странке да закључе *donatio mortis causa* могла је да се јави код поклона међу супружницима. Пошто су поклони *inter virum et uxorem* били подвргнути законским препрекама, које нису престајале чак и након смрти поклонодавца, предузимањем *donatio mortis causa* са фингираном животном опасношћу могла се заобићи забрана поклањања.¹⁹⁸ Стога су римски правници расправљали о потреби да се утврди реална опасност код оваквог поклањања. О томе се говори у тексту D. 39, 6, 43, чији смо садржај већ претходно навели.

У том тексту Нерације покреће питање, да ли је *donatio mortis causa inter virum et uxorem* само онда у дејству када је страх без сумње образложен, или је довољна субјективна процена о блискости смрти. Фалциније је захтевао да страх од смрти буде веома образложен (*iustissimum*), док је Нерације на одређени начин желео да ублажи такав захтев, сматрајући да је довољно само да поклонодавац мисли да ће ускоро умрети. Свакако да је овакво његово мишљење засновано на томе да се не може на прави начин одредити степен опасности и поставити одређени критеријум. Осим тога, увек може постојати сумња у изражено субјективно осећање поклонодавца, јер чак и образложени страх не може безусловно претпоставити стварну животну опасност.

Овај текст нам само може потврдити да је у класичном периоду постојала *donatio mortis causa sola cogitatione*. Да она није постојала, онда Нерације не би имао повода да се бави забраном поклона међу супружницима, полемишући о томе да ли је за пуноважност таквог поклањања неопходна конкретна животна опасност.

Да је у класичном праву постојала мотивација поклонодавца да учини поклон за случај смрти без конкретне смртне опасности, доказ нам пружа и Јустинијаново законодавство. Приликом спровођења законодавне реформе Јустинијанови правници су имали у виду сва достигнућа која су до тада била позната у вези даривања, и то како даривања *inter vivos*, тако и даривања за случај смрти, те су могли правилно сагледати све могућности које је поклонодавац имао приликом сачињавања поклона. Том приликом су нарочито имали у виду законодавна и практична решења која су се користила у класичном праву.

Јустинијаново право је приказало два могућа облика према којима је поклонодавац могао да сачини поклон: у страху од непосредне смрти или услед дужег размишљања о

¹⁹⁸ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa*, 99.

смрти. Наведени закључак проистиче из његове реформисане конституције уз *donatio mortis causa*:

C. 8, 56, 4 Imp. Iustianus A. Iohanni pp.

Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, asctis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intelligantur.

Из ове Јустинијанове конституције посебно истичемо део који се односи на предметну расправу:

[...] sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, asctis minime indigere [...]

„...било да је смрт поклонодавца близу или после дужег размишљања о смрти...”

Из овог текста јасно произилази да је у класичном праву *donatio mortis causa* могао да се сачини како из страха од конкретне смртне опасности, тако и из самог размишљања о пролазности живота и људској смртности. Нема довољно основа за претпоставку да је таква подела настала у Јустинијановом праву. На основу изворних текстова сматрамо исправнијим хипотезу да су Јустинијанови правници у своју реформу само унели већ постојећа законодавна решења која су признавала оба облика *donatio mortis causa*, који су се упоредо практично примењивали у класичном праву.

5. ВРСТЕ *DONATIO MORTIS CAUSA*

Класификација *donatio mortis causa* према врстама и облицима у којима се реализује представља деликатан посао. Ово нарочито имајући у виду разноврсне случајеве у којима се јавља *donatio mortis causa*, који су случајеви понекад компликовани тако да не могу са сигурношћу да се разврстају према одређеној класификацији.

Случајеви у којима се реализује *donatio mortis causa* су различити међу собом, и то како према предмету, тако и према правним последицама. Због тога тешкоћу представља критеријум који треба користити при класификацији. Чак и када се изврши класификација и одређени случај *donatio mortis causa* прикључи неком од могућих облика, то треба увек схватати са извесном дозом резерве.

Римски правници нису извршили класификацију *donatio mortis causa* према врстама, али јесу уочили његове различите облике. То се најбоље може видети из Улпијановог текста D. 39, 6, 2. и Јулијановог текста D. 39, 5, 1.

За разлику од римских правника, модерна романистика је покушала да изврши класификацију и прикаже различите врсте *donatio mortis causa*. Притом, није постојало јединствено становиште, већ су се од стране аутора појавиле многе различите поделе. Највише присталица има подела на реални *donatio mortis causa* са подврстама у виду *donatio mortis causa* са моменталним извршењем и условљеног поклона за смрти, као и обећавајућег и ослобађајућег *donatio mortis causa*.

Притом морамо нагласити да се највећи број случајева даровања за случај смрти односи на реализацију преносом власништва, док се само мањи број текстова односи на обећавајући и ослобађајући *donatio mortis causa*, што је резултат проширења поља његове примене.

5.1. Класификације типова *donatio mortis causa* у литератури

У стручним круговима постојао је различит приступ овој проблематици. Један број аутора који су се бавили проблемима *donatio mortis causa*, нису сматрали неопходним да изврше класификацију овог правног посла према различитим типовима, односно облицима у којима се појављује.

Тако, *Felic Senn*, свом научном раду који је посветио овом правном питању, није покушао да одреди типове *donatio mortis causa*. Он прочита сваки појединачни правни акт кроз који се појављује *donatio mortis causa*, али не показујући амбицију да изврши поменуту класификацију.¹⁹⁹

Такође, и знаменити романиста *Pascal Simonius*, који је у својој монографији обрадио темељно сва важнија питања која се тичу *donatio mortis causa*, није направио класификацију према њеним типовима. Приоритет његовог рада није била класификација и сажети приказ различитих типова *donatio mortis causa* и у структури његовог рада није стриктно наведена таква класификација. Ипак се из целине његовог дела и изведених закључака, може видети да је он навео и обрадио различите типове *donatio mortis causa*.²⁰⁰

Већи број романиста је у својим радовима извршио класификацију *donatio mortis causa* према типовима, односно облицима у којима се појављује. Стога ћемо резултате који су се појавили у неким значајнијим радовима о *donatio mortis causa* сажето приказати.

Већина модерних романиста није прихватила као веродостојну класификацију која се налази у Улпијановом тексту D.39,6,2, и где се наводе три типа поклона за случај смрти, већ је сматрала да је исправније да се *donatio mortis causa* класификује у две категорије. Један облик *donatio mortis causa* био би онај приказан у D.39,6,2, где Јулијан наводи „*ita donat, ut statim fiat accipientis*“, односно облик предаје ствари где својина одмах прелази на поклонопримца. Други тип поклона за случај смрти, би био онај приказан у D.39,5,1, где се наводе следеће квалификације даровања: „*sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur, qualis est mortis causa donatio*“. Овде се као карактеристика поклона за случај смрти наводи да је то поклон који се чини под одређеним условом. За разлику од претходног типа поклона, овде поклонодавац не жели да својина одмах пређе на поклонопримца, већ поставља одређени услов. Ово из разлога јер поклонодавац радије жели да поседује својину, него поклонопримац. Овакву класификацију су од романиста користили *Bionodo Biondi*,²⁰¹ *Santi Di Paola*²⁰² и *Ubaldo Robbe*.²⁰³ Притом су *Di Paola* и

¹⁹⁹ Senn, F., *Études sur le Droit Obligations*, Tome premier, I, Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort, Paris 1914.

²⁰⁰ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958.

²⁰¹ Biondi, B., *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, Perugia 1914, 188.

²⁰² Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania 1950, 2.

Robbe сматрали да у класичном периоду *donatio mortis causa* може бити само извршен моменталним преносом имовине.

За разлику од наведених класификација које ослонац имају у римским правним изворима, неки аутори су покушали да дају сопствено уређивање *donatio mortis causa* према различитим типовима, при чему ћемо овде изложити само неколико најзначајнијих таквих покушаја.

Италијански романиста *Pasquale Voci*, је мишљења да би *donatio mortis causa* треба класификовати тако да постоје следећи типови: Први тип би био прави *donatio mortis causa*, који карактерише мотивација поклонодавца да предмет одмах припадне поклонопримцу. Такав тип *donatio mortis causa* би требало поделити на две подврсте, и то: једна подврста коју карактерише да је *donatio mortis causa* искључиво условљен смрћу поклонодавца, и друга подврста коју карактерише да се може опозвати у случају да поклонодавац преживи. Други тип *donatio mortis causa* би био онај који је усмерен на ослобађање од дуга, а трећи тип би био *donatio mortis causa* који се реализује кроз делегацију.²⁰⁴

Шпански романиста *Emma Rodríguez Díaz* предлаже сопствену класификацију где *donatio mortis causa* распоређује у два облика. Прва врста *donatio mortis causa* је такво даровање које се чини у конкретној смртној опасности, где постоји неизбежан ризик за смрт поклонодавца. Друга врста *donatio mortis causa* одликује мотивација поклонодавца да сачини поклон услед опасности. Разлика је у интензитету опасности по поклонодавца, јер овде опасност није као у претходном случају, односно поклонодавцу не прети неизбежни ризик од смрти. Овакав тип *donatio mortis causa* се дели на две подврсте. Прву подврсту карактерише суспензивни услов, односно перфектност даровања је условљена смрћу поклонодавца пре поклонопримца. Друга подврста је она коју одликује непосредни пренос својине на поклоњеној ствари. Такав пренос се може извршити на два начина, и то тако што је одлучујући услов претходна смрт поклонодавца, и где се *donatio mortis causa* спроводи без таквог одлучујућег услова.²⁰⁵

²⁰³ Robbe, U., *Diritto ereditario romano: I principii generali e fondamentali*, Napoli 1962.

²⁰⁴ Voci, P., *Diritto ereditario romano II*, Milano 1963, 437-476.

²⁰⁵ Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano*, Oviedo 2000, 71.

У једној новијој студији о *donatio mortis causa*, шпански романиста Virginia Suárez Blázquez се није ограничила само на приказ класичне *donatio mortis causa*, већ је дала целовит приказ овог правног института, од његових раних почетака до посткласичног периода. У њеном раду је истакнуто да се у изворима не налази конкретна класификација *donatio mortis causa* која би помогла у тачном одређивању њених облика, али да постоје разлике према договорима који служе за реализацију овог правног посла. Имајући ово у виду могла би се извршити класификација, где би се приказали следећи облици *donatio mortis causa*: реална *donatio mortis causa* која или преноси имовину или формира реална права на уживање. Друга врста према овој класификацији би била ослобађајућа *donatio mortis causa (liberatoria)*, која омогућава опраштање дугова. Трећи облик према овом аутору је обећавајућа *donatio mortis causa (promisoria)*, а четврта је *donatio mortis causa* која се спроводи кроз *delegatio*.²⁰⁶

Према Vismari, правилна је подела која се налази у тексту D. 39,6,2, те би постојала три типа *donatio mortis causa*: *donatio mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis* који је увек подвргнут услову чекања, *donatio mortis causa ex imminente periculo mortis* под условом чекања и *donatio mortis causa* под резолутивним условом.²⁰⁷

Најчешћа класификација коју користе модерни романисти ослоњена је на класификацију која се често користи код разврставања поклона *inter vivos – in dono, in obligando, in liberando*. Оваква класификација не потиче из римског права, али је оправдана јер покушава да споји најсличније форме даровања за случај смрти који се могу наћи у изворима.²⁰⁸

²⁰⁶ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, Santiago de Campostela 2012, 77-78.

²⁰⁷ Vismara, G., *Storia Pacti Succesiori*, Milano 1986, 112.

²⁰⁸ овакву класификацију *donatio mortis causa* која има ослонац у класификацији обичних поклона, прихватили су: Gian Gualberto Archi, *La donazione*, Corso di diritto romano, Milano 1960, стр. 85-104. Juan Vallet de Goytisolo, *La donación 'mortis causa' en el Código Civil español* en: *Estudios sobre Donaciones*, 1978, стр. 36.

Српски романиста Антун Маленица, који се у својој докторској дисертацији бавио поклоном *inter vivos* у римском праву, у глави другој о облицима поклона сачинио је поделу обичних поклона на поклоне са стварноправним дејством и поклоне са облигационим дејством. У оквиру ових других сачинио је даљу поделу на поклоне којима се установљава потраживање у корист поклонопримца, а који су најчешће чињени стипулацијом, а ређе експенсацијом. У остале облике поклона *inter vivos*, сврстао је бесплатно становање, бесплатну обраду земље, одбијање наслеђа или легата и пропуштање тужбе или приговора. Како је у изворима уочио постојање поклона који су учињени у форми закупа, ортаклука, или најчешће купопродаје, то је као посебни облик приказао поклоне обучене у теретни посао. в. Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 91-110.

Према овој класификацији, коју сматрамо најверодостојнијом, *donatio mortis causa* се може поделити на следеће врсте:

- 1- *donatio mortis causa* који се реализује у реалној форми преносом власништва
 - а - *donatio mortis causa* са непосредним преносом власништва
 - б – *donatio mortis causa* са суспензивно условљеним преносом власништва
- 2- обећавајући *donatio mortis causa*
- 3- ослобађајући *donatio mortis causa*

Појаве сличних класификације као ове постојале су још у другој половини XIX века.²⁰⁹ Међутим, коначан облик је остварен од стране модерних романиста. За овакву класификацију се најјасније залаже *Mario Amelotti*, који признаје да се таква класификација не налази у изворима.²¹⁰ Сличну класификацију је предложио и *Pasquale Voci*, уз одређене модалитете.²¹¹ Он новијих романиста овакву класификацију заступа *Carmen Tort-Martorell Llabrés*, која у посебном поглављу посвећеном типовима *donatio mortis causa* прихвата као исправну овакву поделу и посебно анализира сваки од наведених типова *donatio mortis causa*.²¹²

Оваква подела *donatio mortis causa* се сматра исправнијом и потпунијом од од оне коју заступа *Di Paola*.²¹³ Свакако да се у одређивању *donatio mortis causa* према врстама и

²⁰⁹ претеча овакве класификације се може наћи код Ернеста Гласона, који је *donatio mortis causa* поделио према формама које уочио у изворима, на: *por datio* - поклон који може одмах производити правно дејство или условљен смрћу поклонодавца, затим *obligando*, *por expromissio* или *por delegatio* и *donatio mortis causa liberando*. в. Glasson, E., Etude sur les donations à cause de mort, Paris 1870, 28-46.

²¹⁰ у својој монографији о *donatio mortis causa* Марио Амелоти, сваком типу даровања за случај смрти према овој класификацији посвећује посебно поглавље и детаљно га обрађује: поглавље III - La '*donatio mortis causa*' reale con trasferimento condizionato sospennsivamente, стр. 81-92, поглавље IV - La '*donatio mortis causa*' reale con trasferimento immediate, стр.93-163, поглавље V - La '*donatio mortis causa*' promissoria, стр. 165-177., поглавље VI - La '*donatio mortis causa*' liberatoria e quella mediante '*delegatio*' стр. 179-199. в. Amelotti, M., La '*donatio mortis causa*' in diritto romano, Milano 1953.

²¹¹ за разлику од поделе коју представља Амелоти, према мишљењу Пасквала Воџија *donatio mortis causa* може бити: реални који је усмерен према стицању власништва над имовином од стране примаоца. Овај тип *donatio mortis causa* се може појавити у два облика – искључиво условљен смрћу поклонодавца и онај *donatio mortis causa* који се може опозвати у случају да поклонодавац преживи. Затим, *donatio mortis causa* у виду ослобађања од дуга и *donatio mortis causa* који се спроводи кроз делегацију. За разлику од класификације Амелотија овде се наводи ослобађање од дуга, као конкретнији облик уместо уопштене ослобађајуће *donatio mortis causa* и уместо обећавајућег *donatio mortis causa* говори се правој или обавезној делегацији усмереној ради реализације *donatio mortis causa*. в. Voci, P., *Diritto ereditario romano II: Parte speciale*, Milano 1963, 437-476.

²¹² Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 59-76.

²¹³ у монографији о поклону за случај смрти Ди Паола одмах на почетку свог рада истиче да из извора произилази да у класичном периоду постоји само *donatio mortis causa* са реалним преносом власништва,

облицима у којима се појављује не треба ограничити само на класификацију према тренутку у коме се врши пренос права својине. Притом се не сме занемарити да су реални *donatio mortis causa* моментално ефикасан и *donatio mortis causa* сачињен под условом, у пракси били најчешћи случајеви. Циљ који дародавац жели постићи даровањем јесте бесплатно чињење какве користи поклонопримцу, што се може остварити на различите начине, а не само преносом права својине.

5.2. Реални *donatio mortis causa* који се остварује преносом својине

Једно од најважнијих питања које се јавља код практичне примене и начина извршења *donatio mortis causa*, јесте питање реализације даровања. Правни извори пружају довољно аргумената да се може закључити да реализација *donatio mortis causa*, није била једнострана, већ да се спроводила на више начина, у зависности од конкретне животне ситуације. Иако правни извори пружају податке о више начина на који се спроводила *donatio mortis causa*, несумњиво је доказано да је облик реалним даровањем преносом власништва у пракси био најчешће примењиван. Зато ћемо таквој реализацији поклона за случај смрти путем аката преноса власништва – *dando*, посветити посебну пажњу.

Даровање за случај смрти, као уосталом и даровање *inter vivos* није представљао самостални правни посао, са аутономним актом о донацији, већ се морао изразити кроз неки признати правни посао. Поклон је представљао само каузу кроз коју је поклонодавац изражавао вољу за бесплатним увећањем имовине поклонопримцу, а не посао одређене садржине и форме. Највише случајева у којима се остварује *donatio mortis causa* јесте пренос права својине. Овакав облик преноса својине је најстарији, и био је познат многим старим друштвима. Циљ поклонодавца је да пренесе својину на поклонопримца, било непосредно са тренутним дејство, било да је дејство одложено после његове смрти. У зависности да ли је предмет донације била *res mancipi* или *res nec mancipi*, морала је да реализује посредством *mancipatio*, *traditio* или *in iure cesio*.

који се може појавити у два облика, и то са тренутним правним дејством и условљени *donatio mortis causa*.
в. Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, Catania 1950, 2.

5.2.1. Реални *donatio mortis causa* са непосредним преносом својине

Donatio mortis causa са непосредним преносом својине је онај поклон за случај смрти где поклонодавац одмах преноси на поклонодавца својину на предмету поклона, и такво даровање остварује тренутно дејство. То је реално даровање где поклонодавац ступа у државину и својину на поклоњеној ствари, и има сва овлашћења која има сопственик ствари. Међутим, воља поклонодавца није да поклонопримац постане коначни власник на поклоњеној ствари. Ово из разлога што су специфичне околности утицале на вољу поклонодавца да сачини поклон. Поклонодавац који поклања у смртној опасности не жели да ствар постане коначно поклонопримчева, јер задржава право да тражи повраћај ако преживи конкретну смртну опасност, или ако прималац умре пре њега. Уствари, његова воља није да поклонопримац у сваком случају постане власник поклоњене ствари, јер би радије желео да у случају преживљавања опасности он – поклонодавац задржи власништво над ствари, него да ствар поседује поклонопримац. О таквој вољи поклонодавца која чини основну разлику између обичног поклона и даровања за случај смрти, налазимо потврду у изворима:

D. 39, 6, 35, 2 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum“.

Поклон за случај смрти разликује се од оног правог и безусловног поклона који се тако изводи да се не може ни у ком случају опозвати. Овде би поклонодавац желео да ствар треба пре примаоцу него њему да припада. Ко пак због смрти поклања, има у мислима само себе и из љубави према животу пре би задржао ствар него поклонио. То је разлог зашто се каже у општем случају: „Он би желео да ствар сам има, него да је даропримац има; овај би је радије имао него наследник поклона“.

Пријемом поклона и ступањем у његову државину, поклонопримац је стицао својину на поклоњеној ствари. У најчешћем случају власник поклоњене ствари је био поклонодавац, те није долазило до спорних ситуација. Међутим, поклонопримац је могао

отпочети валидно стицање на поклоњеној ствари, и ако поклонодавац није њен власник, већ се ради о туђој ствари.²¹⁴ О томе говори више текстова:

D. 24, 1, 25 Terentus Clemens 5 ad leg. Iul et Pap.

Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito <mortis causa> donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: Itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest.

D. 39,5,18,2 Ulp. 71 ad.ed.

Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc (tradatur) <mancipio datur> servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. Et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat, ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi

Прималац постаје специфични стицалац на поклоњеној ствари, које се својство у тексту Дигеста D. 39, 6, 33 јасно истиче речима. “*ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset*”

D. 39, 6, 33 Paul. 4 ad Plaut.

Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

За разлику од поклона *inter vivos*, који је неопозив, и где је кауза правног посла усмерена на коначно стицање својине од стране поклонопримца, код поклона за случај смрти поклонодавац увек оставља себи могућност да може тражити повраћај ствари уколико преживи опасност.

Повраћај ствари се у класичном праву није спроводио аутоматски, јер класични текстови не пружају основа да се таква претпоставка потврди. Стога се повраћај спроводио кроз посебан договор о опозиву, чија је форма зависила од врсте ствари – *res Mancipi* или *res*

²¹⁴ D. 41, 6, 3 ; D. 38, 5, 10

nes Mancipi. На *traditio* за повраћај ствари се додавао *stipulatio*. Овакав начин повраћаја стипулацијом је један од најстаријих начина да се осигура враћање поклоњене ствари.²¹⁵ На *mancipatio* би се надовезао ради повраћаја ствари *pactum fiduciae* или *stipulatio*. Ако се ради о *in iure cesio* додавао би се *pactum fiduciae* или *stipulatio*, да би се осигурао повраћај ствари.²¹⁶ У правним изворима нема много текстова који предње могу потврдити, а коришћење *pactum fiduciae* се може пронаћи само у D. 39, 6, 42, pr. и D. 39, 5, 18, 2, Објашњење да су текстови који могу потврдити овакво схватање ретки и дискутабилни, поједини аутори проналазе у теорији да су компилатори систематски уклонили сва места која би могла потврдити такве наводе.²¹⁷

Постоји и критика оваквог схватања са тезом да се у том случају ради о два засебна договора, од којих је један обичан поклон, на који би се додао други договор којим са гарантује обавеза повраћаја ствари, што у ствари не би био *donatio mortis causa*. Притом се истиче другачије мишљење према коме би се реални поклон за случај смрти са моменталним преносом својине реализовао кроз *datio ob rem*. Повраћај би био гарантован ако би поклонодавац преживео опасност, или ако би поклонопримац умро пре поклонодавца, јер би поклонодавац то право остварио кроз *condictio*. Овакав став је заснован на стању у изворима где се налази мноштво текстова где се код *donatio mortis causa* користи *condictio*.²¹⁸ Насупрот томе појавило се мишљење према коме се сматра да је *datio ob rem* креација Сабинијанаца, против чега су били Прокулеанци, те је једно време коегзистирала потреба за пактом за повраћај ствари.²¹⁹

Неспорно је било право поклонодавца да захтева опозив поклоњене ствари. Чак и у случају ако је поклонодавац поклонио туђу ствар, право на захтев за повраћај није имао претходни власник ствари, јер је поклонопримац до ствари дошао на легалан начин од поклонодавца, и у погледу стицања својине на ствари је био савестан. Захтев за повраћај је могао да поднесе само поклонодавац, у ком случају би поклонопримац морао да ствар врати поклонодавцу. Овакав став римских правника изнео је Јулијан, који се о томе изјашњава у тексту Дигеста D. 39, 6, 13, pr.

²¹⁵ Senn, F., *Études sur le Droit Obligations*, Tome premier, I, Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort, Paris 1914., 60-66.

²¹⁶ Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 67.

²¹⁷ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 125.

²¹⁸ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 149-156.

²¹⁹ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 144.

D. 39, 6, 13, pr. lul. 17 dig.

Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero.

Поклонопримац тиме што ступа у државину ствари, ужива и заштиту у случају онемогућавања или узнемиравања приликом коришћења поклоноњене ствари.

D. 6, 2, 2 Paul. 19 ad ed.

Vel mortis causa donationes factae, nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Поклонопримцу правну заштиту у оваквим случајевима пружа претор путем *actio Publiciana*, што се у тексту јасно наглашава.

5.2.2. Реални *donatio mortis causa* са суспензивно условљеним преносом својине

Код *donatio mortis causa* са суспензивно условљеним преносом својине, поклонодавац поклања ствар поклонопримцу и предаје му исту у државину. Међутим, правни ефекат својине над поклоњеном ствари се не остварује моментално, као код претходне варијанте реалног *donatio mortis causa*. Овде поклонодавац поклања ствар тако да поклонопримац буде власник само ако поклонодавац умре од конкретне опасности, која га је и мотивисала да изврши поклањање. У сваком случају за правну ваљаност даривања се захтева да поклонопримац надживи поклонодавца. У случају да поклонопримац умре пре поклонодавца даровање неће производити правно дејство. На тај начин поклонопримчеви наследници не могу доћи на место поклонопримца и захтевати поклон од поклонодавца. Већ се код оваквог типа *donatio mortis causa* може уочити да поклонодавац поклања мотивисан личним својствима поклонопримца. Поклон се дарује само поклонопримцу, јер поклонодавац има на уму његове личне квалитете, те је такво поклањање плод одређене наклоности поклонодавца према поклонопримцу. Овакво поклањање има својство даровања *intuitu personae*, те се смрћу поклонопримца пре поклонодавца гаси и његово потраживање, које не прелази на његове наследнике.

Обзиром да поклонодавац чини даровање под условом, поклонопримац не постоје одмах и власник на поклоњеној ствари. Он ступа у државину и може непосредно да

користи ствар. Такво поклонопримчево поседовање није *possessio ad usucapionem*, све док не дође до смрти поклонодавца, јер до тада не постоји *iusta causa usucapionis*.

Тако је *donatio mortis causa* пун правни ефекат остваривала тек након смрти поклонодавца. О томе се говори у тексту D. 39, 6, 32.

D. 39, 6, 32 Ulp. 76 ad ed.

Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

Овде је јасно наглашено да се тек смрћу поклонодавца *donatio mortis causa* важила као перфектна.

На суспензивни услов код *donatio mortis causa* указивале би и завршне речи у тексту Паулових Сентенција 3,7,2:

PS 3, 7, 2

Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate paenitentia etiam revocar: Morte enim tantummodo convalescit.

„Даровање за случај смрти ако престане болест и (дародавцу) се поврати здравље, може такође бити услед промене мишљења опозвано, али ако наступи смрт, оно свакако постаје пуноважно.“

Овде на реч „*convalescit*“ може имати такво значење које би указивало на добијање статуса пуноважног правног посла.

Даровање за случај смрти са суспензивним условом може се уочити и у Папинијановом тексту D. 39, 6, 42, 1:

D. 39, 6, 42, 1. Papinianus libro tertio decimo responsorum

Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidiaie causa vellent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta: eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa quam morientem donare.

„Отац је поклатио на самртној постељи свом еманципованом сину неке ствари без икаквог споразума о (опозиву и) враћању. Његова браћа и остали наследници захтевали су да се поклати сходно закону *lex Falcidia* додатно урачунају у заоставштину. Моје стручно мишљење је гласило да треба применити старо право. Наиме, конституција се односи само на оне предмете који се поклањају под једним одређеним условом, и тек са наступом смрти извлаче се из имовине, јер је онда нада на поново стицање отпала. Ко поклања без услова, он не поклања због смрти него више као умирући.“

У овом тексту би израз „*retinendi*“ могао да упути да се ради о *traditio*, али претходно употребљени израз „*redhibere*“ (вратити) указује да се ради о враћању. У том случају би „*retinendi*“ пре могли схватити под значењем: „*retinere*“ – задржати.²²⁰ Очигледно је да се текст односи на поклон под суспензивним условом, јер је и у самом тексту наведено да се предмети поклањају само под одређеним условом.

Постоји у изворима одређених назнака да поклонодавац може задржати предмет поклана док је жив. Ово нарочито у садржају текста Cth. 8, 12, 1, али је такав став подложен резерви.²²¹ Ипак, се у стручним круговима појавило мишљење да код условљеног *donatio mortis causa* може бити остварен и ефекат даровања иако ствар није предата поклонопримцу.²²² Овакво мишљење није стекло репутацију као довољно валидно.²²³

Поклон за случај смрти који је условљен, имао је практичну примену у даривању између супружника. О томе нам сведочи текст у Дигестама D. 24, 1, 11, 1.

D. 24, 1, 11, 1 Ulp. 32 ad Sab.

Sed quod dicitur mortis causa donationem inter virum ex uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum iulianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.

²²⁰ Simonius, P., Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht, 215.

²²¹ Archi, G., *La Donazione: corso di diritto romano*, Milano 1960, 260.

²²² Valett de Goytisolo, J., *Estudios sobre Donaciones*, Madrid 1978, 20.

²²³ Tort-Martorell Llabres је критикујући овакво схватање као противречно, и без довољно подлоге у текстовима, сматрала да је таква идеја дошла од Pietra Bonafante, који је у коментару D. 39, 6, 35, посебно истакао: „*se potius babere vult quam eum qui donat*“ в. Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 70.

У овом тексту Улпијан признаје валидност *donatio mortis causa* код даровања између супружника, те наводи да за Јулијана правну важност имају само она даривања која су усмерена на то да се власништво над дарованим стварима пренесе на преживелог супружника после смрти супружника-поклонодавца. Улпијанов став је да су валидни сви поклони за случај смрти између супружника.

Садржај овог текста указује да је даровање за случај смрти било дозвољено између супружника, управо из разлога што се ефекат правног посла остваривао тек након смрти поклонодавца. На њега се нису могла применити ограничења која су важила за поклоне *inter vivos*, те је због тога је овакво даровање имало велику практичну примену у имовинским правним пословима између супружника. Иако је овакав *donatio mortis causa* сачињен да би се избегла забрана даривања између супружника, која је забрана била усмерена ради спречавања донација којима се осиромашује један од супружника, те се признавао *donatio mortis causa* са преносом имовине искључиво условљен смрћу поклонодавца, такав облик даривања за случај смрти могао је да искористи свако ко је био заинтересован за то.

Овакав Улпијанов текст је у романистичким круговима изазвао одређене недоумице. Пошто су изнета два става у вези примене *donatio mortis causa* између супружника, сматрало се да је дошло до промене у доктрини даровања међу супружницима. Став Јулијана је указивао да је дошло до промене у режиму таквог даровања те да више није био валидан поклон између супружника са моменталним преносом својине на поклоњеној ствари, већ да је правну важност имао само поклон између супружника који је условљен смрћу поклонодавца.²²⁴

На суспензивни услов код поклона за случај смрти указују и други текстови који се односе на даровања међу супружницима, а међу њима се посебно истичу следећи:

D. 24, 1, 9, 2 Ulpianus libro trigensimo secundo ad Sabinum

Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt.

D. 24, 1, 10 Gaius libro undecimo ad edictum provinciale

quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.

²²⁴ Voci, P., *Diritto ereditario romano II: Parte speciale*, Milano 1963, 485.

Поклон чији је правни ефекат условљен смрћу поклонодавца може се пронаћи и у другим изворним текстовима који се односе на *donatio mortis causa*. Указивање да се ради о условљеном поклону за случај смрти посебно је назначено у тексту D. 39,6,2. У њему се наводе три типа поклона за случај смрти. Осим поклона који није мотивисан непосредном смртном опасношћу, појављује се и поклањање непосредном предајом ствари које је мотивисано конкретном опасношћу по поклонодавца. Такво реално даровање *mortis causa* могуће је обавити са моменталном ефикасношћу правног посла, или условљено уколико до смрти поклонодавца заиста дође. Код овог трећег типа *donatio mortis causa* мотив поклонодавца је да поклонопримац не стекне одмах својину над поклоњеном ствари, већ само у случају да он – поклонодавац, не преживи смртну опасност.

5.2.3. Спор о класичној изворности две врсте реалног *donatio mortis causa*

У романистичкој науци постоје већа неслагања око реализације *donatio mortis causa* путем акта преноса својине (*dando*). У погледу тачке времена извршења могуће су две форме: форма извршења са условом одлагања, или моментално условљено извршење са обављањем повраћаја при изостанку услова. Основна разлика у мишљењима се огледа у томе да ли су оба горе споменута облика реалног даровања изворно класична или само један од њих. Неспорно је да се реализација даровања непосредном предајом ствари обављала још при самом настанку *donatio mortis causa*, те да је пуну примену имала и у класичном праву. Дилема је била присутна једино у погледу постојања у класичном праву *donatio mortis causa* са суспензивно условљеним преносом својине.

Ово истраживање ће бити посебно значајно имајући у виду да је у романистичким правним круговима дуго присутна, и још увек је актуелна поменута дилема. Према једним ауторима, *donatio mortis causa* се у класично доба могла остварити само даровањем уз непосредан пренос својине, те да класично римско право није познавало суспензивно условљени пренос својине, који настаје тек у Јустинијановом праву. Други аутори су, насупрот томе, сматрали да је суспензивно условљени *donatio mortis causa* био изворни облик у класичном римском праву, док су трећи, пак, сматрали оба облика изворно класичним, с тим што се у пракси чешће користило даровање уз непосредан пренос власништва.

Да би се постигао правилан резултат у разрешењу покренуте дилеме потребно је да се настали проблем посматра са више аспеката. Притом треба приказати најважније карактеристике оба облика реалног преноса својине код *donatio mortis causa*. Ослањајући се првенствено на правне изворе, свестраном анализом треба доћи до одговора на питање да ли су оба облика *donatio mortis causa* изворно класична, и какву су практичну примену имали у правном животу римске државе.

5.2.3.1. Разликовање два облика реалног *donatio mortis causa* у римским правним изворима

Приказивање различитих врста *donatio mortis causa* које обрађујемо према римским правним изворима треба схватити условно, јер римски правници нису имали за циљ да изврше класификацију поклона за случај смрти према типовима, односно облицима у којима се јавља, нити се изричито наводи неки критеријум према коме би се начинила разликовања између разних форми даровања за случај смрти.

Назнаке систематског приказа различитих врста *donatio mortis causa* налазимо само у једном Улпијановом тексту у Дигестама, где он нуди класификацију позивајући се на Јулијана. У поменутом Улпијановом тексту D. 39, 6, 2, приказана је класификација поклона где се презентују три типа *donatio mortis causa*. И оваква класификација типова *donatio mortis causa* је изазивала много полемике у романистичким круговима. Једни аутори су га сматрали аутентичним, и на основу њега су извлачили закључке о облицима у којима се појављивао овај правни посао у римском класичном праву. С друге стране један број аутора је оспоравао његову аутентичност, сматрајуће да су његови кључни делови интерполирани.

У изворима се поред поменуте може наћи и класификација *donatio mortis causa* имајући у виду моменат преношења својине над поклоњеном ствари. Тако се у изворима, у тексту Дигеста D. 39, 5, 1, пр. може видети да се *donatio mortis causa* чини тако што се преноси својина над предметом даривања на два начина. У једном случају пренос својине је тренутан са ступањем поклонопримца у државину, то се сматра обичним поклоном, или поклоном *inter vivos*. У другом случају поклон не производи одмах правно дејство, јер се сачињава под условом. Даровање је условљено остварењем или

неостварењем неког будућег неизвесног догађаја, што нам приказује још један облик *donatio mortis causa*, који наводе римски правни извори.

Међутим, иако то нису нагласили римски правници, из садржаја одређених текстова могуће је уочити разлику између појединих облика *donatio mortis causa*. Разлика која се уочава у изворима односи се на реализацију *donatio mortis causa*, односно правне ефекте који се остварују преносом дароване ствари. Према правном ефекту који остварује *donatio mortis causa* може се разликовати такво даровање за случај смрти чији је пуноважни ефекат изричито условљен испуњењем одређеног услова, односно који не остварује одмах пуно правно дејство, и *donatio mortis causa* код кога се обавља моментални пренос дароване ствари, али уз обавезу опозива даровања уколико се за то створе одређени уговорени услови.

Разликовање у римским текстовима између ова два облика *donatio mortis causa* може се наћи у текстовима – D. 39, 6, 2., D. 39, 5, 1, D. 39, 6, 29 и Inst. 2, 7, 1.

5.2.3.1.1. Ulpianus D. 39, 6, 2

Покушај класификовања поклона за случај смрти према различитим облицима могли смо у изворима да уочимо у Улпијановом тексту D.39,6,2, где он наводи постојање три типа поклона за случај смрти, од којих су два мотивисана непосредном смртном опасношћу, док код једног типа поклонодавац чини даривање само размишљајући о пролазности живота. Овај последњи облик је нарочито изазвао дискусију у стручним круговима, и оспорена је његова аутентичност.

D. 39, 6, 2 Ulp.32 ad Sab

Iulianus libro septimo tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu contrerritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta

„Јулијан пише у 17. Књизи Дигеста да постоје три облика поклона за случај смрти. Један, када неко није уплашен никаквом непосредном смртном опасношћу, него поклања имајући на уму људску смртност (пролазност живота). Друга врста поклона

постоји у случају када неко, подстакнут непосредном опасношћу, тако поклања да поклоњена ствар одмах прелази у својину поклонопримца, а трећа врста поклона постоји у случају када неко, подстакнут опасношћу од смрти, поклања само у случају ако до смрти заиста и дође, а не да би ствар одмах прешла у својину поклонопримца“

Из анализе Улпијановог текста D. 39, 6, 2, се може видети са којим се проблемима може сусрести аутор који жели да изврши поделу поклона према различитим облицима. У тексту се нуди класификација према различитим критеријумима, који нису међу собом складни.

У наведеном тексту Улпијана D. 39, 6, 2, најпре налазимо класификовање *donatio mortis causa* према мотивима због којих се поклон чини. Ту имамо две врсте мотива који могу утицати на поклонодаваца да учини даровање. Један мотив је повезан са непосредном смртном опасношћу по поклонодаваца - *periculum imminente*, где поклонодавац даровање чини искључиво услед опасности којој је изложен. Његова воља није да коначно изврши поклон, већ његово правно дејство зависи од остварења будућег неизвесног догађаја, односно преживљавања или непреживљавања смртне опасности. Према другој врсти мотива који има поклонодавац када сачињава поклон, он то чини без одређене конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*, већ само из разлога пролазности живота и размишљања о неумитном крају.

Друга врста класификације може се извршити према тренутку у коме се преноси имовина. Она се односи само на даровања која су настала услед непосредне смртне опасности по дародавца - *periculum imminente*. У тренутку када се поклонодавац суочава са конкретном смртном опасношћу по себе, од може на два начина располагати својом имовином за случај смрти. Према једној могућности, поклонодац који се налази суочен са смртном опасношћу може одмах пренети својину над предметом поклона на поклонопримца. Моментом преноса својине поклонодавац постаје власник поклоњене ствари, али даровање тиме не остварује пуни ефекат, јер је учињено под условом да поклонодавац не преживи смртну опасност. Поклонодавац код закључења овог правног посла нема мотив да коначно и безусловно поклони неку ствар поклонопримцу, већ само поклања суочен са могућношћу непреживљавања опасности, и радије жели да власник ствари тада постане поклонопримац него неко од његових законских наследника. Међутим, уколико преживи смртну опасност, онда је овлашћен да

потражује поклоњену ствар назад, јер радије жели да поново успостави државину над предметом даривања, него да поклоњена ствар остане код поклонопримца. Овакав начин преношења својине код *donatio mortis causa* је старији, и користили су га многи стари народи, још од првих рудиментарних облика и самих почетака настанка овог правног института. Друга могућност која стоји на располагању поклонодавацу који се суочава са непосредном смртном опасношћу је преношење имовине условљено смрћу поклонодавца. У овом случају поклонодавац не поклања тако да поклонопримац одмах постане власник над поклоњеном ствари, већ је његова својина условљена чињеницом да поклонопримац мора да надживи поклонодавца, да би даровање постало перфектно. И у овом случају се још јасније изражава воља донатора, који не жели да се коначно одрекне својине на поклоњеној ствари, он чак не жели ни да се тренутно лиши те ствари предајом поклонопримцу, већ даровање условљава чињеницом да не преживи опасност, односно да га поклонопримац надживи. Само у том случају његова воља је усмерена на коначно преношење својине над поклоњеном ствари поклонопримцу.

5.2.3.1.2. Iulianus D. 39, 5, 1

У другом тексту Дигеста који смо посебно приказујемо - D.39,5,1. представљен је поклон за случај смрти који је настао под условом. И *donatio mortis causa* који се сачињава под условом је често анализиран и побуђивао је пажњу стручне критике.

Јулијанов текст D. 39, 5, 1 налази се у Дигестама на почетку титулуса „*De donationibus*“. Из њега се може видети да је у класичном периоду постојала подела поклона на обичне поклоне – *inter vivos*, који нису изазвани никаквом непредвидивом околношћу, и поклоне које је дародавац чинио само поводом неког будућег догађаја и под одређеним условом – *donatio mortis causa*:

D. 39, 5, 1 pr. Iulianus libro septimo decimo degestorum

Donationes complures sunt. dat aliques ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur, dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie

donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur, qualis est mortis causa donatio.

„Има више врста поклона. Један поклања у намери да ствар одмах припадне примаоцу и поклон је неопозив од стране поклонодавца; он то чини ни из каквог другог разлога осим своје великодушности и дарежљивости. То је поклон у правом смислу речи. Други поклања тако да ствар треба да припадне примаоцу ако наступи неки догађај. То није поклон у правом смислу речи, већ је то поклон који постоји под условом. Исто је тако ако неко поклања са намером да ствар треба одмах да припадне примаоцу, али он хоће да се ствар њему врати, ако неки догађај наступи, или не наступи. То се не зове поклон у правом смислу речи, већ је све то поклањање које се спроводи под одређеним условима. Такав је поклон за случај смрти.“

У овом тексту Јулијан покушава да прикаже какви се поклони јављају у правном животу римске државе класичног периода. Једна врста поклона је она која се јавља у чистом облику и није повезана са неком непосредном опасношћу или неким ванредним догађајем, који би утицао на поклонодавчеву намеру да учини даровање. Кауза таквог даровања је искључиво дарежљивост поклонодаца, односно његова жеља да нешто дарује поклонопримцу. Никакав додатни услов није постојао код оваквог поклањања, и поклон је постајао перфектан предајом поклонопримцу. Такви поклони су се сматрали неопозиви. Очигледно је да се ради о поклонима *inter vivos*, који су били чести у римској правној пракси. Неопозивост која је јасно изражена у римском поклону *inter vivos*, битно је обележје и савремених поклона међу живима.

Посебна врста поклона за случај смрти се уочава у тексту D. 39, 5, 1. У овом тексту је приказан поклон који је учињен под извесним условом – *donatio sub condicione*. Овде се јасно може уочити да је у класичном римском праву постојала разлика између обичног поклона – *proprie donatio*,²²⁵ и даровања које се остваривало под условом- *donatio sub condicione*. Услов који је представљао битно својство даровања за случај смрти је могао бити суспензивни или резолутивни. Уколико се одређени догађај који је био мотив да се поклон учини, испуни или не испуни, поклонодавац је имао овлашћење да захтева да му се ствар врати. Разлика између обичног поклона и *donatio mortis causa* је у томе што је

²²⁵ за обично даровање се осим израза *proprie donatio*, који налазимо у овом Јулијановом тексту, може користити и израз „*simpliciter donare*“, какав се налази у Улпијановом тексту D. 14, 6, 9, 1.

код обичног поклона дародавац био правно незаштићен, уколико поклонопримац није желео да поступи по његовом захтеву, те се могао поуздати само у *fides* поклонопримца. Ово из разлога што налог из правног посла који се ослањао само на неформалан споразум постигнут између странака, дуго времена није уживао заштиту. Како поклон није био типичан правни посао, такво уговарање није правно обавезивало, у складу са правилом *ex nudo pacto obligatio non nascitur*.²²⁶ С друге стране *donatio mortis causa* се могао опозвати ако налог није испуњен. Како се *donatio mortis causa* могао реализовати кроз фидуцију, то је уопштавање правила које је важило за фидуцију довело је до постојања могућности опозива *donatio mortis causa*.²²⁷ Дакле, неопозивост која је карактеристика обичног поклона не важи за *donatio mortis causa*, која има обележја опозивости. Поклонодавцу је дата заштита у виду кондикције, у случају да жели да му се врати поклон.²²⁸

Овај Јулијанов текст још јасније изражава намеру поклонодавца да поклонопримац не постане одмах власник над поклоњеном ствари. Код поклањања Јулијан прави разлику између обичног поклона који је неопозив, и који се врши из дарежљивости поклонодавца и поклона за случај смрти, који нема те особине. Поклон за случај смрти нема својство неопозивости, већ управо дозвољава поклонодавцу могућност да ствар врати натраг, уколико преживи смртну опасност. Такво поклањање се спроводи под одређеним условима и зависи од остварења одређеног догађаја. Такав догађај је најчешће нека конкретна смртна опасност (болест, опасно путовање, одлазак у рат...), која је нагнала поклонодавца да дарује одређену ствар поклонопримцу. Без те смртне опасности поклонодавац очигледно не би вршио поклањање, јер он (поклонодавац) више жели да сам поседује предметни дар него поклонопримац. Стога му законодавац и дозвољава могућност да тражи ствар натраг од поклонопримца уколико преживи опасност. Међутим, уколико до одређеног догађаја и дође, односно наступи смрт поклонодавца, онда даровање остварује свој пуни правни учинак. Тек тада поклонопримац постаје коначни власник на поклоњеној ствари, јер је жеља

²²⁶ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, 128.

²²⁷ Buckland, W.W., *A text-book of Roman Law*, Cambridge 1966, стр. 257.

²²⁸ C. 4, 6, 2 (imp. Alex. 227. god) Africanus D. 39, 6, 23; eod. 24.; Julian D. 24, 1, 4; 39, 6, 13 pr.; eod. 18, 1; eod. 19; Papinian D. 24, 1, 52, 1; Paulus D. 12, 4, 12; 22, 1, 38, 3; 39, 6, 35, 3. 6; eod. 39; eod. 44; Scaevola D. 24, 1, 56; Tryphonin D. 23, 3, 76; Ulpian D. 24, 1, 11, 8; eod. 32, 14; 39, 6, 30; eod. 37, 1.

поклонодавца да поклонопримац поседује даровану ствар, пре него његови законски наследници.

5.2.3.1.3. Ulpianus D. 39, 6, 29

Постоје текстови у којима се се излажу упоредо оба реална облика *donatio mortis causa*, и притом се у њима прави дистинкција између даровања које се реализује непосредним стицањем својине и поклона за случај смрти где је такво стицање суспензивно условљено ранијом смрћу поклонодавца. Поред већ наведеног текста D. 39, 6, 29. о томе се говори и у Улпијановом тексту D. 39, 6, 29:

D. 39, 6, 29 Ulpianus libro septimo decimo ad edictum

Si mortis causa res donata est et convaluit, qui donavit, videndum, an habeat in rem actionem. Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet, si <donator> convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, (potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset, unterim autem ei, cui donatum est. Sed et si mors praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

„Уколико је нека ствар поклоњена због опасности од смрти а поклонодавац преживи, мора се видети да ли му предстоји тужба за повраћај покретне имовине. Ако је неко тако поклонио, да поклонопримац треба да има ствари ако поклонодавац изненада умре, он може ствари без сумње да виндицира, а после његове смрти то може поклонопримац. Ако поклонопримац тако поклони да поклонопримац одмах поседује ствар, треба да је врати када поклонодавац оздрави или се врати из битке или са опасног пута. Може се сматрати да поклонодавцу предстоји тужба због повраћаја ствари, ако наступи један од тих случајева. Али ако поклонопримац раније премине, поклонодавцу ће одмах бити дата тужба за повраћај покретне имовине.“

И овај текст из Дигеста нам пружа преглед различитих могућности даровања *mortis causa*, које су биле на располагању поклонодавцу. Из овог Улпијановог текста се може видети да су у римском класичном праву код реалног даривања за случај смрти у употреби била оба њена облика – са моменталним преносом својине или условљеним

преносом. Овде се ради о поклону *mortis causa*, када се ствар налази код трећег лица. У погледу могућности подношења захтева за повраћај поклоне, појављује се практичан проблем, коме треба дати право на подношење тужбе. У решавању тог питања одлучујуће је одредити да ли се ради о условљеном поклону, како се то наводи у првом делу текста, или се ствар одмах преноси поклонопримцу, како се наводи у другом делу. У првом случају, када се ради о условљеном поклону, поклонодавац остаје власник до своје смрти. Ако преживи смртну опасност, што је био повод поклону, онда је поклањање беспредметно, тако да он може да виндицира ствар од трећег. Али ако поклонодавац премине, онда на поклонопримца прелази право на подношење тужбе – *actio in rem*.

У овом тексту је Улпијан изнео мишљење да уколико је једна ствар поклоњена због смрти, па дође до опоравка поклонодавца, треба видети да ли поклонодавац има право на *actio in rem*. Тако, ако је поклонодавац поклон учинио поклонопримцу на тај начин да поклонопримац постане власник ствари уколико дође до његове изненадне смрти, свакако да би поклонопримац стекао право својине над предметом поклоне. Међутим, уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, онда би поклонодавац могао захтевати даровану ствар натраг. Овде се јасно види да је у питању даровање *intuitu personae*, које је учињено с обзиром на лична својства поклонопримца, и где смрћу поклонопримца престаје дејство правног посла. Такође, ако је поклон учињен под условом да поклонопримац постане пуноважни власник само остварењем услова, онда би поклонодавцу била дата могућност подношења тужбе за повраћај ствари, уколико би се опоравио од болести или се жив вратио из рата или са опасног путовања. Овде је очигледна кауза правног посла која се огледа у томе, да поклонодавац жели да поклонопримац постане власник ствари само уколико он не преживи смртну опасност. Његова мотивација је да поклонопримац дође до ствари пре његових законских наследника. Међутим, превазилажењем опасности поклонодавац радије жели да ствар задржи и користи за себе, него да је уступи поклонопримцу, те стога има право на потраживање такве ствари од поклонопримца.

Овај текст је изазвао полемику у стручној јавности, јер се сматрало да су његови одређени делови интерполирани. Мишљења о обиму интерполације су различита. Тако је *Riccobono* изнео став да је дошло до интерполације највећег дела сачуваног текста, и

то почев од: „*Et si quidem...*“ али у прилог таквој тврдњи није изнео ваљану аргументацију.²²⁹ Овакав став је усамљен, али постоји мишљење у романистици да је само један део текста интерполиран, при чему су критике усмерене на други део текста. Тако је Амелоти мишљења да је други део текста, почев од: „*Si vero sic...*“ уметнут, те да није постојао у првобитној верзији. Разлог за то он налази у чињеници да је судска заштита *actio in rem* дата у складу са *donatio mortis causa* која је имала за циљ тренутни пренос имовине.²³⁰ Нешто опрезнији у оцени интерполације овог текста је Ленел, који сматра да није дошло до уметања већег дела текста, већ само до мање корекције текста и убацивања и замене речи *res* уместо оригиналног *fundus provinciale*.²³¹

Di Paola је у својој критици овог текста пошао од анализе практичних питања. Уколико поклонодавац који је преживео опасност има право на опозив даровања ако дароване ствари више нису у његовој својини већ у својини поклонопримца, против кога се може тражити опозив даровања када поклонодавац умре, а ствар се већ налази у његовим рукама? Ако ствар не би била у државини трећег лица, настао би правни проблем како извршити опозив даровања.²³² У вези истог Амелоти има другачије мишљење. Он сматра да Улпијан није имао на уму неки конкретан случај када је обрађивао ово правно питање, већ је изнео теоретски став. Због тога је и поставио две супротне хипотезе, односно да се поклонодавац спасе или да не преживи. На основу такве теоријске претпоставке је Улпијан покушао да одговори на питање коме припада имовине у једном и другом случају.²³³

Додуше, постоји и мишљење да нису оправдане интерполацијске претпоставке, јер се анализирајући текст може доћи до закључка да је термин „*contingere*“, који је значајан за садржај читавог текста, присутан у првом, колико и у другом делу текста. На основу тога не би била оправдана аргументација аутора који су критиковали само други део текста.²³⁴

²²⁹ Riccobono, S., *Traditio ficta*, SZ 34, 1913, 212.

²³⁰ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 24.

²³¹ Lenel, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wienderherstellung*, 3. Aufl., Leipzig 1927, 188.

²³² Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 28.

²³³ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 25.

²³⁴ Guarneri, C.A., *Studi sulle Obbligazioni indivisibili nel Diritto Romano*, 1, Palermo 1912, 93.

5.2.3.1.4. Inst. 2, 7, 1.

Коначно и у Институцијама се налази доказ о постојању оба реална облика поклона за случај смрти. О томе се говори у тексту Inst. 2, 7, 1:

Inst. 2, 7, 1.

Mortis causa donatio est, qua propter mortis fit suspicionem, quum ita donat, ut, si quid humanitus ei contingisset, habere is, qui accepit, sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesseritis, cui donatum sit.

„Даровање за случај смрти је оно које се чини из страха од смрти, то јест када неко дарује на тај начин да ће дар остати ономе ко га је примио уколико поклонодавца задеси смрт, а ако преживи опасност дар ће му бити враћен натраг, као и онда када он опозове даровање или у случају када поклонопримац умре пре поклонодавца“

Даривање које се у овом тексту спомиње се чини услед страха од смрти, те се даровање спроводи тако да ће поклонопримац бити овлашћен да пуноважно задржи даровану ствар уколико до смрти поклонодавца заиста и дође. Међутим, уколико поклонодавац преживи смртну опасност, биће овлашћен да захтева даровану ствар натраг.

Такође, поклонодавац има право и да промени своје мишљење, те да изврши опозив дароване ствари. У овом случају у питању је слободна воља поклонодавца, који одлучује да ли ће опозвати даровану ствар, без постојања конкретног разлога. На овај начин се, слободном вољом поклонодавца да може у свако доба опозвати поклон без постојања конкретног разлога, даровања за случај смрти приближавају легатима.

Коначно, даровање неће производити правно дејство уколико поклонопримац умре пре поклонодавца. У том случају поклонодавац неће бити обавезан да даровану ствар преда наследницима поклонопримца. И у овом случају се показује да се ради о даровању с обзиром на лична својства поклонопримца, те да такво даровање које има карактеристике *intuitus personae*, које није преносиво на наследнике примаоца поклона.

Овај текст из Јустинијанових Институција се односи управо на условљено даровање *mortis causa*. Мотив који нагони поклонодавца да изврши даровање одређене ствари је смртна опасност. Таква опасност мора бити конкретна и извесна, јер само таква опасност

може представљати мотив поклонодавцу да се одрекне државине над одређеном ствари. Уколико поклонодавца заиста задеси смрт, услед које је даровао, онда поклон остаје безусловно у својини поклонопримца. Међутим, уколико се не оствари догађај који је био узрок даровања, односно уколико дародавац преживи смртну опасност, законодавац му пружа могућност да опозове даровање, и ствар врати натраг. Такође, и уколико поклонопримац умре пре поклонодавца, даровање губи правно дејство и поклон се враћа поклонодавцу.

И овај текст је изазвао различите полемике међу романистима, јер су неки сматрали да одређени делови овог текста нису оригинални.

Дајући мишљење о овом тексту *Biondo Biondi* је сматрао да је одломак између: „*Mortis causa*“ и „*accepit*“ највероватније припадао класичарима, с обзиром на речи које се користе у тексту, те да се речи: „*sin autem supervixisset*“ не слажу са осталим деловима текста.²³⁵

Са друге стране, италијански романиста *Di Paola* је мишљења да се у овом тексту види Јустинијанова концепција *donatio mortis causa* на тај начин што се приказују форме које даровање за случај смрти приближавају легатима.²³⁶

Према мишљењу *Maria Amelottia* речи из текста: „*ita donat, ut, si quid humanitus el contingisset, habere is, qui accepit*“ се могу интерпретирати на следећи начин: „*Dona in tal modo che se qualcosa gli accada definitivamente clui che ha gia ricevuto*“. Стога уколико је даровање спроведено, те се након тога оствари одређена смртна опасност, даровану ствар дефинитивно добија онај коме је даровано. Уколико се прималац већ налази у поседу ствар он постаје коначни власник без обзира да ли је даровање спроведено са моменталним преносом имовине или са условљеним преносом. У првом случају прималац би пријемом ствари одмах постао власник, док би у другом случају био држалац, док је у оба случаја смрт поклонодавца одлучујућа околност којом ће се остварити пуноважност правног посла.²³⁷

²³⁵ Biondi, B., „Appunti intorno alla Donatio Mortis Causa nel diritto romano“, *Annali del Seminario Giuridico dell'Universita di Palermo*, 29, 1914, 184.

²³⁶ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 28.

²³⁷ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 27.

5.2.3.2. Спор поводом два облика реалног *donatio mortis causa*

Међу романистима постоји неслагање у мишљењима који је облик *donatio mortis causa* био изворан, и који је имао већи значај у практичној примени овог правног института. Према мишљењу једних изворни је био *donatio mortis causa* са моменталним преносом својине на поклоњеној ствари, а да је условљени *donatio mortis causa* настао тек касније и да је он био творевина Јустинијановог права, док су други били супротног мишљења дајући својство изворности *donatio mortis causa* са суспензивним условом. Овде нећемо износити сва мишљења у литератури поводом овог спорног питања, којих има много, већ ћемо изложити само ставове најзначајнијих представника различитих група.

У погледу решења овог спорног питања у романистичким круговима је нарочито била позната полемика измеђи *Santi Di Paola* и *Maria Amelottia*. Они су се један другоме оштро супротставили износећи различите ставове.

Према мишљењу *Santi Di Paola*, оригиналан је *donatio mortis causa* са моменталним преносом својине, док је суспензивно условљени *donatio mortis causa* настао тек у доба Јустинијана. Ово из разлога што је у Јустинијановом периоду дошло до приближавања *donatio mortis causa* легатима. Он је конципирао *donatio mortis causa* са јединственом структуром, и то не само у фази њеног настајања, већ и током читавог класичног периода, схватајуће је као *datio ob rem*, што подразумева такво даровање које је везано за очекивање будуће смрти поклонодавца, а која наступа раније од поклонопримчеве. Притом је мишљења да се такво даровање може реализовати само путем непосредног преноса власништва, а не путем суспензивно условљеног преноса. У вези са тим сматра да су интерполирани текстови који говоре у прилог другачијег става, и то, пре свега, Јулијанов текст D. 39,5,1 и Марцелов D. 39,6,38.²³⁸

Оваквом мишљењу *Di Paole* се придружио *Ubaldo Robbe*, са аргументима чија је вредност доведена у питање. Он тврди да један суспензивни услов не долази у питање, јер је смрт поклонодавца сигурна и може да наступи само у неком року.²³⁹

Дајући стручно мишљење о монографији *Di Paole*, његовом ставу се придружује *Max Kaser*, који сматра нормалном *donatio mortis causa* са моменталним ефектом преносом

²³⁸ Di Paola, S., *Donatio Motis Causa*, Catania 1950, 184.

²³⁹ Robbe, U., *Diritto ereditario romano: i principi generali e fondamentali*, Napoli 1962, 43.

својине, али признаје да је у класичном периоду постојао и суспензивно условљени *donatio mortis causa*, и то за поклоне учињене између супружника.²⁴⁰

Насупрот оваквим ставовима који сматрају класично изворним *donatio mortis causa* са моменталним преносом својине, *Amelotti Mario* је изнео другачије мишљење. Он не верује да је одржива теорија коју заступа *Di Paola*, према којој би *donatio mortis causa* имао јединствену структуру, концентрисао се увек на *datio ob rem* и увек би био мотивисан опасношћу од смрти. Према његовом ставу изворно класични су како један тако и други тип *donatio mortis causa*, и неспорно је да оба потичу из класичног периода. Овакав став је засновао на тексту D. 39,6,2, који сматра оригиналним. Он ту истиче да се у Улпијановом тексту наводи Јулијанова подела на три типа *donatio mortis causa*, те наводи да то може представљати доказ о класичношћу оба типа поклона за случај смрти. Такође, за доказ својих тврдњи позива се и на текстове D. 39,6,14, D. 39,6,42,pr. и D. 39,6,38.²⁴¹

Становиште да су оба облика реалног *donatio mortis causa* постојала у класичном периоду заступали су још и други романисти. Према мишљењу *Féliksa Senna* изворни су били оба облика *donatio mortis causa*, али је облик са моменталним преносом имовине био од веће важности. Разлог за ово лежи у пореклу поклона за случај смрти, где се уочава да је најстарија форма за реализацију *donatio mortis causa* била са непосредним преносом.²⁴² Такође, и према мишљењу *Savigny*-а већу важност има *donatio mortis causa* са моменталним преносом резолутивно условљена, јер је једноставнија за примену и случају сумње исту треба прихватити.²⁴³

Постоји и мишљење да је изворно класичан био само условљени поклон за случај смрти. Такав став је изнео *Biondo Biondi*, који тврди да је најстарија форма *donatio mortis causa* била *traditio* од *res nec mancipi* под условом *si moris secuta fuerit*, због тога је у читавом класичном периоду прихваћен *donatio mortis causa* са ефикасношћу која зависи од тога када ће наступити смрт поклонодавца.²⁴⁴ Стога кад је фидуција нестала и када се појављује *donatio mortis causa* као безимени уговор, долази до разлаза са класичном традицијом и тада се јавља *donatio mortis causa* са моменталним преносом својине и

²⁴⁰ Kaser, M., Rez. zu Santi Di Paola, *Donatio Mortis Causa*, Catania 1950, IURA 2 (1951), 244.

²⁴¹ Amelotti, M., *La donatio mortis causa*, 16.

²⁴² Senn, F., *Études sur le droit des obligations. Tom I.: Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort*, Paris 1914, 60.

²⁴³ Savigny, F., *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1841, 300.

²⁴⁴ Biondi, B., „*Appunti intorno alla Donatio Mortis Causa nel diritto romano*“, AP 29 (1914), 173.

обавезом повраћаја у виду раскидног услова.²⁴⁵ Међутим, касније је признао и моментално извршење као класично,²⁴⁶ али је остао притом да је условљени *donatio mortis causa* био увек регуларан случај.²⁴⁷

Овде треба нагласити да постоји разлика између реалног *donatio mortis causa* са непосредним преносом својине, уз право поклонодавца да опозове даровање, и реалног даровања *donatio mortis causa* са резолутивним условом. Облик *donatio mortis causa* са резолутивним условом је настао тек у Јустинијановом периоду. У римском класичном праву није био познат резолутивни услов, што доказује чињеница да уколико је поклонодавац остварио право на опозив даровања, на тај начин што је преживео смртну опасност или што је поклонопримац умро пре њега, није аутоматски – *ipso facto*, поклоњена ствар прелазила у својину поклонодавца, што би био случај да је постојао резолутивни услов. Такав став потврђују и извори, јер текстови Папинијана D 39, 6, 42, пр. и Улпијана D 39, 6, 29 указују да после отпадања *causa* поклонодавац има право само на *condictio*, а никако *actio in rem*. Стога се повраћај није ни тражио *rei vindikacijom* већ кондикцијом.²⁴⁸

Постојање резолутивног услова у класичном римском праву је стављено под сумњу од стране већине романиста. Разлог за то може бити чињеница да су још римски правници предност давали суспензивном услову и постојање резолутивног услова су везали за суспензивни услов, као његову негацију.

Одређени аутори су негирали постојање резолутивног услова у сваком периоду римске правне историје. *Franz Wieacker* је овакав закључак извео из анализе таквог аспекта у односу на *lex commissoria*.²⁴⁹ Таквом ставу се супротставио *Levy Ernest* који је сматрао да је Јулијан означио постојање резолутивног услова у *in diem addictio* због потешкоћа које је представљала стара конструкција и који је Помпоније признао за *lex commissoria*.²⁵⁰ Такво мишљење да је резолутивни услов постојао од Јулијана делио је и *Gian Gualberto*

²⁴⁵ *Ibid*, 187.

²⁴⁶ Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955, 709.

²⁴⁷ *Ibid*, 274.

²⁴⁸ Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011., 31.

²⁴⁹ Wieacker, F., *Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, 1932, 31.

²⁵⁰ Levy, E., *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*“ *Symbolae Friburgenses* (1935), 110.

Archi.²⁵¹ Одређени аутори су сматрали да је постојање резолутивног услова могло бити тек у каснијем развоју римског права. *Frank Peters* сматра да би тај период требало означити не раније од II века нове ере,²⁵² у чему је сагласан и *Mario Talamanca*.²⁵³ *Emma Rodríguez Díaz* је анализирала мишљења изнета у старијим радовима и дошла је до закључка да у класичном периоду римски правници нису познавали резолутивни услов.²⁵⁴

Од стране најновије романистичке теорије изнет је став који оправдава постојање условљеног *donatio mortis causa* у класичном праву. Тако, *David Rüger* сматра да не може бити прихватљиво становиште *Di Paola* јер је оно засновано на претераним интерполистичким тврдњама. По његовом мишљењу *Di Paola* је започео истраживање са претпоставком која очигледно не тражи доказе, да је лажна једна од три врсте поклона набројане у D 39, 6, 2. Он се придружује ставу Амелотија и Савињија и сматра да се треба држати исправног мишљења, које су поменути аутори већ раније заступали, према коме у класичном добу егзистирају обе врсте извршења, мада претежно моментално извршење.²⁵⁵ *Virginia Suárez Blázquez* је дошла до закључка да су у класичном римском праву постојала оба облика реалног даровања *mortis causa*. Притом је указала на то да је у тексту D. 39, 6, 2. Јулијан очигледно класификацију извршио имајући у виду даровање између супружника. Ово из разлога што се за такво даровање увек тражила непосредна опасност, те је зато и начињена разлика у начину преношења, јер је између супружника у класичном праву могла постојати само *donatio mortis causa* са условљеним преносом својине.²⁵⁶

5.2.3.3. Оцена спора поводом два облика реалног *donatio mortis causa*

Имајући у виду доказе које нам пружају извори, као и различите ставове романиста изнете у стручној дискусији, сматрамо да су у класичном римском праву постојала оба облика реалног даровања *mortis causa*. Разлоге за то пронашли смо у следећем:

²⁵¹ Archi, G., "La restituzione dei frutti nelle vendite con *in diem addiction* e con *lex commissoria*", Studi in mem Ratti (1934), 327.

²⁵² Frank, P., *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln/Wien 1973. 50.

²⁵³ Talamanca, M., rec. a Frank Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln/Wien 1973, IURA 21 (1973), 394-395.

²⁵⁴ Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano*, Oviedo 2000, 87.

²⁵⁵ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 32.

²⁵⁶ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 106.

Иако је неспорно да је у класичном римском праву старији и чешћи начин реалног *donatio mortis causa* био уз моментални пренос својине, наведени текстови нам пружају очигледан доказ о истовременом постојању и условљеног *donatio mortis causa*. У свим текстовима који указују на постојање овог облика, уочава се да поклонодавац дарује ствар уз одређени услов, и то тако да поклоњена ствар буде својина поклонопримца само после његове смрти - *si mors secuta fuerit*. Он не дарује безусловно, и његова жеља није да прималац дође у моментални посед поклона без икаквог условљавања. Сви текстови указују да поклонодавац жели да поклонопримац постане власник поклоњене ствари само ако не преживи смртну опасност, односно ако га поклонопримац надживи.

Наравно, да не треба прихватити ни друго крајње становиште које условљени *donatio mortis causa* сматра једино класичним. Такво мишљење, које је заступао Бионди, није прихватљиво јер против тога стоји у изворима бројно спомињање *condictio*.

Осим тога, приговори интерполације који се истичу против постојања условљеног *donatio mortis causa* у класичном праву су неосновани, јер би у том случају требало прогласити интерполираним велики број текстова, у којима се спомиње суспензивни услов. У правилном разјашњењу ове дилеме, нарочито су значајни текстови у којима се наводи упоредо постојање *donatio mortis causa* - са непосредним преносом својине и са преносом условљеним претходном смрћу поклонодавца. Посебно се из садржаја текстова D. 39, 6, 2, и D. 39, 6, 29 може уочити да је римска правна наука класичног периода познавала оба облика *donatio mortis causa* и притом је правила јасну разлику између њих. То само потврђује нашу тезу о истовременом постојању оба таква облика у класичном праву. Стога се мора прихватити закључак да је класично римско право познавало *donatio mortis causa* који се реализовао са суспензивним условом.

5.3. Обећавајући *donatio mortis causa*

Као што смо могли да видимо у претходном излагању, највећи број случајева *donatio mortis causa* реализовао се реалним преносом имовине. Квантитативно мали број текстова који се могу наћи у изворима упућују на неки други тип *donatio mortis causa*. Као резултат проширења поља примене, јавили су и други облици *donatio mortis causa*, који се у романистици се најчешће називају обећавајућим и ослобађајућим.

Како је *donatio mortis causa* припадао категорији *donationes*, даровање *mortis causa*, као ни даровање *inter vivos*, није било типичан правни посао већ кауза која се реализовала различитим правним пословима и актима. Из правних извора можемо пронаћи примере реализације даровања *mortis causa* и путем обвезивања стипулацијом – *obligando*. Како би се реализовао овакав *donatio mortis causa* предвиђена је формула стипулације која је призната још од Гаја: „*Cum morieris dari spondes ?* “ Стипулација мора бити важећа да би производила правно дејство, стога се строго водило рачуна која формулација ће бити коришћена.²⁵⁷ Обећавајући *donatio mortis causa*, такође, подразумева пренос имовине, где поклонодавац треба да реализује даровање у одређеном тренутку после обећања. Уколико поклонодавац не би поступио у складу са обећањем, стипулација којом би се реализовао *donatio mortis causa* не би била ефикасна.

Код обећавајућег *donatio mortis causa* суштина даривања се огледа у томе да поклонодавац ствар обећа поклонопримцу, али на тај начин да ће он постати власник ствари тек после смрти поклонодавца. Поклонодавац одмах чини обећање поклона, али поклон има правно дејство тек када поклонопримац умре.²⁵⁸ Постоји и другачије мишљење у вези овог типа *donatio mortis causa*, где се негира обећавајући ефекат даровања, јер је поклон сачињен када је донатор био жив, те се правни ефекат остварује за живота донатора.²⁵⁹

Најбољи пример обећавајућег *donatio mortis causa* можемо видети у Марселовом тексту у Дигестама D. 39, 6, 34. Ту се може видети реализација поклона *mortis causa* путем обавезивања стипулацијом – *obligando*.

²⁵⁷ Да би стипулација била дозвољена морала се избећи забрана обавезе *post mortem*. Ништава би била стипулација уколико би неко обећао да ће пренети својину после смрти: „*post mortem meam dari spondes*“ („обећаваш ли да ћеш дати после моје смрти?“) или „*post mortem tuam dari spondes*?“ („обећаваш ли да ћеш дати после своје смрти?“), али ће правни посао важити ако је стипулисано: „*cum moriar dari spondes*?“ („Обећаваш ли да ћеш дати у моменту моје смрти?“) или „*cum morieris dari spondes*?“ („Обећаваш ли да ћеш дати у моменту своје смрти?“). Разлика је у томе што обавеза овде настаје у последњем моменту живота лица које се обавезује на даривање. Неће производити правно дејство ни стипулација где се наводи: „ „Обећаваш ли да ћеш дати на дан уочи моје смрти?“ или „Обећаваш ли да ћеш дати на дан уочи своје смрти?“, јер се дан уочи смрти може установити тек када смрт наступи, а ако је смрт наступила сматра се да је време за извршење стипулације прошло. Ништава је и стипулација којом се обећава даровање наследнику: „*heredi meo dari spondes*?“ („Обећаваш ли да ћеш дати мом наследнику?“). Тиме је избегнуто да се врши *ex stipulatu* наследницима поклонопримца који је раније преминуо. - Gai. 3, 100. превод на српски језик Обрад Станојевић, *Гај и његове Институције*, Београд 1982, 201.

²⁵⁸ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, p. 165.; Voci, P., *Diritto ereditario romano II: Parte speciale*, Milano 1963, 452.

²⁵⁹ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 50.

D. 39, 6, 34

Mortis causa donatio etiam sic constitui potest, ut quid stipuletur in annos singulos quoad viveret, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio.

Из овог текста се може видети реализација поклона *mortis causa* путем обавезивања стипулацијом – *obligando*. Ту је видљиво да поклонодавац може сачинити даровање за случај смрти, где се у корист поклонопримца уговара годишња рата за време у коме поклонопримац надживи поклонодавца. Обавеза на исплату рате почиње само после смрти поклонодавца.

Једна од значајнијих карактеристика које се могу уочити код оваквог *donatio mortis causa* је да се ради о личном праву које се односи само на поклонопримца и такво право није преносиво на његове наследнике.²⁶⁰

Текстови у којима се може пронаћи овакав тип *donatio mortis causa* су ретки, и ради се само још о три текста из Дигеста:

D. 39, 6, 35, 7 Paul. 6 ad l. lul. et Pap.

Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est et condicio eius cui expromissum

D. 33, 4, 11 Paul. 7 resp.

Seia cum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum [aureos] <milia sestertiorum> et adhibuit Quintum Mucium, qui [nihil numeravit, sed] dotem <ad> stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cavit: ' Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot [aureos] <milia sestertiorum> quero, cum instituit Lucium Titium convenire Quintus Mucius ex stipulatu actione, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti. respondit, si Quintus Mucius mandante Seia [non donationis causa] <ad> stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse. [quid si donationis causa Seia

²⁶⁰ Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, Madrid 2003, 73.

stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris exstitit, mortis causa stipulatum: et ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore.]

D. 23, 3, 76 Tryph. 9 disp.

Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, permisisset, obligaretur. [sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per conditionem, atque si stipulanti quivis alius permisisset aut dotem alicuius nomine. nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa conditio est.] non idem dicendum est [in persona mulieris], si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

Иако текстови о обећавајућем *donatio mortis causa*, који се могу пронаћи у изворима, нису бројни, свакако да пружају довољно основа за прихватање става о постојању овакве посебне врсте поклона за случај смрти.

5.4. Ослобађајући *donatio mortis causa*

Даровање за случај смрти се у свом првобитном облику појавило као реално даровање непосредном предајом ствари. Временом је дошло до проширења поља примене *donatio mortis causa*, те су се осим реалног даровања непосредном предајом ствари, у практичној примени појавили и други облици попут - обећавајућег и ослобађајућег *donatio mortis causa*.

Ни текстови који се односе на ослобађајући *donatio mortis causa* нису многобројни. У правним изворима се могу пронаћи укупно осам текстова који се односе на овај тип *donatio mortis causa*.

Када се ради о ослобађајућем *donatio mortis causa* ту се, пре свега, може говорити о ослобађању од дуга. Такво ослобађање се често може спровести кроз услов који је формулисан написмено. О томе се говори у тексту Дигеста D. 39, 6, 28.

D. 39, 6, 28 Marcell. sing. resp.

Avunculo suo debitori mortis causa donaturus quae debebat ita scripsit, tabulae vel chirographum tot ubicumque sunt, inanes esse neque eum solvere debere: quaero, an

heredes, si pecuniam ab avunculo defuncti petant, exceptione doli mali tueri se possint. Marcellus respondit posse: nimirum enim contra voluntatem defuncti heres petit ab eo.

У овом Марселовом тексту описује се *donatio mortis causa* у којој поклонодавац, који има улогу повериоца, пише писмени акт којим ослобађа плаћања дуга поклонопримца, који има својство дужника, на тај начин што се поништава уговор. Реализација овог *donatio mortis causa* не оптерећује поклонодавца већ његове наследнике. Природа оваквог типа даровања се најбоље објашњава кроз следеће речи: „*inanes esse neque eum solvere debere*“.

У следећем тексту из Дигеста се такође, може видети ослобођајући облик *donatio mortis causa* кроз писани акт:

D. 39, 6, 18, 2 Iul. 60 dig.

Titia chirographa debitorum suorum Septicii et Maevii donatura illis Ageriae dedit et rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret, si convalescisset, sibi redderet: morte secuta Maevia Titiae filia heres extitit: Ageria autem, ut rogata erat, chirographa Septicio et Maevio supra scriptis dedit. quaeritur, si Maevia heres summam, quae debebatur ex chirographis supra scriptis, petat vel ipsa chirographa, an exceptione excludi possit? respondit Maeviam vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri posse.

У овом тексту поклонодавац *Titia* због смртне опасности у којој се налази предаје Алегрију писани документ двојице дужника, под условом да уколико *Titia* не преживи смртну опасност *Ageria* преда дужницима документ и ослободи их од дуга. Исто се и десило и наследник преминулог поклонодавца захтева дуг или документ, али према Јулијану они као даровање припадају дужницима. Тиме су дужници ослобођени дуга, а исто ослобађање дуговања је сачињено у виду *donatio mortis causa*, према сопственој жељи поклонодавца. Таквом даровању *mortis causa* које је сачинио поклонодавац се не могу успешно притивити његови наследници, јер законодавац јачу правну снагу даје вољи коју је пред смрт исказао сам дародавац.

У наредном тексту Папинијана из Дигеста D. 35, 2, 15 пр. можемо уочити могућност једног ослобођајућег *donatio mortis causa* посредством пакта *non petendo*.

D. 35, 2, 15 pr. Papinianus libro tertio decimo responsorum

Quod bonis iure Falcidie contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concept replicatione retinebitur.

Из овог Папинијановог текста се може закључити да је поверилац са дужником закључио *donatio mortis causa* посредством *pactum non petendo*. Пакт *non petendo* представљао је неформалан споразум којим поверилац опрашта дуг.²⁶¹ Ако би поверилац покушао судским путем захтевати испуњење дужне чинидбе, тужени је могао ставити приговор *exceptio pacti de non petendo*. Након смрти повериоца дужник се успешно може супротставити и тужби наследника повериоца са *excepti pacti*. Међутим, почев од Септимија Севера дошло је до проширења поља примене *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*. Таква тенденција наследноправних ограничења су била позната још из периода између Хадријана и Александра Севера, а са циљем да би се избегло трошење наследства путем поклона. Најпре је било дозвољено да се дародавац *mortis causa* оптерети фидеикомисима. Међутим, одлучујуће мере представља проширење *lex Falcidia* на *donatio mortis causa*. Због опасности да наследник од оставиоца добије преоптерећено наследство, одређено је тим законом да наследнику мора остати макар једна четвртина наследства (*quarta Falcidia*), и располагање дародавца је смањивано уколико је прелазило три четвртине наследства.²⁶² Како је донет Фалцидијев закон, тако је поклонопримац морао у целини или делом да употпуни четврти део који припада законским наследницима. У овом случају законски наследник би могао да користи приговор *replicatio in factum* против *excepti pacti* поклонопримца, ради попуњавања четвртине која му је загарантована према *lex Falcidia*.

Следећи текст у коме се може уочити овакав облик *donatio mortis causa* је Јулијанов текст у Дигестама D. 39,6, 18, 1, где се *donatio mortis causa* обавља као *delegation solutions*.

²⁶¹ Пакт *non petendo* којим се опрашта дуг се могао односити на дуг уопште – *pactum de non petendo in rem*, на опраштање дуга одређеној особи – *pactum de non petendo in personam*, те у погледу дејства ослобађања могло се разликовати трајно ослобађање од дуга – *pactum de non petendo in perpetuum*, или одлагање испуњења до одређеног рока – *pactum de non petendo ad tempus*.

²⁶² Gai. 2, 227 *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem, itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur.*

„Донет је, стога, Фалцидијев закон (*lex Falcidia*) који предвиђа да се може легирати највише три четвртине. Тако је наследник морао добити једну четвртину наследства. Ово правило и данас важи.“

D. 39,6, 18, 1 Iul. 40 dig.

Si donatorus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capare videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. quod si ab eodem ego stipulatus fuero, eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit: nam et si convaluisset creditor idemque donator, condictione aut in factum actione debitoris obligationem dumtaxat reciperet.“

Из овог текста се може видети да је *donatio mortis causa* учињена актом *delegation solutions*. Овде се може приметити да се разматрање поклона посматрало из ширег угла, те су романисти углавном били мишљења да су се одређени акти као *delegation solutions* или *acceptilatio* могли сматрати као *datio*.²⁶³

Наредни Гајев текст у Дигестама D. 39, 6, 31, 3 има одређене паралеле са претходно наведеним:

D. 39, 6, 31, 3 Gai. 8 ad ed. prov.

Si iusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo expromittere decem, quid iuris esset quaeritur, si iste debitor solvendo non sit. et ait Iulianus, si ego stipulatus fuero, tantam pecuniam videri me cepisse, in quantum debitor solvendo fuisset: nam et si convaluisset, inquit, donator, obligationem dumtaxat debitoris recipere deberet. si vero creditor meus stipulatus fuerit, tantam videri me pecuniam accepisse, in quantum a creditore meo liberatus essem.

Из овог текста се може закључити да је проблем одредити тачан износ донације, а у овом случају је дужник инсолвентан. Решење које нуди Гај слично је решењу Јулијана из претходног текста.

Такође, постоје текстови где поклонодавац може путем *acceptilatio* представити да је примио дуг. О томе се говори у текстовима Африкана D. 39, 6, 24, Паула D. 39, 6, 35, 6 и Гаја D. 39, 6, 31 .

²⁶³ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, стр. 50.; Amelotti, M., *La donatio mortis causa*, 185.

D. 39, 6, 24 Afr. 9 quaest.

Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici: namque acceptilatione interveniente abutitur ab iure pristinae obligationis eamque in ius condictionis transfusam.

D. 39, 6, 35, 6 Paul. 6 ad. l. lul. et Pap.

Si duobus debitoribus mortis causa donaturus creditor uni acceptum tulit tulerit et convaluerit, eligere potest, utri eorum condicat.

D. 39, 6, 31 Gai. 8 ad ed. prov.

...1. Iuliano placet, licet solvendo non sit debitor, cui acceptum latum sit, videri ei mortis causa donatum.-... 4. Per accepti quoque lationem egens debitor liberatus totam eam pecuniam, qua liberatus est, cepisse videtur.

6. ПРАВНА ПРИРОДА DONATIO MORTIS CAUSA

Правна природа *donatio mortis causa* је специфична, јер у себи садржи елементе и облигационог и наследног права, и што је било предмет многих стручних расправа. Стога смо најпре изложили стање у литератури и различите ставове романиста, а затим посебно анализирали његова уговорна и наследноправна обележја, са циљем да заузмемо сопствени став о овом правном питању.

6.1. Различита схватања правне природе *donatio mortis causa*

Правна природа *donatio mortis causa* је била предмет многих теоретских дискусија међу романистима. Према једним ауторима *donatio mortis causa* је само једна врста уговора о поклону, са одређеним специфичностима, док други аутори сматрају да се ради о институту који је ближи наслеђивању, и на који се имају примењивати правна правила наследног права. Овде ћемо приказати само неке од изнетих ставова, са одговарајућом аргументацијом којом се брани такво мишљење.

Неки романисти су били мишљења да је *donatio mortis causa* правни посао наследног права. Тако *Fadda Carlo* тврди да је *donatio mortis causa* био, поред тестаментa, типичан пример наследноправног института.²⁶⁴

Bonfante Pietro је изнео став да је *donatio mortis causa* представљао тестамент у најранијој фази развоја права код примитивних народа, то јест примитивну форму располагања за случај смрти, у време када тестамент какав данас познајемо није постојао. Развој тестаментa са својим специфичним формалностима, довео је до тога да се *donatio mortis causa* дефинише као посебан институт.²⁶⁵

Vincenzo Arangio Ruiz је мишљења да се *donatio mortis causa* разликовао у историјском развоју од тестаментa, не само због неусаглашености са наследним правом, већ нарочито из разлога што се појављује у форми која је општеприхваћена за уговоре *inter vivos*.²⁶⁶

Већи број аутора, међу којима су најзначајнији *Karlowa Otto*,²⁶⁷ и *Biondi Biondo*,²⁶⁸ сматрају да је *donatio mortis causa* уствари једна врста уговора *inter vivos*. Притом његов назив *mortis causa* никако не би смео да нас наведе на погрешан закључак да се ради о наследноправном институту, јер он по својој структури одговара правном послу међу живима.

Amelotti Mario сматра тачном претпоставку да је у Јустинијановом периоду у смислу правне регулативе *donatio mortis causa* био асимилован у легате, али сматра да се поклони за случај смрти нису у потпуности асимиловали са легатима, већ да су одувек имали аутономију како концептуалну тако и структуралну. Такође, различитост међу њима је одувек постојала, јер норме које су регулисале *donatio mortis causa* нису биле само оне које су регулисале и легате, већ су осим тих постојале и други начини реализације *donatio mortis causa* и то преко уговора или обичних поклона, а такође су постојала и јединствена правила која су важила за *donatio mortis causa*.²⁶⁹

²⁶⁴ Fadda, C., *Parte Generale con Speciale Riguardo alla Teoria Negozio Giuridico*, Napoli 1909., 305.

²⁶⁵ Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1946, 653.

²⁶⁶ Arangio-Ruiz, V., *Instituciones de Derecho Romano*, Napoli 1943, 583.

²⁶⁷ Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, Band 2, Leipzig 1901, 947.

²⁶⁸ Biondi, B., „Appunti intorno alla Donatio Mortis causa nel diritto romano“, AP, 29 (1914), 205.

²⁶⁹ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano 1953, 34.

Одређени аутори су била у свом ставу контрадикторни. Тако је *Scialoja* изнео најпре став да је *donatio mortis causa* правни посао *mortis causa*,²⁷⁰ а затим да се ради о правном послу *inter vivos*.²⁷¹ Слично и *Vismara Giulio* је навео да је *donatio mortis causa* у току римске правне историје доживео еволуцију која је довела до тога да од акта *inter vivos* постане акт *mortis causa*.²⁷²

Неки аутори класификују *donatio mortis causa* према различитим виђењима концепције уговора *inter vivos* и уговора *mortis causa*. *Betti Emilio* сматра да је *donatio mortis causa* уговор *inter vivos*, јер се код таквих уговора економско-социјална функција заснива на смрти њихових актера.²⁷³ С друге стране *Stolfi Giuseppe* је мишљења да се *donatio mortis causa* уклапа у уговоре *mortis causa* јер је смрт донатора узрок и један од два основна елемента за само постојање правног посла.²⁷⁴

6.2. Уговорна природа *donatio mortis causa*

У романистичким круговима је постојала дилема да ли је *donatio mortis causa* у класично доба био типични правни посао или кауза. Већина романиста су изнели став да у класичном периоду *donatio mortis causa* није био типичан правни посао, већ кауза која се остваривала путем *mancipatio*, *in iure cesio*, опроста дуга итд.²⁷⁵ Како у класичном периоду ни поклони *inter vivos*, нису били типичан правни посао, већ кауза, онда би требало испитати структурални однос ова два даровања, односно да ли постоји између њих структурална подударност, што би у случају потврдног одговора давало *donatio mortis causa* уговорну природу.

Једни аутори су сматрали да су битни структурални елементи између ова два даровања веома слични, и да једина разлика постоји у праву на опозив код *donatio mortis causa* ако поклонодавац преживи смртну опасност или ако полонопримац умре пре поклонодавца, што не постоји код даровања *inter vivos*, јер су обична даровања у принципу неопозива. Међутим, и поред тога сматра се да опозивост *donatio mortis causa* не даје овом даровању конститутивни карактер, јер се право опозива морало по класичном праву

²⁷⁰ Scialoja, V., *Negozi Giuridici*, Roma 1933, 88.

²⁷¹ Scialoja, V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma 1934, 5.

²⁷² Vismara, G., *Storia Pacti Successoria*, Milano 1986, 113.

²⁷³ Betti, E., *Teoria Generale Negocio Giuridico*, Torino 1943, 164.

²⁷⁴ Stolfi, G., *Teoria del Negozi Giuridico*, Padova 1947, 44.

²⁷⁵ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, 3.

уговорити посебним актима (*stipulatio, pactum fiducie ...*), при чему је правни посао реализације тог даровања задржавао карактер *negotium purum*. На тај начин је право опозива произишло из воље странака, а не из унутрашње структуре *donatio mortis causa*. Ово без обзира на околност и што је касније право опозива признато независно од тога да ли је посебно уговорено, јер се није полазило од тога да право опозива аутоматски произилази из структуре *donatio mortis causa*, већ да се само подразумева да је уговорено посебним споразумом.²⁷⁶

С друге стране постоје и аутори који сматрају да су Римљани кроз целу историју разликовали *donatio mortis causa* од обичних даровања, и да су у *donatio mortis causa* више видели институт везан за наслеђивање него за обичне поклоне, те да у збиркама *donatio mortis causa* има посебно место у рубрици која је одвојена од оне где се говори о обичним поклонима.²⁷⁷

Често се у изворима могу наћи општи изрази који означавају поклон, при чему није конкретније наведено о каквом се поклону ради. У том случају треба сматрати да се такав израз односи како на даровање *inter vivos*, тако и на *donatio mortis causa*. Класични правници су и обично даровање и даровање за случај смрти сврставали у вишу категорију *donationes*. Ово из разлога што извори потврђују да у случају када није прецизно наведено о којим поклонима је реч, тада уопштени термин који означава даровање – *donationis*, треба схватати двојако, и то како *donatio mortis causa* тако и даровање *non mortis causa*.

D. 50, 16, 67, 1

„Donationis“ verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa sive non mortis causa fuerit.

На основу наведеног јасно је да је *donatio mortis causa* у класичном периоду припадао категорији *donationes*, и попут обичног даровања није представљао типичан правни посао, већ каузу. Стога су најважнија обележја која поседује *donatio mortis causa* блиска таквим елементима код других поклона. Заједничке особине *donatio mortis causa* и

²⁷⁶ Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983, 84-85.

²⁷⁷ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, Beograd 1981, 21.

обичних поклона су бесплатност, *animus donandi* и двостраност. То су уговорна обележја правног посла.

6.2.1. Бесплатност

Пошто у римском праву даровање није било типичан правни посао, већ кауза, требало би дефинисати њене конститутивне елементе који га разликују од других кауза. Оно што разликује поклон као каузу од других кауза јесте његова бесплатност. Такву бесплатност, међутим, треба разликовати од римског схватања бесплатних уговора, јер су Римљани поклон сматрали каузом, а бесплатне уговоре типичним правним пословима. Самим тим што је код једног типичног правног посла постојала противчинидба, макар она била и минималне вредности у односу на чинидбу, било је искључено постојање бесплатности. Међутим, код даровања бесплатност није стајала насупрот наплативости, као код типичних правних послова. Код поклона су Римљани сматрали да престаје бесплатност, а самим тим и само даровање, ако постоје и најмање назнаке о некој накнади. Сваки вид накнаде било да је реч о противчинидби садашњој или будућој, или имовинској или неимовинској, искључивао је постојање даровања.²⁷⁸

Бесплатност код даровања је јасно објаснио Улпијан у својим текстовима у Дигестама D. 39. 5. 19, где из више углова излаже римско схватање бесплатности.

D. 39. 5. 19. 1

si tibi adfuero, si satis pro te dedero...

из овог одломка Улпијановог текста је видљиво да не може постојати поклон у случају када је он учињен због неке раније имовинске чинидбе.

D. 39. 5. 19. 5

Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem.

Овде је Улпијан изразио опште правило да не постоји поклон када је поклонодавчева престација условљена одређеном противчинидбом. Стипулација је била апстрактна форма закључења неког уговора, те је јасно наглашено да не постоји даровање када се

²⁷⁸ Radović, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb 1983, 68.

стипулира због неког разлога. У овом случају то Улпијан конкретно наводи за стипулацију *ob causam*.

D. 39. 5. 19. 6

Denique Pegasus putabat, si tibi centrum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem.

И овим текстом Улпијан изражава схватање да не постоји поклањање ни када је учињено због будуће неимовинске противчинидбе. То се недвосмислено наводи у тексту, јер обећани поклон у новцу не може бити пуноважан, ако је учињен под условом да поклонопримац своје име замени дародавчевим.

Још један Папинијанов текст у Дигестама указује да поклон мора имати намену *sine causa*, а да се не може правни посао сматрати даровањем ако се предузима *ob causam*. Такво обележје поклона Папинијан сликовито приказује на примеру бесплатног становања.

D. 39. 5. 27

Aquilitus Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scipsit: Quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua metiorem reddidisti, dona et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti, defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officum magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse.

У овом Папинијановом тексту наводи се да је Аквилије Регал млађи писао ретору Никострату у коме му се захваљује на речитошћу и благом васпитавању док је живео са његовим оцем, и дозвољава му да станује у предметном стану и да га користи. После смрти Регула настао је спор у вези становања, где је Никострат саветован да се може бранити да се он не налази у том стану по основу поклона, већ да је уствари Регул њему накнадио услуге учитеља, те да се ради о једној врсти плаћања, па стога такав правни посао, односно поклон у виду бесплатног становања, не може бити ништав.

Из предњег текста се може јасно закључити да даровање мора претпоставити намену *sine causa*, а да учињени посао престаје бити даровање када се предузима *ob causam*. Овде се види да је Папинијан свој став да се не ради о даровању засновао на чињеници да се ради о једној ранијом неимовинској чинидби, која је била повод даровању. Из овога се може видети да су римски правници изградили посебно схватање бесплатности код даровања. Притом они јасно разграничавају термин „*donare*“ од „*negotium gerere*“, и сматрају их супротним категоријама.²⁷⁹ Под категоријом „*negotium gerere*“ римски правници обухватају такве правне послове који се предузимају имајући у виду сопствену имовинску корист.²⁸⁰ Када извршилац посла почне деловати *ob causam* било о каквој каузи је реч, онда се сматра да делује у вези са властитим интересима, и његово понашање не спада у сферу „*donare*“, јер она претпоставља деловање *sine causa*, те потпада под сферу „*negotium gerere*“. Римљани су категорију „*negotium gerere*“ схватили широко. Тако су у ову категорију сврставали не само наплатне правне послове, већ и бесплатне. На тај начин су у ову сферу обухватили не само деловања у којима постоји равнотежа у интересима странака, као код наплатних правних послова, већ и таква деловања код којих једна странка има у виду имовински интерес друге странке, али заштићује и неки свој интерес, што је случај код бесплатних правних послова. Тако су и терминолошки римски правници означили разлику између ових категорија на тај начин што су за бесплатност типичних правних послова употребљавали израз „*gratis*“, „*gratuitus*“, а за бесплатност даровања користили су израз „*lucrativus*“, којим су означавали бесплатност и код легата и фидеикомиса.²⁸¹

6.2.2. *Animus donandi*

У романистичкој науци је раније постојала дилема у погледу порекла *animus donandi* и његовог значења. Једни аутори су сматрали да су класични правници посматрали само објективну структуру правних послова и да су постојање поклона процењивали само према објективним елементима, односно да ли је у питању бесплатност правног посла или не. Зато су сматрали да је израз *animus donandi* увек интерполиран у текстовима класичних правника, и да је имао значење какво су му давали посткласични правници, те да је значио вољу усмерену на бесплатност, јер природу једног правног акта не одређује

²⁷⁹ такво разликовање може се наћи и у текстовима: D. 39,6,35,2; D. 39,6,35,3; D. 39,5,18, pr.; D. 24,1,58.

²⁸⁰ lat. *negotium* – посао; *gerere* – обављати

²⁸¹ Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, 69.

објективна структура већ воља странака.²⁸² Међутим, у романистичкој науци је временом дошло до става да су класични правници, осим објективних елемената, подједнако узимали у обзир и субјективне елементе. Тако је данас преовлађујуће мишљење да је *causae donationes* подједнако сачињена од бесплатности као објективног елемента и воље за поклањањем - *animus donandi*, као субјективног елемента.²⁸³

Да би постојало даровање није довољно само да постоји бесплатност правног посла. Код многих правних послова се појављује бесплатност, али се то чини из различитих разлога. Оно што правном послу даје квалификацију даровања је воља поклонодавца да учини даровање поклонопримцу. Таква воља се назива *animus donandi*, и она мора бити слободно изражена од стране поклонодавца, без постојања било какве принуде или правне обавезе. О томе се јасно говори и у изворима:

D. 39. 5. 29. 1

Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur.

„Сматра се да постоји даровање када се нешто уступа без правне обавезе“

D. 34. 4. 18

Nemo in necessitatibus liberalis exsistat.

„Нико није дарежљив ако је дужан да даје“

Такође, да би постојао поклон поклонодавац мора имати јасно изражену вољу да поклон учини. Уколико је даровање учињено у заблуди, онда недостаје битан елемент даровања.

D. 50. 17. 53

Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dato donatio est.

„Оно што је дато у заблуди може се тражити натраг, оно што је дато са знањем је поклон.“

²⁸² Pringsheim, F., „Animus donandi“, ZSS 42 (1921), 273.

²⁸³ Biondi, B., *Il concetto di donazione*, in: Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, Band 1, Milano 1947, стр. 133; Archi, G.G., *La donazione: corso di diritto romano*, Milano 1960, 49.

Римски класични правници су нарочито инсистирали на слободно формираној вољи поклонодавца. Ово из разлога што бесплатно увећање имовине постоји и у другим ситуацијама у којима нема поклона. Када наследник испуњава обавезу из легата, легатар постоје богатији, али не дугује никакву противчинидбу, а наследник, ипак, не чини поклон јер увећање имовине легатара је последица оставиоачеве воље а не његове.²⁸⁴

Такође, постоје ситуације и када једна страна слободном вољом предузима одређену правну радњу, и свесна је да тиме бесплатно увећава имовину друге стране или јој прибавља неку имовинску корист, али ипак нема поклона. То је случај код мираза, *commodatuma*, *deposituma*, и других добротичних послова. Поклон у тим случајевима не постоји због тога што постоји други посао који, поред бесплатне имовинске користи има и друга обележја – закључење брака, повраћај ствари. Због тога се истиче да поклон постоји тек када код поклонодавца, поред свести, постоји и воља да реализује поклон, а не неки други правни посао. Зато ни свака исплата туђег дуга, ни свако јемство није поклон, већ само ако су учињени са вољом да се поклони. Такође, нужно је постојања воље и код поклона преносом потраживања, јер кад те воље нема пренос потраживања није поклон. Текстови у изворима показују да су класични правници конститутивним елементом поклона сматрали, и *animus donandi*.²⁸⁵

C. 2, 18, 12 Imp. Alex. 230. god.

Si filius pro potre suo debitum solvit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, cum solveret, fuit, sive sui iuris constitutis donandi animo pecuniam dedit.

„Ако је син за свога оца исплатио дуг, никакву тужбу по основу исплате нема, било да је био под влашћу оца за кога је исплатио, било да је као лице *sui iuris* с вољом да поклони предао новац“

D. 3, 5, 4 Ulp. 45 Sab.

Sed videamus, an fideissor hic habere aliquam actionem possit: et verum est negotiorum gestorum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit.

²⁸⁴ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, 114.

²⁸⁵ *Ibid*, 115-116.

„Погледајмо посебно, може ли јемац какву тужбу подићи. Исправно је да може подићи тужбу из незваног вршења туђег посла, изузев ако је јемчио са вољом да поклони.“

D. 39. 5. 34. pr. Paul 5 Sent.

Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam faeneravit eamque filius stipulatus est, ipso iure perfectam donationem ambigi non potest.

„Ако отац у име еманципованог сина, с вољом да поклони, да новац на зајам с каматом, тако да се сину стипулише, *ipso iure* перфектан поклон не може се рушити“

D. 17, 1, 59 pr. Paul 4 resp.

Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset non donandi animo, mandati iudicio eum ab herede Titii posse conveniri.

„Ако је по основу Тицијевог налога, без воље да се поклони, у корист Калпурнија стипулисан новац који је Тиције потраживао, Тицијеви наследници могу против њега повести спор по основу налога.“

6.2.3. Двостраност

Код поклона за случај смрти постоји дискусија да ли је такав акт донатора једностран и двострани. У старијој романистичкој литератури се могао наћи став да је сваки поклон било да је реч о *inter vivos* или *mortis causa*, уствари једностран акт поклонодавца.²⁸⁶ Убрзо се видело да је *donatio mortis causa* по концепцији такав да може бити како једностран тако и двострани правни акт. Сматрало се да он није нужно двострани акт, иако најчешће садржи сагласност обе стране, као на пример када се реализује у форми *mancipatio*, *in iure cesio* или *traditio*. У тим случајевима је двострани правни акт због тога што форме у којима се реализује захтевају двостраност. Међутим, *donatio mortis causa* је могла да буде пуноважна и ако је сачињена само уз учешће поклонодавца. Такав правни акт не би могао бити проглашен неважећим само због околности што у њему није учествовала друга страна.²⁸⁷ Овакав став старијих романиста је прихваћен и од стране једног дела савремене правне теорије, где се износи мишљење да *donatio mortis causa*

²⁸⁶ Müller, W., *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall*, Gießen, 1827, 2.

²⁸⁷ Glasson, E., *Etude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870, стр. 53.

може бити како двостран тако и једностран правни акт. Тако би даровање за случај смрти било двострани акт ако се донација реализује кроз *traditio* или *stipulatio*, односно кроз начин стицања који захтева учешће обе стране у правном послу. Међутим, пуноважан би био и једнострани *donatio mortis causa* где није на јасан и прецизан начин поклонопримац прихватио даровање, уколико се ради о акту добровољности поклонодавца, као нпр. одрицање од парнице, губитак кредита...²⁸⁸

Међутим, ми сматрамо да највише оправдања има став да је *donatio mortis causa* увек двострани правни акт. Такве идеје су износили романисти још почетком прошлог века.²⁸⁹

Да би постојало пуноважно даровање, осим воље поклонодавца да учини поклон, мора постојати и воља поклонопримца да поклон прими. То је опште правило уговорног права, те уколико би се *donatio mortis causa* схватио као једна врста уговора о поклону, неопходно је постојање је сагласности воља поклонодавца и поклонопримца да би правни посао производио дејство. Како смо већ раније навели да је *donatio mortis causa* у класичном праву, по структури био веома сличан обичном поклону, (уз разлику у праву на опозив када се испуне одређене околности) то сматрамо једном од његових карактеристика прихватање поклона од стране поклонодавца.

Римски правни извори су у вези прихватања поклона јасно навели став да се нико не може принудити да прими поклон. Као усталом и за све добротине послове оно што се некоме поклања не може бити противно његовој вољи.

D. 50, 17, 156, 4 Ulp. 70 ed.

Quod cuique pro eo praestatur, invito non tribuitur.

„Што се некоме у његовом интересу даје, не може се наметнути против воље“

C. 8, 53, 10 Impp. Diocl. i Max. 293. god.

Nec ignorana nec invitus quisque donat.

„Поклон се не може дати без знања и против воље.“

²⁸⁸ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, стр. 51.

²⁸⁹ Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, Vol. I, Roma 1904, стр. 773.

Neque donationem sine acceptatione intellegi posse.

„Нема поклона без прихватања“

Да би даровање производило правно дејство осим воље за поклањањем на страни поклонодавца, мора постојати и воља да се поклон прими на страни поклонопримца. Некад се поклонопримац саглашава са пријемом поклона у тренутку закључења правног посла којим се поклон реализује, а некад тек накнадно након поклонодавчевог акта предузетог у намери поклањања. По начину на који се врши прихватање поклона, он је најчешће изричит, али некад прихват поклона може бити и прећутан.²⁹⁰

Чак и када не постоје изричито докази да је поклонопримац прихватио поклон, мора се поступати са том претпоставком као основаном. Апсурно је да неко не би знао ко мандацијом, *in iure* цесијом или неким другим начином нешто стиче у своју корист, да се то догађа *donationis causa*, и да на то не би пристао. То исто важи и код једностраних правних послова где мора постојати пристанак поклонопримца на даровање, као нпр. код делегације, одрицања, добровољног губитка парнице. И у тим случајевима мора постојати пристанак обдареног на даровање, ако се правни посао остварује *donationis causa*.²⁹¹

У прилог чињеници да је и код једностраних послова неопходна поклонопривеча сагласност, говори и чињеница да без те сагласности такво даровање не би било перфектно и правни посао не би опстао као такав, и производио правни учинак.²⁹²

Коначно, чак и када би поклонодавац предузео једнострано правно посао којим нешто поклања поклонопримцу, уколико поклонопримац не жели такав поклон, увек може одбити његов прихват и корист која проистиче из њега, те самим тим даровање неће производити правно дејство.

О томе да се поклон не може наметнути поклонопримцу против његове воље, говори и Улпијанова изрека у D. 39, 5, 19, 2.

²⁹⁰ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, 119.

²⁹¹ Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, 100.

²⁹² Biondi, B., *Il concetto di donazione*, in: Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, Band 1, Milano 1947, 134-137.

Non potest liberalitas nolenti adquiri

„Не може се поклон наметнути ономе који га не жели.“

Дакле, имајући напред наведено у виду јасно је да је *donatio mortis causa* двострани правни акт. Таква двостраност се огледа у сагласности воља поклонодавца и поклонопримца у свим битним елементима у вези предметног даровања. Најчешће ће таква сагласност бити изражена на непосредан начин. Међутим, и у случају да сагласност поклонопримца није изричито наглашена, може се основано сматрати да она постоји, јер даровање неће производити правно дејство ако је учињено против воље обдареног.

6.3. Усклађивање *donatio mortis causa* са правилима наследног права

Осим уговорне природе *donatio mortis causa* има и наследноправна обележја. Оваква обележја поклона за случај смрти нарочито долазе до изражаја у оним наследноправним институтима који ограничавају оставиоцу слободно располагање стварима, и који штите права законских наследника. Усклађивање *donatio mortis causa* са правилима наследног права отпочело је још у преткласичном праву. У вези са тим овде ћемо нарочиту пажњу обратити на однос *donatio mortis causa* и *Lex Furia* и *Lex Voconia*. Такође, испитаћемо деловање *donatio mortis causa* кроз *leges Iulia et Papia*, чија су обележја ограничење способности за пријем наслеђа. У наследном праву је један од најзначајнијих института право на нужни део, те ћемо у складу са тим испитати могућност да се *portio debita*, оствари кроз *donatio mortis causa*. Закон који је био прописан ради заштите нужног дела је *lex Falcidia*, те ћемо анализирати утицај овог закона на *donatio mortis causa*. Такође, изложићемо и ограничења у слободи располагања имовином од стране ослобођеника, која је патрон могао установити помоћу *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana*. Као један од најважнијих института наследног права је тестамент, те треба анализирати и однос тестаментa и *donatio mortis causa*. На *donatio mortis causa* су се могли наложити фидеикомиси, те је потребно испитати случајеве у којима се то могло остварити. Коначно, у Јустинијановом праву је дошло до скоро потпуног изједначавање *donatio mortis causa* и легата, што ће бити предмет нашег

проучавања, са циљем да се одговори на питање да ли је *donatio mortis causa* у завршној фази развоја поклона за случај смрти потпуно попримио наследноправна обележја или је и даље задржао неке елементе облигационог (уговорног) права.

6.3.1. *Donatio mortis causa* и правна правила која ограничавају слободу располагања

У римском праву је слободно располагање целокупном имовином, рано уочено као недостатак. Располагањем у корист трећих лица законски наследници су могли остати без икакве имовине. Како се разбаштињење наследника често спроводило без основаног разлога, то је законодавац предузимао мере ради заштите њиховог права. Најстарији закони донети у том правцу су *lex Furia* и *lex Voconia*, а касније је у исту сврху донет и *lex Falcidia*. Ограничење у располагању имовином спроводило се и на различите начине путем *leges Iulia et Papia*, *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana* и *Bonorum possessio contra tabulas*. Стога је потребно испитати да ли су се и у којој мери таква ограничења односила на *donatio mortis causa*.

6.3.1.1. *Donatio mortis causa* и *Lex Furia* и *Lex Voconia*

Постоје назнаке да се прво приближавање између *donatio mortis causa* и легата догодило већ пре класичног периода, кроз усвајање и примену *lex Furia* и *lex Voconia*. Због учесталости злоупотребе легата, где је оставилац могао путем легата да исцрпи целокупну имовину, донет је крајем III века пре нове ере *lex Furia testamentaria*.²⁹³ Због тога је овим законом било ограничено располагање целокупном имовином.

Gai. 2.225

Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quique hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

„Стога је донет Фуријев закон који није допуштао, осим ако се радило о одређеном кругу лица, да остали могу добити на име легата или по другом основу за случај смрти (*mortis causa*) више од хиљаду аса. Али ни овим законом није се постигло оно што се

²⁹³ Gai. 2.224.

желело, јер је примера ради могао онај који је имао имовину од пет хиљада аса, да је сву раздели легирајући петорици, сваком по хиљаду аса.“

Како Фуријев закон није постигао жељени циљ, те се и даље, само на другачији начин, по основу легата или другим послом *mortis causa* могао изиграти овај законски пропис, прибегло се даљем законодавном раду на сузбијању ове појаве. Тако је 169. године пре нове ере усвојен Воконијев закон, који је требало да пружи заштиту законским наследницима. Овим законом је предвиђено да нико не може по основу легата или другог правног посла *mortis causa* добити више него што је припало законским наследницима.

Gai. 2.226

Ideo postea lata est Lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

„Тако је касније донет Воконијев закон који је предвиђао да нико не може на основу легата или другим послом *mortis causa* добити више од онога што је припало наследницима. По овом закону изгледало је да је наследницима обезбеђено нешто у сваком случају, али је, ипак, и он показао готово исти недостатак, јер је тестатор могао да раздели имовину на легате великом броју лица и да наследнику остави тако мало, да се њему не исплати да ради овог добитка прими на себе терете заоставштине.“

Као што смо могли приметити у *lex Furia* и *Lex Voconia* се не спомиње директно *donatio mortis causa* већ „*capere mortis causa*“. Ово неспомињање директно *donatio mortis causa* изазвало је различите коментаре романиста. Једни су сматрали да су *lex Furia* и *Lex Voconia* претходили стварању и правном уобличавању *donatio mortis causa*, који је као закон примењиван од друге половине II века пре нове ере. Због тога се израз „*capere mortis causa*„ не може односити на *donatio mortis causa*.²⁹⁴ Према другим романистима, треба схватити смисао ових законских одредби тако да су се ови закони односили и на

²⁹⁴ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 134.

donatio mortis causa. Из тог разлога треба прихватити широки смисао који има израз „*capere mortis causa*“ у овим законима, и који се протеже и на *donatio mortis causa*.²⁹⁵

6.3.1.2. Donatio mortis causa и lex Falcidia

Са претходно наведеним Фуријевим и Воконијевим законом у непосредној вези налази се и Фалцидијев закон. Пошто су претходна два покушаја са Фуријевим и Воконијевим законом била несупешна, јер су масовно изигравана прописана наследноправна ограничења, донет је у 40. године пре нове ере *lex Falcidia*. Он је имао истоврсну сврху, да заштити права законских наследника. Овај закон је прописао да законском наследнику припада најмање једна четвртина заоставштине. То је значило да је оставилац био овлашћен да предузме неки правни посао којим је могао отуђити три четвртине своје имовине. Законским наследницима је гарантован нужни део у висини четвртине вредности имовине оставиоца (*quarta Falcidia*). Он је то могао учинити поклоном, легатом, фидеикомисом, али и поклоном за случај смрти (*donatio mortis causa*).

Gai. 2,227

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur.

„Донет је стога Фалцидијев закон који предвиђа да се може легирати највише три четвртине. Тако је наследник могао добити једну четвртину наследства. Ово правило и данас важи.“

Општи је став да се приликом доношења овог закона, он односио само на легате, јер је то био најчешћи начин којим се отуђивала имовина. Међутим, није требало дуго времена да се његова примена прошири и на друге облике располагања *mortis causa*. Тако се примена Фалцидијевог закона проширила и на *donatio mortis causa*. То се није догодило одједном, већ је требао проћи дужи временски период док до тога није дошло. Извори доказују да се примена овог наследноправног ограничења на поклоне за

²⁹⁵ Arias-Bonet, „Mortis Causa Capiones“, AHDE 20 (1950), стр. 134.; Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 169.

случај смрти, догодила тек након око два и по века након настанка Фалцидијевог закона. О томе се говори у следећем тексту:

C. 6, 50, 5

Si mortis causa inmodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potest, legis Falcidie ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei potes.

Из овог текста се може видети да је Септимије Север донео једну конституцију у корист наследника, где су законски наследници код поклона *mortis causa* имали право на четвртину вредности поклона. У конкретном случају таквим правилом би могла да се послужи кћер која би доказала да је мајка дала њеној сестри поклон у превеликој вредности, те да је она таквим даровањем оштећена.

Вероватно се у пракси јавили потреба да се контролишу даровања и то како *mortis causa*, тако и *inter vivos*, јер су обе донације могле да измакну правној контроли. То највероватније био узрок зашто је Септимије Север донео конституцију којом је проширио на *donatio mortis causa* Фалцидијев закон, који се првобитно односио само на легате. На овај начин је изричито законом прописано да је *filia sui iuris*, оштећена наследница могла да издејствује редукцију поклона за случај смрти применом Фалцидијевог закона. Она је са успехом могла да рачуна да ће јој четвртина вредности поклона бити предата од стране особе која је примила поклон у превеликој вредности.

Иако се примена Фалцидијевог закона првобитно односила на легате, а затим проширила на *donatio mortis causa*, ефекти који су се остваривали били су слични, у смислу заштите наследника. Међутим, постоје битне разлике у примени Фалцидијевог закона на легате и на *donatio mortis causa*. То је, пре свега, из разлога што постоји значајна разлика у структури поклона за случај смрти и легата. Док се код легата стицање не може остварити док оставилац не премине, код *donatio mortis causa* се такво стицање може остварити самим чином донације, дакле и пре смрти поклонодавца. У вези са тим разликују се и правна средства која су на располагању наследнику поклонодавца да оствари своја права. Тако је код легата било могуће користити *actio doli* и *exceptio doli*, што није било погодно за *donatio mortis causa*. Ово из разлога што се *actio doli* није могла применити на поклон за случај смрти, јер се овде не мора чекати на смрт поклонодавца да би поклонопримац стекао даровање. Тако би *actio doli* била

непотребна јер поклонопримац није могао да изигра наследника. Такође се није могла применити ни *exceptio doli*, јер у случају када је већ извршена предаја поклона, наследник би требао користити ово правно средство против примаоца поклона да би на тај начин добио део од поклоњене ствари, а не поклонопримац против наследника.²⁹⁶

Следеће правно средство које је могао да користи наследник оставиоца који је оштећен у погледу поклоњених ствари је *interdictum quod legatorum*. Он је уведен да регулише односе између наследника и *bonorum possessor* око поседовања ствари. Овим правним средством се не делује у циљу потпуног опозивања поклона, већ да поклонопримац буде принуђен да ствар преда у корист *bonorum possessor*, како би овај могао да задовољи нужна наследна права.²⁹⁷ Ово нарочито из разлога што су законски наследници често улазили у посед дониране ствари, те суд није могао да дозволи да наследник самовољно одузима ствари од *bonorum possessor*, када је већ овима дозвољена законита државина истих. Овај интердиктум је штитио права из Фалцидијевог закона, али се он такође, није могао односити на *donatio mortis causa*. У супротном би поклонопримац који је већ стекао својину на дарованом ствари када је поклонодавац био у животу, у тренутку његове смрти био обавезан да се лиши државине те ствари.²⁹⁸

Како смо већ напред изложили право на четвртину из Фалцидијевог закона се није могла у погледу *sadisdatio quam amplius*, остварити ни путем *actio doli* и *exceptio doli* нити *interdictum quod legatorum*. Поставља се питање која су правна средства имали на располагању наследници поклонодавца у остваривању својих нужних наследних права.

Наследници поклонодавца ради остварења својих нужних наследних права, односно ради примене Фалцидијевог закона који гарантује право на четвртину, могли су да користе *actio in factum*, а осим тога од стране наследника поклонодавца могао је да се користи *sadisdatio quam amplius*:

²⁹⁶ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 180-181.

²⁹⁷ *Bonorum possessio* је представљао државину добара као облик универзалне сукцесије и био је сличан наслеђу (*hereditas*), али није регулисан цивилним већ преторским правом. На овај начин су до заоставштине долазила и лица која то нису могла по цивилном праву, али они ниси били наследници (*heres*), већ држаоци добара (*bonorum possessores*). Давањем права на посебне интердикте претор је тим лицима пружио заштиту добара.

²⁹⁸ Biondi, B. *Successione testamentaria e donazione*, Milano 1955, 382.

D. 35, 3, 1, 8-10

Idem Iulianus scribit eum, cui quadrans sub conditione et dodrans pure legatus est, cavere debere „quanto amplius, quam per legem Falcidiam liceat, ceperit, reddi“. Haec stipulatio ideo locum habet, quia... In mortis causa quoque donationibus potest dici hanc stipulationem esse interponendam“.

Међутим, примена *sadisdatio quam amplius* могла је да се користи само у мери у којој је примена Фалцидијевог закона проширена на *donatio mortis causa*, гледајући кроз призму промена у историјском развоју поклона за случај смрти. У вези са тим неизбежно треба узети у обзир и чињеницу приближавања *donatio mortis causa* легатима, која се одиграла у завршном периоду тог развоја. Ово из разлога што треба имати на уму да је *lex Falcidia* био креиран као ограничење имајући у виду, пре свега, легате, а да је структура легата и *donatio mortis causa* у одређеним историјским периодима била битно другачија.

Коначно примена *lex Falcidia* на *donatio mortis causa* је од важности и за разграничење даровања за случај смрти од обичних поклона.²⁹⁹ Тек применом оваквог ограничења на поклоне за случај смрти настаје потреба јасног разграничавања према *donatio inter vivos*.

6.3.1.3. *Donatio mortis causa* и *lex Iulia et Papia*

Грађански ратови и криза која је погодила ниже и средње слојеве становништва, као и неморално понашање виших слојева, довели су крајем Републике до проблема опадања бракова, што је узроковало и нагли пад наталитета. Како се ради о кључним питањима за опстанак римског друштва, то је император Август био приморан да интервенише у области породичног законодавства. У низу реформи које је спровео ради опоравка римског друштва, донета су и три закона која су требала да помогну остварењу тог циља. *Lex Iulia de adulteris* и *lex Iulia de maritandis ordinibus* су донети 18. године пре нове ере, а *lex Papia-Poppaea* је донет 9. године нове ере. Како је законима *lex Iulia de maritandis ordinibus* и *lex Papia-Poppaea* требало сузбити неженство и бракове без деце, названи су заједничким именом *lex Iulia et Papia-Poppaea*, а познати су и као кадукарни закони. Овим законима је прописана обавеза закључења брака и то мушкарцима у старосној доби од 25. до 60. године живота, а женама од 20. до 50. године живота,³⁰⁰ док је

²⁹⁹ D. 39,6,42,pr.; D. 32,37,3; D. 31,87,4.

³⁰⁰ Ulp. Reg. 16.1.

растављеним супружницима наложено поновно ступање у брак.³⁰¹ Супружницима који су се налазили у браку установљена је дужност рађања деце, и то муж је требао имати најмање једно дете, а жена уколико је слободна дужна је била имати троје деце, а ако је ослобођеница морала је родити четири пута.³⁰²

Непоступање по прописима кадукарних закона повлачило је за собом санкције у виду неспособности за стицање наследства и легата – *incapacitas*. Они који нису поступили по овим законима и нису закључили брак, били су потпуно искључени из права наслеђивања и добијања легата, док су она лица која су ступила у брак али нису имали деце, добијали само половину. Санкције нису одмах ступале на снагу, већ је најпре остављан рок од 100 дана овим особама, да поступе у складу са законом.³⁰³

Lex Iulia et Papia је почетком II века нове ере проширена и на *donatio mortis causa*. То је учињено путем SC непознатог датума, на сличан начин као што је SC *Pegasiano* проширио одредбе овог закона на фидеикомисе. Тако се од почетка II века нове ере одредбе *Lex Iulia et Papia* примењују како на легате, тако и на фидеикомисе и *donatio mortis causa*.

D. 39, 6, 35. pr. Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in que essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret, et hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus.

„Сенат је наредио да поклањања у случају смрти који су тако начињени (оним лицима) којима закон забрањује да стичу, исто тако да се оцене као легати, који су као тестамент (тога) остављени, а због закона не могу пустити у промет (бити пуноважни). Због овога СЦ произашла су многа спорна питања од којих ћемо нека изнети.“

Из Пауловог коментара о закону *Iuliam et Papiam* произилази да је Сенат прихватио да се донације урађене због опасности од смрти оним лицима којима је кадукарни закон по својим одредбама забрањивао да стичу, биле третиране као ствари које су у тестаменту биле завештане таквим лицима које нису по овом закону могли да добију поклон.

³⁰¹ Ulp. Reg. 14.

³⁰² Paul. Sent. 4,9,1; D. 50,16,135; D. 50,16,137.

³⁰³ Ulp. Reg. 17.1.

И други извори потврђују да се закон *Iuliam et Papiam* почео примењивати и на *donatio mortis causa*. О томе нарочито говоре текстови Јулијана D. 39,6,17, Африкана D. 39,6,22 и Теренција Клеменса D. 24,1,25:

D. 39, 6, 17

Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet; nam quam legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.

D. 39, 6, 22

In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.

D. 24, 1, 25

Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio; nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupleitor mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quia aliena est, usucapi potest.

Сенатска одлука које се наводи није временски тачно одређена, али се може повезати са *SC Pegasiano* која је донета у доба Веспанзијана. Врема када је закон *Iuliam et Papiam* проширен на поклоне за случај смрти није било много удаљено од времена доношења *SC Pegasiano*. Очигледно је да *SC Pegasiano* није испуњавао циљ због којег је донет, јер су се у пракси кадукарни закони могли изиграти уместо кроз фидеикомис, сада кроз примену *donatio mortis causa*. Стога је постало јасно да су правила овог закона морала бити проширена и на даровања за случај смрти, што је постало неопходно да би се спречило коришћење *donatio mortis causa* ради изигравања поменутих наследноправних ограничења. Конкретније, време у коме се закон *Iuliam et Papiam* почео односити и на *donatio mortis causa*, било би доба између Веспанзијана (69.-79. г.н.е.) и Хадријана (117-138. г. н.е.), односно таква примена би се догодила у првим деценијама II века нове ере.

Да се ради управо о томе периоду може послужити и чињеница да о томе нема помена у текстовима из ранијег периода, посебно у Јулијановим текстовима, који би то, свакако, забележили.³⁰⁴

У погледу примене кадукарних ограничења на *donatio mortis causa* треба анализирати и однос између закона *Iuliam et Papiam* и *mortis causa capio*. Два текста помињу такав однос. Први од њих је Марцелов текст D. 39,6,38.

D. 39, 6, 38

Inter mortis causa donationem, et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia; nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. Etenim quum testamento quis suo Pamphilum, servum suum, liberum esse iussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur; et tamen si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit. Idem accidit, quod quis sit heres institutus est, conditionis explendae eius causa, mortis causa capio.

У романистици је било спорно да ли је Марцел термин *mortis causa capio* користио у ужем или ширем смислу. Коришћење у ужем смислу би се односило само на *mortis causa capio*, док би се у ширем смислу овај текст односио и на *donatio mortis causa*. С тим у вези се поставило и питање интерполације текста, јер је било спорно да ли је Марцел имао намеру да истакне све разлике између *donatio mortis causa* и *mortis causa capio* и у вези са тим истакне различитост у примени кадукарних ограничења по питању оба начина стицања.³⁰⁵

Други је Улпијанов текст D. 39,6,36.

D. 39, 6, 36

Quod condicionis implendae causa datur, licet non ex bonis mortui proficiscitur, caper tamen supra modum non poterit is, cui certum modum ad capiendum lex concessit. Certe quod a statulibero condicionis implendae causa datur, indubitate modo lege concessio imputatur; sic tamen si mortis tempore in peculio id habuit. Ceterum si post mortem, vel etiam si alius pro

³⁰⁴ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 36.

³⁰⁵ Arias-Bonet, W., *Mortis causa capio*, 792.

eo dedit, quia non fuit ex bonis, quae mortis tempore testator habuit, in eadem erunt causa, in qua sunt quae a legataris dantur.

У овом Улпијановом тексту први део текста делује збуњујуће јер изгледа супротно од идеје искључивања *mortis causa capio* код ограничења која се успостављају законом *Iuliam et Papiam*, и у исто време одудара од осталог дела текста.³⁰⁶

6.3.1.4. Donatio mortis causa и Actio Calvisiana и Actio Fabiana

Осим ограничења у слободи располагања имовином слободних римских грађана, треба размотрити и таква ограничења у погледу располагања ослобођеника. Према старом праву било је допуштено ослобођенику да патрона не уврсти као наследника у тестамент. Према Закону XII таблица патрон се позивао на наслеђе само ако је ослобођеник умро без наследника (*suus heres*). Уколико је ослобођеник имао законског наследника, патрон није имао никаква права према његовој имовини.³⁰⁷ Касније се сматрало да је то неправда цивилног права према патрону те је преторовим едиктом исправљена таква неправда, на тај начин што је ослобођеник био у обавези да када сачињава тестамент половину свом патрону остави половину имовине.³⁰⁸ Такво право је патрон могао стварити користећи *bonorum possessio contra tabulas*. Касније су права патрона нешто измењена у погледу имућнијих ослобођеника, тако да уколико је ослобођеник оставио имовину вреднију од сто хиљада сестерција а има мање од троје деце, патрон ће имати иста права као и свако од деце, те би тако добијао половину или трећину имовине ослобођеника.³⁰⁹ Иста права је имао патрон женског пола по закону *Iuliam et Papiam*.³¹⁰

Ослобођеник је могао располагањем *mortis causa*, па тако и путем *donatio mortis causa* отуђити имовину на штету свог патрона. Тада је патрон могао путем *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana* захтевати да се ускрати обогаћење трећих лица у границама које одговарају његовом праву.

³⁰⁶ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 170-175.

³⁰⁷ Gai. 3, 40.

³⁰⁸ Gai. 3, 41.

³⁰⁹ Gai. 3, 42.

³¹⁰ Gai. 3, 50; D. 29,5,6.

Actio Calvisiana и *Actio Fabiana* су уведене највероватније у времену након *lex Aebutia* а пре *lex Aelia Sentia* из I века нове ере. *Actio Calvisiana* је настала од стране конзула *Calviusa*, и тужбу је могао да користи патрон против ослобођеника за случај да је овај преварно (*cum fraude*) располагао на штету патрона као интестантног наследника. *Actio Fabiana* је увео конзул *Fabio* по коме је тужба и добила име, и могла је бити коришћена ако је патрон био оштећен као наследник у тестаментарним располагањима ослобођеника.

Функција *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana* била је у томе да спрече преварне намере ослобођеника, у циљу да се оштете права патрона. Могле су да буду усмерене према свим поклонима, и то како према даровању *inter vivos*, тако и према *donatio mortis causa*. Циљ ових тужби био је да опозову таква даровања.³¹¹ Најчешће је преварна намера била мотив даровања којим би наступило оштећење у правима патрона, и то је могло да се изврши како код поклона *inter vivos*, тако и код *donatio mortis causa*.

D. 38, 5, 1, 11

Alimmentorum causa libertos filiis attributos filiis assignatos non videri, respondi, quum ea ratione libertatis consuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum concesquantur salvo iure communi.

Извори потврђују да је у погледу преваре постојала је разлика у зависности од тога да ли се ради о обичном поклону или поклону за случај смрти. Наиме, овим тужбама су се могла опозвати како обична даровања тако и *donatio mortis causa*, са једином разликом да, уколико су даровања била *mortis causa*, није била потребна превара као основни услов да би се даровање опозвало. Код даровања *mortis causa* прихватао се опозив без изузетка, док је у другим случајевима била неопходна превара. Тако је створена законска претпоставка да сваки пут када је дародавац сачинио *donatio mortis causa* исто би урадио на штету патрона.³¹² Поменућу разлику у третирању даровања *inter vivos*, и *donatio mortis causa*, наглашавају и изворни текстови:

³¹¹ D. 38,5,1.

³¹² Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 205.

Frag. Form.Fabiana, 6.

Et ea quidem, quae non mortis causa data sunt, ita revocat, si dolo malo alienata sint; ea autem, quae mortis causa, omnimodo. Nam in formula ita est: mortis causa vel dolo malo.

Из овог текста се може уочити и тенденција да се *donatio mortis causa* изједначи са легатима. Код располагања легатима независно од тога да ли је намера поклонодавца преварна, не би било ограничено располагање поклонодавца, чак и уколико се тиме умањује припадајући део патрона.

Спорно је да ли се може прихватити законска претпоставка (*praesumptio iuris*) да се свака *donatio mortis causa* спроводи на штету патрона. Постоји мишљење да је за опозив даровања у таквим случајевима увек потребно доказати преварну намеру поклонодавца.³¹³ Доказ за то би био текст D. 38,5,1,2, где би био искључен опозив *donatio mortis causa* у корист сина који нема наследство, као што би морао бити поштован легат учињен у корист сина без наследства. Опозив се не би извршио управо из разлога што код таквог *donatio mortis causa* недостаје преварна намера поклонодавца.

D. 38, 5, 1, 2

Quod autem mortis causa filio donatum est, non revocar: nam cui liberum fuit legare filio quantumquantum vellet, is donando non videtur fraudasse patronum.

У конкретном случају се није могло сматрати да постоји преварна намера у поступању поклонодавца који дарује сину имовину путем *donatio mortis causa*, те би тако превара била искључена. Ово не значи да *donatio mortis causa* добија опште обележје неопозивости, већ само у овом случају где се дарује сину без имовине, патрон, као треће лице, не би могао захтевати опозив *donatio mortis causa*, као што не би могао опозвати ни такво отуђење легатом.

Међутим, специфичност код *donatio mortis causa* у односу на обичан поклон, јесте управо његово својство опозивости. Сходно томе, није било потребно доказати превару да би се даровање за случај смрти опозвало. Даровање *inter vivos* је патрон могао опозвати ако би се доказала преварна намера поклонодавца. С друге стране, поклон за случај смрти је

³¹³ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 153.

имао елементе опозивости, те је даровање *mortis causa* било опозиво и без доказивања преварне намере.

Осим тога, *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana* на различите начине остварују опозив даровања, у зависно од тога да ли се ради о поклону *inter vivos* или о *donatio mortis causa*.

D. 23, 3, 6

Patronium manifeste docere debere libertum in fraudem suam aliquid didisse, ut partem eius quod in fraudem datum esset posset avocare.

У Јустинијановом периоду је дошло до промена у примени *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana* утолико што су оне биле обједињене у једну тужбу, било да се она звала *Calvisiana* или *Fabiana*. Сходно правилима које је Јустинијаново право примењивало за *donatio mortis causa*, овакво даровање за случај смрти би требало реализовати у присуству пет сведока, јер се у супротном даровање сматра неважећим.³¹⁴ У случају када би биле испуњене претходне формалности за пуноважност *donatio mortis causa*, и уколико би дошло до оштећења имовинског права патрона, овај би могао користити ове акције и такво даровање за случај смрти је могло бити поништено путем тужби *Calvisiana* или *Fabiana*.

6.3.1.5. Donatio mortis causa и Bonorum possessio contra tabulas

У старом римском праву није постојала слобода располагања имовином за случај смрти, јер оставилац није могао потпуно располагати својом имовином на штету осталих чланова најближе фамилије. У најстаријем римском праву је оставилац био ограничен и у сачињавању тестаментa уколико су постојали наследници из реда *heredes sui*. Међутим, временом је долазило до ситуација да је оставилац могао потпуно лишити законске наследнике припадајућег законског наследног дела, на тај начин што би имовину остављао трећим лицима. Како би се спречиле такве ситуације римски законодавци су пронашли начин да осигурају извешан део имовине за законске наследнике, и на тај начин ограниче *pater familias* у располагању целокупном имовином. Установа помоћу

³¹⁴ С. 8, 56, 4

које се то постизало је *Bonorum possessio contra tabulas*, односно данас би се таква установа називала нужно наследно право.

У најстаријем римском праву законски наследници су обезбеђивала своја права кроз формално нужно наследно право. Оставилац је морао изричито да именује или искључи из наследства лица из реда *heredes sui*, јер уколико би таква лица једноставно заобишао при расподели наследства, такво располагање имовином би било незаконито. Преторско право је ову установу проширило на све потомке оставиоца, и то не само на она лица која су била под непосредном очинском влашћу, већ и на еманциповану децу, на тај начин што је њима ради заштите наследних права дозвољавао *bonorum possessio contra tabulas*. Касније се, крајем републике почело развијати и материјално нужно наследно право, које је подразумевало да оставилац није могао слободном вољом искључити неког од законских наследника из наслеђа, што му је раније право дозвољавало. Сада није могао таква лица потпуно лишити свог иметка, ако за то нису постојали неки посебни разлози који би то оправдавали, већ је морао сваком законском наследнику оставити одређени део имовине. Уколико је неко од законских наследника био изостављен приликом сачињавања тестаментa могла је бити коришћена *quarrela inofficiosi testamenti*. У спору због недоличног тестаментa надлежан је био центумвирални суд, који је одлучивао о праву на нужни део. Тај нужни наследни део је износио једну четвртину, по узору на такав удео прописан према *lex Falcidia*.

Оставилац је могао располагати имовином у циљу изигравања наследна права законских наследника било којим начином располагања. То значи да није само могао именовати тестаментом одређено лице за наследника, већ је могао имовину оставити трећем лицу и путем легата или *donatio mortis causa*.

Уколико је оставилац сачинио *donatio mortis causa* постојала је дилема да ли је тиме могао да буде задовољен део који припада нужним наследницима (*portio debita*). Постоји мишљење да је патрон могао да буде задовољен у својим правима у односу на ослобођеника кроз *donatio mortis causa*.

D. 38, 2, 3, 17

Sed et mortis causa donationibus poterit patrono debita portio suppleri; nam mortis causa donationes vice legatorum tur.

Право патрона је било да покрене поступак ради опозивања *donatio mortis causa* које нису биле сачињене у његову корист, чиме је стекао привилегован положај у односу на друге поклонопримце. Тиме се долазило у ситуацију да *donatio mortis causa* учињена патрону није била никада опозивана, јер су се тиме задовољавала његова законска права, док је у другим случајевима *donatio mortis causa* била увек опозива.³¹⁵

Када се сачини *donatio mortis causa* потребно је утврдити да ли су тиме оштећена права законских наследника, да би таква донација била пуноважна, односно треба утврдити и да ли је патрон остварио нужни законски део.

D. 38, 5, 1, 5 Ulp. 44 ad ed.

Adversus conpatronum, qui contra tabulas bonorum possessionem omisit, Fabiana non competit, si non plus sit en eo, quod donatum est, quam pars debita patrono.

У вези отуђења имовине путем *donatio mortis causa* применила би се у том случају иста правила као и код отуђења имовине легатима. Из овог текста је видљиво да је *donatio mortis causa* била валидна да задовољи *portio debita*. На основу тога произилази да су генерално све донације могле да задовоље ову потребу, имајући у виду да је у тексту генерално говорено о ономе што је предмет донације, при чему можемо закључити да се такав општи израз који означава поклон у ужем смислу односи и на *donatio mortis causa*. Ово из разлога што извори потврђују да у случају када није прецизно наведено о којим поклонима је реч, тада даровања треба схватати како *donatio mortis causa* тако и *non mortis causa*.³¹⁶

Додуше, други део текста D. 38, 5, 1, 5. сматра се уметнутим, јер су се у вези истог користе правила Јустинијановог права, која нису постојала у класичном периоду, и која дозвољавају да се изврши делимичан опозив поклон у границама које су потребне да се задовољи *portio debita*, користећи у ту сврху *actio ad supplendum legitiman*.³¹⁷ Ово из разлога што целокупном реформом нужног наслеђивања Јустинијан укинуо *quarella inficiosae donationis testamenti* у случајевима повреде нужног дела, дајући право

³¹⁵ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 154.

³¹⁶ D. 50, 16, 67, 1

³¹⁷ Di Paola, S., *op cit.*, 155.

покретања посебне тужбе *actio ad supplendum legitiman* којом се захтева допуна нужног дела.

6.3.2. Однос између *donatio mortis causa* и института наследног права

Усклађивање *donatio mortis causa* са правилима наследног права треба посматрати и кроз његов однос према наследноправним институтима. У том правцу је потребно испитати сличности и разлике између *donatio mortis causa* и тестаментa, фидеикомиса и легата.

6.3.2.1. Однос између *donatio mortis causa* и тестаментa

Римско право је дуги низ година познавало и користило тестамент. Као правни институт тестамент је у римском друштву био у употреби од најстаријих времена, и још је у Закону XII таблица било прописано тестаментално наслеђивање.³¹⁸ Старо римско право је познавало само јавну опоруку – *testamentum comitiis calatis*.³¹⁹ У каснијем периоду са развојем приватне својине и све чешћим располагањем имовином за случај смрти, развили су се и други облици тестаментa. Најпре се јавља у други облик старог римског тестаментa – ванредни тестамент назван *testamentum in procinctu*. Након тога у употреби су били тестаменти прављени у посебним приликама (*testamentum pestis tempore conditum*, *testamentum rori conditum*, *testamentum parentis inter liberos*, војнички тестаменат - *testamentum militis*), тестамент *mancipatio famiie*, тестамент *per aes et libram*, преторски тестамент - *testamentum factum iure praetorio*. У Јустинијановом периоду је још увек у употреби био тестамент *per aes libram*, а постојало је још и неколико приватних и јавних форми тестаментa. Тада су се користиле три приватне форме тестаментa – писани тестамент, усмени тестамент састављен пред седам сведока и својеручни – ологографски тестамент, за чије сачињавање нису били потребни сведоци. Егзистирале су и две јавне форме тестаментa – *testamentum apud acta conditum* и *testamentum principi oblatum*.

Тестамент је строго формални правни акт, сачињен као свечана изјава последње воље, којим оставилац чини распоред са својом имовином за случај смрти. Обележја

³¹⁸ Закон XII tablica 5,3 – *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto* (како у тестаменту одреди о свом имању и туторству тако нека буде право)

Закон XII tablica 5,4 – *si intestato moritur cui suus heres nes escit* (ако умре без тестаментa ко нема свога наследника, нека најближи агнат добије имовину.)

³¹⁹ *vidi* више: Стојчевић, Д., „*Testamentum calatis comitiis*“, *Istorijsko pravni zbornik*, br. 3-4 Sarajevo 1950., 267-273.

тестаменту су да се ради о личном акту оставиоца, где није дозвољено заступање. Тестамент изражава последњу вољу оставиоца, увек је опозив по слободној вољи и новим тестаментом престаје правна важност претходног. Римски правници су већ у класичном периоду користили дефиницију тестаменту као правоваљане изјаве о томе шта неко жели да се учини са његовом имовином после његове смрти. Такву дефиницију тестаменту је дословце дао Модестин, у свом тексту у Дигестама D. 28.1.1:

D. 28. 1. 1

Testamentum est voluntas nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit

Оваква дефинија Модестина има одређене недостатке, јер је некомплетна из разлога што не садржи именовање наследника, а што представља основни елемент тестаменту.

Иако је у класичном периоду у оквиру наследног права постојао тестамент, то није утицало на постојање и широку практичну примену даровања за случај смрти. Поклон за случај смрти је био уобичајени правни посао, што доказује велики број места у изворима који се на то односе. За разлику од савремених права где поклон за случај смрти има мањи значај од тестаменту и наследноправних уговора, у римском праву је сасвим другачији случај. Једна од предности *donatio mortis causa*, која је утицала на повећање њене употребе, било је то што је дозвољавала једном лицу да располаже својом имовином за случај смрти, изван тестаменту.

Једно од основних обележја тестаменту је именовање наследника. Тестамент је могао да садржи и неке друге делове (одређивање легата, ослобађање робова...), али уколико није садржао именовање наследника тестамент је био ништав. За разлику од тестаменту код *donatio mortis causa* оставилац је могао да располаже имовином за случај своје смрти без именовања наследника.

За пуноважност тестаменту се тражило испуњење строго формалних услова. Да би тестамент производио правно дејство тастатор је морао да има тестаменталну способност – *testamenti factio*, како у моменту сачињавања тестаменту тако и у тренутку смрти. Имајући у виду такву строгост форме, олакшицу је представљало то што се за сачињавање *donatio mortis causa* није тражило постојање тестаментарне способности

testamenti factio. Иако су постојале одређене дилеме, према стању у изворима, извесно је да се за *donatio mortis causa* није тражила активна тестаментална способност на страни поклонодавца – *testamenti factio activa*. У старијој романистичкој литератури ово питање је било оспоравано, јер су одређени аутори сматрали да се за сачињавање *donatio mortis causa* морала поседовати *testamenti factio activa*.³²⁰ Међутим, са више аргумената су наступали аутори који су тврдили да се код *donatio mortis causa* није морала поседовати *testamenti factio activa*.³²¹ Текстови у изворима потврђују исправност оваквог схватања. Нарочито је у том погледу значајан текст D. 27. 3. 1. где се са довољно образложених разлога даје одговор на ово питање.

D. 27. 3. 1 Ulp. 36 ad ed.

Unde quaeritur apud Iulianum libro vicensimo primo digestorum, si tutor pupillo auctoritatem ad mortis causa donationem accomodaverit, an tutelae iudicio teneatur, et ait teneri eum: Nam sicuti testamenti factio, inquit, pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt

Из овог текста се може закључити да је поклон за случај смрти који је сачинио пупила био важећи, упркос томе што на страни поклонодавца није постојала *testamenti factio activa*.

Поред овог текста, који пружа најконкретнији доказ о томе да се за сачињавање *donatio mortis causa* није морала поседовати *testamenti factio activa*, постоје и други текстови који на то могу указати:

D. 39. 6. 15 Iul. 27 dig.

Marcellus notat: Cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent.

D. 24. 1. 32. 8 Ulp. 33 ad Sab.

Si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari donatio valebit: Nam et mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.

³²⁰ Glasson, E., *Etude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870, § 55; Senn, F., *Etudes sur le droit des obligations, tome I: La donation à cause de mort*, Paris 1914, 181.

³²¹ Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955, стр. 708.; Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 55.; Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958. 12.

D. 39. 5. 7. 6 Ulp. 44 ad Sab.

Ceterum qui habent castrense peculium, in ea condicione sunt, ut donare et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.

Такође, предност располагања за случај смрти у форми *donatio mortis causa*, у односу на тестамент била је и у томе што је поклоном за случај смрти могао са се користи шири круг лица. Ту пре свега мислимо на перегрине, и то како стране држављане, тако и римске грађане који нису имали право грађанства, ни политичка права. Тај круг лица је био велики, а нарочито је њихов број растао са ширењем римске државе. Таква лица нису могла да сачињавају валидан тестамент, јер у класичном добу перегрини нису поседовали *testamenti factio*.

Такође, и жене које су биле под старатељством могле су да располажу имовином за случај смрти већ у време пре Хадријана. О таквим правима жене се говори у Гајевим Институцијама:

Gai. 2. 112

... ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, quo permissum est... feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.

„... на предлог Хадријана донета је сенатска одлука којом је допуштено... женама, чак и без брака закљученог фиктивном продајом (*coemptio*), да састављају тестамент, само ако нису млађе од 12 година. Наравно ако нису ослобођене туторства, потребно је одобрење *тутора*.“

Поклон за случај смрти је могао да сачини и син који није имао пословну способност уз одобрење *paterfamiliasa*. О томе сведочи следећи текст:

D. 39. 6. 25. 1 Marcian. 9 inst.

Filius familias, qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest.

Код оваквог поклањања треба обратити пажњу на то да иако је као поклонодавац означаван син, значајна је улога *paterfamilias*, па се таква поклањања могу сматрати да потичу и од њега.³²²

Предност *donatio mortis causa* у односу на тестамент огледала се и у томе што даровање за случај смрти није било подвргнуто тестаменталним ограничењима. Поклонопримац код *donatio mortis causa* није ограничаван у пријему поклона, као што је то био тестаментарни наследник према *Lex Iulia de maritandis ordinibus* i *Lex Papia Poppaea*. Наиме, према овим Кадукарним законима из 18. год. пре нове ере и 9. године нове ере, лица која нису била у браку и нису имала деце сматрани су мање корисним по римско друштво. Август је усвајајући овакво законодавство, окончао своју дугогодишњу борбу против породичног неморала, целибата и депопулације. Један од циљева који је постигнут јесте и индиректна заштита породичног круга оставиоца. Оваквим законом се практично ограничава и слобода располагања имовином у корист *extraneus-a*, јер ако именује *extraneus-a* за наследника да би овај могао прихватити наслеђе у целини, требало је да буде ожењен и да има брачне деце.³²³ Тиме се, свакако, штити култ породице, јер имовина у сваком случају следује породици, макар она и није оставиочева.³²⁴

О тестаменталним ограничењима по Кадукарним законима постоје докази у више Гајевих текстова:

Gai. 2, 144

Ideoque si quis ex posteriore testamento quod iure factum est aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione sub qua heres institutus est defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: quibus casibus pater familias intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.

³²² Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 77.

³²³ О ограничењу код тестаментарног наслеђивања у корист лица изван круга породице, говори и Гајев фрагмент у Дигестама: D. 34. 9. 10 (*personae quae legibus ex testamento capere prohibetur*)

³²⁴ Jovanović, M., *Augustovo bračno zakonodavstvo (Kadukarni zakoni)*, doktorska disertacija, Beograd 1994, 138.

„Отуда ако из потоњег тестаментa, који је пуноважно направљен, именовано лице не жели да буде наследник или премине пре него што је дало изјаву о наслеђу, било за живота тестатора или по његовој смрти, или је лишено што је пропустило рок за свечану изјаву о пријему наслеђа или није испуњен услов под којим је именован за наследника, или је лишен о основу Јулијевог закона зато што је остао нежења – у свим овим случајевима старешина породице умире интестатски, јер први тестамент не важи, поништен каснијим, а каснији такође нема никакву снагу, јер по њему нико не постоји као наследник.“

Gai. 2, 286

Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.

„Нежење, којима забрањује да примају наслеђа и легате, некада су изгледа могли прихватити фидеикомисе“

Gai. 2, 286a

Item orbi, qui per legem Papiam dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.

„Исто тако, лица без деце, која по Папијевом закону, зато што нису имали деце. губе половину заоставштине и легата, раније су изгледа могли да приме фидеикомисе у целини. Али касније је донет SC Pegasianum који им је забранио примање фидеикомиса као и наслеђа и легата; ови прелазе на лица поменута у тестаменту која имају деце, а ако нико нема деце, на државу, правило које се примењује и на легате и наслеђа, који са овог или сличног разлога постану кадукарни.“

Разлика између *donatio mortis causa* и тестаментa састојала се и у томе што у класичном периоду у погледу права на нужни део поклони за случај смрти нису зависили од важности тестаментa. Уколико би наследник првог наследног реда по преторском праву

тестаментом био заобиђен, претор би му дозволио да помоћу посебног интердикта од тестаменталног наследника захтева уступање дела заоставштине који би му припао интестантно. Тако би употребом *bonorum possessio contra tabulas* био поништен тестамент, али је *donatio mortis causa* би и даље био пуноважан. Његова валидност би остајала на снази без обзира ко је поклонопримац, јер се из извора закључује да судбина *donatio mortis causa* не зависи од особа које примају поклон. Тек у Јустинијановом периоду могло је доћи до правила да падом тестаamenta престаје и важност *donatio mortis causa*, јер је већ тада Јустинијан донео прописе са циљем изједначавања *donatio mortis causa* са легатима. Тако је могло доћи до ситуације да када се употреби *bonorum possessio contra tabulas* онда се ради заштите нужног дела поништава не само тестамент, већ и легати али и *donatio mortis causa* која је тада већ била скоро потпуно изједначена са њима.

Предност *donatio mortis causa* у односу на тестамент је била и у томе што су синови који су се налазили под очинском влашћу – *filius familias*, све до очеве смрти или еманципације били особе *aliena iuris*, које су стицале за оца, при чему су били ограничену и у погледу примене тестаamenta. Међутим, овим особама је било омогућено да пуноважно могу користити *donatio mortis causa*.

D. 39, 6, 25, pr.

Tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.

Ово је значајна предност коју је *donatio mortis causa* имао у односу на тестамент. Такву могућност нису могли да користе само она лица која су била осуђена на смрт.³²⁵

6.3.2.2. Однос између *donatio mortis causa* и фидеикомиса

У римском праву је правни институт фидеикомис био неформална молба коју је оставилац упућивао наследницима, да одређени ствар из његове заоставштине предају трећем лицу – фидеикомисару. Осим законским наследницима овакву молбу је оставилац могао упутити и легатарима или другим лицима која су имала неке имовинске

³²⁵ D. 39,6,7.

користи из заоставштине оставиоца.³²⁶ Оваква молба оставиоца била је без правне заштите и усмерена само на *fides* лицу коме је упућена. Тек од Августа је пружена заштита фидеикомисарима тако што им је дато право да могу путем *cognitio extraordinaria* захтевати извршење молбе оставиоца. Тако су од тада сва лица која су примила неку имовинску корист од оставиоца била у обавези да фидеикомисарима предају ствари које је завештао оставилац, до висине вредности стечене имовинске користи.³²⁷

Порекло фидеикомиса је независно од легата, и већу примену је имао на крају Републике, нарочито у ситуацијама када је оставилац хтео нешто оставити особама које нису биле способне за стицање наследства или легата. Њено порекло треба тражити у пракси која се јављала још у старим временима, јер када неко није могао или није желео да користи форму легата, онда је неформалним речима у форми молбе (*rogo, peto, mando...*) могао тражити од пријатеља да изврши његову последњу вољу. Таква молба је могла бити изражена не само у тестаменту, већ и у кодицилу. Таква молба није имала никакву правну заштиту, јер је њено испуњење остављено на *fides* будућем наследнику, и од његовог поштења је зависило да ли ће бити испуњена. Фидеикомис је правну заштиту добио тек за време цара Августа, и то најпре кроз интервенцију конзула, а затим је био одређен посебан *praetor fideicommissarius* који се старао о испуњењу фидеикомиса, и то не у редовном, већ у екстраординарном поступку.

Inst. 2, 23, 1

Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cigebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si reliquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui ragabantur continebantur postea primus divus Augustus semel itemque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis deceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum

³²⁶ I. 2,20,2; C. 6. 43. 1

³²⁷ D. 36. 3. 1, pr.

factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur qui fideicommissis ius diceret quem fideicommissarium appellabant.

„Ваља знати да су у старо доба сви фидеикомиси били без икакве законске снаге, јер се није могао нико приморавати да изврши оно за шта се био замолио да уради. Јер када се хтелo да остави нешто онима, којима се није могло ништа оставити у име наследства или легата, остављала би се оставштина на веру онима који су били способни да наследе на темељу тестаментa. И зато су се и називали фидеикомиси, јер се они нису ослањали на правној обавези, већ једино на поштење оних који су били замољени. Касније је божански Август први наредио конзулима да у овим пословима службено одлучују, и то из више разлога: када је једном или више пута био потакнут бригом за неке особе, јер је неко тврдио да је био замољен у име царева здравља или због велике злобе неких особа. Како је то сматрано праведним и по вољи народа, мало по мало је то постало стално право, а толико је постало прихватљиво да је временом био одређен и посебан претор.“

За разлику од легата који су остављани тестаментом у строго формалном облику, фидеикомиси су могли бити одређивани изван тестаментa у било ком облику. Тако је пуноважан могао бити и фидеикомис изјављен у тестаментарно потврђеном или непотврђеном кодицилу, па чак и путем усмене молбе.³²⁸ За валидност фидеикомиса је било значајно само утврдити праву жељу оставиоца, а не и форму у којој је то учињено.

329

Признавање фидеикомиса као правног средства дошло је са Августом, тако да је оно што је почело као морална дужност, постала правна обавеза. Ово највише захваљујући томе што су се *rogationes mortis causa* спроводили изван *mancipatio familiae* који није био правно регулисан.³³⁰ Тако да од како фидеикомис улази у правну сферу, његова употреба се спроводи тако што су процедурална правила била поверена конзулима, који су за то користили административни апарат и свој положај. Касније Клаудије именује два

³²⁸ D. 36.3.1.2.; D. 36. 4.5 pr.

³²⁹ C. 6.43.1.1.; I 2,20.2.

³³⁰ Cic. 2.55.58.

претора које ће назвати фидеикомисари, и који ће бити задужени само за фидеикомисе и правне односе који настају у вези са његовом употребом.³³¹

Основне карактеристике фидеикомиса су да је његова употреба лака, и користи се према вољи учесника у правном послу. Правне ефекти које производи су: „*non ex rigore iuris civilis... sed ex voluntate... relinquentis*“³³² Може се испољити како у тестаменту, тако и изван њега. Ипак, се најчешће јавља у писаној форми у тестаментарном додатку, иако писана форма није била неопходна, јер је био дозвољен и усмени фидеикомис, а признаван је и прећутни фидеикомис. Могао је бити сачињен како на латинском тако и на грчком језику. Није морао бити подвргнут никаквим посебним формама, али су погодни термини који се користи код фидеикомиса били: *peto, rogo, volo, fidei committo*.³³³

Римски правници су најчешће упоређивали фидеикомис са легатом, истичући разлике између њих, и предности које пружају фидеикомиси. Тако је Гај у својим Институцијама истакао читав низ предности фидеикомиса у односу на легате:

Легат је могао бити постављен само у тестаменту и морале су да се испуне све формалности за његову пуноважност. С друге стране фидеикомис су могли бити реализовани како у оквиру тестаamenta, тако и изван њега, без потребе за неким формалностима.³³⁴ Разлика између њих постоји у томе што се легат не може оставити на терет легатара, међутим сваком наследнику се може наложити фидеикомис. Чак се може наложити и лицу коме је остављен фидеикомис нови фидеикомис.³³⁵ Такође, не примећују се рестрикције које се односе на жене по Воконијевом закону, тако да жена може примити наследство које јој је остављено преко фидеикомиса и од лица чији имовински цензис прелази износ од 100.000.³³⁶ Наслеђе могу да добију путем

³³¹ D. 32.1-2; Tit. Ulp. 25.12; Svetinio, Claud. 23,2.

³³² Tit. Ulp. 25.1.

³³³ Suárez Blázquez, V., *Donatio Mortis Causa*, 188.

³³⁴ Gai. 2. 270 *Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.* – „Тако исто, онај који ће умрети без тестаmenta може оставити фидеикомис на терет лица које добија његову имовину, али њему на терет не може легирати.“

³³⁵ Gai. 2.271 *Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest. Quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum renquere possumus.* – „Разлика је у томе што се легат не може оставити на терет легатара, али се може оставити фидеикомис. Чак и натерет онога коме остављамо путем фидеикомиса можемо наложити нов фидеикомис.“

³³⁶ Gai. 2.274. *Item mulier, quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideisomisso relictam sibi hereditatem capere potest.* – „ Тако и жена која по основу

фидеикомиса и Латини којима је Јунијевим законом забрањено да прибављају наслеђе.³³⁷ Иако није било могуће одредити наследника свом наследнику, ипак је било могуће путем фидеикомиса наредити наследнику да целокупну заоставштину или један њен део преда трећем лицу.³³⁸ Легат је деловао у редовном поступку пред претором *per formulam* док је фидеикомис деловао *extra ordinem*, и захтеван је код конзула или претора који је посебно решавао спорове настале из фидеикомиса – *praetor fideicommissaris*, или у провинцијама код управника провинције.³³⁹ О фидеикомисима се у Риму могао увек водити спор путем *in urbe ius dicitur*, док се у вези легата спор могао водити само у данима одређеним за суђење, при чему је римско правосуђе, што се легата тиче, поштовало *actus rerum*.³⁴⁰ Ако је у доцњи онај који дугује фидеикомис он дугује камате и плодове, док код легата не дугује камату.³⁴¹

Временом је све више долазило до приближавања фидеикомиса легатима. Тај процес се није одвијао нагло, већ постепено у мери у којој су се јављале практичне потребе. Коначно фидеикомиси су се прилагодили легатима. Наведене разлике између њих су у каснијој еволуцији биле превазиђене, тако што су разлика између ова два института све

Воконијевог закона не може наследити лице које по имовинском цензусу има више од 100.000, ипак путем фидеикомиса може добити наслеђе које јој је остављено.

³³⁷ Gai. 2.275 *Latini quoque, qui hereditates legataeque directo iure lege iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt.* – „И Латини којима Јунијев закон забрањује да непосредно прибаве наслеђе или легат, путем фидеикомиса могу га добити.“

³³⁸ Gai. 2.277 *Item quamvis non possimus post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut cum morietur elii eam hereditatem totam vel ex parte restituat...* – „Иако не можемо одредити после смрти онога који би постао наш наследник, другог наследника уместо њега, можемо од овога захтевати да у моменту смрти целокупну заоставштину или њен део преда трећем лицу. Будући да путем фидеикомиса можемо пренети на неког заоставштину после смрти наследника, то можемо остварити ако овако напишемо „када мој наследник Тиције буде умро, желим да моја заоставштина припадне Публију Мевију“. У оба случаја, и оном првом и овом другом Тиције обавезује свог наследника да преда фидеикомис.“

³³⁹ Gai. 2.278 *Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romea quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae.* – „Разлика је и у томе што легате захтевамо формулом, а фидеикомисе у Риму захтевамо код конзула или претора који посебно решава спорове из фидеикомиса, а у провинцијама код управника провинције.“

³⁴⁰ Gai. 2.279 *Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur; de legatis vero, cum res aguntur.* – „Исто тако о фидеикомисима се може у Риму увек водити спор, а о легатима у дане одређене за суђење.“

³⁴¹ Gai. 2.280 *Item fideicommissorum usurae et fructus deentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debet; legatorum vero usurae non debentur; idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere video.* – „Разлика је и то што се код фидеикомиса дугују камате и плодови ако је онај који дугује фидеикомис у доцњи, а из легата се камате не дугују – такав је смисао рескрипта божанског Хадријана. Знам ипак за мишљење Јулијана да се на легат *sinendi modo* примењују иста правила као на фидеикомисе, и то мишљење видим да и данас преовлађује.“

више постајале само вербалног карактера, да би коначно Јустинијан у С. 6.43.2 спровео потпуно изједначавање ових института.

Излагање основних особина фидеикомиса кроз његов однос са легатом, како су то чинили римски правници, може нам помоћи у бољем сагледавању његовог односа са *donatio mortis causa*.

Основно питање које се може појавити у односу између фидеикомиса и *donatio mortis causa*, јесте да ли прималац поклона за случај смрти може бити оптерећен фидеикомисом. Оваква могућност на први поглед не изгледа могуће због структуралних и функционалних разлика између њих.

Међутим, назнаке да је могуће да прималац поклона за случај смрти буде оптерећен фидеикомисом налазимо у изворима римског права. Тако у Папинијановом тексту D. 31,77,1. налазимо став да фидеикомис може бити пуноважно наложен примаоцу поклона *mortis causa*, уколико је *donatio mortis causa* уговор који постаје перфектан смрћу поклонодавца:

D. 31, 77, 1

Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi quoquo tempore potest; quod fideicommissum heredes salva Falcidie ratione, quam in bis quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, praestabunt. Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidia fungetur; si tamen elimenta praestari voluit colationes totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

Овде се ради о једном стицању на бесплатан начин које је изведено на основу уговора који постаје савршен смрћу поклонодавца. Уколико је фидеикомис наложен пре смрти дародавца, он је био пуноважан. Поклонодавац је могао да оптерети поклонопримца фидеикомисом до висине примљеног поклона, а такво даровање је могао у свако доба да опозове. Могућност да се на *donatio mortis causa* примени фидеикомис вероватно потиче из аналогije од такве примене у погледу на легате, јер се на њих истоветно фидеикомис могао захтевати, пре него што премине дародавац.

Фидеикомис је могао бити наложен уз поклон *mortis causa*, чак и када поклонопримац није ништа примио из наслеђа. О томе говори Сцеволин текст D. 32, 37, 3.³⁴² Могућност да се поклонопримац оптерети фидеикомисом произилази из чињенице да се у конкретном случају поклон могао опозвати, што је својство *donatio mortis causa*, а сваки поклон који се опозива може бити основа за фидеикомис.³⁴³ Без значаја је што је од стране учесника правног посла представљено да се ради о поклону *inter vivos*, јер је очигледно намера учесника да изиграју законска ограничења, па се као основни критеријум мора узети у обзир могућност опозивости даровања.³⁴⁴ С друге стране сматрало се да се фидеикомис уз поклон *mortis causa* може наложити ако је таква могућност уговорена стипулацијом, као што је то случај у тексту Сцеволе.³⁴⁵ Такав став је поткрепљен и фрагментом Улпијана D. 30, 77:

D. 30, 77 Ulpianus libro quinto disputationum

Si pecunia fuit deposita apud aliquem eisque fideri commissum, ut eam pecuniam praestet, fideicommissum ex rescripto divi Pii debetur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori: nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest: quae res utile fideicommissum facit, quod cum ita se habet, ab omni debitore fideicommissum relinqui potest.

Сличност између ова два текста огледа се и у томе што је у оба текста таква одлука заснива на рескрипту Пија (*constitutio Pii*). Овде се уствари ради о томе да се трећем лицу путем фидеикомиса одобрава директан захтев према *debitoru*, што значи да је сачињен уговор у корист трећег. То би значило да поклонопримцу *mortis causa* могу увек бити наложени фидеикомиси, те да се за остварење захтева може употребити *condictio*.³⁴⁶

Такође, може се дозволити фидеикомис и на поклон *mortis causa* који жена у знак мираза даје свом мужу. О томе говори текст Улпијана D. 32,3, pr.

³⁴² више о садржају текста и његовој анализи у поглављу о разграничењу *donatio motis causau* и *donatio inter vivos*.

³⁴³ D. 30,96,4.

³⁴⁴ Savigny, F., *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin 1841, 275.

³⁴⁵ Erleben, A., *Die Conditiones sine causa, 2. Abtheilung: die condictio causa data causa non secuta*, Göttingen 1853, 304.

³⁴⁶ D. 39,6,16; D. 39,6,30

D. 32, 3, pr. Ulpianus libro primo fideicommissorum

Si mulier dotem stipulata fuerit et accepto tulit marito in hoc dotem, ut fideicommissum det, dicendum est fideicommissum deberi: percepisse enim aliquid a muliere videtur. haec ita. si mortis causa donatura mulier marito fecit acceptum. sed et si mortis causa auxerit marito dotem vel in matrimonium eius mortis causa redierit, potest dici fideicommissum ab eo deberi.

Поклонопримац који прими поклон *mortis causa* може путем фидеикомиса да буде у обавези и да пружи издржавање трећем лицу.³⁴⁷ Фидеикомис остварује правно дејство само након смрти поклонодавца. Обзиром да је фидеикомис наложен уз поклон *mortis causa*, поклонодавац га за живота може опозвати и захтевати враћање поклона.

6.3.2.3. Однос између *donatio mortis causa* и легата

Већ у класичном периоду дошло је до приближавања, а у Јустинијановом праву дошло је до скоро потпуног изједначавања *donatio mortis causa* са легатима. Разлог за то лежи у чињеници да је *donatio mortis causa* имала суштинске сличности са легатима. Ово нарочито када се има у виду основна карактеристика *donatio mortis causa* – опозивост. Сличност се огледа у томе да се као и код легата, и код поклона за случај смрти ради о правном послу *mortis causa* са могућношћу опозивости. Њиховом приближавању допринела су и наследноправна ограничења која су била најпре уведена за легате, а затим су проширена и на *donatio mortis causa*. Ту нарочито мислимо на ограничења слободе располагања прописана у *lex Furia* и *lex Voconia*, на примену прописа из Августових кадукарних закона на *donatio mortis causa*, односно *incapacitas* из *lex Iulia et Papia-Popraea*, и на касније проширење *lex Falcidia*, односно *quarta Falcidia*, на даровања за случај смрти. Тако је дошло до суштинских промена код *donatio mortis causa* те више није било неопходно да се поклон за случај смрти закључује у реалној форми, већ је било довољно и обећање поклона које је било увек опозиво, дато пред пет сведока, за случај да поклонопримац надживи поклонодавца. То је све довело до великог приближавања између ова два правна института, које су неки схватили и као потпуно изједначавање. Кроз однос између *donatio mortis causa* и легата покушаћемо да прикажемо најзначајније промене које су се догодиле у вези ових правних института у

³⁴⁷ D. 2,15,8,2

Јустинијановом периоду, и с тим у вези из новог угла осветлимо спорну чињеницу да ли су они у том периоду они били потпуно изједначени, или су задржане одређене разлике између њих.

Легат (*legatum*) је једнострана изјава воље која се спроводи у форми завештања извесне имовинске користи неком лицу при наредби последње воље. Легат се спроводи на рачун наследства., али прималац легата – легатар (*legatarius*) се не сматра наследником – универзалним сукцесором, већ је он сингуларни сукцесор, коме припада само тачно одређена ствар или неко право.

Суштина правне установе легата је у томе да оставилац умањује наследну масу која би припадала његовима законским наследницима, на тај начин што чини извесна даровање из своје имовине лицима која најчешће нису његови наследници (уколико се чини наследницима, онда легат нема утицаја на њихово својство законских наследника). По овим карактеристикама је легат сличан поклону,³⁴⁸ а нарочито је сличан поклону за случај смрти.

Сличност легата са поклонима је била јасно изражена у римским правним изворима. Таква повезаност легата са поклонима се недвосмислено наглашава, када римски правници говоре о основним обележјима легата.

I. 2, 20, 1

Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta

„Легат је нека врста даровања коју је покојник оставио“

D. 30, 1, 116 pr.

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum vellit

„Легат је умањење заоставштине којим оставилац жели некоме да поклони нешто од онога што би иначе припало наследнику“

³⁴⁸ постоји у романистици и мишљење да је легат у суштини био поклон који је оставилац завештао легатару на терет наследника. – в. Рухан, I., *Rimsko pravo*, Београд 1977, 394.

За разлику од легата, правна природа института *donatio mortis causa* је одувек била спорна и изазивала је бројне теоретске расправе. Још су римски правници били у дилеми како разврстати *donatio mortis causa*. Једни су сматрали да је даровање за случај смрти по својој правној природи уговор о поклону, други да се ради о легату, док су трећи сматрали да се ради о правном институту *sui generis* који у себи носи обележја и уговора и легата.

Да је постојао спор међу римским правницима о правној природи *donatio mortis causa* сведоче нам Јустинијанови правни извори. О томе се изричито говори у Јустинијановим Институцијама, где у тексту Inst. 2. 7. 1. Јустинијан негодује да правници *donatio mortis causa* једном сврставају као поклон, а други пут као наследство.

I. 2. 7. 1

Hae mortis donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio.

„Овакви поклони за случај смрти су у свему регулисани по угледу на легате. Будући да су правници били неодлучни у томе хоће ли их разврстати у поклоне или легате, те су се мишљења у погледу тога опредељења разилазила, јер у њима има особина оба основа, нашом конституцијом смо утврдили да се они у свему изједначе са легатима и тако поступа како је у тој нашој конституцији одређено.“

Конституција која се спомиње у овом тексту је C. 8. 56. 4 из 530. године, где се такође говори о неодлучности римских правника приликом одређивања правне природе даровања за случај смрти:

C. 8, 56, 4 Imp. Iustianus A. Iohanni pp.

Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis

subsecutae sunt, asctis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intelligantur.

Из ових текстова прозилази да је међу римским правницима била присутна жива полемика у вези бића *donatio mortis causa*, где се суштина састоји у томе да ли треба *donatio mortis causa* уврстити у легате и изједначити их према правним правилима, или је даровање за случај смрти ближе поклонима *inter vivos*. Из приложених текстова се може закључити да се Јустинијан определио за прво мишљење које даровање за случај смрти сврстава у легате, те да је такво своје мишљење засновао на ставу већине најбољих тадашњих правника.

Међутим, Јустинијаново спомињање спора око правне природе *donatio mortis causa* изазвало је у савременој романистици дискусију око тога каква је била правна природа *donatio mortis causa*, односно да ли се ради о правном послу *inter vivos* или је у питању правни посао *mortis causa*.

Најпре, доводи се у питање аутентичност спора међу римским правницима, који спомиње Јустинијан. Убедљиви аргументима који се притом користе стављају под сумњу постојање такве расправе међу римским правним школама.

У римским класичним текстовима се нигде не спомиње да је постојала расправа у вези правне природе *donatio mortis causa*, која би оправдала овакво тврђење Јустинијана. Уколико би то била дискусија која би изазивала сталне недоумице међу римским правницима, тешко да би тако нешто остало незабележено у римским текстовима тог времена.³⁴⁹

³⁴⁹ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 249.

Имајући у виду да римски извори не поткрепљују тезу о наводној свађи између римских учених правника о правној природи *donatio mortis causa*, поставља се питање који су разлози нагнали Јустинијана да такву дилему изнесе у својим правним реформама.

Један од одговора би могао бити да би наводна свађа међу римским правницима добро дошла Јустинијану да своју одлуку заснује на ауторитету ранијих римских правника, што би дало значаја његовој реформи. Међутим, Јустинијан је у свом законодавном раду донео многе одлучујуће и значајне промене, при чему се није крио иза ауторитета ранијих правника, што доводи у питање постојање такве мотивације. Пре би се могло рећи да су се таква спорења појавила у посткласичном праву, или каснијем периоду, приликом правног регулисања одредаба наследног права и њихове примене на *donatio mortis causa*.³⁵⁰

Тумачење да је Јустинијанова реформа била иновација у погледу изједначавања *donatio mortis causa* са легатима, се може приписати резонувању каснијих правника. Врло је вероватно да је такав развој *donatio mortis causa* какав се приказује у Јустинијановом законодавству, започео у периоду пре Јустинијана, па је замисливо и да је свађа правника око правне природе *donatio mortis causa* била последица таквих тежњи за приближавањем *donatio mortis causa* легатима.³⁵¹

Осим наведене конституције из 530. године која упућује на истоветност *donatio mortis causa* са легатима, на такво изједначавање упућују и више места у Дигестама.³⁵² Најизразитије се о томе говори у тексту D. 39. 6. 37 pr.

D. 39.6.37 pr.

Ulpianus libro uintodecimo ad legem Iulianum et Papiam. Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.

На блискост *donatio mortis causa* са легатима упућује и чињеница да се у Јустинијановом периоду у структуру даровања за случај смрти уносе нека конститутивна обележја легата. Тако се дозвољава поклонодавцу да поклон може да опозове *ad libitum* што је битан

³⁵⁰ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, 4.

³⁵¹ Levy, E.R., *Western und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, SZ 49 (1929), 256.

³⁵² D. 38.2.3.17; D. 6.2.2; D. 39.6.15.

елеменат у структури легата. Опозивост по слободној вољи је искључива особина легата, и прописивање такве опозивости за *donatio mortis causa* без постојања објективних околности, води изједначавању ова два института.

D. 39. 6. 16.

Iulianus libro vicesimo nono digestorum. Mortis causa donatio, etiam dud pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.

Такође, као промена која води приближавању *donatio mortis causa* легатима, уочава се и могућност да се даровање учини и услед саме помисли на пролазност живота – *cogitatio mortalitatis*. Дакле, више није неопходно постојање непосредне смртне опасности која прети поклонодавцу, и услед које он врши поклањање. Сада је довољно и да поклонодавац само размишља о људској смртности, па да се стекну услови за настанак *donatio mortis causa*. О томе се говори у више текстова, а највише је изражено постојање таквог облика *donatio mortis causa* у D. 39.6.2.³⁵³

D.39,6,2 Ulp.32 ad Sab:

Iulianus libro septimo tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu contreritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta

„Јулијан пише у 17. Књизи Дигеста да постоје три облика поклона за случај смрти. Један, када неко није уплашен никаквом непосредном смртном опасношћу, него поклања имајући на уму људску смртност (пролазност живота). Друга врста поклона постоји у случају када неко, подстакнут непосредном опасношћу, тако поклања да поклоњена ствар одмах прелази у својину поклонопримца, а трећа врста поклона постоји у случају када неко, подстакнут опасношћу од смрти, поклања само у случају ако до смрти заиста и дође, а не да би ствар одмах прешла у својину поклонопримца“

Један од разлога за Јустинијаново становиште које *donatio mortis causa* сврстава у легате би могао бити у томе што су посткласични правници били у недоумици да ли су се могли

³⁵³ види и: D. 39.6.31.2; D. 39.6.35.4.

применити на *donatio mortis causa* прописи Константинове реформе. Такве сумње су нарочито произилазиле анализом текста из FV 249 где су била прописана правила за обичне поклоне. Ово из разлога што су се већ у то време на *donatio mortis causa* све више почела примењивати правила наследног права, при чему се *donatio mortis causa* удаљавао од теоретског поимања поклона у класичном смислу, а приближио институцијама наследног права.³⁵⁴

Имајући у виду да је најстарије изједначавање *donatio mortis causa* са легатима Јустинијан изнео у тексту С. 8, 56, 4 говорећи о прописима који се тичу форме, може се закључити да је таква његова конституција имала далекосежне последице у погледу каснијих тумачења правне природе *donatio mortis causa*. Одлука којом у конституцији С. 8, 56, 4 Јустинијан изједначава *donatio mortis causa* са легатима имаће много већи значај, него само усклађивање прописа о форми, како се то у тексту наводи. Наиме, у каснијем периоду многа интерполирана места која суштински изједначавају *donatio mortis causa* са легатима ће се позивати управо на ову Јустинијанову конституцију.³⁵⁵

Полемика коју спомиње Јустинијан у С. 8, 56, 4, у вези правне природе *donatio mortis causa*, различито је интерпретирана од стране романиста. Једни су сматрали да император тиме није покушао да одреди да ли је *donatio mortis causa* била сличнија правним пословима *mortis causa* или поклонима *inter vivos*, већ је само хтео да одреди до које мере подлеже законима примењивим на овај институт.³⁵⁶ Други су, пак, изнели мишљење да је полемика коју спомиње Јустинијан везана за посткласичну епоху, у којој је морала бити подвргнута наслеђу, јер није могла припадати донацијама због формалности које је увео Константин за поклоне, имајући у виду да се Константинова реформа није односила на *donatio mortis causa*.³⁵⁷

³⁵⁴ Amelotti, M., La 'donatio mortis causa' in diritto romano, 204.

³⁵⁵ D. 39, 6, 17: ...*"quia legatorum instar optinent."*;

D. 38, 2, 3, 17: ...*"nam mortis causa donationes vice legatorum funguntur."*;

D. 6, 2, 2 ...*"quia ad exemplum legatorum capiuntur."*;

D. 39, 6, 15 ...*"et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt."*;

D. 39, 6, 37 pr.: *"Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparates: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum."*

³⁵⁶ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, 249.; Kaser, M., *Rez. zu Di Paola Donatio Mortis Causa, Catania 1950*, IURA 2 (1951), 252.

³⁵⁷ Amelotti, M., La 'donatio mortis causa' in diritto romano, 204.

Тиме што је Јустинијан у свом законодавном раду изнео став да *donatio mortis causa* треба изједначити са легатима, не значи да је он генерално желео да овом правном институту одузме обележја поклона. Садржај његове одлуке значио је само постављање *donatio mortis causa* под правила легата, и то само у односу на прописе о форми. Овим му није била намера да том правном послу укине карактер поклона, а тиме и особину једног посла међу живима. Наиме, *donatio mortis causa* је и поред прописа који су га приближавали легату, био схваћен као један шири појам поклона. У прилог томе стоји и чињеница да је у Јустинијановој кодификацији у читавом низу текстова *donatio mortis causa* уврштена у поклоне.³⁵⁸

Иако су римски правници наглашавали сличност легата са поклоном, а нарочито је уочљива таква сличност са *donatio mortis causa*, ипак, постоје значајне разлике између њих. Разлика између *donatio mortis causa* и легата огледа се у томе што је легат једнострана изјава воље оставиоца којом оставља легатару одређену корист, а која обавеза оптерећује наследника – онерата, док је *donatio mortis causa* двострани правни посао који подразумева сагласност воља оставиоца и примаоца поклона.

У читавој Јустинијановој кодификацији не налази се ниједан текст, осим сумњивог D. 38. 2, 8. 3, који би указивао на једну *donatio mortis causa* која би имала другачију структуру од једног двостраног правног акта међу живима или који би макар указивао на непостојање договора између странака. Коначно у Inst. 2, 7, 1 је недвосмислено приказана *donatio mortis causa* као правни посао међу живима. Да Јустинијан није категорички извршио изједначавање *donatio mortis causa* и легата, говори у прилог и чињеница да је приликом тог прописивања у тексту извршено ублажавање речима “ *a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur* “³⁵⁹

Противно мишљењу да је у Јустинијановом праву извршено изједначавање *donatio mortis causa* са легатима говори и чињеница да је код Јустинијана задржан не само облик *donatio mortis causa* код којег је дејство овог даровања суспензивно условљено смрћу поклонодавца, већ и облик реалног даровања где се својина на поклоњеној ствари остварује одмах, уз постојање резолутивног услова.³⁶⁰ Како је само први облик близак

³⁵⁸ C. 8, 53, 25 pr.; FV 249. 3/ Cth. 8, 12, 1, pr.; D. 39, 5, 1, pr.; D. 39, 6, 38; D. 50, 16, 67, 1.

³⁵⁹ Simonius, P., *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*. 5-6.

³⁶⁰ D. 39, 6, 42, pr ; D. 39, 5, 18, 2

легатима, јасно је да је Јустинијаново законодавство у структуру поклона за случај смрти нормирало и елементе легата и елементе уговора о поклону.

Такође, даровање за случај смрти се мора сматрати двостраним правним послом – уговором уколико се остварује кроз *traditio* или *stipulatio*, имајући у виду да се ради о начину преношења својине где је неопходно учешће две стране.

У прилог тези да Јустинијаново право није потпуно изједначило *donatio mortis causa* са легатима, стоји и чињеница да за постојање поклона за случај смрти није неопходно постојање тестаментa, што није случај код легата.

D. 39, 6, 25, pr.

Tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.

Нарочито није било потребно постојање валидног тестаментa, што је био неопходан услов за постојање легата. Управо је то важна разлика између *donatio mortis causa* и легата, јер је и у Јустинијановом праву било на снази правило да легат не може постојати без постојања тестаментa.

Осим тога, постоји разлика и у томе што се код *donatio mortis causa* поклонопримац не налази ни у каквом правном односу према наследницима поклонодавца.

D. 34, 9, 5, 17

Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario.

Самим тим што се поклонопримац не налази у правном односу према наследницима поклонодавца, добија се још једна предност оваквог располагања имовином у односу на легат. Ово из разлога што је легат био доброчином давање које је оставилац завештао легатару на терет наследника, те су ови морали бити активно укључени у испуњење легата.³⁶¹

³⁶¹ D. 1,30,116,pr.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum vellit.*

7. ОПОЗИВ *DONATIO MORTIS CAUSA*

Право на опозивост је важна карактеристика *donatio mortis causa* која је утицала на целокупан развој овог правног института. Правилно сагледавање права на опозив кроз историјски развој *donatio mortis causa* је од вишеструке важности. Пре свега, право на опозив је карактеристика која чини основну разлику између обичних поклона и *donatio mortis causa*. Већ смо у посебном поглављу изнели опште прихваћено становиште романистичке правне теорије да *donatio mortis causa* у класично доба није био типичан правни посао, већ кауза која се реализовала путем различитих правних послова (манципације, *in iure* цесије, опроста дуга итд.). Како су и поклони *inter vivos* у исто време представљали само каузу, а не типичне правне послове, као важно питање за њихово разликовање појављује се опозивост даровања, односно право поклонодавца на кајање. Са једне стране опозивост је основни елеменат који одваја *donatio mortis causa* од поклона *inter vivos*. Ово из разлога што је право на опозивост битан елеменат поклона за случај смрти, и његово основно обележје. Са друге стране, код поклона *inter vivos* опозивање у принципу није могуће, већ само у изузетним случајевима, и то када се испуне одређени услови.

Осим тога, правилно разјашњење права на опозив даје одговор на питање да ли таква правна радња произилази из воље странака или из унутрашње структуре *donatio mortis causa*. Ово питање је важно из разлога што би се тиме утврдило да ли је опозивост у класичном праву била битан структурални елеменат *donatio mortis causa*, што за собом повлачи практично питање да ли право опозива аутоматски произилази из унутрашње структуре *donatio mortis causa* или мора бити посебним споразумом уговорено. Уколико, не произилази из његове унутрашње структуре, онда нужно мора настати вољом странака.

Посебно треба имати на уму чињеницу да је *donatio mortis causa* прошао кроз историјски еволутивни развој, који је утицао на промену у схватању опозивости, и то почев од његове најраније фазе која има ослоња у многим старим правима, до схватања опозивости у посткласичном и Јустинијановом праву. Тако се у почетку код реалног даровања за случај смрти, насталог из објективних разлога услед конкретне смртне опасности, опозивост могла захтевати, такође, само из објективног разлога превазилажења такве опасности или због раније смрти поклонопримца. Развојем овог

института признато је и право опозива из субјективних разлога, односно више није било потребно постојање смртне опасности ради опозивања поклона, већ је поклонодавац могао једноставно да промени своју вољу.

7.1. Опозив *donatio mortis causa* у класичном праву

Почетна тачка истраживања овог питања је констатација да један опозив може да наступи из три различита разлога: због смрти поклонопримца, која је раније наступила од поклонодавчеве, због превазилажења неке конкретне смртне опасности у коју је доспео поклонодавац, или зато што је поклонодавац променио своју вољу. У овом последњем случају у изворима се користи термин - *revocatio ex paenitentia*³⁶² или једноставно - *mutata voluntate restituere*.³⁶³ О свим наведеним разлозима говоре текстови Јулијана D. 39, 6, 13, 1; Паула D. 39, 6, 35, 4, и Inst. 2, 7, 1.

У класичном праву захтев за опозив даровања за случај смрти после превазилажења једне конкретне смртне опасности није било спорно. Таква опасност је често могла настати услед болести, у ком случају се обично користио термин *convalescere*.³⁶⁴ Такође се признавало и право на опозив услед преране смрти поклонопримца - *si ille qui accepit prior decesserit*.³⁶⁵ Само је право опозивања *ex paenitentia* представљало предмет једне контроверзе о његовој класичности.³⁶⁶

7.1.1. Право на опозив као карактеристика *donatio mortis causa*

Поклон за случај смрти је у класичном праву имао неколико основних карактеристика, које су чиниле његово битно обележје. Осим основне претпоставке да се *donatio mortis causa* предузима у смртној опасности по поклонодавца, друга карактеристика је право на опозив поклонодавца у посебним случајевима. У такве случајеве нарочито спадају превазилажење смртне опасности поклонодавца и претходна смрт поклонопримца.

³⁶² Ulpian D. 24, 1, 22; 39, 6, 30; PS 3, 7, 2; Inst. 2, 7, 1; Nov. 87; Tacit Anal. 13, 27.

³⁶³ Julian D. 39, 6, 13, 1; Paulus D. 39, 6, 35, 4.

³⁶⁴ Упореди: African D. 39, 6, 24; Gaius D. 39, 6, 31, 3; Julian D. 12, 1, 19; 24, 1, 4; 39, 6, 13 pr. 1; eod 16; eod 18 pr.-2; Marcellus D. 40, 1, 15; Paulus D. 12, 4, 12; 39, 6, 35, 3. 4. 6; eod 39; Scaevola D. 24, 1, 56; Tryphonin D. 23, 3, 76; Ulpian D. 39, 6, 29; eod. 37, 1.

³⁶⁵ D. 39, 6, 13, 1; D. 39, 6, 35, 4; Inst. 2, 7, 1.

³⁶⁶ Murillo Villar, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos 2007, 93-100.; Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano*, Oviedo 2000, 107-112.

Право на опозив *donatio mortis causa* је основно обележје овог правног посла, и неопходно је његово постојање да би се уопште могло говорити о *donatio mortis causa*.

У романистици је приликом проучавања опозива *donatio mortis causa* највише несугласица било око врста и обима права на опозив. У изворима се изричито говори о праву на опозив поклонодавца, у следећа три текста:

D. 39, 6, 27 Marcian. 5 reg.

Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter vivos et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.

Тамо где је поклањање у случају смрти тако предузето да се захтев за опозивом никако не може предузети, пре се ради о поклону због побуде него поклона у случају смрти. Стога се мора тако поступити као свако друго поклањање међу живима. Зато је међу супружницима без дејства и стога већ *lex Falcidia* не налази примену, као што би био случај код *donatio mortis causa*.

У овом тексту је Марцијан говорио о *donatio mortis causa*, иако из садржине самог текста произилази да се уствари не ради о поклону за случај смрти. На овај начин је Марцијан хтео да појасни да у случају када је намера поклонодавца била да учини поклон због опасности од сопствене предстојеће смрти, то не мора увек представљати у правном смислу поклон за случај смрти. У овом случају смрт је била само мотив за поклонодавца да начини поклон, а не конститутивни елемент правног посла даривања.

D. 39, 6, 35, 2 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: „se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum“.

„Поклон за случај смрти разликује се од оног правог и безусловног поклона који се тако изводи да се не може ни у ком случају опозвати. Овде би поклонодавац желео да ствар треба пре примаоцу него њему да припада. Ко пак због смрти поклања, има у мислима само себе и из љубави према животу пре би задржао ствар него поклонио. То је разлог зашто се каже у општем случају: „Он би желео да ствар сам има, него да је даропримац има; овај би је радије имао него наследник поклона“.

D. 39, 6, 42, 1. Pap. 13. resp.

Cum pater in extremis vitae constitutus emancipato filio quaedam sine ulla condicione redhibendi donasset ac fratres et coheredes eius bonis contribui donationes Falcidia causa vallent, ius antiquum servandum esse respondi: non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quae lege certa donarentur et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur spe retinendi perempta; eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa morientem donare.

Постојање права на опозив поклона за случај смрти било је за класичне правнике основа која допушта везу *donatio mortis causa* са поклонима и подвргава га посебним правилима. Таква правила која допуштају опозивање даровања имају основу у наследном праву, те се у том смислу остварује и веза *donatio mortis causa* са наследноправним институтима.

Да би одлука поклонодавца да учини поклон с обзиром на претњу смрћу ушла у правну конструкцију *donatio mortis causa*, морао је дефинитиван пренос својине на поклоњеној ствари зависити од остварења смртне опасности, односно од преминућа поклонодавца. Даровање се само онда могло сматрати *donatio mortis causa* ако је доспелост или реализација обављена пре смрти поклонодавца.³⁶⁷

7.1.2. Iulianus D. 39,6, 13-19

Посебан допринос римској правној науци у разматрању проблема у вези опозивања поклона за случај смрти, дао је Јулијан. О праву на опозив *donatio mortis causa* говори се у његовим текстовима D. 39,6, 13-19 , који се налазе у Дигестама.

³⁶⁷ Simonius, P., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, 102.

Први од ових Јулијанових текстова је D. 39, 6, 13, 1, у коме се налазе представљене четири могућности у вези опозива даровања за случај смрти.

D. 39, 6, 13, 1 Iulianus libro septimo decimo digestorum

Marcellus notat: In mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur; et ut raddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit eius repetitio, id est nec si convaluerit quidem donator.

„Марцел примећује: код поклањања због смрти искрсавају питања чињеничне врсте. Јер може се с једне стране тако поклонити да ствар у сваком случају не треба да се врати, ако је поклонодавац управо умро од те болести; или тако да треба одобрити поклон ако је од те неке болести умро, али је ипак своју вољу изменио или је хтео да се њему ствар натраг врати. Може се и тако поклонити да ствар само у случају претходног преминућа поклонопримца буде враћена. Даље, може се поклањати због смрти, а да се ни у једном случају не догоди захтев за опозив, па ни онда ако је поклонодавац оздравио.“

Према овом фрагменту опозив је могућ уколико се поклонодавац опорави од болести, затим ако је поклонодавац преминуо од конкретне смртне опасности, ако је пре тога опозвао поклон, и коначно, могућ је опозив при ранијој смрти поклонопримца. Проблематична може бити само последња варијанта, где се наводи да није предвиђено никакво враћање поклона, што није у духу *donatio mortis causa*, те такву варијанту не можемо прихватити као веродостојну.

Наредно место о праву на опозив у Јулијановим текстовима у Дигестама је следећи коментар:

D. 39, 6, 15 Iulianus libro vicensimo septimo digestorum

Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri

prohibent. Paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

„Марцел примећује: пошто је синовима из куће, који су војници, остављена слободна могућност да свој иметак оставе тестаментом, ако они хоће, може се претпоставити да су њима опроштене и забране поклањања због смрти. Паул примећује: то је обезбеђено конституцијом и поклони због смрти ће се опозвати по примеру легата.“

У овом тексту се очигледно говори о тестаменту војника. Иако за то не постоји директан доказ, сматра се да је Јулијанова 27. књига Дигеста обрађивала тестамент војника.³⁶⁸ Нажалост текст Јулијана на који се оба правника позивају није упоређен ради аутентичности. Ако је према томе јасно да Марцелова примедба изводи допуштање поклона за случај смрти које су војници предузимали као *argumentum a maiore ad minus* из тестаamenta војника, онда није са друге стране веза са Пауловом примедбом тако очигледна, али се може утврдити.³⁶⁹ Очигледно је да се у овом тексту ради праву на опозив поклона. Такав опозив не треба нужно схватити као искључиво извршен по правилима у вези са легатом, иако је тако у Пауловој примедби наведено. Можда на то може упутити сличност Паулове примедбе са једном реченицом у Јустинијановим Институцијама 2,7,1: „*Hae mortis donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*“, али често је повод томе ипак *exemplum legatorum*, али ниуком случају у погледу права на опозив.³⁷⁰ И чак ако се у опозивању легата жели видети Јустинијанов аргумент, ништа не мења што су Јулијан-Марцел знали да право на опозив образложе код *donatio mortis causa* и без конкретне везе са легатом, већ само уз споразум странака, што се из D. 39, 6, 13, 1. јасно види.³⁷¹

Следећи текст говори о томе да може доћи до приближавања *donatio mortis causa* располагањима последњом вољом, а у вези са правом поклонодавца да опозове поклон након свог опоравка.

D. 39,6,16 Iulianus libro vicensimo nono digestorum

Mortis causa donatio etiam dum pendet, an convalescere possit donator, revocari potest.

³⁶⁸ Lenel, O., *Paligenesia iuris civilis*, 2 Bände, Leipzig 1889., 390.

³⁶⁹ Rastätter, J., *Marcelli notae ad Iuliani digesta*, Diss, Freiburg 1980., 171.

³⁷⁰ Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano*, 173.

³⁷¹ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 231.

„Ма колико дуго траје неизвесност да ли ће поклонодавац оздравити, може се и поклон због смрти опозвати“

Поклонодавац који је поклонио *imminente periculo*, дакле под условом да он премине од конкретне смртне опасности, - не мора да чека док кауза због његове болести не буде доспела. Он може и у времену неизвесно да искористи своје право на опозив поклона. Овакав текст по својој садржини одговара другој варијанти из Марцелове напомене у тексту D. 39, 6, 13, 1. И противници класичног права на кајање не могу у реченици да пронађу никакву језичку грешку, али имају став да се Јулијан овде бави *donatio in fraudem creditorum*.³⁷² Такво схватње није правилно нити одрживо имајући у виду доказе у изворима.³⁷³

Јулијан говори о праву на опозив поклона за случај смрти и на једном споредном месту, које говори о проблему *condictio*:

D. 12, 1, 19 pr. Iulianus libro decimo digestorum

Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur. nam et is, qui mortis causa pecuniam donat, numerat pecuniam, sed non aliter obligabit accipientem, quam si exstisset casus, in quem obligatio collata fuisset, veluti si donator convalesceret aut is qui accipiebat prior decessisset.

„Не обавезује се прималац на свако плаћање, већ само оно које је већ уговорено и према коме треба да буде обавезан. Јер ко поклања због смрти, плаћа новац, обавезује примаоца, али само при настанку случаја, при коме је обавеза ван снаге, на пример: ако је поклонодавац оздравио или је прималац раније преминуо.“

У овом тексту се може видети да је дозвољено право на опозив код *donatio mortis causa*, при чему у тексту треба нарочито обратити пажњу на реч „*veluti*“.³⁷⁴

Из садржаја напред наведена четири текста може се закључити да је Јулијан дао значајан допринос у правилном сагладавању права на опозив у римском класичном праву.

³⁷² Amelotti, M., La „*donatio mortis causa*“, 218.; Simonius, P., *Donatio mortis causa*, 130.

³⁷³ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 232.

³⁷⁴ Schwarz, F., *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster/Köln 1952, 268.

7.1.3. Опозив *donatio mortis causa ex paenitentia*

Следећи текстови Улпијана D. 39, 6, 30 и Паула из Сентенција 3,71 и 3,7,2 изричито говоре о једном праву на опозив *ex paenitentia*:

D. 39, 6, 30 Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum

Qui mortis causa donavit, ipse ex paenitentia condictionem vel utilem actionem habet.

„Ко због смрти поклања има на основу кајања сам једну кондикцију или сличну тужбу.“

Овде се свакако ради о једном опозиву по слободној вољи, где је поклонодавацу дато право на *condictio ex paenitentia*. Такво право на кајање само поклонодавац може да изврши, а не наследници. Од тога се овај текст разликује од Јулијановог D. 39, 6, 13, 1. где постоји тврђење да под условом на одговарајући споразум наследници поклонодавца могу да захтевају поклоњени предмет, ако је поклонодавац још за живота употребио право на кајање. Ако се у D. 39, 6, 30 *actio* као таква поклонодавцу искључиво додељује, не циља ли то очигледно управо на посебан случај, у коме објашњење опозива и захтев за враћање ствари произилазе један из другог. Оба текста стоје у складу са основним начелом да наследници немају онда право да захтевају поклон када је поклонодавац до краја одржао своју вољу.³⁷⁵

Paul.Sent. 3, 7, 2

Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convalescit.

„Даровање за случај смрти ако престане болест и дародавцу се поврати здравље, може такође бити услед покајања опозвано, али ако наступи смрт, оно свакако постаје ваљано.“

³⁷⁵ Rüger,D., *Die donatio mortis causa*, 233.

Опозив се овде разуме као последица неиспуњености каузе до смрти поклонодавца; то важи како за поклоне који се одмах извршавају, тако и за поклоне чије је извршење условљено одлагањем.

Paul.Sent. 3, 7, 1.

Mortis causa donat qui bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donauit

„О даровању за случај смрти ради се онда када неко ко одлази у рат или на пловидбу (морем) другоме нешто даје под условом да му то, ако се врати (жив), буде натраг враћено, а ако умре да остане ономе коме је даровано.“

У вези са PS 3, 7, 1 разматра се више чињеничних стања у вези права на опозив. Право на кајање се при опоравку поклонодавца од смртне болести не наводи као валидни разлог за опозив поклона. Мада међу романистима постоји и мишљење да из овог текста произилази да је опозив по слободној вољи могућ само после савладавања смртне опасности.³⁷⁶ Међутим, такво мишљење је подвргнуто критици јер код тумачења текста, реч *etiam* не може се упућивати на било какав смисао. Осим тога, превазилажење опасности поклонодавца чини за себе разлог за право на опозив. Дакле, право на кајање нема тамо конститутивно значење.³⁷⁷

7.1.4. Опозив код *donatio mortis causa* међу супружницима

Код поклона за случај смрти међу супружницима у три Улпијанова текста спомиње се могућност опозива због кајања: D. 24,1,11,10; D. 24,1,13,1; D. 24,1,22:

D. 24, 1, 11, 10 Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum

Si maritus uxori donaverit mortis causa eaque diverterit, an dissolvatur donatio. Iulianus scripsit infirmari donationem nec impendere.

У фрагменту D. 24, 1, 11, 10 се наводи мишљење Јулијана, који сматра да је развод брака довољан разлог да се може спровести конкретан опозив *donatio mortis causa inter virum et uxorem*.

³⁷⁶ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, 79.

³⁷⁷ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 234.

D. 24, 1, 13, 1 Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum

Proinde et si mortis causa uxori donaverit et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus. et alias placet in casum deportationis donationem factum valere, quemadmodum in causam divortii. cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsequente confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur, ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus sive adhuc in poena constitutus.

Према фрагменту D. 24, 1, 13, 1 треба одсутни поклонодавац да задржи своје право опозива, јер се поклон на основу одсутности тако третира, као да је муж, који је учинио поклон, већ умро.

D. 24, 1, 22 Ulpianus libro tertio ad Sabinum

Uxori suae quis mortis causa servum donavit eumque cum libertate heredem scripsit: an valeat institutio, quaeritur. et puto, si hoc animo eum scripsit heredem, quod donationis se dixit paenituisse, valere institutionem et necessarium heredem domino servum fieri: sterum si, posteaquam heredem instituit, donavit, donatio praevalabit, vel si ante donavit, non tamen adimendi animo libertatem adscripsit.

Улпијан у фрагменту D. 24, 1, 22 износи свој став да је могуће спровести опозив поклона који је муж дао жени на конклюдентан начин, у случају када је *mortis causa* поклоњени роб касније стављен *heres cum libertate*.

7.1.5. Marcellus D. 40, 1, 15

У вези са опозивом поклона за случај смрти је интересантан и Марцелов текст D. 40, 1, 15, где он наводи:

D. 40, 1, 15 Marcellus libro vicensimo tertio digestorum

Mortis causa servum manumitti posse non est dubitandum. quod non ita tibi intellegendum est, ut ita liber esse iubeatur, ut, si convalescit dominus, non fiat liber, sed quemadmodum si vindicta eum liberaret absolute, scilicet quia moriturum se putet, mors eius exspectabitur,

similiter et in hac speci in extremum tempus manumissoris vitae confertur libertas, durante scilicet [...] voluntate manumissoris: quemadmodum cum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate.

Непосредна животна опасност није била предуслов за *manumissio mortis causa*, која је ванредни случај поклона *mortis causa*. Једини такав случај у Дигестама је овај Марцелов текст, где се потврђује постојање условно одложеног *donatio mortis causa* у класичном праву. Осим тога овде се може видети интересантан развој преторијанског ослобађања робова, као алтернатива тестаментарном, односно фидеикомисном ослобађању. Преторијански ослобођени робови су на основу *lex Iunia Norbana* добијали неопозиву слободу. Лице које је давало слободу, а које је из ма којих разлога задржало право на опозив, могло је да преферира опозиву *manumissio mortis causa*. Тиме је овај фрагмент још један важан доказ за постојања права на опозив у класично доба.³⁷⁸

Из садржаја другог дела овог текста, произилази да код једне *donatio mortis causa* која је условљена *traditio* на одлагање, мора воља поклонодавца да траје до смрти. Опозив поклона доспева, према Марцелу за случај да је предмет поклона слобода. Тексту се без тумачења да је дозвољено право на опозив поклона, не може дати разумно објашњење. Тек ако се дозволи могућност слободног опозива поклона, овај текст добија прави смисао.

Сходно томе, не треба тумачити да је текст D. 40, 1,15 плод компилације, већ пре треба закључити да је у већ у класичном праву постојао слободан опозив поклона за случај смрти.

7.1.6. Право опозива у случају опоравка поклонодавца и у случају претходне смрти поклонопримца

Према стању у изворима неоспорно је право поклонодавца да захтева опозив и враћање поклона у случају када превазиђе смртну опасност, која је и била повод да учини поклон. Такође је неспорно то право и код претходне смрти поклонопримца. Да је право на захтев за повраћај поклоњене ствари била редовна особина *donatio mortis causa* потврђују бројна места у изворима.

³⁷⁸ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 246.

Тако нам доказ код случаја опоравка поклонодавца пружају следећи текстови: D. 12,1,19, pr., D. 12,4,12, D. 22,1,38,3, D. 23,3,76, D. 24,1,4 D. 39,6,13, pr., D. 39,6,18, pr., D. 39,6,18, 1, D. 39,6,19, D. 39,6,24, D. 39,6,29, D. 39,6,31,3, D. 39,6,35,3, D. 39,6,35,6, D. 39,6,37,1, D. 39,6,39 i PS 3,7,1.

Док су текстови који нам сведоче о праву на опозив поклона услед претходне смрти поклонопримца: D. 24,1,32,14, D. 24,1,52,1, D. 39, 6,23, D. 39,6,26 i D. 39,6,44.

У периоду класичног права *donatio mortis causa* није био типичан правни посао који би поседовао сопствену структуру, већ се остваривао путем споразума две стране кроз различите облике, тако да захтев за опозив није ни могао да буде конститутивни елеменат *donatio mortis causa*. Тек када је правни посао био тако уобличен да је поклонодавац код опоравка од смртне опасности могао да захтева повраћај поклона кондикцијом или виндикацијом, остварен је правни облик *donatio mortis causa*. О томе се изричито изјашњавају и извори, где наводимо неколико примера:

D. 39, 6, 35, 3 Paul. 6 ad. leg. lul. et Pap.

Ergo quis mortis causa donat, qua parte se cogitate, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi.

D. 39, 6, 18, pr. lul 60 dig.

Mortis causa capimus...: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit, reddatur sibi

PS 3, 7, 1

Mortis causa donat, qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat, cui donavit.

Други случај који даје право поклонодавцу да одустане од даровања за случај смрти, јесте претходна смрт поклонопримца. Овај случај је, такође, присутан у изворима, али у много мање текстова него претходни случај. Осим тога у многим текстовима који се односе на услов опозива даровања због опоравка поклонодавца, као успутна претпоставка спомиње се и опозив у случају претходне смрти поклонопримца.³⁷⁹

³⁷⁹ D. 12,4,12; D. 22,1,38,3; D. 24,1,56; D. 39,6,13 pr.; D. 39,6,18,1; D. 39,6,19; D. 39, 6,24; D. 39,6,29; D. 39,6,31,3; D. 39,6,35,6; D. 39,6,37,1

Околност што је претпоставка опозива због раније смрти поклонопримца била у другом плану у односу на разлог опоравка поклонодавца, неки романисти су образлагали чињеницом да се код овог разлога претпоставља претходни договор странака у вези са оваквим опозивом. Тако би овај разлог за опозив био пуноважан само ако је уговорен од стране самих учесника у правном послу. Међутим, овакав разлог се не може узети као основан, јер тешко да су сви који су се налазили у смртној опасности располагали својим добрима у виду поклона и притом узимали у обзир, у реалном животу мало вероватну ситуацију, да поклонопримац умре пре него што даровање буде коначно, односно пре него што се види да ли је поклонодавац превазишао смртну опасност или није. Тако би могућност опозива поклона због претходне смрти поклонопримца, била једна врста привремене мере, која би пре свега била усмерена на заштиту законских наследника. Ово из разлога што се оваквим опозивом даровање сматра *intuitu personae*, и усмерено је само на личност поклонопримца, при чему наследници поклонопримца не би имали правну могућност да захтевају предају поклона, већ би ствар остала законским насленицима поклонодавца. Ово је нарочито значајно за законске наследнике који су при расподели заоставштине заобиђени од стране дародавца. Управо цитирани текстови D. 39, 6, 18, pr. , D. 39, 6, 35, 3 и PS 3, 7, 1, то потврђују.³⁸⁰

7.1.7. Мотивација поклонодавца код опозива *donatio mortis causa*

Једно од важних питања код разликовања *donatio mortis causa* од обичног поклона јесте и правилно објашњење разлога због чега поклонодавац код поклона за случај смрти задржава право на повраћај поклона. Да ли је намера поклонодавца код поклона за случај смрти само у томе да искаже дарожљивост према поклонопримцу, као што се то чини код поклона *inter vivos*, или је његова мотивација битно другачија него код обичног поклона. Извори нам пружају несумљиве доказе да поклонодавац нерадо чини поклањање, јер најрадије жели да сам поседује предметну ствар. Међутим, посебне околности приморавају поклонодавца да одлучује о судбини својих ствари за случај да се оствари смртна опасност. Поклонодавац не жели да се у случају његове смрти примењује законски наследни ред, односно радије жели да ствар поседује поклонопримац него његови наследници. О таквој мотивацији поклонодавца нам највише података пружају текстови Марцијана D. 39, 6, 1, и Паула D. 39, 6, 35, 2:

³⁸⁰ Simonius, P., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, стр. 111-112.

D. 39, 6, 1 Marcianus libro nono institutionum

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piraeo.

„Поклон за случај смрти постоји када би неко пре сам имао ствар него да је има поклонопримац, а с друге стране радије би да је има поклоноримац него његови наследници. Тако код Хомера Телемах дарује Пиреја.“

У овом тексту Марцијана се може видети да поклонодавац код *donatio mortis causa* увек рачуна на могућност своје смрти, и даровање чини у таквим околностима. Он у том случају жели да одреди судбину ствари које поклања.

D. 39, 6, 35, 2 Paulus libro sexton ad legem Iuliam et Papiam

Sed mortis causa donatione longe differ ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur, et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at si, qui mortis causa donat, se cogitate atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est, quare vulgo dicatur: se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum.

„Поклон за случај смрти разликује се од оног правог и безусловног поклона који се тако спроводи да се не може никако опозвати. Овде би поклонодавац желео да ствар треба пре поседовати поклонопримац него он сам. Ко пак због смрти поклања, има у мислима само себе и из љубави према животу пре би задржао ствар него је поклонио. То је разлог зашто се уопштено каже: он би желео да ствар сам има, него да је поклонопримац поседује, а радије да је овај има него наследник поклона.“

Из овог текста Паула се још више може видети какво је схватање поклонодавца код даровања за случај смрти. У суштини поклонодавац не би желео уопште да учини поклон, а када га чини у изузетним околностима он се нада његовом опозиву и повраћају ствари, јер очекује да ће остати у животу. Овде је јасно исказана Паулова намера да поклонодавац не жели да се уопште одрекне ствари, већ радије жели да је задржи преко могућег права на опозив даровања (*is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult*). Из тога се може видети и поклонодавчева себичност (*se cogitat*), која се исказује кроз захтев за враћање поклона. Повраћај поклона

је поклонодавац могао да захтева у три могућа случаја. Очигледно је, да случај захтева за враћање при ранијој смрти поклонопримца, није у овом тексту у питању, јер у начелу поклонопримац мора да надживи поклонодавца, да би поклон остварио правно дејству. Овде се јасно изражава жеља поклонодавца да поклон учини само поклонопримцу а не његовим наследницима. Пре би се могло говорити о захтеву за враћање после превазилажења неке смртне опасности. У вези са тим је формулисана и приказана у тексту поклонодавчева љубав према животу (*amore vitae recepisse*). Када се опозив поклона повеже са „љубављу према животу“, тиме се може закључити да се поклонодавац нада да ће превазићи опасност. Споразум да дејство поклона треба да зависи од преминућа поклонодавца од неке одређене болести, односно, да у сличним ситуацијама опасним по живот поклонодавца настаје право на повраћај када је опасност превазиђена, представља прави услов, јер су догађаји, који су наступили измакли моћи поклонодавца. Тиме се показало да право на повраћај код превазилажења опасности поклонодавца није довољно да се образложи тврђење *qui mortis causa donat, se cogitat*.

381

Текстови Марцијана и Паула су разумљиви само у позадини једног генералног права на опозив поклона за случај смрти. Само слободан опозив *donatio mortis causa* изражен преко права на кајање оправдава изјаву да поклонодавац нерадо даје поклон својим наследницима, већ радије жели да припадну поклонопримцу, али би их најрадије сам задржао за себе. Намера поклонодавца овде је постигнута правом на опозив. Поклонодавац регулише брижљиво да предмет не падне у руке његовим наследницима, али задржава право да га у свако доба узме за себе.

7.1.8. *Donatio mortis causa* са ограниченим или изостављеним правом на опозив

За разлику од наведених текстова који доказују право на опозив *donatio mortis causa* у сваком случају, у изворима се могу пронаћи и текстови где се, као једна од могућности, не наводи право на опозив код даровања *mortis causa*. Најизразитији је у том правцу Јулијанов текст D. 39,6,13,1, који смо претходно већ анализирали. У овом тексту се наводе четири могућности поклањања, где је за нас посебно интересантна последња –

³⁸¹ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 239.

четврта могућност. У тој варијанти се негира могућност опозивости поклона за случај смрти.

Иста могућност као у D. 39,6,13,1. се понавља и у Пауловом 4. фрагменту у D. 39, 6, 35, где се понављају готово идентичне реченице:

D. 39, 6, 35, 4 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Mortis causa donatio fit multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est; alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest. Nam et sic potest donari, ut omni modo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut raddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui accepit, decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem donator.

Ова два наведена текста изгледају скоро идентично. Међутим, постоје одређене разлике. Паулов текст показује разлику у односу на Марцелов утолико што уместо *nec si*, код Паула налазимо *ne si* односно *nisi*. Почев од *nisi* противуречност се можда може ублажити: *nisi convaluerit quidem donator*, те се онда може разумети као ограничење под извесним околностима према: *nullo casu sit repetitio*. Могла би се онда Паулу разложно ставити примедба да се једна *donatio mortis causa* може уговорити и без права на захтев за опозив, без обзира на случај опоравка поклонодавца. Остаје онда за објашњење како би требало да буде предмет погодбе право на опозив поклона у случају превазилажења смртне опасности поклонодавца, ако постоји читав низ места у којима се поклања *sola cogitatione mortalitatis*, и сходно томе нема овог права на захтев за повраћај. То не значи да би део *id est nec si (ne si/nisi) convaluerit quidem donator*, требало брисати као глосу, јер би остао да постоји навод да једна *donatio mortis causa* може да буде договорена без икаквог права на захтев за опозив.³⁸²

³⁸² Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 41-42.

7.2. Опозив *donatio mortis causa* у посткласичном праву

Неоспорно да је Јустинијаново право познавало слободан опозив *donatio mortis causa*. Једна Јустинијанова измена закона, која се искључиво односи на Јулијана, дозвољава међутим претпоставку, да је Јустинијан потврдио већ постојеће класично право. Одлучујући део текста који се односи на такву претпоставку гласи:

Nov. 87 Imp. Iustinianus Aug, Iohanni pp. secundo

Scientes autem, quod nos invenientes veteres legislatores dubitantes de mortis causa donatione, quando donatio aut legatum est, (...) legatum eam esse pure definivimus ed neque gestis monumentorum indigere, sed licentiam habere fieri eam et inseri ei et aliquas conditiones quas donator volueru, et si hoc actum fuerit, licentiam habere renitiare et hoc ipsum posse per paenitentiam huiusmodi donationem revocare et quas voluerit condiciones inserere mortis causa donationibus, secundum quod Iulianus sapientissimus sancivit, hoc quod nos in tricensimo octavo libro nostrorum digestorum scripsimus (...).

„Сећајући се нашег мишљења, да ранији правници су имали сумње о *donatio mortis causa*, да ли је она поклон или завештање, ми смо дали уредбу да је она завештање и не треба никакво јавно сведочанство, већ поклонодавац да има овлашћење, да она тако да се сматра и додати јој делове које он има увек; и кад је то договорено, он треба да има овлашћење, управо да се тога одрекне да може тај поклон да опозове на основу кајања, а он треба да дода било које услове, према ономе што је мудри Јулијан наредио; ми смо то у 39. књизи наших Дигеста прописали.“

Наведени текст у Новели углавном понавља садржај Конституције С. 8, 56, 4. која је изашла девет година раније. Ново је, свакако, истицање права поклонодавца на кајање и опозив поклона.

Несумљиво да је поклонодавац имао право на опозив поклона за случај смрти, јер има само једно Јулијаново место, које се изјашњава за могућност да се поклонодавац потпуно одрекне права на захтев за повраћај. Исто је наведено у тексту Дигеста D. 39, 6, 13, 1. Док се могућност одрицања на право на опозив ретко налази у изворима, право на опозив се као правило *donatio mortis causa* разумљиво претпоставља. Јустинијан се позива на Јулијана и сигурно не треба претпоставити да цар овде погрешно наводи речи

овог класичног правника, јер за то нема разлога. Могућност да се одрекне опозива и права на повраћај поклона супротставља се интенцији у С. 8,56,4, јасно изнетој законодавној интенцији изједначавања са правом на завештање. Зашто би цар уводио једно опште право на кајање које раније није постојало, само да би наредио да се тај институт може споразумом странака ставити ван снаге. Изгледа тачније да Јустинијан ставља сам границу, трудећи се да поједностави право: ако *donatio mortis causa* треба да наличи на право завештања, остаје се ипак код стародревне разлике, да, у начелу, може се одрећи права на кајање, што код завештања никада није могуће.³⁸³

Коначно, онда не чуди да је Јустинијан право на опозив прихватио у школску дефиницију *donatio mortis causa* :

Inst. 2, 7, 1

Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ed contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit reciperet, vel si eum donationis paenituisset aut prior decesserit is cui donatum sit. mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.

„Поклон за случај смрти је такав, који следи у очекивању смрти, то јест ако неко тако поклања, да прималац (ствар) треба да задржи уколико њега задеси смрт, а ако он преживи опасност поклон ће му бити враћен, као и онда када он опозове даровање или прималац премине раније. Ови поклони због смрти су уређени сасвим по угледу на легате.“

После свега овога не остаје никакав убедљив аргумент за претпоставку да је Јустинијан увео право на слободан опозив поклона за случај смрти. Цар се оријентише више у покушају да поново успостави класично право, уколико може, угледајући се на претходнике, на које се позива. Свакако да је Јустинијан имао у виду текстове већине познатих класичних правника - Јулијана, Сцеволе, Марцела, Папинијана, Паула, Улпијана, када је у свом законодавном раду утврдио право на опозив поклона за случај смрти. Не стоји притом сумња да се ради о интерполацијама текстова, јер је у питању велики број текстова из различитих области, при чему је мало вероватно да су сви они интерполирани. Коначно, Јустинијан је у конституцији С. 8,56,4, наредио да се на *donatio*

³⁸³ Rüger, D., *Die donatio mortis causa*, 241.

mortis causa примењују правила прописана за легате, при том наводећи да је тиме решио спор класичних правника око природе овог института, јер су постојале недоумице да ли је *donatio mortis causa* уговор о поклону или легат. Без постојања права на опозив тешко да би могло да буде спора између класичних правника о правној природи *donatio mortis causa*. Без могућности поклонодавца да опозове поклон за случај смрти, он би представљао само једну врсту обичних поклона. Тек право на опозив даје специфичност овом правном институту и приближава га легатима, и на тај начин му даје наследноправни карактер.

Стога можемо закључити да право на слободан опозив поклона није Јустинијанова творевина, већ је он само преузео такво право које је постојало и у ранијем периоду, и одувек је издвајало *donatio mortis causa* у односу на друге врсте поклона, и приближавало га наследном праву. За разлику од класичног периода када је спорадично долазило до приближавања *donatio mortis causa* институтима наследног права, у Јустинијановом периоду је дошло до измене правне структуре донације за случај смрти, која се сада скоро у потпуности изједначила са одредбама последње воље.

8. DONATIO MORTIS CAUSA У ПОСТКЛАСИЧНОМ И ЈУСТИНИЈАНОВОМ ПРАВУ

Одређене промене у регулисању поклона могле су се уочити већ крајем класичног периода. Тада се већ може видети све већа разлика између обичних поклона и *donatio mortis causa*, која разлика у каснијем периоду постаје све израженија.

У посткласичном периоду извршена је темељна реформа поклона. За разлику од класичног периода када је поклон био само кауза правног посла, сада се даровање развило као типичан правни посао. Зaslуге за свеобухватну реформу даровања припадају цару Константину, који је поклон регулисао на другачији начин.

Иако и владавина императора Јустинијана временски посматрано потпада под посткласичан период, ипак смо његову законодавну делатност у области даровања, због значаја спроведене реформе, издвојили као посебну целину.

Јустинијан је у области целокупног правног система, па тако и у области даровања, унео доста измена у односу на класично и посткласично право. За разлику од Константинове

реформе, која се углавном односила на поклоне *inter vivos*, Јустинијанова реформа је обухватила у пуном обиму сва даровања, па тако и *donatio mortis causa*. Иако се још од класичног периода уочавала сличност, коначно је тек у Јустинијановог праву дошло до великог структуралног приближавања између поклона за случај смрти и легата. На основу извора би се могло сматрати да је дошло чак и до њиховог изједначавања. Ипак, треба бити опрезан са таквом констатацијом, јер се свестранијом анализом може доћи и до другачијег закључка.

8.1. *Donatio mortis causa* крајем класичног и почетком посткласичног периода

До одређених промена у погледу даровања за случај смрти дошло је већ у класичном периоду, а те су се промене све више уочавале крајем класичног а почетком посткласичног периода.

Приближавање *donatio mortis causa* наследноправним институтима наговестио је Паул у Сентенцијама.³⁸⁴ Већ се ту увиђа разлика између *donatio mortis causa* и обичних поклона, јер се поклон за случај смрти означава као даровање које је подвргнуто услову:

Paul.Sent. 3, 7, 1.

Mortis causa donat qui bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donauit

„О даровању за случај смрти ради се онда када неко ко одлази у рат или на пловидбу (морем) другоме нешто даје под условом да му то, ако се врати (жив), буде натраг враћено, а ако умре да остане онеме коме је даровано.“

Осим тога, развија се и пракса опозивања даровања за случај смрти по слободној вољи - *ex poenitentia*, што је у супротности са класичним схватањем оваквог даровања, где је опозивање било могуће само ако поклонодавац избегне смртну опасност или поклонопримац умре пре њега. Такође, у исто време је супротно класичном праву било дозвољено даровање *mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*, то јест даровање код

³⁸⁴ Јулије Паул је био плодан писац за којег се сматра да је писао у периоду почев од владавине Комода (180 г.н.е.), па све до периода владавине Александра Севера (222-235. г.н.е.). Од свих Паулових дела најпознатије су Сентенције. Текст Сентенција који се данас користи настао је из више извора, а највећи део текста уврштен је у варварски зборник *Lex Romanae barbarorum*, и то у *Lex Romana Visigotborum* из 506. г.н.е.

кога је била довољна само помисао на пролазност живота, а не као раније да је поклонодавац могао начинити овај поклон само у случају конкретне смртне опасности – *imminente periculo*.

PS 3, 7, 2

Donatio mortis causa, cessante ualetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam reuocatur < morte enim tantummodo conualescit.

„Даровање за случај смрти, ако престане болест и дародавцу се поврати здравље, може такође бити услед покајања опозвано, но ако наступи смрт, оно свакако постаје ваљано“

Овакав Паулов текст у супротности је са друга два текста из Сентенција PS 3,7,1 и PS 2,23,1, који указују на то да се у посткласичном периоду као мотив поклонодавца за даровање јавља непосредна животна опасност. Стога су неки аутори мишљења да је даровање *mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis* творевина Јустинијановог периода и да у посткласичном, као уосталом и у класичном праву није постојао поклон за случај смрти са таквим обележјима.³⁸⁵ У романистичким круговима овакво мишљење није било јединствено, већ је било аутора који су сматра да је даровање за случај смрти код којег је постојала опозивост по слободној вољи, било једнако класично као и поклон за случај смрти у случају конкретне смртне опасности – *imminente periculo*.³⁸⁶ Када се разматрају овако супротна мишљења треба имати у виду чињеницу да је већ у посткласичном периоду започело приближавање *donatio mortis causa* располагањима последње воље, те стога сматрамо и да је већ у том раздобљу започела употреба поклона за случај смрти са обележјима опозивости по слободној вољи. Пут од поклона за случај смрти где је опозив поклона условљен превазилажењем непосредне смртне опасности, до примене *donatio mortis causa* са обележјем слободне опозивости јесте развојни пут даровања за случај смрти од класичног до Јустинијановог периода, где се коначно *donatio mortis causa* структурално приближава институтима наследног права, и скоро потпуно изједначава са легатима. Свакако да је такав развојни пут започео још у класичном периоду, а наставио се још већим интензитетом крајем класичног и почетком посткласичног периода.

³⁸⁵ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, стр. 183.; Tort-Martorell Llabres, C., *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico*, стр. 163.

³⁸⁶ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, стр. 9.

8.2. Константинова реформа

Значајна реформа у области даровања догодила се за време владавине Константина. Тада су прописана правила која су се односила на поклоне, која су представљала иновацију у односу на дотадашње схватање даровања.

Константинова реформа је значајна за област даривања, јер је у великој мери уредила ову правну област. Неспорно је да се оваква реформа превасходно односила на поклоне *inter vivos*, али је спорно у којој мери је ова реформа утицала на *donatio mortis causa*. Према једном схватању реформа Константина се односила на све донације, укључујући и *donatio mortis causa*.³⁸⁷ Према другом схватању, које заступа већина савремених романиста, ова реформа се није односила на *donatio mortis causa*, а чак и ако јесте то је било оскудно.³⁸⁸

Постојало је више разлога за Константинову реформу. Најпре, то је криза кроз коју је пролазило римско друштво у периоду домината, као и сложеност класичних правила која су била утемељена на Цинцијевом закону. Реформом се, најпре, желело да се уместо компликованих класичних правних правила почну примењивати једноставнија, а, осим тога, тежило се и да се поклонима обезбеди одређена правна сигурност. Ово из разлога што је постала видљива тенденција узурпације имовине под видом поклоне, чему је погодновало слабљење централне власти у претходном периоду и јачање моћи крупних земљопоседника. Један од разлога био је и тај што се желело избећи и изигравање пореских прописа, који су чињени под привидним закључењем поклоне.³⁸⁹

Император Константин је био свестан да је у правној области даровања учинио корените промене. Он о разлозима за ову реформу темељно излаже, већ на почетку текста конституције која је уврштена у *Fragmenta Vaticana*, када говори о томе шта га је мотивисало да начини наведене промене:

Fr.Vat. 249, 1.

Multas saepe natas ex donatione causas cognovimus, in quibus vel adumbrata pro expressis vel onchoata pro perfectis vel plurima pro omnibus controversiam faciant, cum agentium

³⁸⁷ Di Paola, S., *Donatio Mortis Causa*, стр. 110.

³⁸⁸ Suarez Blazquez, V., *Donatio mortis causa*, стр. 221-223.

³⁸⁹ Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, стр. 286.

visa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulso vacillanti sententia non parum decreta differebant, Maxime karissime ac iucundissime nobis.

„Познато нам је да су многи спорови настали по основу поклона у којима је или привидно за извршено, или непотпуно за перфектно, или у највећем делу за потпуно изазивало противречности, да би по основу оштроумља или вештине говора заступника оно што је коначно било покварено, а оно што је недовршено учињено перфектним. Отуда двосмислено право, колебљиве пресуде и декрета која се не могу разликовати, нама најдражи и најцењенији Максиме.“

На основу овог текста може се закључити шта су били узроци и циљеви тако велике реформе. Константин оправдање за овакав захват налази у пропустима правосуђа и погрешкама законодавства у регулисању поклона. Он директно указује да су дотадашња правила о поклона била компликована и тешко примењива у пракси.

Наиме, пре Константинове реформе сва даровања, било поклони *inter vivos* или *donatio mortis causa* били су схватани као кауза која се остварује кроз различите економске ефекте, и реализује се различитим актима. Константин је прописао форму кроз коју се мора спровести поклон и тиме даровању дао правни режим самосталног типичног правног посла. Овакву реформу Константин је спровео прописавши 323. године, посебном конституцијом три формалне претпоставке за пуноважност даровања:

1. да се донација оставарује кроз један писани правни акт.

Fr.Vat. 249.5

His enim rebus saepe clandestine fraud, et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac dehinc aliis largiendo atque dando ac saepe venum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit...Post in iisdem conscribendis precipue nomen donatoris, ius ac rem notans proscribat. Tum utrumque iure compleatur neque id occulto aut per imperitos aut privatim.

„У овим, наиме, стварима често се скривено вара и оно што је учињено приказује се да није и прикрива се у писмену или симуловањем нечег другог или одатле неког другог даривања или поклона, а често и продаје, мамећи многе да гаје наду да ће отимањем стећи себи имовину...Напокон у писмену особито треба навести име поклонодавца,

право и ствар. Ово правило треба тако поштовати да не буде написано ни скривено ни од стране невичних, ни од приватних лица.“

Fr.Vat. 249,6.

Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit scientibus plurimis perscribantur eaque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint.

„На таблици, дакле, или на некој другој материји која у то време постоји, или он сам или лице које случај одреди између више лица, уз знање више лица треба у потпуности уписати, тако као што је горе речено, да се имена ствари или лица разликују.“

2. да се даровање спроведе предајом ствари у присуству посебно сазваних сведока.

Fr.Vat. 249.6.

...ac tum corporalis traditio... ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur.

„...тада следи телесна предаја...саме присутне ствари уз присуство свих сазваних арбитара који ће после својом вером потврдити да је сагласношћу свих учињено.“

3. да се даровање региструје у јавној служби

Fr.Vat. 249, 7.

Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eisdem generis erit, sedem novo domino paterfecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat.

„Није, наиме, у складу са правом ствар слободно предата на други начин сем ако је од њега или са његовом вољом предата ако је покретна, или у његовом одсуству, ако је кућа или земљиште или нешто друго исте врсте, у том месту новом господару стављено на располагање. Све што је записано у актима треба предати судији да се

ствар коју су многи свешћу, оком и ухом потврдили никада не изгуби, да се не би без његовог знања прибављало или прикривањем сакрило.“

Циљ овако постаљених формалних правила био је да они који хоће да поклоне одређене ствари морају то учинити једино уколико је њихово даровање у сагласности са прописаним правилима.

Најзначајније резултати Константинове реформе били су у томе што је након више од пет векова примене укинут Цинцијев закон, што је поклон постао типичан уговор признат од стране закона, и што су прописане строге форме које су се морале поштовати уколико се желело да даровање буде пуноважно.

Што се унутрашње структуре даровања тиче, на основу прописаних формалних услова даровања, може се закључити да је овом реформом од раније разноликих облика реализовања поклона, сада остао само облик реалног даровања. Такво реално даровање се остварује преносом својине над ствари. Тиме што је уз израз *traditio* додато *corporalis*, јасно је стављено до знања да се *traditio* не сме схватити превише широко, те да се под тим појмом може обухватити само пренос својине, али не и пренос и заснивање неких других стварних права која дају овлашћење на употребу или коришћење ствари.³⁹⁰

Ипак, није Константинова реформа потпуно истрајавала у строгости прописане формалности. У многим случајевима су овакве формалности заобилажене, а у неким случајевима је и сам законодавац дозвољавао да се прописане формалности не спроведу. Тако је Константин установио посебна правила за поклоне између родитеља и деце. Такви поклони су били пуноважни иако би били сачињени без икаквих формалности, што значи да није било потребно саставити писмену исправу о даровању, регистровати поклон, нити извршити предају ствари.

Fr. Vat. 249, 1

Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et voluntas omni libera sollemnitate, modo perfecta ortus suospraesenti munere opulentat.

³⁹⁰ Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, стр. 105.

„Зато овде, као што је већ раније за изузете особе закон установио прописујемо да су поклони учињени деци перфектни и без икаквих формалности.“

Да су поклони између родитеља и деце заиста били ослобођени свих формалности потврђује се и три године касније у CTh. 8,12,4. где се наводи да је консенсуалност ови уговора уведена одлуком Антонија Пија.

CTh. 8, 12, 4 (imp. Constantinus 319. god.)

luxta divi Pii consultissimi principis instituta valere donationes placet inter liberos et parentes inter liberos et parentes in quomcuquo solo et cuiuslibet rei liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed iudicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit inrepere et conlata inter ceteras exceptas Cinciae legi personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fierit sollemnitas vel certe res tradita docetur. Quam legem ad lites volumus pertinere, quaecumque tempore iussionis inveniuntur esse suspensae et quae post futurae sunt, ne transcacta negotia refricentur.

„У складу са одредбом божанског Пија, веома ученог принцепса, одређујем да важе поклони учињени између родитеља и деце и то у било ком месту и у којој било ствари да је доказано да се поклон састоји, иако није извршена манципација нити је уследила предаја, већ је само јасна гола воља, из које се ван сваке сумње види намера, која није неодређена, већ саопштава одлуку тако да се не може поставити питање воље, па када се одреди да ли су изузете поред осталог и друге особе према Цинцијевом закону, добија пуну снагу, или пак да буде доказано да је извршена свечаност манципације, односно предаје одређене ствари. Хоћемо да се овај закон примењује на све спорове који се воде у било које време наше наредбе и који ће се убудуће водити, да се не би закључени послови нападали.“

Међутим, спорно је да ли је ослобађање од формалности код поклона родитеља деци прописао раније император Антонин Пије, како то наводи у претходним текстовима Константин. Извесније је да ослобађајући од формалности поклоне родитеља деци, није

Константин преузео раније прописано правило Антонина Пија, већ да је, заправо, увео ново правило.³⁹¹

Консенсуалност поклона родитеља деци није дуго била на снази, јер је већ 333. године Константин пуноважност поклона условио регистравањем и уписивањем у архив. Разлог за увођење регистравања поклона у архив био је тај што би потпуно ослобађање од формализма довело до превара и опозивања поклона, те је таква мера била неопходна ради правне сигурности.³⁹²

Осим што се формалност није захтевала код поклона родитеља деци, и у неким другим случајевима је долазило до превазилажења прописаних формалности. Тако, се у одређеним случајевима *traditio* схватао широко, као код *donatio retento usufructu*.³⁹³ У неким другим случајевима је долазило до тога да се формалности нису строго захтевале, као код предбрачног поклона *donatio ante nuptias*, где је законодавац према таквом даривању заузео благонаклон став.³⁹⁴ Такође, ослобођена формалности су била и даровања чија вредност је била испод 200 солида, где је било довољно неформално обећање, односно споразум *pactum legitimum*.

Као што се може видети, у пракси није дошло до строге примене прописаних правила, тако да се створио један широки појам даровања. Тако је даровање остваривало и функцију правних послова располагања последње воље ако је поклонодавац за живота истрајао на даровању, јер се признавало правно дејство поклонодавчеве воље након

³⁹¹ Према изворима нема доказа да је Антонин Пије донео одлуку о ослобађању формалности поклона родитеља деци. Анализирајући текст Диоклецијана Fr.Vat. 314 (Imp.Diocl. i dr. 294. god.) где је наведена садржина такве одлуке, може се закључити да Антонин Пије није ове поклоне учинио консенсуалним већ је само допустио да писмена исправа о поклону замени манципацију, традицију или стипулацију, без којих нема ваљаног поклона. Исто се потврђује и у једном рескрипту Fr.Vat. 268 (resp.), који су највероватније издали императори Север и Каракала. види више: Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, стр. 216-217.

³⁹² CTh. 8,12,5 (Imp. Constantinus 333. god.)

³⁹³ CTh. 8,12,9.

³⁹⁴ Предбрачни поклон *donatio ante nuptias* је у класичном праву био пуноважан само ако је уследило закључење брака (I. 2,7,3.). Уколико би раније дошло до смрти једног од вереника, поклонодавац или његови најближи наследници имали су право да узму поклон натраг (CTh. 3,52 Imp.Constantinus 319.gogd.) Овакво правило је касније изменио Константин, утолико што је после *osculuma* вереница задржавала половину поклона (CTh. 3,5,6. Imp. Constantinus 336.god.). Даља либерализација поклона између вереника је уследила за време Јулијана. У циљу заштите неискусних малолетних вереница Јулијан је прописао да ће бити пуноважан поклон учињен малолетној вереници без писмене форме и предаје, који је заснован само на простом споразуму (CTh. 3,5,8. Imp. Iulianus 363. god.). Овакво правило је касније проширено на све заручнице. (CTh. 3,5,13. Imp. Theod. i Valent. 428. god.). О Константиновој реформи и посебним правилима за поклоне између брачних другова види више: Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu*, стр. 221-223.

његове смрти и када он није коначно реализовао даровање у смислу захтева Константинове реформе.

Константинова реформа је у романистичким круговима била предмет расправе да ли се таква реформа односила само на обичне поклоне или се протезала и на *donatio mortis causa*. Извор који пружа најпотпуније податке о реформи поклона је једна конституција из 323. године забележена у више извора,³⁹⁵ а најпотпунији и најсадржајнији текст је дат у Fr. Vat. 249, док је суштина конституције у ширем изводу пренета у CTh. 8,12,1, одакле је један део преузет у C. 8,53,25. Два кратка фрагмента конституције налазе се у C. 5,37,21 и Cons. 9,13, а њен текст је репродукован у Ed.Theod. 51,52,53. Ова конституција према текстовима из извора не изјашњава се прецизно о ширини Константиновог реформаторског захвата. Према ставу једног дела романистичка правне науке реформа се није односила на поклоне за случај смрти, већ само на обичне поклоне. Такав став је изнет са образложењем да је већ раније у класичном периоду дошло до асимиловања *donatio mortis causa* са легатима, тако да није било основа да се у оквиру ове реформе обухвате и поклони за случај смрти.³⁹⁶ Са друге стране, износи се гледиште да се спајање *donatio mortis causa* са легатима није одиграло пре Јустинијаног периода.³⁹⁷ Наиме, судећи по правним изворима процес приближавања *donatio mortis causa* легатима започео је пре Константинове реформе. На то упућује и Јустинијан у својој конституцији из 530. године када спомиње дилему која је владала међу правницима да ли *donatio mortis causa* треба сматрати поклоном или легатима.³⁹⁸ Ово наговештава да је процес изједначавања *donatio mortis causa* са легатима трајао споро, и да је у читавом посткласичном периоду *donatio mortis causa*, још увек сматран институтом суштински различитим од правних послова наследног права. Тачно је да су у класичном периоду на *donatio mortis causa* проширивани неки прописи који су важили за легате, али исто не треба схватити као њихово структурално приближавање, већ више као опрезност законодавца да се даровањем *mortis causa* не изиграју ограничења која прописи

³⁹⁵ Датум издавања конституције је споран, јер је у инскрипцији наведеној у Теодосијевом и Јустинијановом кодексу назначена је као година издавања 316. година, али имајући у виду да је *Valerius Maximus Basilius*, коме је конституција упућена, био *praefectus urbi* од септембра 319. године до септембра 329. године, већина романиста сматра као тачнију годину издања 323. годину. (Archi, G.G. *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960, стр.230.; Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955, стр. 645.)

³⁹⁶ Amelotti, M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, стр. 204-205.

³⁹⁷ Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, стр. 246.

³⁹⁸ C. 8,56/57/4.

предвиђају за легате. Приближавање *donatio mortis causa* легатима започело је у оном тренутку када је у структуру *donatio mortis causa* ушао опозив *ad libitum* поклонодавца, што је битно обележје легата. Исто се догађа тек у посткласичном периоду, у раздобљу после Константина, те је, према овом схватању, Константинова реформа обухватала све врсте даровања укључујући и *donatio mortis causa*.³⁹⁹

Имајући у виду досадашње резултате романистичке правне науке, која се ослањала на изворе, сматрамо да период који је настао од класичног до Јустинијановог доба, није у погледу *donatio mortis causa* донео неке значајније резултате. Реформа коју је спровео император Константин у области даровања била је свеобухватна и значајна, али она није у већој мери утицала на поклон за случај смрти. *Donatio mortis causa* је тек Јустинијановом реформом јасно издвојена у посебну врсту даровања, и притом се прави значајна разлика између оваквог даровања и поклона *inter vivos*.

У посткласичном периоду је Константиновом реформом поклон схваћен као типичан уговор, а не само кауза правног посла као до тада. Ово се не може закључити за *donatio mortis causa*, јер је регулисање поклона за случај смрти у посткласичном периоду било слично оном из класичног периода. Већ у том периоду је долазило до приближавања *donatio mortis causa* и института наследног права, али ниједног тренутка поклон за случај смрти није изгубио свој идентитет и своју специфичну и различиту структуру од института наследног права.

Карактеристично за период након Константинове реформе, што се тиче *donatio mortis causa*, била је чињеница да поклони за случај смрти нису били подвргнути строгој формалности. Чак, шта више, долази и до изражене либерализације у погледу настанка и опозива поклона за случај смрти. Тако, противно класичном праву, за настанак *donatio mortis causa* није више била потребна конкретна смртна опасност (*imminente periculo*), већ је било довољно и само размишљање о пролазности живота (*cogitatio mortalitatis*).⁴⁰⁰ Такође, и за опозив поклона се више нису тражиле основне претпоставке класичног права да поклонодавац избеже смртну опасност или да поклонопримац умре пре њега. Сада се све више развија пракса слободног опозивања *donatio mortis causa* (*ex poenitentia*). Како су сада постали могући настанак *donatio mortis causa ex sola cogitatione*

³⁹⁹ Radović, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, стр. 34.

⁴⁰⁰ D. 39,6,2; D. D. 39,6,31,2; D. 39,6,35,4. види више поглавље о мотивацији поклонодавца

mortalitatis, и апсолутна опозивост по слободној вољи, тј. *ad libitum* поклонодавца, јасно се види тренд приближавања *donatio mortis causa* институтима наследног права. Тенденција праксе да се поклони функционално приближе располагањима последње воље, садржало је и претњу да се даровање суштински преобрази у правне послове блиске наследном праву, чему нарочито доприноси признавање апсолутне опозивости поклона *mortis causa*.⁴⁰¹

У посткласичном периоду наставио се процес приближавања поклона за случај смрти наследном праву, који је започео још у класичном периоду. То резултира све већим удаљавањем овог института од обичних поклона, а приближавање наследноправним категоријама. Такво прогресивно приближавање може се наслутити већ из садржаја С. 5,9,3 из 238 године, док се то јасно уочава из садржаја С. 10,36,1,3 из 442. године, где је *donatio mortis causa* смештена у делу који се бави наслеђивањем, заједно са легатима и фидеикомисима, а сасвим одвојено од обичних поклона.

Из наведених чињеница јасно призилази да се правила прописана Константиновом реформом нису примењивала на *donatio mortis causa*, а чак и ако спорадично јесу, то је било у оскудној мери. Стање у изворима и практична примена поклона за случај смрти из тог периода, који указују на приближавање *donatio mortis causa* институтима наследног права, само додатно потврђују чињеницу да у Константиновој реформи нису биле обједињене све донације, како то сматрају неки аутори.

На основу напред наведеног можемо закључити да Константинова реформа није у најбитнијим цртама захватила *donatio mortis causa*, јер се прописана правила нису односила и примењивала на поклоне за случај смрти. Тако, за разлику од поклона *inter vivos*, поклони *mortis causa* нису постали типичан аутономан правни уговор, са строго прописаним формалностима, јер се *donatio mortis causa* и даље остваривао кроз различите правне форме.

8.3. *Donatio mortis causa* у Јустинијановом праву

Јустинијан је био последњи император у историји римског царства, који је успео да уједини највећи део земаља бивше велике римске империје. Осим војних успеха и територијалног проширења, Јустинијанова заслуга је огромна у правној области. Он је

⁴⁰¹ Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960, стр. 256.

успео, уз помоћ стручних правника, да кодификује целокупно римско право и уведе јединствени правни систем. Кодификовано римско право (*ius* и *leges*) је било садржано у три правна зборника: Институцијама, Дигестама и Кодексу. Након тога су настале и Новеле, које су представљале конституције које је Јустинијан прогласио након завршетка рада на ова три зборника. На тај начин заокружен је Јустинијанов кодификаторски рад у области права са ова четири дела, која су касније у целини означена као *Corpus iuris civilis* (зборник грађанског односно римског права).⁴⁰²

Јустинијан је нарочиту пажњу посветио даровању, те је у Кодексу једну рубрику - „*De donationibus*; C. 8,53/54/“ посветио општој проблематици даровања и регулисању форме даровање форми даровања. Тако се приликом прописивања форме даровања водило рачуна о вредности поклона. Мада и пре Јустинијана нису морали да се уносе у регистар поклони мање вредности од 200 солида,⁴⁰³ сам Јустинијан је такву границу од двеста солида померио на триста, у случају да се неком лицу дарује више поклона.⁴⁰⁴ Након тога је границу од триста подигао на петстотина солида, те се сматрало да је до петстотина солида ваљан поклон и без потребних формалности, а преко тог износа је ништав.⁴⁰⁵

Осим ових промена у погледу формалности даровања, Јустинијан је унео и друге новине у ову правну област. Укинута је *traditio* као претпоставка валидног даровања.⁴⁰⁶ Конституцијом из 530. године н.е. прописано је да ствари чије је даровање обећано морају бити одређене и конкретизоване, и дозвољено је да се даровање може учинити једним јединственим актом, уместо више појединачних, с тим што мора бити испуњена формалност писане форме. Конституцијом из 531. године је проширио круг поклона ослобођених од исправа, те осим даровања цару и даровања *piis causis*, додата су и даровања за откуп из заробљеништва, даровања војницима за исказану храброст и даровања за обнављање уништених зграда.⁴⁰⁷ Последњом конституцијом у рубрици „*De donationibus*“ из 531.г. препоручено је да се не користе сувишне речи у исправама о

⁴⁰² назив *Corpus iuris civilis* је први употребио Дионисије Готофредус и то је био наслов првог штампаног издања Јустинијановог зборника из 1583. године које је издато у његовој редакцији, а назив је дат највероватније према *Corpus iuris canonici* (кодекс црквеног права).

⁴⁰³ I, 2,7,2.

⁴⁰⁴ C. 8,53,34,pr.

⁴⁰⁵ C. 8,53,34,1

⁴⁰⁶ C. 8,53,54,35

⁴⁰⁷ C. 8,53,54,36

даровању.⁴⁰⁸ Посебну пажњу Јустинијан је посветио опозиву даровања те је ово питање издвојио у посебну рубрику „*De revocandis donationibus*; C, 8,55,56“, где је значајне новине унео у погледу опозива поклона због незахвалности поклонопримца.⁴⁰⁹

Наведене конституције којима се уносе одређене новине у погледу даровања, а пре свега у погледу форме даровања, углавном су се односиле на поклоне *inter vivos*. Међутим, Јустинијан је осим обичним поклонима посветио пажњу и поклонима за случај смрти. Тако је донео конституцију 530. године н.е., која се односила на даровање *mortis causa*.

C. 8, 56 (57), 4.

Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes quae inter vivos constituent eam posuerunt, dubietate eorum explose sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quocumque parte absimiles esse intellegantur.

Из садржаја ове конституције може се утврдити да се Јустинијан бавио проблематиком правне природе *donatio mortis causa*, имајућу у виду да је међу правницима постојала дилема да ли се ради о поклону или о располагању последње воље. Осим што се одлучује да саопшти решење спорног питања одлуком да се даровања за случај смрти имају изједначити са легатима, овде се увиђа да се овом конституцијом уређује и форма даровања за случај смрти. Исто је у сагласности са општом тендецијом уређења области даровања, где је посебна пажња посвећења форми. Овде се наглашава да за *donatio mortis causa* није потребна форма која је прописана за поклоне међу живима, односно

⁴⁰⁸ C. 8,53,54,37

⁴⁰⁹ C. 8,55,56,10.

није потребна исправа и *insinuatio* – упис даровања у јавне књиге. За пуноважност *donatio mortis causa* довољна би била форма кодицила, која подразумева да се даровање обави у присуству пет сведока.

Оваква форма која је прописана за *donatio mortis causa* била је унеколико различита од форме која је била предвиђена за обичне поклоне. Основна разлика се састојала у томе да за даровања за случај смрти није био потребан упис у јавне књиге, што је за поклоне *inter vivos* вредности изнад 500 солида била обавеза која се морала поштовати под претњом ништавости даровања. Чињеница да је за пуноважност *donatio mortis causa* било довољно присуство пет сведока отвара питање да ли је на тај начин Јустинијан желео да самом формом која је блиска располагањима последње воље приближи *donatio mortis causa* правилима наследног права, имајући у виду да је присуство сведока упућивало на сличност форме са тестаментом, или је присуство пет сведока био само начин да се надомести одсуство уписа у јавне књиге.⁴¹⁰ Једно мишљење је било да је на тај начин што је Јустинијан хтео да изједначи форму *donatio mortis causa* са формом тестаamenta, тиме желео да његову структуру изједначи са наследноправим институтима.⁴¹¹ Са друге стране изнет је став да је присуство пет сведока само нужан услов да се надомести недостатак уписа у јавне књиге, и да је то нужан предуслов за пуноважност поклона чак и када је вредност даровања испод 500 солида, те да прописивање такве форме нема никакве директне везе са тестаментима. Оваква претпоставка да је *donatio mortis causa* била независна у свом развоју у односу на тестамент, имала је међу романистима више присталица.⁴¹² Према једном средњем решењу сматра се да када није потребан упис у јавне књиге - *insinuatio*, за пуноважност *donatio mortis causa* тражи се писани акт уз који је неопходно присуство пет сведока, као код кодицила.⁴¹³

Јустинијан у својој реформи утврђује нову структуру *donatio mortis causa*, чиме се ствара битна разлика у односу на почетне облике поклона за случај смрти. Он жели да коначно

⁴¹⁰ Vallet de Goytisolo, J., „La Donación Morte Causa en el Código Civil Español“ AAMN 5 (1950), стр 653.

⁴¹¹ Müller, W., *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall*. Giesen 1827, стр. 27-28.

⁴¹² Glasson, E., *Etude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870, стр.56-70.; Savigny, F., *System des heutigen Römischen Rechts*, IV, Berlin 1841, стр. 275.; Girard, PF.-Senn.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, стр. 1004.; Bonfante, P., „La Donatio Ellenica e la Donatio Mortis Causa“ Scritti Giuridici Varii, I, Roma 1910, стр. 657.

⁴¹³ Arangio- Ruiz, V., *Insituciones de derecho Romano*, Napoli 1943, стр. 584.

разрешу дилему да ли је *donatio mortis causa* једна од донација *inter vivos* или се ради одредбама последње воље. У том смислу говоре и следећа два текста:

Inst. 2, 7, 1.

Mortis causa donatio est, qua propter mortis fit suspitionem, quum ita donat, ut, si quid humanitus ei contingisset, habere is, qui accepit, sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesseritis, cui donatum sit.

„Даровање за случај смрти је оно које се чини из страха од смрти, то јест када неко дарује на тај начин да ће дар остати ономе ко га је примио уколико поклонодавца задеси смрт, а ако преживи опасност дар ће му бити враћен натраг, као и онда када он опозове даровање или у случају када поклонопримац умре пре поклонодавца“

Из овог текста се може видети да је за разлику од класичног схватања поклона за случај смрти овде за пуноважност даровања није неопходан услов смртна опасност која прети поклонодавцу. Она чак није ни наведена. Према концепцији *donatio mortis causa* каква је остварена у Јустинијановом праву, а коју видимо из Inst. 2, 7, 1. довољно је само постојање страха од смрти, у смислу *suspicio mortis*. Такође, приближавање *donatio mortis causa* наследном праву може се уочити и из чињенице да је даровање за случај смрти постајало коначно након смрти поклонодавца. Овакав начин стицања је био најсличнији легату, где је, такође, легатар имао права према онерату тек након смрти оставиоца.

Nov. 87 prae f.

„...Nam cum scirent nos cognita veterum legislatorum dubitatione de mortis causa donatione, utrum donatio an legatum esset, aliis eam in donationis aliis in legati loco numerantibus, et optimorum legislatorum sententiis selectis declarasse eam omnino legatum esse neque actorum confectione indegere...”

У Јустинијановом праву долази до велике промене у схватању поклона за случај смрти, тако да се он умногоме разликује од *donatio mortis causa* класичног периода. Временом све више долази до приближавања *donatio mortis causa* институтима наследног права, тако да се у великом броју текстова даровање за случај смрти у потпуности изједначава са легатима:

D. 39, 6, 37, pr.

Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.

D. 39, 6, 15.

Marcellus notat: quum testamento reliquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest, ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent; Paulus notat: hoc et constitutum est, et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

D. 39, 6, 17

Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet; nam quum legata ex testamento eius, qui solvendo non fuit, omnimodo inutilia sint, possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.

Коначно да *donatio mortis causa* прихвата функцију једног легата сведочи и фрагмент Паула, где се говори о проширењу *Publiciane* на поклоне, а што се у контексту Јустинијановог права схвата као изједначавање са легатима :

D. 6, 2, 2 Paul. 19 ad ed.

Vel mortis causa donationes factae, nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Ово су само неки од значајнијих текстова који говоре о томе да је у Јустинијановом праву дошло до изједначавања *donatio mortis causa* са легатима.⁴¹⁴

У Јустинијановом праву је дошло и до промена у односу на мотивацију поклонодавца која је неопходна за настанак *donatio mortis causa*. За разлику од објективних услова, који се траже у класичном периоду, за настанак *donatio mortis causa*, овде су довољни и субјективни елементи. Код најранијих облика даровања за случај смрти, па све до класичног периода, био је присутан само облик *donatio mortis causa* који је био повезан

⁴¹⁴ види још: D. 35,2,66; D. 37,5,5,7; D. 37,5,20,pr.; D. 38,2,3,17; D. 38,5,1,1; D. 38,5,1,5.

са конкретном опасношћу која је претила поклонодавцу - *periculum imminente*. Међутим, већ у класичном периоду су се појавили случајеви даривања без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*, а таква појава је постала правило у Јустинијановом праву. Тако је предвиђено да се *donatio mortis causa* не мора односити само на конкретну животну опасност, већ даривалац може поклонити одређену ствар само размишљајући о људској смртности. Више није имала правни значај чињеница да ли је *donatio mortis causa* настала као резултат конкретне смртне опасности или само из пуког размишљања поклонодавца да ће пре или касније умрети.

D. 39, 6, 31, 2 Gaius libro octavio ad edictum provinciale

Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam statuliber aut legatarius alicui condicionis implendae gratia numerat, sive extraneus sit qui accepit sive heres. eodem numero est pecunia, quam quis in hoc accipit, ut vel adeat hereditatem vel non adeat, quique in hoc accipit pecuniam, ut legatum omittat. sed et dos, quam quis in mortem mulieris a marito stipulator, capitur sane mortis causa: cuius generis dotes recepticiae vocantur. rersus id, quod mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur aut cogitationem mortalitatis, quod nos quandoque morituros intellegimus.

Еволутивни развој поклона за случај смрти довео је до тога да *donatio mortis causa* у Јустинијановом праву буде готово потпуно изједначена са легатима. Она је сада, попут легата, слободно опозива, а не само ако поклонодавац избегне смртну опасност. Осим кондикцијом, што је раније био начин повратка ствари ако се избегне смртна опасност, сада се повратак дароване ствари се може тражити како *condicio causa data causa non secuta*, тако и реивиндикацијом. За настанак *donatio mortis causa* није морала бити обавезна форма која је била предвиђена за обичне поклоне, јер је за пуноважност даровања за случај смрти било довољно да је сачињен у форми кодицила, у присуству пет сведока, чиме се *donatio mortis causa* још више усагласио са правилима наследног права.

Међутим, овакве промене у правном режиму *donatio mortis causa* нису у потпуности донације за случај смрти изједначиле са одредбама последње воље. Иако је Јустинијан навео да се *donatio mortis causa* има у правном режиму потпуно уподобити легатима, ипак су остале извесне разлике између њих.

Најпре, легат је могао да буде пуноважан само у присуству тестаментa (или у царско доба и у облику кодицила који је потврђен тестаментом), те без важећег тестаментa није могао опстати ни легат. Са друге стране, *donatio mortis causa* је могао да егзистира независно од постојања тестаментa. Независно од тога да ли је постојао тестамент, поклон за случај смрти је могао да сачини како онај који је саставио тестамент тако и онај који није то учинио.⁴¹⁵ Том приликом поклонодавац код *donatio mortis causa* није био у обавези да у погледу преостале имовине сачини распоред последње воље, односно тестамент.

Такође, разлика је постојала и код односа поклонопримца и наследника оставиоца. Код легата је легатар био у правном односу према онерату, који је био у обавези да испуни последњу вољу оставиоца и изврши легат, док поклонопримац код *donatio mortis causa* није био ни у каквом правном односу према наследницима поклонодавца.⁴¹⁶

Легат је као и тестамент имао својство слободне опозивости, док је код *donatio mortis causa* поклонодавац могао да се одрекне права на опозивање поклона.⁴¹⁷

Такође, правна природа *donatio mortis causa* је таква да се, како за настанак поклона, тако и за опозив мора претпоставити сагласност друге стране, макар она била и прећутна. То су они елементи који од *donatio mortis causa* чине двострани правни посао и разликују га од легата, као једностране изјаве воље.

Стога, иако је Јустинијан у својој законодавној делатности преферирао изједначавање *donatio mortis causa* са легатима и његово потпуно усклађивање са наследноправим институтима, ипак су се задржали елементи уговорне природе који поклон за случај смрти разликују од института наследног права. На основу тога сматрамо да је у Јустинијановом периоду, иако је дошло до великог приближавања *donatio mortis causa* легатима, ипак поклон за случај смрти задржао један хибридни облик, који у себи садржи и обележја легата и уговорна обележја поклона као двостраног правног посла.

⁴¹⁵ D. 39,6,25,pr.

⁴¹⁶ D. 34,9,5,17.

⁴¹⁷ D. 39,6,13; Nov. 87 praef.

ДРУГИ ДЕО

ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ

Ради потпунијег и јаснијег сагледавања утицаја римског права на развој поклона за случај смрти у српском праву, неопходно је претходно приказати његове основне карактеристике у важнијим савременим правним системима.

1. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Значај излагања упоредноправних решења поклона за случај смрти, налази се у чињеници да је римско право извршило већи или мањи утицај на скоро све савремене правне системе. Повезаност између римског права и савремених правних система огледа се у томе што су правила римског права и данас жива, те многи национални судови често и несвесно користе таква правила, која су у пракси много прихватљивија и ефикаснија од неких модерних правних норми. Римско право може бити и основа при остварењу идеје хармонизације европских националних права, јер постоји реална основа у ставу да примена римског приватног права и *ius commune* може бити чврст темељ присутној идеји заједничког европског приватног права, која је нарочито наглашена последњих деценија у оквиру Европске Уније.⁴¹⁸

Због обима рада нисмо обухватили све државе и правне системе света, што сматрамо да није ни неопходно, већ само неке од најзначајнијих правних система.⁴¹⁹ Притом смо проучавали развој овог правног института у свим земаља са значајнијом грађанскоправном регулативом.

1.1. ЕВРОПСКО КОНТИНЕНТАЛНО ПРАВО

Након периода стагнације у друштвеном развоју, насталом пропашћу римског царства, већ од XI века у Европи долази до ренесансе римског права. Тада су се на европским универзитетима почели проучавати римски списи, посебно Јустинијанова кодификација – *Corpus Iuris Civilis*, у оквиру које значајно место заузимају *Digesta*. Рецепција римског права је извршена у скоро свим савременим правним системима, с тим што је утицај

⁴¹⁸ Vuletić, V., „Da li je evropsko privatno pravo moguće“, *Pravni život* br.11/2008, 99.

⁴¹⁹ Од највећих правних система у овом раду нисмо обухватили права Далеког истока – Индије, Кине и Јапана.

римског права био најмањи на енглеско право, а значајно већи на европске континенталне правне системе.⁴²⁰ Рецепција римског права је нарочито била изражена у германском правном систему, који је у већој мери прихватио римске идеје и институције.⁴²¹ Скоро сви савремени европски правни системи су преузели из римског права институт даровања за случај смрти, а овде ћемо приказати развој овог правног института у најважнијим правним системима – немачком, швајцарском, аустријском и француском.

1.1.1. Немачко право

У немачком праву је правни институт даровања за случај смрти предмет теоретске дискусије да ли се ради о уговору или легату, али више је заступљено мишљење да се ради о наследноправном институту. Због његове спорне правне природе поклон за случај смрти није изричито регулисан у Немачком Грађанском законнику (BGB). Проблем је настао већ код самог настајања BGB. Редактор преднацрта *Gottfried von Schmitt* је у одељку „Право наслеђивања“ предвидео поклон за случај смрти који је био регулисан са два члана - § 220, 221. Према оваквом становишту из преднацрта, на даровање за случај смрти би се односили искључиво наследноправни прописи. У образложењу таквог предлога је стајало да је потребно решити спорно питање правне природе поклона за случај смрти, које датира још од времена пре Јустинијана, те да задржавањем његовог двоструког обележја не би био постигнут циљ.⁴²² Стога у Нацрту BGB који је следио након тога, није био регулисан овај правни институт, што је у Мотивима за доношење BGB објашњено тиме да у Нацрту није садржан поклон за случај смрти због нерешеног питања у вези његове правне природе.⁴²³

Међутим, о даровању за случај смрти се говори у §§ 2301 Грађанског законика, где је извршено формално упућивање на примену наследног права. У прилог томе говори и сама систематизација у Немачком Грађанском законнику јер је поклон за случај смрти

⁴²⁰ У правној теорији је извршена класификација различитих националних права у одређене правне кругове, при чему значајно место заузима европско-континентални систем права, који чине грчко-романско-германске групе права, док енглеско право припада англосаксонском правном подручју. Англосаксонски правни теоретичари за европски континентални правни круг користе термин *civil law*, док англосаксонске правне системе означавају са *common law* – Б.Кошутећ, *Увод у велике правне системе данашњице*, Београд 2008, стр. 26.

⁴²¹ Foster, N.,- Sule.S., *German Legal System and Laws*, Oxford 2002, 55.

⁴²² Worentwürfe, Erbrecht 1, 537.

⁴²³ Motive V, 350.

регулисан у књизи 5. посвећеној наслеђивању (§§ 1922-2385), у одељку 4. који се бави уговорима о наслеђивању (§§ 2274-2302). У §§ 2301 је одређено да се на обећање даровања које је дато под условом да поклонопримац надживи поклонодавца примењују одредбе о располагању за случај смрти. Тиме је концепт *von Schmitta* из Преднацрта BGB, у битним тачкама пренет у законски текст.

§§ 2301 BGB - Schenkungsversprechen von Todes wegen

- (1) Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Das Gleiche gilt für ein schenkweise unter dieser Bedingung erteiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis der in den §§780, 781 bezeichneten Art.*
- (2) Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung*

§§ 2301 Немачког Грађанског Законика - Поклон за случај смрти

- (1) За обећање поклона, које се обавља под условом да прималац поклона надживи поклонодавца, примењују се прописи о располагању за случај смрти. Исто важи за обећање дуга дато у облику поклона под тим условом или признање дуга означено у §§ 780, 781.*
- (2) Ако поклонодавац врши поклањање предајом поклоњеног предмета, онда се примењују прописи о поклону међу живима.*

У старом немачком праву услов да поклонопримац надживи поклонодавца се подразумевао и често није изричито уговаран, јер се сматрало природним да поклонопримац надживи поклонодавца. Сматрало се и да је такав услов у неким случајевима објективно немогућ. Нарочито ако је у питању даровање цркви, која нема обележје људске смртности. Прописивањем тог услова довела би се у питање могућност даровања цркви од стране верника, која пракса је у то време била распрострањена. Према немачкој правој доктрини немогући услови не производе правно дејство, јер се

не могу испунити, те се сматра као нису ни прописани.⁴²⁴ Тако је и у немачком праву постојала разлика између поклона који су условљени чињеницом претходне смрти поклонодавца да би уговор био пуноважан, и којој условљености није давана правна снага за пуноважности даровања, од даровања чије дејство настаје доспелошћу рока који наступа смрћу дародавца, и где се само одлаже предаја предмета поклона до испуњења таквог рока - смрти поклонодавца. Значајна је разлика да ли је даровање учињено под условом или роком, јер неиспуњењем услова даровање губи правно дејство, док се код ороченог даровање смрћу поклонопримца пре поклонодавца не гаси правно дејство даровања, већ потраживање прелази на поклонопримчеве наследнике.

Савремена немачка грађанскоправна регулатива је заузела становиште да поклони за случај смрти могу бити само она даровања где, осим рока до којег је одложена предаја предмета, такав правни посао мора бити и условљен, односно да пуноважност даровања мора зависити од испуњења услова да поклонопримац надживи поклонодавца. Таква даровања регулисна су одредбама наследног права, и смештена у одељак Законика који је посвећен наследноправим уговорима. Међутим, уколико би претходна смрт дародавца представљала само рок до којег је одложена предаја поклона, радило би се о поклону *inter vivos*, на који би се имала применити правила облигационог права.

Спорно питање правне природе поклона за случај смрти, које се појавило још од настанка Преднацрта, није потпуно решено ни у законском тексту. Ово из разлога јер је до данас спорно да ли обећање поклона из §§ 2301 треба да буде подређено прописима форме уговора о наслеђивању или форми тестаментa.⁴²⁵ Немачки законодавац дозвољава закључење поклона за случај смрти било у форми једностране изјаве, било у уговорној форми код присутне сагласности воља. Правно дејство у оба случаја би се огледало у обавезивању поклонодавца на испуњење даровања, с тим што у правној теорији постоји неслагање у ставовима да ли једнострaна изјава воље има исто обавезујуће дејство као и уговор.⁴²⁶

Уколико би се радило о једностраном обећању поклона од стране поклонодавца, за пуноважност таквог правног посла била би потребна форма тестаментa, а уколико би се радило о сагласности двају воља, односно о прихватању поклона од стране

⁴²⁴ Dernburg, H., *Pandekten*, sa VI izdanja preveo Lazo Kostić, Zagreb 1900, 276.

⁴²⁵ Muiselak, H.J., in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 9 (Erbrecht), 5. Aufl., 2010, § 2301 Rn. 13.

⁴²⁶ Zimmermann, R. *Vertrag und Versprechen (Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich)*, u: Eidenmüller I dr. (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München 2005, 467-479.

поклонопримца, била би за пуноважност потребна форма уговора о наслеђивању. Међутим, у оба случаја се тражи строга формалност правног посла, уз прописивање различитих услова. За пуноважност даровања за случај смрти сачињеног у форми једностране изјаве потребно је да су испуњени услови неопходни за сачињавање послова *mortis causa*, а за закључење даровања у форми уговора о наслеђивању потребно је да поклонопримац прихвати даровање. Тек када су испуњени претходни формални услови даровање може производити правно дејство.⁴²⁷

Не би се сматрало поклоном за случај смрти уколико би поклонопримац за живота преузео поклон. Прописивањем оваквог правила немачка правна теорија је заузела становиште које постоји у већини европских континенталних права, који сматрају да даровање за случај смрти никада не може бити реални посао. Уколико би поклон био предат поклонопримцу, у том случају би се учињено даровање сматрало поклоном *inter vivos*, чак и под условом да је уговорен услов да поклонопримац надживи поклонодавца.⁴²⁸

1.1.2. Швајцарско право

Швајцарски законик о облигацијама из 1911. године је прописао да се на даровања чија је реализација одложена по смрти дародавца, имају применити прописи који се односе на располагања за случај смрти. Међутим, у швајцарском праву је спорна правна природа поклона за случај смрти. У правној теорији се сматра да упућивање на прописе који уређују послове *mortis causa* није одлучујуће да би се овај правни институт сматрао искључиво наследноправном категоријом. Овај правни посао се по свом дејству веома приближава наследноправним пословима, што је и условило примену прописа који се односе за располагања за случај смрти, међутим, он поседује и основне карактеристике уговора међу живима, што му даје обележја правног посла *inter vivos*.⁴²⁹

⁴²⁷ У немачком грађанском законик у је усвојен принцип да се у ближе дефинисању појмова иде од општег ка посебном, тако да се на општу нормативу упућује из сваког конкретног института. На пример, тестамент је регулисан § 1937, где се уопштено дефинише ова наследноправна установа - „**Оставицац може једностраним располагањем за случај смрти (тестамент, располагање последњом вољом) одредити наследнике**“, а затим се упућује на норме о изјавама воље које се налазе у општем делу Законика - §§ 116-144.

⁴²⁸ Rosental, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln-Berlin, 1953, 931.

⁴²⁹ Tercier, P.- Favre, P., *Les contarts spéciaux*, Genève 2008, 272.

У параграфу 245. Законика о облигацијама усвојено правило да се на поклоне чије је извршење утврђено по смрти дародавца имају применити прописи који се односе за случај смрти.

Art. 245. Code des obligations:

Les donations dont l' exécution est fixe au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort⁴³⁰

Члан 245. Швајцарског Законика о облигацијама:

„За поклоне чије је извршење одређено за случај смрти поклонодавца важе правила која се односе на располагања на случај смрти“⁴³¹

Међутим, иако је у законском тексту наведено да се ради о правном послу *mortis causa*, за његову пуноважност је потребна сагласност воља поклонодавца и поклонопримца, што је одлика уговора. Али то не значи да је даровање за случај смрти једна врста редовног уговора о поклону, јер се на поклон за случај смрти у швајцарском праву не могу применити правила која важе за поклоне међу живима. Иако има у себи неке елементе уговора, у швајцарском праву се даровање за случај смрти не сматра поклоном *inter vivos*, јер је пуноважност даровања условљена тиме да поклонопримац мора да надживи поклонодавца и испуњење је одложено до смрти дародавца, чиме се овај правни посао приближава наследном праву, и сматра се једном врстом споразума о наслеђивању.⁴³² Правила о оваквој врсти даровања се у свему односе и на обећање поклона. Међутим, таква правила не важе за ручни поклон који се остварује непосредном предајом поклонопримцу, те се сматра да није могуће у швајцарском праву закључити поклон за случај смрти са тренутном предајом ствари, јер се тада преноси и право на ствари, а Законик о облигацијама изричито предвиђа извршење поклона након смрти дариваоца.⁴³³

Ни у швајцарском праву поклон за случај смрти не може бити реално даровање, јер се сматра да уколико би поклонодавац предао поклон обдареном, у том случају се не би

⁴³⁰ наведено према <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/220.fr.,22.03.2013>.

⁴³¹ Швајцарски законик о облигацијама (чл. 1 до чл. 551.), Београд 1976, 73.

⁴³² Engel, P., *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000, 126.

⁴³³ v. Baddeley, M., *Commentaire romand du Code des obligations*, Genève 2003, 1276.

радило о даровању за случај смрти, већ о обичном поклону. Ситуација се не би променила чак и када би поклонодавац задржао за себе право плодоуживања на поклоњеној ствари.⁴³⁴

1.1.3. Аустријско право

Аустријски грађански законик из 1811. године је правну природу поклона за случај смрти посматрао двојачко – као изјаву последње воље и као уговор, о чему се изричито наводи у пар. 603.

§ 603 ABGB – Von Schenkungen auf den Todesfall. Beziehung.

„In wie fern eine Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag, oder als ein letzter Wille zu betrachten sey, wird in dem Hauptstücke von den Schenkungen bestimmt.“

§ 603 АГЗ - О даровима на случај смрти. Позивање на главу о даровима

„Уколико ће се какв дар на случај смрти сматрати као уговор или последња воља, одређено је у глави о дару - § 956.“⁴³⁵

О ближе одређивању да ли ће се дар за случај смрти сматрати уговор или легат упућује се на § 956, у коме се наводи да даровање чије испуњење треба да следује тек после смрти дародавца, важи као легат, уколико се пазило на прописане формалности, док ће се као уговор сматрати ако је дародавац на то пристао и изричито се одрекао права на опозивање и ако је писмена исправа о томе сачињена и дата поклонопримцу.

§ 956 ABGB – Schenkung auf den Todesfall.

„Eine shenkung, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll, ist mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ein Vermächtniß gültig. Nur dann ist sie als ein Vertrag anzusehen, wenn der Beschenkte sie angenommen, der Schenkende sich des Befugnisses, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat, und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt worden ist.“

§ 956 – Дар на случај смрти

⁴³⁴ Guhl, T., *Das Schweizerische Obligationrech, mit Einschluss des Handels -, Wechsel - und Versicherungsrechts*, Zürich 1948, 265.

⁴³⁵ Општи Аустријски грађански законик, превео Д.Аранђеловић, Београд 1921, 161.

„Даровање, чије испуњење треба да следује тек по смрти дариваоца, важи као испорука, ако се пазило на прописане формалности. Оно ће се само онда као уговор сматрати, ако је обдареник на њ пристао, ако се даривалац изречно одрекао права опозивања, и ако је писмена исправа о томе обдаренику предата.“⁴³⁶

Из овакве дефиниције поклона је уочљиво да је законодавац у регулисању поклона за случај смрти имао исту дилему као и римски правници, и разрешио је тако што је поклон за случај смрти сматрао и уговором и легатом. Међутим, за разлику од *donatio mortis causa* римског права који је био правни институт двоструке правне природе, аустријски законодавац је јасно истакао разлику у поимању овог правног посла било као уговора или као легата. Уговор о поклону за случај смрти код којег се предаја ствари одлаже до смрти поклонодавца, био би правни посао *inter vivos*, који би био подложен правилима уговорног права, док би даровање за случај смрти где је постављен услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца, представљао легат, као наследноправну установу. Такође се може разграничење може учинити и према опозивости правног посла, јер је опозивост својствена институтима наследног права, док је неопозивост битно обележје уговора.

Иако је АГЗ прописивао да поклон за случај смрти може бити и уговор и легат, аустријска правна теорија је од самог почетка заузела став да је поклон за случај смрти по правилу легат, а само у изузетним случајевима сматра се уговором, ако испуњава строго прописане услове. О томе да је даровање за случај смрти пре свега легат, јасно се наводи на почетку цитираног параграфа 956., јер се ту назначавало да се овај институт сматра легатом, уколико су испуњени формални услови потребни за испоруке.⁴³⁷ Али да би се направила разлика у односу на уговор, у даљем тексту истог параграфа 956 се поименице набрајају потребни услови да би се даровање сматрало уговором. Тако даровање мора бити састављено у писменом облику, и исправа о томе мора бити предата обдареном, поклонодавца се изричито мора одрећи права на опозив даровања, и поклонопримац мора прихватити поклон, што даровању даје обележје двостраног правног посла. Само у тим случајевима поклон се може сматрати уговором.

⁴³⁶ *Ibid*, 266.

⁴³⁷ Потребна форма за изјаве последње воље у АГЗ је прописана у глави Девет, Одељак Два, *Спољна форма изјаве последње воље* §§ 577-603.

Постоји значајна разлика између услова потребних да би се даровање за случај смрти сматрало легатом, и оним потребним за његово уговорно обележје. Наиме, када се поклон за случај смрти сматра легатом, могуће га је једнострано опозвати од стране дародавца у свако доба. С друге стране обележје сваког уговора, па и уговора о поклону је његова неопозивост. Такво схватање је изражено и у АГЗ, где се у § 946, то изричито наводи.⁴³⁸ Зато се код поклона међу живима, посебно не истиче неопозивост даровања, јер то представља његово основно бележје. Одступања од ових правила су могућа једино у изузетним случајевима. Аустријски грађански законик је прописао да се даровање може опозвати због: оскудице (§ 947), због неблагодарности поклонопримца (§ 948-949), због смањивања издржавања које се дугује (§ 950), због смањивања законског дела (§951-952), због оштећења поверилаца (§ 954) и због доцније рођене деце (§ 954). Међутим, код поклона за случај смрти се неопозивост изричито мора нагласити, и то у писмено састављеној исправи која се предаје поклонопримцу. Овим се наглашава и разлика између поклона за случај смрти и легата.⁴³⁹

Када се поклон за случај смрти закључује као уговор неопходна је писана форма, али када се такво даровање сматра као легат, није неопходна оваква формалност. Како се ради о изјави последње воље могуће је исту учинити и усмено. Таква усмена изјава последње воље биће пуноважна уколико се пазило на потребне формалности прописане §§ 585-590 АГЗ.⁴⁴⁰

Уговорна форма поклона за случај смрти захтева и прихватање поклона од стране поклонопримца. Међутим, није неопходно да прихватање поклона буде саставни део исправе о даровању. Довољно је да поклонодавац на било који начин изрази такав прихват поклона, па и конклюдентним радњама.⁴⁴¹

1.1.4. Француско право

Правни институт поклона за случај смрти је био познат у старом француском праву. У јужној Француској је био у примени као институт близак тестаменту, док се у областима где се користило обичајно право примењивао у облику какав је био римски *donatio*

⁴³⁸ § 946 АГЗ гласи: „Уговори о дару не могу се по правилу опозвати“

⁴³⁹ Rušnov, A., Posilović, S. *Tumač Obćemu Austrijskomu zakoniku, knjiga Druga. §§ 531-1502*, Zagreb b.g., 380.

⁴⁴⁰ Stubenrauch, V.M., *Commentar zum osterreichischen allgemeinen burgerlichen Gesetzbuche*, Bd. II, Wien 1903, 151.

⁴⁴¹ Merc, H. *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1988, 114.

mortis causa. Поклон за случај смрти је био у примени у старом француском праву (*l'Ancien droit*) све до XVIII века, и имао је карактеристике увек опозивог даровања. По својим обележјима је наликовао *donatio mortis causa* римског права, егзистирао је упоредо са обичним поклоном и легатом. Поклонодавац се није могао одрећи права на опозивање поклона, а даровање је производило правно дејство само под условом да поклонопримац надживи поклонодавца. Међутим, у француској правној теорији су се појавиле примедбе да је опозивост карактеристика правних послова *mortis causa*, те да је овај институт непотребан у присуству тестаментa, да би коначно Ордонасом из 1731. године (*art. 3.*) било предвиђено да у француском праву могу постојати само два облика добродиног располагања – поклон *inter vivos* и тестамент.⁴⁴²

У француском савременом праву је забрањено добродино располагање на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, које има карактеристике *donatio mortis causa* римског права. Разлог за његову недопуштеност налази се у чињеници да француски *Code civil* садржи изричито правило о неопозивости даровања, што чини и његово конститутивно обележје садржано у самој дефиницији.

Art. 894 Code Civil:

„La donation entre vifs est un acte par lequel donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte“⁴⁴³

"Донација међу живима да је акт којим донатор тренутно остаје без ствари коју неопозиво даје поклонопримцу који поклон прихвата"

Стога француски правни систем не може прихватити право поклонодавца да једнострано одустане од даровања, што чини битно обележје поклона за случај смрти. Осим тога, француска правна доктрина сматра будућим стварима оне које поклонодавац оставља после смрти, те би сходно томе поклон за случај смрти био даровање будуће ствари, што је према француском праву недопуштено.⁴⁴⁴

⁴⁴² в. Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр.1/2011, 244.

⁴⁴³ наведено према <http://www.legifrance.gouv.fr>, 22.03.2013.

⁴⁴⁴ v. Malaurie, P., *Les successions. Les libéralités*, Paris 2008, 232.

У Француском грађанском закону, је прихваћена оваква правна доктрина, јер је у члану 893. који се тиче основних правила о добротиним располагањима, прописано је да се таква бесплатна располагања могу чинити само поклоном међу живима и тестаментом. Тиме се поклон за случај смрти спојио са тестаментом, а у Француском грађанском закону је у Art. 893. дословно пренета забрана даровања *mortis causa* из Art.3. наведене Ордонансе.

Art. 893. Code Civil:

„La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament“ ⁴⁴⁵

"Великодушност је акт којим особа даје бесплатно све (сву имовину) или део своје имовине или права у корист другог лица. То може да се уради донацијом међу живима или тестаментом."

На овај начин је француска правна теорија коначно прихватила правнички правац који је настао још од XVII века, где се сматрало да не би требало постојати два различита института – тестамент и поклон за случај смрти. Тако је француска правна доктрина заузела становиште да у сфери добротиним располагања могу да егзистирају само поклони *inter vivos* и тестамент, чиме је практично поклон за случај смрти укинут у француском праву. ⁴⁴⁶

1.2. ЕНГЛЕСКО ПРАВО

Историја енглеског права се у многоме разликовала од развоја континенталних правних система. Енглеско право је у свом развоју, углавном, остало ван домаћаја римског права, тако да римско право није извршило пресудан утицај на енглески правни систем. Супротно од континенталних права, који темељ имају у римском праву, енглески правни систем је заснован на прецедентном праву, као најважнијем делу система обичајног

⁴⁴⁵ наведено према <http://www.legifrance.gouv.fr>, 22.03.2013.

⁴⁴⁶ Planiol, M.,- Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1951, 502.

права – *common law-a*. У Енглеској не постоји кодификовано грађанско право, нити грађански или трговачки законик, и основна карактеристика енглеског права је да су правне норме којима је уређен друштвени живот засноване претежно на делатности судова. Правни систем *common law-a* настао је из судских прецедената разматрањем правних случајева, насталих из различитих животних ситуација. Утицај енглеског права се протеже далеко изван граница Енглеске, и упркос отпору према енглеском праву, његове идеје засноване на судској пракси као најважнијем извору права, заступљене су у многим правним системима, укључујући и америчко право.⁴⁴⁷

Позајмљивање из страних права, није било уобичајено, али је у раној фази развоја енглеског права било могуће тамо где обичајно право није нудило решење. Управо је код поклона за случај смрти најјасније изражено позајмљивање из римског права, где су дословно у енглески закон пренете одредбе из Јустинијанове кодификације. Главна карактеристика поклона за случај смрти у енглеском праву је предаја ствари поклонопримцу од стране поклонодавца, који размишља о скорој смрти. Такав је био и првобитни облик *donatio mortis causa* римског права. Поклон за случај смрти уз непосредну предају ствари је искључиво карактеристика енглеског права. У европским континенталним правним системима није усвојен реални облик даровања непосредном предајом ствари. Уколико би се даровање реализовало још за живота дародавца, сматрано је да се тада не ради поклону за случај смрти, већ да је реч о поклону *интер vivos*. Тако је поклон за случај смрти уз непосредну предају ствари искључиво карактеристика енглеског права, а што непосредне корене има у *donatio mortis causa* римског права.

Нема много правних института у енглеском праву који се темеље на римској правној традицији, због чега ће бити интересантно анализирати поклон за случај смрти, који основе има у римском праву. Неспорно је утврђено да је римско право имало значајан утицај на настанак поклона за случај смрти у енглеском праву, и његов даљи развитак. Развој и надградња поклона за случај смрти у енглеском праву се одвијала постепено, на

⁴⁴⁷ Ћеранић, Ј., *Izvori američkog prava*, у: Ј. Ћирић, *Uvod u pravo SAD*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008, 32.

темељима римског права, али је судска пракса временом мењала његову концепцију и давала му шири правни облик, који процес још увек траје.⁴⁴⁸

1.2.1. Порекло поклона за случај смрти у енглеском праву

Постојање поклона за случај смрти у енглеском праву датира од раног средњег века, и о овом правном институту се нешто више могло сазнати од краја XIII века. Тада је краљевски судија *Henry de Bracton* је у свом делу „О законима и обичајима Енглеске“ на опсежан и систематичан начин дао приказ тадашњег енглеског права. Правни институт поклона за случај смрти, како га је *Bracton* у свом делу описао, у свему је заснован на римском праву. Наиме, најпре се даје објашњење овог института кроз опис три типа поклона за случај смрти, који су истоветни као у римском праву код Улпијана D. 39, 6, 2. Затим, се даје објашњење околности у којима се може чинити поклон за случај смрти, компаративно римском праву у D. 39,6 , 36 и D. 39, 6, 35, 4. Дефиниција поклона за случај смрти коју даје *Bracton* идентична је са оном из Јустинијанових Институција – I 2, 7, 1. Надаље, се у овом делу говори о мотивацији поклонодавца да учини поклон, као и о праву на опозивост даровања, при чему се може закључити да су идеје за то пронађене у римском праву – одговарајућим текстовима Дигеста – D. 39, 6, 26; D 39,6,1; D 39, 6, 27.

449

Из напред наведених компаративних упоређивања најранијег енглеског текста који се бави поклоном за случај смрти и одређених текстова римског права, можемо закључити да је у регулисању поклона за случај смрти у потпуности извршена рецепција римског права у енглеском праву раног средњег века. По стилу писања и преузетим идејама јасно произилази да је извршено преузимање одредби римског права које се тичу поклона за случај смрти садржаних у Дигестама и у Јустинијановим Институцијама.

Иако није уобичајено, позајмљивање из римских закона је у средњовековној Енглеској било могуће, и то нарочито у оним правним областима, где је обичајно право било неразвијено. Уосталом енглески правни систем дозвољава преузимање из страних

⁴⁴⁸ Енглеска судска пракса садржи већи број случајева из различитих периода насталих у вези поклона за случај смрти, на основу чега се најбоље може уочити проширивање његове доктрине од ране фазе настанка до савремених облика. Примери приказани у овом раду преузети су из: A.Borkowski, *Deathbed gifts the law od donatio mortis causa*, Oxford 2005.

⁴⁴⁹ Henry de Bracton - „*De legibus et consuetudinibus Anglie*“, ed. By George E. Woodbine, New Haven, Yale University 1922, vol. 2, 60.

правних извора, уколико се за одређени правни проблем не нађе адекватно решење у обичајном праву.

1.2.2. Модерна концепција поклона за случај смрти у енглеском праву

Нема поузданих података у којој мери се у наредних неколико векова примењивао у енглеском праву институт поклона за случај смрти, и да ли је у практичној примени била концепција овог института коју је изнео *Bracton*. У средњовековној Енглеској је у то време чешће био у употреби усмени тестамент, који је постизао исти правни учинак као поклон за случај смрти, али чија је предност била што се дародавац није морао одрицати дароване ствари за време трајања свог живота. Међутим, поклон за случај смрти није потпуно потиснут из практичне употребе, већ је коришћен упоредо са усменим тестаментом.⁴⁵⁰

Пуну примену поклон за случај смрти у енглеском праву је добио након усвајања Закона о преварама из 1677. године (*Statute of Frauds 1677*). Овај закон је хтео да елиминише злоупотребе које су се догађале у вези са неформалним усменим тестаментом. Прописани су ригорозни услови са сачињавање таквог тестамена, који су практично значили његово укидање. Тако је прописано да се сви усмени тестаменти у вредности изнад три фунте морају сачинити у присуству најмање три сведока, и све формалности испунити у року од шест дана. Између осталог требало је доказати да је сачињен у дому тестатора, и да је сачињен у околностима када је извесно да ће његова смрт ускоро наступити.

Тако је у периоду након Закона о преварама из 1677. године, у енглеском праву дошло до пуне примене модерне концепције даровања за случај смрти. Карактеристике таквог даровање биле су у томе што је могло бити сачињено неформално, у присуству поклонопримца и даровање је морало бити реално, односно предмет поклона је морао бити предат поклонопримцу. Чињеница да је поклон за случај смрти био опозив, није могао довести у питање његову примену, јер је суд лордова канцелара – *Court of Chancery*, заузео становште да би било неправедно да услед тога примаоци даровања

⁴⁵⁰ A.Borkowski, *Deathbed gifts the law od donatio mortis causa*, Oxford 2005, 8.

буду лишени поклоњене ствари. Тиме је у енглеском праву креирана доктрина даровања за случај смрти слична концепту *donatio mortis causa* римског права.⁴⁵¹

Први забележени случај модерне примене даровања за случај смрти је спор *Hedges vs Hedges* из 1708. године. Поступајући у овом спору лорд канцелар *Cowper* је дао класичан опис поклона за случај смрти тог времена, јер је заузео становиште да поклон за случај смрти може сачинити особа која је у крајњој неприлици или изненађена болешћу, па није у могућности да сачини тестамент, те тада поклања својим пријатељима, и ако умре на поклон ће се применити правила наследног права, али ако се опорави, даровану имовину узима назад.⁴⁵² Овакав опис дара за случај смрти, по својим карактеристикама, наликује усменом тестаменту, те се могло поставити питање да ли се на овај начин хтео изиграти закон увођењем усменог тестаamenta посредним путем у правни живот. Ово међутим није била законска дефиниција поклона за случај смрти, већ само његово поједностављено представљање. Тим пре, што исти лорд *Cowper* доносећи одлуку 1710. године у случају *Jones vs Selby*, поклон за случај смрти описује као дар учињен у присуству поклонопримца, који ће ступити на снагу у будућности, након смрти дародавца.⁴⁵³

Иако је лорд *Cowper* први након Закона о преварама из 1677. године покушао дефинисати даровање за случај смрти, као утемељивач модерне доктрине поклона за случај смрти сматра се лорд канцелар *Hardwicke*.⁴⁵⁴ За развој модерне концепције поклона за случај смрти нарочито је значајна његова пресуда у спору *Ward vs Turner* из 1752. године.⁴⁵⁵ Доносећи одлуку у овом спору лорд *Hardwicke* је имао у виду концепцију римског поклона за случај смрти, као случајеве поклона за случај смрти у енглеском праву из раног XVIII века. Тако је јасно разграничио поклон за случај смрти у односу на усмени тестамент, где је као битан елеменат даровања за случај смрти сматрао реалну предају ствари. Тиме је поставио темељ модерне концепције поклона за случај смрти у енглеском праву, која је до данас остала непромењена. Она се заснива на предаји предмета поклона као битном елементу пуноважности даровања. Такође, разликовао је две врсте предаје поклона, и то комплетну предају предмета поклона, која чини

⁴⁵¹ D.W.M.Waters, M.R.Gillen, L.D.Smith, *Water's Law of trusts in Canada*, Toronto: Carswel, 1984, 176.

⁴⁵² *Hedges vs Hedges* (1708) Prec Ch 269, 24 ER 130.

⁴⁵³ *Jones vs Selby* (1710) Prec Ch 300, 24 ER 143.

⁴⁵⁴ W.S.Holdsworth, *History and english law*, vol. 12, London 1938, 280.

⁴⁵⁵ *Ward vs Turner* (1752) 2 Ves Sen 431, 28 ER 275.

даровање одмах пуноважним, и некомплетну испоруку, за чију пуноважност се тражи испуњење одређених услова, односно право примаоца поклона морају да употпуне сведоци дародавчевог чина поклањања.

1.2.3. Проширење концепције поклона за случај смрти

Основни концепт поклона за случај смрти у енглеском праву, заснива се на испоруци предмета поклона. Првобитно се сматрало да то може бити само материјална предаја предмета поклона у виду покретне ствари, која се непосредно предаје поклонопримцу од стране поклонодавца.

Међутим, већ је у раном развоју модерне доктрине поклона за случај смрти дошло до спознаје да се поклон за случај смрти може применити и на неке случајеве поклањања без непосредне предаје предмета поклона. Доктрина поклона за случај смрти била проширена тиме да се осим непосредне предаје ствари валидним сматрала и предаја докумената којима се преноси неко право.⁴⁵⁶ Тако је у случају *Snellgrove vs Baily* из 1744. године, прихваћено валидно даровање може бити учињено и испоруком признанице која гласи на одређену суму новца.⁴⁵⁷ Након тога је дошло до проширења доктрине дара за случај смрти на другу нематеријалну својину. Тако је у случају *Duffield vs Elwes* из 1827. године, заузет став да је испорука хипотекарног уговора једнака валидном дару хипотеке поседа са неограниченим власништвом. Након смрти дародавца извршиоци његове заоставштине су имали обавезу да употпуне право примаоца дара, дајући даровању правну снагу.⁴⁵⁸

Међутим, идући за тим да се заштити право поклонопримца, дошло је до даљег проширења доктрине. Следеће проширење у недостатку непосредне предаје докумената, огледало се у томе да је правна снага могла бити дата и доказивању индицијама. Таква индиција може бити неки писани акт или нека ствар чије поседовање указује да постојање поклона за случај смрти. Међутим, писани акт је морао да испуни и одређене услове у погледу садржине да би произвео правно дејство. У случају *Moore vs Darton* из 1851. године, сматрало се да налог на дуг у виду испоруке депозитне менице

⁴⁵⁶ R.P.Meagher, W.M.C.Gummow, J.R.F.Lehane, *Equity: Doctrines and remedies*, 3. Edition, Sydney 1992, 707.

⁴⁵⁷ *Snellgrove vs Baily* (1744) 3 Atk 214, 26 ER 924.

⁴⁵⁸ *Duffield vs Elwes* (1827) 1 Bl NS 497, 4 ER 959.

може да чини садржај валидног даровања.⁴⁵⁹ Одлука у спору *Delgoffe vs Fader* из 1939. године, указивала је таква индиција је морала да садржи најбитније материјалне услове споразума између дародавца и дарованог.⁴⁶⁰ Временом је дошло до попуштања у захтевима да доказ индицијама мора да садржи најбитније услове уговора, те је заснован принцип да је у недостатку непосредних докумената којима се преноси неко право, довољно да постоји доказ индицијама које би указивале на пуноважност даровања. Тако је у случају *Birc vs Treasury Solicitor* из 1950. године, поступајући судија заузео становиште да је за ваљаност даровања довољно постојање документа који представља основану индицију да се ради о поклону за случај смрти, а да се у претходним случајевима отишло предалеко на инсистирању да документ испоручен поклонодавцу мора да садржи најбитније услове уговора о даровању.⁴⁶¹

1.2.4. Поклон за случај смрти на непокретним стварима

Поклон за случај смрти у енглеском праву се превасходно заснива на реалној испоруци предмета поклона. То је главна карактеристика поклона за случај смрти још од случаја *Ward vs Turner* из 1752. године, када је лорд *Hardwicke* поставио темеље модерне концепције овог правног института. Стога је дуго у енглеској правној доктрини владало мишљење да такво даровање није могуће на непокретностима.⁴⁶² Међутим, преокрет се десио у случају *Sen vs Headley* из 1991. године. Поклонодавац се налазио у болници са дијагнозом канцера у последњем стадијуму, те је три дана пре смрти блиској пријатељици поклонио кућу са свим стварима у њој, тако што јој је дао кључеве од сандучића у коме су се налазили документи о кући.⁴⁶³ У првостепеном поступку је такво даровање оспорено и проглашено неважећим, сходно постојећој судској пракси, али је зато Апелациони суд заузео становиште да је такво даровање пуноважно. Упориште за овакав правни став судије Апелационог суда су пронашле у већ споменутом случају *Duffield vs Elwes* из 1827. године, где је лорд *Eldon* сматрао да може постојати даровање хипотекарног дуга, предајом обвезнице, што представља условљени посед, те би аномалија била не дозволити даровање у овом случају. Судска пракса је заузела став да

⁴⁵⁹ *Moore vs Darton* (1851) 4 De G & Sm 517, 64, ER 938.

⁴⁶⁰ *Delgoffe vs Fader* (1939) 3 All ER 682.

⁴⁶¹ *Birc v Treasury Solicitor* (1950) 2 All ER 1207.

⁴⁶² P.V.Baker, P.St.J.Langan, *Snell Principles of Equity*, 28. Edition, London, 1982, 381.; E.V.Williams, H.C.Mortimer, J.H.G.Sunnucks, *on Executors, Administators and probate*, 19. Edition, London 2008, 358.

⁴⁶³ *Sen vs Headley* (1991) 2 All ER 636

поверење које је постојало између дародавца и дарованог има посредног упоришта у закону, иако је реч о изузетку код преноса непокретности због непостојања потребне писмене форме у смислу чл. 53. Закона о поседу из 1925. године (*Law of property Act 1925*).

Да је у савременом енглеском праву последњих година дошло до коначног прихватања примене *donatio mortis causa* на непокретностима, потврђује и случај *Vallee vs Birckhwood* из 2013. године. Спорни случај је настао када је поклонодавац приликом виђења са усвојеном кћерком, изразио намеру да јој поклони своју кућу. Тада је истој дао власничке листове од куће и кључеве, као и пластичну кесу са ратним медаљама и албум са фотографијама. Када је поклонопримац *Cheryle Vallee* наговестила њихово следеће виђење за Божић, поклонодавац је рекао да се здравствено не осећа добро и да не верује да ће дочекати Божић. Након четири месеца поклонодавац је преминуо, и тада је настао спор између поклонипримца *Cheryle Vallee*, и поклонодавчевог рођеног брата *Petera Roberta Alfreda Birckhwooda*, који је оспоравао такво даровање. Суђење је у присуству странака и њихових адвоката одржано 26.10.2012. године пред *Oxford Country Court*. Судија *Harris*, који је водио поступак, пресудио је у корист поклонопримца, и потврдио је пуноважност поклона за случај смрти, а у образложењу пресуде се позвао на случај *Sen vs Headley* из 1991. године. Из овакве пресуде су јасно назначени услови који су потребни да би *donatio mortis causa* производио правно дејство. За пуноважност правног посла се тражи да поклон мора бити учињен под условом смрти поклонодавца и он га може опозвати све док до смрти не дође, а пуноважност даровања не наступа док се смрт поклонодавца не догоди. Поклон мора бити начињен у основаном размишљању о смрти, мада не нужно и у очекивању предстојеће извесне скоре смрти. У овом конкретном случају је суд испитивао околност да ли се време од пет месеци пре смрти може сматрати предстојећом смрћу, и дошао је до закључка да је за валидност даровања довољно само размишљање о смрти, без постојања конкретне блиске смртне опасности по поклонодавца. И коначно, за пуноважност даровања мора да постоји испорука предмета поклона или расанак поклонодавца од њене државине. Такав пренос државине не мора увек да буде спроведен буквално, у физичком смислу. Предаја државине се код непокретности може огледати и у предаји кључева и власничких листова. Након изјављене жалбе на ову пресуду, спроведен је другостепени поступак

пред Апелационим судом (*Court of Appeal*), где је одлуком од 06.06.2013. године, потврђен као исправан став првостепеног суда.⁴⁶⁴ Тиме је у енглеском праву дошло до промене у доктрини поклона за случај смрти на тај начин што је дефинитивно прихваћено постојање *donatio mortis causa* на непокретностима.

1.2.5. Правна природа поклона за случај смрти у енглеском праву

Особеност енглеског права је да се доброчини споразуми и друга доброчина обећања (*gratuitous promises*), у које спадају и поклони, не сматрају уговорима. Разлог за то је постојање теорије противчинидбе, према којој такви доброчини споразуми нису правно утуживи, јер прималац поклона не даје никакву противчинидбу за примљени поклон. Стога поклон *inter vivos* не може да буде неформалан (усмен) уговор јер не постоји противчинидба поклонодавца.⁴⁶⁵ За пуноважност поклона међу живима потребна је посебна форма закључивања, која се назива *deed*, и која је услов за настанак уговора.⁴⁶⁶

Поклон за случај смрти у енглеском праву спада у посебну категорију, јер не припада потпуно ни даривању међу живима ни тестаменту, јер се не уклапа у потпуности ни у једну правну структуру, већ се ради о правном институту *sui generis*, који се третира различито, у зависности од тачке гледишта.⁴⁶⁷ Енглеска правна теорија сматра да његова хибридна природа потиче из његове дуалне особености, јер је овај правни посао сличан даривању међу живима, али се разликује од њега јер право на имовину постаје пуноважно тек након смрти дариваоца.⁴⁶⁸ Овакво даривање мора бити у складу са дародавчевим размишљањем о смрти, и у међувремену је даривање могуће опозвати.⁴⁶⁹ Основна карактеристика поклона за случај смрти у енглеском праву јесте да је за његову пуноважност неопходна предаја ствари од стране дариваоца.

Сличност са правним пословима међу живима се огледа у томе што се поклон мора начинити у току живота дариваоца, који мора имати озбиљну намеру да нешто поклони, при чему се таква озбиљност намере огледа у предаји ствари, односно опроштају од

⁴⁶⁴ *Vallee vs Birckhwood* [2013] EWHC 1449 (Ch), извор: <http://high-court-justice.vlex.co.uk>

⁴⁶⁵ у пракси се таква формалност избегава на тај начин што се закључују усмени привидни теретни послови, који поседују могућност утужења, те се тако привидно за примљени поклон обећа симболична надокнада, која му даје обележје теретног двостраног уговора.

⁴⁶⁶ Јовановић Н., *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд 2008, 25-26.

⁴⁶⁷ R.P.Meagher, W.M.C.Gummow, J.R.F.Lehane, 709.

⁴⁶⁸ J.Martin, *Hanbury & Martin: Modern equity*, London, 15. Edition 1997, 137.

⁴⁶⁹ J.Crossley Vaines, *Personal Property*, 5. Edition, London, 1973, 318.

власништва над имовином. Поклонодавчева намера поклањања мора бити усмерена на садашњост, јер ако је намера усмерена на поклањање у будућности, у том случају се не ради о поклону за случај смрти. Управо предаја предмета поклоне у садашњости разликује овај правни институт од тестамент, где је се испорука обавља тек након смрти дариваоца. За поклонодавца се тражи постојање пословне способности као за правни посао међу живима, јер ако даривалац нема потребну менталну способност у тренутку закључења правног посла, даривање није валидно.⁴⁷⁰

Основна сличност са правним пословима *mortis causa* је у томе што је даривање условљено смрћу дариваоца. Поклонодавац предаје предмет поклоне у садашњости, али даривање није потпуно све до смрти дариваоца. Управо намера дариваоца да поклон постане пуноважан после његове смрти чини основно обележје овог правног института и разликује је га од поклоне *inter vivos*. Уколико је даривање условљено смрћу дариваоца, онда се ради о поклону за случај смрти. Сходно томе, уколико поклонопримац умре пре поклонодавца, даривање неће имати правну снагу, као што и тестамент пада уколико обдарени умре пре тестатора. Сличност између тестамент и правног института *donatio mortis causa*, је у томе што се оба правна посла могу опозвати. Ово је основна разлика у односу на поклоне међу живима, који су по правилу неопозиви, као, уосталом, и сви други уговори. Поклон за случај смрти може опозвати поклонодавац у одређеним случајевима, и то: уколико се опорави, уколико поново успостави државину над ствари или уколико промени мишљење и захтева опозив даровања.⁴⁷¹ Поклонодавац одговара за дугове оставиоачеве у случају недостатка његове имовине, према правилима наследног права. Сходно Закону о наследству из 1975. године (*Inheritance Provision for Family and Dependents Act 1975*), вредност поклоне улази у нето имовину оставиоца, и законски наследници могу оспорити даровање уколико није преостало довољно имовине иза смрти оставиоца, те суд може одлучити да се од поклонопримца одузме део или чак цео поклон у корист законских наследника, слично правилу заштите нужног дела примењивом у континенталним правима. Поклон за случај смрти је, као и тестамент, подложен порезу на наследство, али се према Закону о финансијама из 1986. године (*Finance Act 1986*), третира као условни дар и његова

⁴⁷⁰ A.Borkowski, *op.cit.* 27.

⁴⁷¹ *Ibid.*, 60.

вредност се утврђује тек смрћу оставиоца, који може сачинити одређене писмене инструкције ради пореског ослобађања.⁴⁷²

1.2.6. Сличности између поклона за случај смрти у енглеском праву и *donatio mortis causa*

Donatio mortis causa је у римском праву био добродино располагање, које је настајало на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, и имао је обележја и поклона и легата. Био је увек опозив а само изузетно неопозив и стварао је правно дејство само под условом да поклонопримац надживи поклонодавца.

Енглески правни систем је настао изван, или уз незнатан утицај римског права, али поклон за случај смрти је у раном средњем веку у енглеском праву преузет управо из римског права. Основно обележје поклона за случај смрти у енглеском праву је предаја предмета поклона поклонопримцу од стране поклонодавца. Такву карактеристику поклона за случај смрти бележе најранији енглески средњовековни правни списи, а чији непосредни узор су Дигеста и Јустинијанове Институције. Тако је у савременом енглеском праву задржан поклон за случај смрти искључиво као реално даровање, какав је био најстарији облик *donatio mortis causa* римског права.

Међутим, иако је поклон за случај смрт у енглеском праву настао под непосредним утицајем римског права, између њих постоје и одређене разлике, јер поклон за случај смрти у енглеском праву има и одређених особености:

У римском праву је *donatio mortis causa* постојала у три облика, док у енглеском праву постоји само реално даровање испоруком предмета поклона поклонопримцу од стране поклонодавца.

У римском праву је поклонодавац, код једне врсте, *donatio mortis causa* могао да дарује поклон за случај смрти иако није животно угрожен, само размишљајући о пролазности живота, док у енглеском праву за пуноважност даровања мора постојати конкретна блиска смртна опасност по дародавца, односно поклонодавац мора даровати само размишљајући о смрти која је реална у блиској будућности.

⁴⁷² Ray, R., - Redman, J., *Practical inheritance tax planning*, 2 edition, London 1991, 224.

У римском праву предмет даровања за случај смрти је све оно што може бити и предмет даровања међу живима, док је у енглеском праву дуго времена важило правило да предмет поклона за случај смрти може бити само покретна ствар која се може предати непосредном испоруком. Временом је дошло до проширивања концепције поклона за случај смрти на писмене документе, као условни посед ствари, а последњих деценија је дошло до најзначајнијег проширења, када је 1991. године Апелациони суд у случају *Sen vs Hedley*, као валидно дозволио *donatio mortis causa* на непокретностима, што је своју потврду нашло и у случају *Vallee vs Birckhwood* из 2013. године, чиме је коначно утемељено проширење поља његове примене на непокретностима.

Правна природа поклона за случај смрти у енглеском праву је *sui generis*, каква је била природа даривања за случај смрти у римском праву. У каснијој фази развоја римског права, а посебно у Јустинијановом законодавству, поклон за случај смрти се скоро потпуно изједначио са легатима, док је у енглеском праву задржан његов изворни хибридни облик, који садржи елементе и уговорног и наследног права.

Из наведеног се може закључити да је римско право извршило пресудан утицај на формирање доктрине поклона за случај смрти у енглеском праву, који је и поред одређених особености задржао изворни римски облик.

1.3. ЈЕВРЕЈСКО ПРАВО

Јеврејски народ има богату историју, и јеврејско право је у свом старијем облику постојало много пре Мојсија. Прекретница у развоју јеврејског права сматра се Божја објава Мојсију на гори Синај у XIII веку п.н.е. Тада је протумачено да је том објавом закључен уговор између Бога и јеврејског народа, а да је право које користе Јевреји постало израз Божије воље.⁴⁷³ Јеврејско право се налази у првих пет књига јеврејске Библије, које Хришћани називају *Старим заветом*, а Јевреји *Тором*. Правила из Торе су говорила не само о религији и праву, већ о свим значајнијим питањима из живота појединца и друштва као целине. Таква правила су обавезивала и саме владаре, који стога нису били апсолутисти, већ су били подвргнути прописаним нормама, као и сви

⁴⁷³ Glenn, H.P. *Legal Traditions of the World*, Oxford 2007, стр. 94.

остали грађани. Осим Торе други велики извор јеврејског права је *Талмуд*. Он је имао сасвим другачији настанак и развитак од Торе. Пошто је Тора предствала писане законе, била је подложна уништавању или цензурисању од стране различитих непријатеља, са којима се кроз историју сусретао јеврејски народ. Након неуспелог устанка против Римљана 135. године, за време владавине цара Хадријана, дошло је до прогона јеврејског народа и забране изучавања Торе. Тако је настало усмено предање, које је измицало таквој контроли. У периоду који је следио након тога, дошло је до записивања и састављања зборника усмених предања, који је назван *Мишна* – поновљена Тора. Међутим, и сама Мишна је временом постала предмет дискусија, коментара и допуна. Такве усмене допуне Мишне су касније записане, те је настао њен додатак – *Гемара*. Заједно Мишна и њен додатак Гемара названи су *Талмуд*.⁴⁷⁴ У зборницима Тори и Талмуду садржана су правила којима је регулисано функционисање читавог јеврејског друштва.

Јеврејско право спада у једно од најстаријих, те се тако и правила која се тичу даровања у случају смрти, морају сагледати почев од најранијег периода у развоју јеврејског права. Поклон за случај смрти је у јеврејском праву комплексан правни институт, који обухвата различите модалитете, форму и правна дејства. Повезује их један битан елемент, а то је смрт дародавца, до којег момента је одложена пуноважност даровања.

Одређена врста даровања у размишљању о смрти налазе се још у јеврејској Библији, али то није класичан облик какав познајемо из каснијих епоха у развоју овог правног института. Арамејски папируси из V века п.н.е. садрже јасније облике даровања за случај смрти, где се уочавају поклони са тренутним дејством и поклони чије је дејство одложено до дародавчеве смрти. Тек, даровање из Талмудског права, под називом *mattenath šakhiv mera'* има сличности са таквим даровањем у римском праву, и са *mesawweh mehamath mitha*, има конструкцију која грубо одговара *donatio mortis causa* римског права.

1.3.1. Поклон за случај смрти у раном јеврејском праву

Јеврејско право је једно од најстаријих права које потиче из библијских времена. Међутим, у Библији не постоји доказ о постојању даровања за случај смрти, који се

⁴⁷⁴ Б.Кошутић, *Увод у велике правне системе данашњице*, Београд 2008, стр. 346.

могао примењивати у старом јеврејском праву. Додуше, у Библији постоје текстови који се баве законским наслеђивањем и распоређивањем имовине између потомака, али се у њима не налазе обележја даровања за случај смрти. Међутим, иако даровања која су описана у Библији немају све карактеристике касније развијеног института *donatio mortis causa*, сматрамо да одређена веза између њих, ипак, постоји. Проучавајући историјски развој и порекло поклона за случај смрти, могли смо приметити да је клица даровања за случај смрти настала из обичног даровања и размишљања о смртности. Управо су такви почетни облици поклањања наведени у текстовима Библије, те стога они могу представљати основу на којој се кроз историјске епохе надограђивао и развио овај правни институт.⁴⁷⁵

Други важан извор за проучавање поклона за случај смрти у раном јеврејском праву представљају арамејски папируси. Сматра се да су настали у V веку п.н.е., и да потичу од једне мале заједнице јеврејског порекла. У њима се налазе различите расправе везане за размишљање о смрти. Документи који на то указује могу се поделити на три класе. Најпре, налазимо документе који су слични брачним уговорима, јер се њима регулише наследноправни положај преживелог брачног друга, након смрти супружника. Затим, имамо списе у којима се налазе докази о даровању. при чему уочавамо две врсте даровања. Једне дарове поклонодавац чини са тренутним дејством, док другу врсту чине они дарови чије је дејство одложено до дародавчеве смрти.⁴⁷⁶

1.3.2. *Mattenath šakhiv mera'*

У Талмудском праву се појавила потреба да законски буде уређено право особе која се налази озбиљно болесна и размишља о смрти да може пуноважно учинити распоред са својом имовином. Даровање које се у јеврејском праву означава *mattenath šakhiv mera'* је по својим обележјима слично *donatio mortis causa* римског права. Развој даровања за случај смрти треба посматрати у два историјска раздобља. Најпре, су у таннаитском раздобљу (10.-220 год. н.е.), постављени скоро сви основи овог института, а коначан облик је настао током амораимског периода (220-500 год. н.е.).⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ види детаљније Први део – Порекло *Donatio mortis causa* - Библија

⁴⁷⁶ види детаљније Први део: Порекло *Donatio mortis causa* - Арамејски папируси

⁴⁷⁷ Постоји много сачуваних текстова о поклону за случај смрти у јеврејском праву. Документи који нам пружају податке о *mattenath šakhiv mera'* налазе се у Талмудским изворима – *Mishnah* (M), *Tosephta* (Tos.),

1.3.2.1. Појам

Поклон за случај смрти је своја главна обележја добио још у таннаитском раздобљу, и основа за настанак овог правног института била је потреба да се законом уреди право особе која је озбиљно болесна и размишља о смрти, да може пуноважно учинити распоред са својом имовином. У таннаитским текстовима се даровање за случај смрти означавало као *deyathiqi šekhiv mera'*, што представља рану фазу у његовом развоју, док је пуну концепцију овај правни институт остварио у амораимском периоду када је такво даривање добило коначан облик као *mattenath šakhiv mera'*.

Његова основна обележја су да настаје сагласношћу воља поклонодавца и поклонопримца, при чему пуноважност даровања настаје тек смрћу поклонодавца. Предмет даровања била је како непокретна, тако и покретна имовина, с тим што су чешћи случајеви били даривања непокретности. Услов за остварење пуног учинка је да поклонопримац надживи поклонодавца, јер у супротном даровање постаје неважеће. Уколико би даровање одмах производило правно дејство, па чак и да је настало у страху од предстојеће смрти, радило би се о обичном даровању. Даривање је у почетку било опозиво уколико је опозив уговорен или услед оздрављења. У каснијој фази развоја је дародавцу дато широко овлашћење да може уговорити по слободној вољи опозиво или неопозиво даровање. Тако се сада поклон за случај смрти могао опозвати по жељи дародавца, чиме се овај институт веома приближио *donatio mortis causa* римског права.

Међутим, даровање *mattenath šakhiv mera'* у јеврејском праву није у потпуности компаративно са *donatio mortis causa* римског права, јер оно уједно служи и као замена за тестаменат, који није постојао у јеврејском праву. Сличност са римским даром узрокованим смрћу огледа се у томе што ови дарови могу бити начињени само у ишчекивању смрти од конкретне опасности, нпр. болест или опасно путовање (*imminente periculo mortis*). Разлика је у томе што је римско право дозвољавало даровање за случај смрти и због апстрактног размишљања о људској смртности (*sola cogitatione mortalitatis*), чега нема у јеврејском праву.

Palestinian Talmud (p.), *Babylonian Talmud* (b.), у оквиру којих се најчешће ово даровање спомиње у текстовима Baba Bathra (B.B.)и Peah. Текстови који се користе у овом раду преузети су из: Yaron, R. *Gift in contemplation of death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960.

1.3.2.2. Форма

Форма у којој је чињено даровање била могла је бити и усмена и писмена. Тако је за настанак даровања била довољна и проста изјава, којом би се недвосмислено утврдила воља поклонодавца. Таква је и била првобитна форма даровања за случај смрти, али од око 90 год. н.е. у време рабина Елиезера, упркос његовом енергичном противљењу, већински одлучено да се даровање може чинити и писаним путем.⁴⁷⁸ Разлог за увођење писане форме била је правна сигурност, јер су дародавци желели да избегну било какве нејасноће и спорове у вези њихове воље, какви се могу јавити код усменог даровања.⁴⁷⁹ Код усменог даровања значајну улогу имају сведоци даровања, пред којима дародавац чини изјаву о даровању и који су и извршиоци даровања јер предају даровану ствар поклонопримцу, док код писане форме њихов значај слаби.⁴⁸⁰

Током читавом амораимског раздобља равноправо се употребљавало даровање за случај смрти у усменом и писаном облику. Иако је писана форма даровања обезбеђивала већу правну сигурност, постојале су и одређене резерве. Наиме, уколико би дародавац наредио да се сачини писани акт о даровању, и у складу са тим предао дар поклонопримцу, али би умро пре тога, настајале би потешкоће у тумачењу његове воље. Тако је заузет став да се тумачење мора спровести према намери дародавца. Ако би писани акт представљао само забелешку дародавчеве воље, онда је могуће и након његове смрти спровести даровање и предати дар, али уколико је дародавац желео да тај писани документ буде средство стицања, поклон је неважећи, јер нико не може да пренесе права поклонодавца након његове смрти.⁴⁸¹

1.3.2.3. Опозивање

У таннаитским текстовима се даровање за случај смрти означавало као *deyathiqi šekhiv mera'*, што представља рану фазу у развоју даровања за случај смрти. У најранијој фази опозив зависио од изричите наредбе дародавца која би била саставни део даривања. Каснији текстови из таннаитског периода о *deyathiqi* су дозвољавали слободан опозив поклона. Могућност једностраног опозива је била вероватно у складу са таннаитским

⁴⁷⁸ M.B.B. 9.7

⁴⁷⁹ Yaron, R. *Gift in contemplation of death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960, стр. 66.

⁴⁸⁰ Gulak, A. *Das Urkundenwesen im Talmud im Lichte der griechisch – aegyptischen Papyri und des griechischen und roemischen Recht*, Jerusalem 1935, стр. 15.

⁴⁸¹ p.B.B. 8.5.; p.B.B. 135b

правом, јер је правило било да, уколико би дародавац преживео болест, дар се или поништава или опозива. Најстарија преживела група текстова управо говори о слободној опозивости поклона за случај смрти. У њима се налазе три става у вези опозивости даровања. За разлику од обичног даровања, овакво даровање је у суштини опозиво, и таква опозивост је слободна до испоруке поклона. Након предаје поклона опозивање није могуће до оздрављења. Пуноважност даровања се остварује тек након дародавчеве смрти. Управо се у овим текстовима јасно врши разграничење обичног поклона, који се означава речима *mattana*, од поклона за случај смрти који се означава *deyathiqi*.⁴⁸²

У погледу опозивости даровања дошло је до одређених промена током амораимског периода. У почетку је расподела имовине од стране поклонодавца била ограничена на два начина: он није могао да опозове даривање пре оздрављења и није могао да учини неопозиво даровање. Ова ограничење која потичу из таннаитског периода су временом нестала, те је током раног амораимског периода даровање је постало опозиво независно од опоравка од болести због које је расподела и извршена. Није више тражен услов да дародавац умре од болести услед које је даровање учињено да би исто било пуноважно. Тако је развој овог института прошао кроз развојне фазе где даривалац, најпре, није могао да опозове даривање пре оздрављења и није могао сачинити неопозиви поклон, до касније фазе где је поклон могао бити сачињен у форми опозивости или неопозивости, према вољи дародавца. Даровање је опозиво уколико је таква опозивост јасно уговорена, а могућа је опозивост и уколико није јасно уговорена услед оздрављења дародавца.⁴⁸³ Каснији развој овог института је омогућио и да се опозивање могло спровести независно од било којих услова, према жељи дародавца.⁴⁸⁴

У касном амораимском периоду је постављено правило да уколико је дар делимично опозван, онда се опозивост односи на целокупну имовину. Тако, уколико би поклонодавац поклонио најпре једној особи целокупну своју имовину, а затим другој

⁴⁸² Tos.BB.8.10: „свако ко напише *deyathiqi*, има право на опозив; (онај ко напише) *mattana* нема право на опозив. Шта је (од расподела које се разматрају) *deyathiqi*? – Нека ми буде (дато) да се опоравим и преживим, а уколико умрем моја добра биће дата особи X. Шта је *mattana*? – Од данас моја добра биће предата особи X.“

Tos.BB.8.11: свако ко напише *deyathiqi* има право на опозив све док он (прималац поклона) или неко други (у његово име) не добију дар. Од тренутка када он (прималац поклона) или неко (у његово име) добију дар, он (дародавац) више нема право на опозив.“

⁴⁸³ Tos.B.B. 8.10-11; p.Peah 3.9.; M.Peah 3.7

⁴⁸⁴ p.B.B. 8.8.; bB.B. 151a,152b; p.Peah 3.9

особи део те исте имовине, сматрало се да је извршен опозив даровања првој особи, те други поклонопримац добија целокупну имовину.⁴⁸⁵

У римском праву је постојала значајна разлика у погледу овог правног питања. Јустинијаново право је прописивало да друго даровање није у потпуности поништавало прво, већ је само умањивало поклоњену имовину првом поклонопримцу за вредност накнадно извршеног даровања.⁴⁸⁶

1.3.2.4. Пренос својине

Пренос својине над поклоњеним стварима је вршен тек након дародавчеве смрти. Питање преноса својине је од практичне важности у случају када поклонопримац умре пре поклонодавца. За пуноважност даровања је неопходно испуњење услова да поклонопримац надживи поклонодавца, јер би у супротном даровање било ништаво. Овакав услов је компаративан са правним пословима *mortis causa*, јер смрћу наследника пре завештаоца долази до ништавости правног посла. Сличност постоји и са таквим условом код *donatio mortis causa* римског права, где смрћу поклонопримца пре поклонодавца даровање не производи правно дејство. Иако је поклонодавац остајао власник предмета поклона до своје смрти, у таннаитском праву није могао да даље располаже имовином у виду отуђења другом лицу.⁴⁸⁷

Код *donatio mortis causa* римског права није било од практичног значаја да ли се обавља даривање целокупне имовине или само појединих делова. Међутим, у јеврејском праву таква разлика постоји. У таннаитском праву се није постављало питање да ли ће поклонодавац поклонити целокупну своју имовину или само њен део, али у амораимском праву ово питање има правног значаја. Према амораимском схватању, уколико поклонодавац поклања целокупну своју имовину онда је живео у лажном уверењу да ће умрети, јер би у супротном оставио макар део имовине за себе. Ово има практичног значаја код права на опозивост даровања, јер би се опозивање дозволило уколико је поклоњена целокупна имовина, а не би се дозволило уколико је поклоњен само део имовине. Ако је дародавац поклатио једночасовено више делова имовине различитим лицима, уколико је то сматрао као једну трансакцију, онда се у случају

⁴⁸⁵ b.B.B.148.b.

⁴⁸⁶ С. 6.37.23.

⁴⁸⁷ Yaron, R. *Gift in contemplation of death in Jewish and Roman Law*, стр. 80.

оздрављења опозивост односи на све дарове. Међутим, уколико је сваки дар третиран појединачно, као посебна воља, онда само последњи дар подлеже опозивости, јер представља последњу преосталу имовину.⁴⁸⁸ Такође, у почетку се сматрало да задржани део имовине нужно мора да представља земљу, док се касније поставило се питање да ли задржани део може да буде и покретна имовина, при чему је неспорно било да задржана имовина мора бити довољна за издржавање поклонодавца.⁴⁸⁹

1.3.3. *Mesawweh mehamath mitha*

Друга врста даровања у јеврејском праву, која има сличности са *donatio mortis causa* римског права је *mesawweh mehamath mitha*. Она је специфична утолико што настаје као обичан поклон, јер дародавац користи форму *qinyan sudar*. Међутим, такав поклон је начињен као резултат размишљања дародавца о непосредној и блиској смрти, па мотив дародавца има јачу правну снагу у односу на прописани формализам. Наиме, уколико је поклон сачињен уз употребу форме *qinyan sudar*, такав дар се сматра коначно неопозивим. На тај начин дародавац не би имао правне могућности опозива поклона, што чини основно обележје поклона за случај смрти. Међутим, код даровања *mesawweh mehamath mitha* учињена је једна повољност за дародавца. Упркос прописане формалности у први план се ставља мотив дародавца. Одлучујуће су околности блиске смрти у којима се даровање сачињава, те се у том случају таквом даровању даје форма поклона за случај смрти, дозвољавајући опозив даровања у случају опоравка поклонодавца.

Код даровања за случај смрти се пренос својине традиционално обављао непосредном предајом код покретних ствари или предајом докумената код непокретности. У каснијој фази *mattenath šakhiv mera'* настао је нови модел стицања, и пренос својине се заснивао на фикцији – *qinyan sudar*. Његова специфичност је да се не заснива на непосредном преносу, већ на фиктивној размени.

Даровање које садржи *qinyan sudar* носи у себи елементе неопозивости, јер уколико би се при даровању користила или написала реч *qinyan sudar*, даровање би постајало

⁴⁸⁸ b.B.B. 148b

⁴⁸⁹ b.B.B. 149b; p.Peah 3.9

неопозиво. Такво даровање је се разликује од *mattenath šakhiv mera'* и упоређивано је са Талмудским *mettenah bari'*, које је значило - „дар начињен од онога који је доброг здравља“. Овакво даровање је било суштински неопозиво, и у римском праву је одговарало *donatio deducto usufructu*, који се значајно разликовао од *donatio mortis causa*. У том случају се сматра да се не ради о поклону за случај смрти јер пренос власништва нема ефекат након смрти поклонодавца.⁴⁹⁰

Међутим, у свакодневној пракси приликом даровања су се појавиле тешкоће у строгој примени формалности када је употребљаван *qinyan sudar*. Тако је начињен изузетак, те је дозвољен опозив поклона уколико је дародавац поклонио сву своју имовину услед опасности од смрти, па се касније опоравио. У том случају дозвољен је опозив поклона и поред тога што је у даровању наведено *qinyan sudar*.⁴⁹¹ Овде је формалност попустила пред реалношћу животних ситуација. Поклонодавац је дајући поклонопримцу сву своју имовину очигледно имао у виду предстојећу смрт, те је, стога, такво даровање валидно само уколико до смрти заиста дође. Дародавчева жеља није била да у сваком случају учини такав дар, па је логично да се не може прихватити такво даровање као неопозиво. Уколико би се опоравио имао је право на опозив дародавац који је даровао сву своју имовину употребљавајући *qinyan sudar*, јер је очигледно да је такав модалитет даровања учинио под специфичним околностима у очекивању блиске смрти. Даровање целокупне имовине указује да је дародавац изгубио наду да ће остати у животу, те је зато правилно да такво даровање буде опозиво у случају његовог оздрављења.⁴⁹²

Такав модалитет код даровања добио је назив *mesawweh mehamath mitha*, који је представљао надоградњу *mattenath šakhiv mera'*. Чак су постојали и случајеви који одступају од правила да је такво даровање опозиво ако је поклоњена целокупна имовина. У неким специфичним случајевима се излазило у сусрет фактичкој вољи дародавца, јер је дозвољавана опозивост и ако је поклоњен само део имовине, имајући у виду да страх од смрти поништава обавезност прописане форме.⁴⁹³

⁴⁹⁰ b.B.B.152a

⁴⁹¹ b.B.B.152b

⁴⁹² b.B.B. 151b (152a)

⁴⁹³ b.B.B. 151a

1.4. ШЕРИЈАТСКО ПРАВО

Шеријатско или исламско право по персоналном начелу примењују сви муслимани у свету. Развијало се аутохтоно и повезано је са настанком и развојем ислама. Једини је велики правни систем који почива на верским основама. Шеријатско право заузима значајно место у правном систему исламских земаља. Оно је у практичној употреби у скоро свим држава заснованим на исламској правној традицији. У неким земљама је оно представља једини извор права, у другим, где је на снази грађанско законодавство, оно је један од извора права, док се практично користи и у државама које су у потпуности прешле на грађанско законодавство. Шеријатско право представља једини извор права у исламским монархијама где је извршена исламизација целокупног друштва (Саудијска Арабија, Пакистан, Иран, Либија, Авганистан, Јемен, Оман и Судан), неке од исламских држава су укинуле шеријатско право и замениле га националним законодавством (Турска, Албанија, муслиманске државе настале распадом СССР – Азербејџан, Узбекистан, Казахстан, Киргистан, Туркменистан и Таџикистан), док је у највећем броју исламских држава шеријатско право један од извора позитивног права.⁴⁹⁴

У шеријатском праву се прописи могу сврстати у две категорије, и то уредбе везане за религију и вршење обреда и прописе правног и политичког карактера. Шеријатско право је већим делом оригинално, али у извесној мери се могу појавити стари обичаји или страни утицаји. Правни систем ислама почива на два основна извора. Најважнији извор шеријатског права је *Кур'ан*, који представља свету књигу ислама. У њој су записане све Објаве које је Мухамеду „слао Алах“ од 610. године па до његове смрти 632. године. Састоји се из 114 поглавља – *сура* („ограђени простор“), који се деле на стихове – *ајете* („знак“, „доказ“, „чудо“). *Кур'ан* садржи око пет стотина ајета правног карактера (*ajatu-l-ahkam*), од чега две стотине садрже јасно формулисане правне норме, а остали ајети су општег правног карактера.⁴⁹⁵ Најпре се, током Мухамедовог живота и извесно време након смрти, његово предање усмено проносило, али је због опасности да Божја реч падне у заборав наређено да се изврши сакупљање и записивање свих одломака *Кур'ана*. Најстарији сачувани примерак *Кур'ана* потиче из 726. године. Други основни извор шеријатског права је *суна*. Представља допуну *Кур'ана*, и садржи усмено предање, касније записано о Мухамедовом понашању, о ономе што је допустио, забранио, или

⁴⁹⁴ Piscatori, P.J. *Islam in a World of Nation States*, Cambridge 1986, str. 76.

⁴⁹⁵ Džananović, I. *Idžtiħad u prva četiri stoljeća islama*, Sarajevo 1999, str. 16.

разјаснио. Свако појединачно записано сведочанство о неком догађају из живота Мухамеда се назива *хадис*, а скуп свих *хадиса* представљао је *суну*. Помоћни извори шеријатског права су били *иџма* и *иџтихад*. *Иџма* представља усаглашено мишљење правника о неком правном питању у вези са Кур'аном, а *Иџтихад* је овлашћење дато исламским правницима да могу стручно тумачити основне изворе и стварања нових норми и правних решења.⁴⁹⁶

Наследно право по шеријату има извесне особености утолико што се наслеђивала само активна имовина али не и обавезе. Наследници су били, не само мушки сродници, већ и жене, али су наслеђивале мањи део имовине него мушкарци. Уосталом, обавезујуће норме о наслеђивању дате су у самом Кур'ану, те се сматра да је и сам пророк Мухамед наследном праву дао посебан значај као главном делу правне науке.⁴⁹⁷

Посебним располагањем које се назива *vasijjet* оставилац је могао чинити распоред са имовином за случај смрти. Термин *vasijjet* у правном смислу има значење да се једном лицу даје извесна ствар или корист без надокнаде у својину, која се стиче након смрти оставиоца. Оваква дефиниција *vasijjeta* је неспорна код већине шеријатских правника, једино је спорно да ли се располагање имовином чини у смртној опасности или независно од тога.⁴⁹⁸

Шеријатско право у погледу располагања последњом вољом нема специјалне форме за постављање наследника нити за одређивање легата. За располагање последњом вољом постоји само један појам, а то је *vasijjet*. Притом је прецизно одређено ко ће и под којим условима наследити оставиоца. Основно начело шеријатског наследног права је близина сродства, те је законско наслеђивање добило предност у односу на располагање последњом вољом. Само изузетно оставилац може имовином располагати по слободној вољи и оставити је коме хоће. Располагање имовином оставиоца је ограничено на 1/3 имовине, док су преостали део наслеђивали законски наследници. Целокупном имовином се могло располагати само уколико нису постојали законски наследници. Примена института *vasijjet* се могла користити само на лица која нису законски наследници, јер оставилац није могао да мења законске наследне уделе својом вољом.

⁴⁹⁶ Станимировић, В. у: Аврамовић С, Станимировић, В. *Упоредна правна традиција*, Београд 2009, стр. 187-191.; Кошутећ, Б. *Увод у велике правне системе данашњице*, Београд 2008, стр. 299-308.

⁴⁹⁷ Nasser, J.J. „Nasljedno pravo“ у: *Šerijatsko pravo u savremenim društvima*, Sarajevo 1998, стр. 257.

⁴⁹⁸ Silajdžić, A. *Testament u šeriatskom pravu*, Sarajevo 1941, стр. 72.

⁴⁹⁹ Да би *vasijjet* био правно ваљан и производио правно дејство, потребно је било испунити предуслове, и то: брачно пунолетство од 15 година, слободна воља оставиоца и достојност наследника, с тим да оставилац мора још поседовати пословну способност, мора бити власник имовине којом располаже са случај смрти, и не сме бити презадужен.⁵⁰⁰

Реализација оставиочеве последње воље се спроводи након његове смрти, и то тек пошто се претходно подмире трошкови сахране и измире његова евентуална дуговања. Уколико је *vasijjetом* остављена индивидуално одређена ствар, некретнина или сума новца, реализација се обавља пре поделе заоставштине, али уколико је остављен идеални део наследства онда се реализација обавља упоредо са поделом наследства законским наследницима. Уколико се до тренутка уручења повећа вредност дароване ствари, прималац има право на увећани део, исто као и законски наследници уколико је повећана вредност законског дела имовине.⁵⁰¹

Форма у којој се сачињава *vasijjet* може бити усмена и писмена. Усмена форма је била чешће употребљавана у пракси, и за њену пуноважност се захтевало присуство два мушка веродостојна сведока или један мушки и два женска. *Vasijjet* мора бити изражен јасно и недвосмислено. Осим речима може да се учини и конклюдентним радњама које ће бити јасне и разумљиве присутнима (знацима, мимиком), уколико је оставилац неспособан да говори.⁵⁰² Међутим, ради веће правне сигурности шеријатски правници су препоручивали сачињавање писаног акта о даривању. Писани *vasijjet* оставилац може сачинити својеручно или по његовим упутствима то може сачинити друго лице. Осим што се захтева да оставилац својеручно потпише исправу, према шеријатском праву за пуноважност овог правног посла захтева се, и у овом случају, присуство сведока. Када оставилац без сведока сачињава *vasijjet*, неопходно је да се он касније прочита у њиховом присуству, како би се сведоци упознали са садржајем *vasijjeta*.⁵⁰³

Посебно место код установе *vasijjet* има извршилац оставиочеве последње воље. Његова улога се састојала у томе да управља оставиочевим добрима, изврши наредбу

⁴⁹⁹ Kurtović, Š. *Opća historija države i prava*, I knjiga, Zagreb 1987, стр. 263-264.

⁵⁰⁰ Begović, N. Testament u islamskom pravu, Glasnik Rijaseta islamske zajednice u R.BiH, LXIV/2002, br.11-12, Sarajevo 2002, стр. 1150.

⁵⁰¹ Ćerimović, M.A., *Šeriatsko nasljedno pravo (Feraiz)*, Sarajevo 1936, стр.14-15.

⁵⁰² Suljić, S. *Vasijet – šerijatska oporuka*, Fakultet Šerijatskih nauka, Islamski Univerzitet u Riyadu, 2012, стр. 10.

⁵⁰³ *Ibid*, стр. 18.

оставичеву и евентуално брине о малолетној деци оставиочевој. То може бити и неко од законских наследника, али он на основу овлашћења из овог правног посла нема права на целокупној заоставштини оставиочевој. Шеријатско право познаје три врсте извршиоца воље оставиочеве, и то може бити оно лице које одреди сам оставилац, а уколико он то није учинио законски извршиоци су његови најближи мушки сродници, а уколико њих нема судија би одредио извршиоца оставиочеве последње воље.⁵⁰⁴

Правна природа овог института мора се одредити имајући у виду поделу на једностране и двостране правне послове. Тестамент је неоспорно једнострани правни посао, где до изражаја долази само воља тестатора. За његову пуноважност није потребна сагласност обдареног нити било ког лица, па би чак и његова пуноважност могла бити доведена у питање ако би друго лице својом вољом при његовом сачињавању утицало на тестатора. Међутим, шеријатски правници углавном институту *vasijjet* дају карактер двостраног правног посла, и тиме га сматрају уговором, те је у том случају неопходна сагласност воља поклонодавца и поклонопримца.⁵⁰⁵

Шеријатско право познаје специфичну поделу уговора на облигационе и факултативне. Облигациони уговори (*akd lazum*) настају сагласношћу двају воља и по својим карактеристикама су једнострано неопозиви, јер се не могу раскинути једностраном изјавом воље. Могу бити како добротини, тако и онерозни. Такве су карактеристике и свих облигационих уговора у савременом праву. С друге стране, факултативни уговори (*akd d'z'iz*) су, такође, уговори који настају сагласношћу двају воља, али су за разлику од облигационих уговора, једнострано опозиви. Као пример таквих уговора шеријатски правници узимају уговор о послузи, остави, мандат и ортаклук. Сви ови уговори су у суштини факултативни, али могу имати обележја и облигационих, уколико се стипулишу са једним облигационим уговором, те тако настају комбиновани или мешовити уговори. Уколико се даровање чини одређеном лицу, у питању је облигациони уговор, као двострани правни посао, за који је неопходна сагласност поклонопримца. Уколико се, пак, даривање врши неодређеном лицу, у хуманитарне или општекорисне сврхе, у том случају се ради о једностраном правном послу.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Silajdžić, A. *Testament u šeriatskom pravu*, Sarajevo 1941, стр. 113.

⁵⁰⁵ Bušatlić, H.A., *Porodično i nasljedno pravo muslimana*, Sarajevo 1926, стр. 121.

⁵⁰⁶ Silajdžić, A. *Testament u šeriatskom pravu*, Sarajevo 1941, стр. 74.

Правни институт *vasijjet* се најчешће сматра двостраним правним послом, а ређе једностраним. Шеријатско право за његову пуноважност тражи сагласност воља обе стране, јер се сматра да једнострана изјава воље не обавезује другу страну и не представља довољну гаранцију да би правни посао могао произвести правно дејство. Пуноважност правног посла остварује се моментом када се обдареник изјасни о пријему поклона. Уколико обдареник није пословно способан (нпр. малолетан), изјашњење о пријему поклона мора учинити његов старалац или законски заступник. Обдареник може одустати од даровања до смрти дариваоца, а након тога не може се једнострано одрећи поклона. Уколико *vasijjet* не прихвати обдареник, онда се даровање сматра непотпуним и неподобним за остварење правног учинка, те предмет даровања остаје законским наследницима. Само изузетно се не тражи сагласност друге стране, а то је у случају када је прималац није физичко лице, односно када се даровање чини у општекорисне сврхе, за болнице, школе или неке друге друштвене или хуманитарне установе.⁵⁰⁷

Даривалац има право на опозивање даровања, јер своју вољу може мењати све до смрти. ово из разлога што се ради о доброчином правном послу, чија пуноважност наступа тек смрћу оставиоца. Право својине не прелази пре смрти на обдареника, па је могућ одустанак дариваоца. Опозивање се може извршити изричито или прећутно. Када се ради о опозивању одређене количине поклоњене ствари, онда се мора спровести изричито, да не би постојале недоумице у погледу обима воље дариваоца.⁵⁰⁸

У правној теорији се овај правни институт углавном означава као тестамент, док само мањи број аутора не сматра да *vasijjet* има сва обележја тестаментa, већ да се ради о институту који је сличан тестаменту, али не и идентичан са њим.⁵⁰⁹ Додуше, међу шеријатским правницима је споран моменат када својина дароване ствари прелази на обдареника. Поједини аутори који сматрају да је *vasijjet* уствари тестамент, свој став заснивају на претпоставци да, заправо, не постоји обострана сагласност воља, јер се обдареник након смрти оставиоца коначно изјашњава да ли прихвата даровање, а тада не постоји воља оставиоца.⁵¹⁰ Ово из разлога што обдареник има могућност да се након смрти оставиоца изјасни да не прихвата поклон, у ком случају исти прелази у законску

⁵⁰⁷ Suljić, S. *Vasijet – šerijatska oporuka*, Fakultet Šerijatskih nauka, Islamski Univerzitet u Riyadu, 2012, стр. 11.

⁵⁰⁸ Silajdžić, A. *Testament u šerijatskom pravu*, Sarajevo 1941, стр. 87.

⁵⁰⁹ Станимировић, В. у: Аврамовић С, Станимировић, В. *Упоредна правна традиција*, Београд 2009, стр. 195.

⁵¹⁰ Silajdžić, A. *Testament u šerijatskom pravu*, стр. 77.

наследну масу. У том случају се овај правни посао не би сматрао пуноважним. Уколико би се прихватило такво схватање, *vasijet* би био приближен тестаменту, јер и приликом проглашења тестаamenta бенефицијар има могућност да не прихвати тестамент, чиме он не ступа на правну снагу. Тиме би правна природа овог института била специфична јер би он, као двострани правни посао, у себи садржао и елементе даровања за случај смрти и тестаamenta.

Према другом схватању, које су заступали представници шафијске и маликијске школе, *vasijet* је двострани правни посао који настаје сагласношћу воља оставиоца и обдареног. Таква сагласност се постиже приликом сачињавања *vasijeta*, јер обдарени мора да га прихвати, да би производио правно дејство. Право својине на обдареника се преноси смрћу дародавца, те се ради о двостраном правном послу који настаје сагласношћу воља обеју странака.

Сматрамо да је друго схватање исправније, јер више доказа говори у прилог да је *vasijet* двострани правни посао. За пуноважност правног посла није довољна само изјава оставиоца, већ је потребно и да се обдареник прими поклона и да он пређе у његову својину. Оваква обележја приближавају *vasijet* римском схватању даровања за случај смрти.

2. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ПРАВУ

2.1. ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ СРЕДЊОВЕКОВНОМ ПРАВУ

Утицај римске државе и друштва на нашим просторима био је приметан од самог досељавања словенских народа на Балканско полуострво, јер је та територија представљала класичну домовину римског права.⁵¹¹ Организација државне управе и правно устројство је, почев од раних српских држава, било начињено по угледу на римско-византијску државну и правну организацију. Прихватањем хришћанства српски народ је дошао у непосредни додир са византијским црквеним правом, те је римско-византијско право у облику црквеноправних компилација и зборника, остварило први значајнији утицај на правни живот средњовековне Србије. Најпре су у српско средњовековно право преузета правна правила из византијског правног зборника Прихирона, која су неизмењена заслугом Светог Саве преузета у Законоправило. У периоду највећег процвата српске државе, у време владавине цара Душана, римско-византијска правна правила о поклону су преузета у српски правни систем и широко су коришћена у свакодневном правном животу. Правила о поклону за случај смрти су наставила да егзистирају и у обновљеној Деспотовини Стефана Лазаревића, а касније, највише заслугом цркве, и у периоду након пропасти средњовековне српске државе, све до поновног успостављања српске државности у XIX веку.

2.1.1. Правила о поклону за случај смрти у Законоправилу

Заслугом архиепископа Саве настао је 1219. године први српско-словенски Номокамон – Законоправило. Он је садржао претежно одредбе византијског правног зборника - Прохирона (Градског закона), чиме је и Србију унето римско-византијско световно право.⁵¹² Прохирон је византијски закон настао између 870. и 879. године, и глава 55. Законоправила Светог Саве, која представља превод Прохирона, је имала следећа поглавља о поклону: глава VI, *О предбрачном поклону (О преждабраниме даре)*, глава X, *О поклонима између мужа и жене (о дарех междју моужем и женоју)*, глава XII, *О дару*

⁵¹¹ Novaković, S. *Srednjeevovna Srbija i rimsko pravo*, Izabrana dela, knjiga 17. Pravni spisi, Beograd 2006, 137.

⁵¹² Законоправило је касније прихваћено у Бугарској и Русији, где је постало познато под именом *Крмчија*

(о дарех), глава XIII, *О поништењу дара (о обрашцени даров)*.⁵¹³ Појам поклона, услови за настанак и разлози за опозив поклона су нарочито били обухваћени главом XII, *„О дару“* и главом XIII *„О опозиву дара“* које су неизмењене из Прохирона пренете у Законоправило.⁵¹⁴

Осим поклона међу живима, Прохирон је садржао и правила о поклону за случај смрти, те су и ова правила преузета у Законоправило. Поклони за случај смрти настајали су као двострани правни послови, сагласношћу воља уговорних страна, али су производили дејство *mortis causa*. Циљ уговора био је да поклонодавац задржи и користи поклон за време свог живота, а да тек након његове смрти предмет поклона припадне поклонопримцу, а не његовом наследнику.

„Посмртни дарови су када неко жели да (дотично добро) поседује (за живота) он сам, а не онај који дар прима, а (након његове смрти) прималац, а не његов природни наследник“⁵¹⁵

Одложни услов је неопходан код ове врсте поклона за случај смрти, јер је постојао услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би уговор производио правно дејство. Права из уговора нису прелазила на наследнике поклонопримца, и смрћу поклонопримца пре поклонодавца, поклон је престајао да важи. Осим овакве врсте поклона за случај смрти, постојао је и поклон уз непосредну предају ствари у својину поклонопримца. Разлог за то је, најчешће била смртна опасност која је претила поклонодавцу. Међутим, поклон за случај смрти је могао бити учињен и у ишчекивању природне смрти, или због бојазни од опасности на путовању, које су у то време биле честе. Тада се својина преносила на поклонопримца тек након смрти поклонодавца.

„Постоје три врсте дарова у случају смрти. Једна је када се дарује без икакве непосредне бојазни, већ само у ишчекивању природне смрти. Друга је када се дарује под претњом смрти која долази споља а не од примаоца, који у том случају преузима места на себе власништво. Трећа је када (дародавац нешто некоме)

⁵¹³ *Законоправило или Номокамон Светога Саве, Иловачки рукопис 1262. година, фототипија*, приредио М.Петровић, Горњи Милановац 1991., листови 273а-276а; 281а-281б; 284б-285а

⁵¹⁴ Крмчија морачка (Опис рукописа – Фотијеви предговори – Градски закон) описао и издао архимандрит Нићифор Дучић, Гласник Српског ученог друштва, II одељење, књига VIII, Београд 1877, 62-64, 96-97

⁵¹⁵ *Законоправило 12,3* (у раду је коришћен превод на савремени српски језик проф. Александра Ломе, објављен у монографији: М.Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012.)

дарује с обзиром на опасности скопчане са (својим предстојећим) путовањем; у том случају прималац не преузима власништво док давалац не умре. То чини онај који стрепи од разбојника или непријатеља у рату или од бродолома, од завере и заседа, или пак од силника и старости“⁵¹⁶

Морамо приметити да је оваква одредба 12,4 Законоправила у потпуности у складу са правилом о врстама поклона за случај смрти у римском праву – D. 39,6,2 (Ulp.ad Sab), где се одредбе о три врсте поклона за случај смрти скоро у потпуности поклапају. Ово тим пре доказује тезу да су правила о поклону за случај смрти скоро потпуно сачувана и у свом изворном облику пренета из римског права у српско средњовековно право.

Коначно, одредба Прохирона 32,4 која је неизмењена пренета у Законоправило, тиче се института *collatio bonorum*, односно урачунавања легата и и поклона у наследни део.⁵¹⁷ Овај изворни римски правни институт, је тако преузет у српско средњовековно право и имао је велику практичну примену. Уколико би отац начинио поклон неком од своје деце, у наследни део тог наследника би се урачунао поклон који је добио од поклонодавца, односно отац би био у обавези да и осталој деци остави имовину исте вредности, са циљем да сви оставиоचेви наследници буду изједначени у својим правима у погледу добијене имовине. Наравно, овде је реч само о поклонима веће вредности, а не о уобичајеним пригодним поклонима.

„Ако вредан поклон једном или неким од своје деце учини отац, има обавезу да код поделе наслеђа сваком детету обезбеди толики законски део колики би му припадао

⁵¹⁶ Законоправило 12,4

⁵¹⁷ Глава XXXII Прохирона не садржи правила о поклонима, већ о деоби заоставштине, али носи назив „О фалкидији“. Овакав назив указује да је законодавац имао у виду *Lex falcidia*, закон из 40. године п.н.е. који је прописао да се не може легирати више од три четвртине имовине, а да наследнику мора да остане најмање једна четвртина наследства (Gai.Inst. II, 227: *Lata est itaquae lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat dodrantem, itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat*). Јустинијановом Новелом XVIII, 1 из 536. године, је прецизиран овакав пропис утолико што су још више заштићени законски наследници, те је прописано да неокрњени део наследства мора да износи трећину уколико оставилац има до четири детета, а половину уколико има више од четири детета. Очигледно је ова одредба Прохирона настала под утицајем наведене Јустинијанове Новеле, те је ова глава Прохирона задржала назив „О фалкидији“. У српском преводу Прохирона који је преузет у Законоправило је прецизније означена ова Глава Прохирона, која у Законоправилу носи назив „О деоби“ (в. Књижевни радови Нићифора Дучића, књига 4, Београд 1895, 345.; Законоправило, издање М.Петровић, лист 305 б). Више види: Шаркић, С., „Поклон у средњовековном српском праву“, *Истраживања*, 17/2006, 10-11.

пре (давања поклона), јер иначе отац не би према овом (другом) детету поштено поступио.“⁵¹⁸

Овај правни институт омогућава свим наследницима поклонодавца једнака права, а примењив је како на поклоне учињене *inter vivos*, тако и на поклоне за случај смрти.

2.1.2. Правила о поклону за случај смрти у Законодавству цара Стефана Душана

Цар Стефан Душан је на престо ступио 1331. године, а након великих освајања и територијалних проширења државе, прогласио се за „цара и самодржца Србљем и Грком“ и свечано је крунисан царском круном на државном сабору у Скопљу 1346. године. Тако велика освајања и улажењем у оквире царства и јужних области у којима се вековима користило грчко писмо, изискивало је и потребу великог законодавног рада у циљу стварања јединственог правног система. Законодавство цара Стефана Душана је настало у периоду од 1347/48 до 1354. године. У њему оригинални законодавни рад цара Душана представља Законик донет на Саборима 1349. и 1354. године. Овај Законик никада није примењиван самостално, већ заједно са два делимично прерађена византијска зборника која су била погодна за примену и у северним српским крајевима - Скраћеном Синтагмом Матије Властара, што представља српски превод византијског правног зборника Матије Властара, и тзв. Законом цара Јустинијана, који представља кратку српску компилацију из византијског Земљорадничког законика из VII века – *Номос Георгикос*. У свим старијим рукописима налазимо најпре Скраћену Синтагму и Законик Јустинијана, а на трећем месту Душанов законик. Тиме је извршена једна велика кодификација византијског и српског права.

Цар Душан је тежио добром правном уређењу земље. Овим законодавним радом је свакако себи одредио улогу реформатора. Узор су му били римски императори Јустинијан и Константин. Вероватно је по аналогiji са Јустинијановом кодификацијом која је садржала: *Codex, Digesta i Novellae*, и он уз Законик додао српско византијске зборнике - Скраћену Синтагму и Законик Јустинијана. Често је поредио себе са

⁵¹⁸ Крмчија морачка, 97.

Константином, првим византијским царем који је озаконио хришћанство, што је присутно у великом броју повеља.⁵¹⁹

Анализирајући трипартицију из Душановог законодавства можемо закључити да су се правила о поклону развила под јаким утицајем византијског права. Такав утицај је био приметан још пре његовог времена, тако да је у законодавном раду цар Душан наишао на већ утврђене изразе: *дар, харисати, за душу дати, приложити*.⁵²⁰ Због тога је поклону било посвећено у целини поглавље Д-11 Скраћене Синтагме. У Законику цара Стефана Душана поклон је споменут само узгредно у члану 40., у оквиру права располагања баштином, док у тзв. Закону цара Јустинијана није било одредаба о поклону.

Скраћена Синтагма Матије Властара је била прихваћена у средњовековној Србији, и налазила се у практичној употреби заједно са Душановим законом и тзв. Законом цара Јустинијана, а настала је редакцијом српских законодаваца за потребе царског суда. Потпуна Синтагма Матије Властара садржи посебно поглавље посвећено поклону, које се састоји од пет чланова преузетих из Прохирона. Такво поглавље се налази у засебној тринаестој глави „*О даровех*“, ⁵²¹ У првом члану је прописано да се сваки поклон може опозвати у случају незахвалности поклонопримца, у другом члану се ближе опредељује која се лица сматрају незахвалнима, трећи члан садржи правила којима се дозвољава могућност да неурачунљиво или малолетно лице опозове поклон, док четврти члан прецизније уређује претходни члан, прописивањем да малолетно лице додатно може са навршених двадесет и пет година у року од четири године да покрене судски поступак ради опозива поклона, те се у петом члану говори о случају несразмерног поклона који отац учини једном од наследника. Таква глава Потпуне Синтагме је непромењена пренета у Скраћену Синтагму као глава једанаеста састава Д, насловљеног у српском преводу „*О закон*“, јер се тиче само световних закона, без црквених одредби.⁵²² У њега су пренете одредбе из Потпуне Синтагме, и то о опозивости поклона због неблагодарности поклонопримца, затим правила о неспособности за поклањање, док се

⁵¹⁹ Станковић, Е., „О значају Римског права за Србију“, Зборник радова „Правна мисао у срцу Шумадије“, Крагујевац 2012, (рад први пут објављен у зборнику радова са Међународног научног скупа: *Pravo ako zjednocovatel' Evropy: veda a prax*. одржаном на Правном факултету Универзитета у Братислави, 21-23.10.2010.), 30.

⁵²⁰ Соловјев, А. *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 115.

⁵²¹ С.Новаковић, *Матије Властара Синтагмат*, Београд 1907, 250.

⁵²² Соловјев, А. *Законодавство Стефана Душана*, 114.

у последњој одредби говори о несрезмерном поклону који учини отац једном од своје деце. За наш рад је од интереса управо овај члан јер се он може односити и на поклоне међу живима и на поклоне за случај смрти. Матија Властар је превodeћи овај пропис из Прохирона, у већој мери скратио четврти параграф главе XXXII, који се налази у вези са Јустинијановом Новелом XCII, 1, насловљена „*De immensis donationibus in filios*“. У српском преводу овај члан гласи:

„Ако отац једном или неким од своје деце начини вредан поклон, има обавезу код поделе наслеђа да сваком детету обезбеди толики законски део колики би му припао пре (давања овог поклона), јер иначе отац не би према овом (другом) детету поштено поступио“ ⁵²³

Ради се уствари о правном институту „*Collatio bonorum*“, познатом још у римском праву где се тежило да наследници буду изједначени код вредности наследних удела. Уколико би отац једном од своје деце оставио поклон веће вредности, морао је и осталој деци да обезбеди имовину једнаке вредности која ће им припасти. ⁵²⁴

Поклон се спомиње у Законику цара Стефана Душана у члану 40. под насловом „*О хрисовулама*“ у коме се наводи следеће:

„И сви хрисоволије и простагме што јест кому учинило царство ми и што ће кому учинити и те-зи баштине да су тврде како-но и првих правоверних цар; да су вољни њими, и под црков дати, или за душу одати, или иному продати кому љубо“

525

⁵²³ Новаковић, С. *Матије Властара Синтагмат*, 250.; коришћен превод на савремени српски језик: Марковић, Б. Јустинијанов закон у оквиру кодекса цара Стефана Душана (докторска дисертација), Београд 2004, 235 фн. 290.

⁵²⁴ Таква тенденција изједначавања наследника у праву наслеђа, одржала се све до данашњих дана и спроводи се урачунавањем поклона и легата у наследни део. Овакво правило је применљиво у већини савремених грађанских кодификација, а заступљено је и у нашем законодавству, у позитивним прописима Закона о наслеђивању: „**Законском наследнику урачунава се у његов наследни део поклон који је ма на који начин добио од оставиоца**“ – чл. 66. ЗОН-а, „**Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део**“ – чл. 73. ЗОН-а (Службени гласник РС, бр. 46/95).

⁵²⁵ Новаковић, С. Законик Стефана Душана цара српског 1349-1354, Београд 1898. (репринт 2004.), 36 и 171. Исти текст члана 40. у преводу на савремени српски језик гласи: „*И сви хрисовуље и простагме, што је кому учинило царство ми, и што ће кому учинити, и те баштине да су сигурне, као и ранијих правоверних царева, да су слободни с њима, или под цркву дати, или за душу оставити, или продати кому било*“ превод Никола Радојчић, Законик цара Стефана Душана, Београд 1960, 99-100.

У овом члану се у вези располагања баштином набрајају начини њеног отуђења, те се наводе три начина, којима је властела могла да слободно отуђи баштину, и то: *под црков дати, или за душу одати, или иному продати кому љубо*. Властела је могла да користи овакво својинскоправно овлашћење да ствар отуђи, имајући у виду чињеницу да су баштине биле у њиховој пуној својини.⁵²⁶ Наравно да то нису били једини начини отуђења својине у средњовековној српској држави, јер су ова три начина дата примера ради, а у истом члану се законодавац позива као узор на хиросовуље „*правоверних царева*“ односно грчких царева, где баштинско право треба да се регулише по примеру грчких хрисовуља.⁵²⁷ У изворима се могу наћи разноврсни начини располагања баштином, те је практично сопственику дозвољено да са баштином чини располагање какво хоће, односно да је може продати, поклонити, дати у мираз, заменити, завештати цркви, поклонити физичком лицу (харисати).⁵²⁸

У вези располагања својином у средњовековној Србији поклоном, морамо уочити да се појам уговора о поклону развио у српском праву под јаким утицајем византијског права, који утицај је био присутан још из ранијег периода, пре доба цара Стефана Душана. Доказ за то су многобројне повеље о поклону покретних ствари и непокретности манастирима, цркви и властели, а поклоне су чинили и обични поданици. Такво право располагања се чинило у облику поклона *inter vivos* или у облику поклона *mortis causa*.⁵²⁹ Изразом *харисати* се означавало даровање приватном лицу из посебне наклоности – љубави. То је поклон учињен за нечијег живота, односно правни посао *inter vivos*.⁵³⁰ Овакав поклон се не спомиње у Душановом законнику, али је очигледно био присутан у правном животу средњовековне српске државе.

⁵²⁶ Шаркић, С. „Поклон у средњовековном српском праву“, *Истраживања* бр. 17/2006, 12.

⁵²⁷ Соловјев, А. *Законодавство Стефана Душана*, 116.

⁵²⁸ Повеља цара Душана из 1350. године потврђује баштину властеличићу Иванку Пробиштитовићу, где је истом дозвољено да својом баштином располаже на различите начине: „*љубо за душу под цркву записати, љубо кому харизати, куде му јест хотеније*.“ – (Соловјев, А. *Одабрани споменици*, стр. 151). У повељи цара Уроша из 1357. године којима даје острво Мљет которанима Биволчићу и Бучићу, наводи се да они могу „*љубе под црков за душу подписати, у прикију дати, продати, харисати, заменити, куде им хотение обратити*“ (Соловјев, А. *Одабрани споменици*, стр. 160-161). И из уговора о купопродаји сачињеном 1346. године којим извесна Драгослава са децом продаје кућу у Призрену Драгичином брату Ману, наводи се да купац може располагати са кућом као и сваки баштиник, односно да је може поклонити, дати у мираз, продати, завештати или заменити (Соловјев, А. *Одабрани споменици*, 148.)

⁵²⁹ Соловјев, А. *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Скопље 1928, 115.

⁵³⁰ Соловјев, А. *Ibid*; Шаркић, С. „Поклон у средњовековном српском праву“, 13.

За овај рад је посебно значајно што се у Законику цара Стефана Душана се у чл. 40. изричито спомиње други начин располагања својином - *mortis causa*. Такво располагање се означавало изразом *дати за душу*, што значи поклонити цркви ради помена своје душе. Овакав начин располагања имовином је био веома раширен, и често коришћен приликом даровања баштине. У прилог тврдњи да је поклањање цркви имовине „за душу“ чињено и од стране себарског staleжа, сведочи попис имања Богородичног манастира у Тетову, настао око 1346. године. У њему налазимо податке да су многи себри наведени поименично у том попису поклонили „за душу своју“ или „за гроб свој“ неки део своје непокретне имовине, најчешће њиву или виноград.⁵³¹

„...Њива под Речицима междупутје што даде Роман за гроб свој и за душу своју“⁵³²

„И друга њива ниже тегере њиве што даде Губислав за гроб“⁵³³

„И тугере кон Губислава даде поп Доброта, Рајанов отац, за душу и за гроб њиву“⁵³⁴

„И тугере кон Добротине њиве даде Наноја комат за душу ере не имаше порода“⁵³⁵

„Њива што даде Драгача за гроб,а посред њиве те пут“⁵³⁶

„И комат винограда у Лесковлане...и под врбом њива...што даде Обрад за гроб“⁵³⁷

Изложени примери су само један део од бројних случајева наведених у невеликом попису манастирског имања Богородичне цркве у Тетову, где су локални себри прилагали своју имовину цркви „за душу“ и „за гроб“, а за које располагање имовином је признати предратни правни историчар Александар Соловјев изнео став да је исто идентично са *donatio mortis causa* римског права, и да су такав начин располагања имовином користили и краљ и властелини и обични сељаци.⁵³⁸

У истом попису налазимо занимљив случај, где по смрти извесног Стреза који је цркви неку земљу продао а неку поклонио „за душу“, његови син и зет су најпре потраживали

⁵³¹ Соловјев, А. Одабрани споменици, 129-132.

⁵³² Соловјев, А. *op cit.*, 131.

⁵³³ *Ibid*

⁵³⁴ *Ibid*

⁵³⁵ *Ibid*

⁵³⁶ *Ibid*

⁵³⁷ *Ibid*, 132.

⁵³⁸ Соловјев, А. *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, 115.

од судије натраг поменућу земљу, а затим су одустали и сагласили се са вољом поклонодаваца.

„Поиска Срезов син Драгиша и зет му Драгослав земљу што јест њих отац Срез продао цркви, а друго приложио за душу си, и ступише пред судију Дабижива и умирише се и рекоше:<што јест наш отац продао и приложио цркви, ми не потварамо, но паче потврждамо>“

Управо су у наведеном примеру савремени правни историчари нашли упориште за раније изнети став Соловјева, да се овакви поклони цркви у форми „дати за душу“, који су били распрострањени у правном животу средњовековне српске државе, и које спомиње Душанов законик у чл. 40., могу сматрати *donatio mortis causa* римског права.⁵³⁹

Међутим, постоји и другачије мишљење да се овде не ради о *donatio mortis causa* већ да је у питању легат. Наиме, овакво становиште полази од претпоставке да је дејство поклона за случај смрти - *donatio mortis causa*, везано за поклонодавачеву смрт, те да поклонодавац који се налази у смртној опасности преноси на поклонопримца предмет поклона уз клаузулу да му поклон буде враћен ако преживи опасност. Овакав поклон са раскидним условом није случај у наведеним примерима, који се налазе у српским правним споменицима, јер властела и себри дају имања цркви „за душу“ и ради помена душе без икаквог раскидног услова, те стога изрази „за душу дати“ и „за гроб свој дати“ означавају легат, односно за тестамент везано оставиочево располагање делом имовине у корист лица које није наследник⁵⁴⁰

Морамо приметити да се претходни став заснива на претпоставци да поклонодавац код *donatio mortis causa* римског права чини поклон са раскидним условом у случају смртне опасности, а да у примерима наведеним у српским правним споменицима нема тог случаја. Међутим, као што смо претходно изложили, даровање *donatio mortis causa* се није закључивало само у случајевима смртне опасности, већ и у ишчекивању природне смрти. О томе изричито говори одредба 12,4 Законоправила која је у потпуности компаративна правилу о врстама поклона за случај смрти у римском праву – D. 39,6,2

⁵³⁹ Мирковић, З.-Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 85.

⁵⁴⁰ Шаркић, С. „Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога*, Београд-Крушевац 2002, 88-90.

(Ulp.ad Sab). Несумљиво је да се код оваквих даровања радило о сагласности воља уговорних страна. Пошто се радило о непокретностима, даровања су морала бити сачињена у писаној форми. Она су била лишена строгих формалних захтева које су морали испунити уговори о поклонима владара и властеле, али је извесно да их је састављао номик у присуству уговорних страна и три или пет сведока.⁵⁴¹ Из наведених даровања јасно произилази да су исти садржали налог да се поклонодавчево име спомиње у молитвама за спасење душе, или су садржали налог да се од манастира добије гробно место за поклонодавца.

Средњовековно српско право је преузело правила о поклону из римског права, па би стога требало видети како је питање налога уз поклон решавано од стране римских правника. Услов и налог су се уговарали уз поклон за све време трајања Цинцијевог закона, и то раскидни услов само у форми фидуције, а налог стипулацијом. Од времена Хадријана и Антонина Пија, могао се налог и неформално уговорити, али је имао карактер раскидног услова, јер је за случај неиспуњења поклонодавац кондикцијом остваривао само повраћај поклона. Тек од времена Диоклецијана је неформално уговорени налог добио заштиту путем *actio praescriptis verbis*, те је од тада поклонодавац имао могућност да принуди поклонопримца да испуни преузету обавезу.⁵⁴² Све до времена Хадријана и Антонина Пија, код поклона *inter vivos*, уговарање налога уз поклон, у складу са правилом *ex nudo pacto obligatio non nascitur*, правно није обавезивало, те се поклонодавац могао само поуздати у *fides* поклонопримца и очекивати испуњење. За разлику од обичног поклона, код *donatio mortis causa* даровање се могло опозвати ако налог није испуњен.⁵⁴³ До опозивости *donatio mortis causa* долазило је уопштавањем правила које је важило за фидуцију, кроз коју се *donatio mortis causa* реализовао.⁵⁴⁴

Јулијан је сматрао поклонопримчеву обавезу каузом поклона, те је код неиспуњења налога давао поклонодавцу кондикцију за повраћај поклона.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Мирковић, З.-Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, 85.

⁵⁴² Маленица, А. *Поклон у римском праву*, 135-136.

⁵⁴³ *Ibid*, 128.

⁵⁴⁴ Buckland, A, *A text book of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1966., 257.

⁵⁴⁵ D. 39,5,2,7 Iulianus 60 dig. *Terteo decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quaque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, direrim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho*

Након Јулијана класично право је познавало поред поклона у чистом облику и *donatio sub condicione*. Тако се уочавала разлика између обичног поклона и поклона са условом, што се најбоље може видети из Јулијановог текста D. 39, 5, 1, pr.⁵⁴⁶

Уочљиво је да је Јулијан разликовао обичан поклон „*proprie donatio*“ и „*non proprie donatio*“, који се јавља код поклона са одложним или раскидним условом. За случај неиспуњења налога поклонодавцу је стајала на располагању кондикција, а из истог разлога поклонодавац је могао употребити и *rei vindicatio*.⁵⁴⁷

Као што смо већ напоменули, поклон са налогом, је као посебна врста поклона конституисан тек у време владавине Диоклецијана који је установио *actio praescriptis verbis*, у циљу приморавања поклонопримца да испуни налог. У својим реформама правила о поклону Константин је прописао могућност уговарања налога.⁵⁴⁸

pecunia apud Titium remanebit. „Поклонио сам Тицију десет (хиљада сестерција) да из тога купи себи Стиха. Питам, ако човек пре куповине умре, могу ли неком тужбом десет повратити. Одговорио сам: То је више фактичко него правно питање. Ако си Тицију дао десет зато да купи Стиха, а иначе не би дао, након смрти Стиха можеш повратити кондикцијом. Ако си другачије поклонио Тицију десет, тако да си му између осталог препоручио да купи Стиха, рекавши му да му то дајеш да купи Стиха, основ давања новца је пре поклон него испуњење услова, па новац и после смрти Стиха треба да остане код Тиција.“

⁵⁴⁶ D. 39,5,1 pr: *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hac donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione, solvatur.* „Поклони су разноврсни. Ако неко даје са том намером да одмах буде прибавиочево и ниуком случају неће да му се то врати и то чини ни из ког другог разлога сем да врши добротворство и дарожљивост, то се назива правим поклоном. Ако неко даје тако да то буде прибавиочево када се нешто испуни то се не назива правим поклоном, већ је то поклон под условом. Исто тако ако неко даје с том намером да одмах то постане прибавиочево, али тако да хоће да му се то врати ако нешто буде или не буде учињено, не сматра се то правим поклоном јер је то поклон који се под условом раскида.“

⁵⁴⁷ C. 8,55(54),1,pr: *Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, et certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hac casu utilem eo quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Nam conditio quidem hoc casu (ed est in personam actio) iure procedit: verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.* „Ако наводиш и тврдиш да си својој унуци учинио поклон уз налог да ти она даје одређено издржавање, у том случају такође имаш *vindicati utilis*, због тога што се она није држала поменутог налога..., тј. тужбу којом ће бити враћена ранија својина. Наиме, у овом случају кондикција (каква је *in personam actio*) по праву припада, док су употребу виндикационе тужбе за ове случајеве божански цареви посебно дозволили.“

⁵⁴⁸ Fr.Vat. 249,3: *Itaque sive illa donatio directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi non faciendive suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive ex animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, eius haec prima observatio est, ut quas leges indulgent condiciones pactionesque promantur, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae* „Тако дакле, било да је поклон директан, било да је установљен за случај смрти, било под условом да се

Наведена правила су из римског права пренета у српско средњовековно право, те је неиспуњење налога представљало разлог за раскид уговора о поклону. О томе нам сведоче две одредбе које су из Прохирона преузете у Законоправило. У српском праву тог времена јасно је постојала разлика између поклона који су производили правно дејство одмах по постизању сагласности воља, те је својина одмах прелазила на поклонопримца, и друге врсте поклона који су даровани уз различита условљавања у вези са временом и начином извршења:

„Од дарова датих за живота једни се врше истог часа и тренутка, и тако рећи већ од тада преноси се власништво и право коришћења имања или добра, то јест покретне или непокретне ствари, а да то не бива пропраћено никаквом додатном одредбом, него ствар одмах прелази од једног лица другоме, то јест од онога који дарује ономе који дар прима, без икакве оgrade или условљавања. Други се пак дају уз различита условљавања у вези са начином и временом извршења, како год то поклонодавац каже и одреди“⁵⁴⁹

Законоправило је у свему следило римско право те је, по угледу на Прохирон, прописало да се може тражити опозив поклона и због неиспуњења „писаних и неписаних услова даровања“. У том случају ради се о раскиду уговора о поклону због неизвршења налога, а не због незахвалности.⁵⁵⁰

„Ако се неко примивши дар покаже незахвалан према дародавцу тако што...не испуни писане или неписане услове даровања“⁵⁵¹

Исто је извршено под утицајем Јустунијановог права, где је прописано да се поклон може опозвати и због неиспуњења преузете обавезе, при чему се уствари ради о неиспуњењу налога.⁵⁵² Следивши доследно римско право Јустинијановог периода, неиспуњавање писаних и неписаних услова из Законоправила, не би се могло тумачити

нешто учини или не учини, било да је забележено неко обећање са роком, било да је закључен из намере давања или примања уколико то допушта право, мора најпре бити размотрен на овај начин да ако закон допушта наведене услове и споразуме они буду у потпуности проучени, па уколико су у складу са законом биће прихваћени, а уколико не, биће одбачени“

⁵⁴⁹ Крмчија морачка, 13,2

⁵⁵⁰ Мирковић, З.-Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, 74.

⁵⁵¹ Крмчија морачка, 13,3

⁵⁵² Маленица, А. Поклон у римском праву, 258.

као незахвалност поклонодавца, већ управо разлог за раскид уговора о поклону због неизвршења налога.⁵⁵³

Осим, тога даровање са собом носи и дужност узвратне захвалности. Такво схватање је део римске правне заоставштине, где је поклонопримац исказивао дужно поштовање према поклонодавцу.⁵⁵⁴ Постојало је више различитих начина којима се исказивало поштовање због учињеног даровања.⁵⁵⁵ Заједно са правилима о поклону и идеја о захвалности због примљеног поклона је прispела из римског и у српско средњовековно право. Међутим, дужност захвалности због учињеног поклона је још раније постојала код Срба, као део шире традиције словенских народа. Наиме, према словенском схватању појма уговора, а стим у вези и уговора о поклону, није могао постојати уговор, као сагласност две воље, уколико само једна страна нешто поклања, а да заузврат ништа не добија. Да би постојао уговор о поклону морао је поклонопримац према поклонодавцу да исказе добротинство и благонаклоност.⁵⁵⁶ Тако се у неким сачуваним исправама о поклону код словенских народа могу наћи подаци о уздарју, што је плод специфичног схватања поклона као двострано обавезног уговора.⁵⁵⁷ Овакви налози би се могли тумачити и као узвратна благонаклоност поклонопримца према поклонодавцу.⁵⁵⁸ Зато је у грани 12,1 Законоправила, уз уобичајену захвалност поклонопримца, посебно споменута и дужност добротинства и узвратне благонаклоности.⁵⁵⁹

Дакле, можемо закључити да је код поклона сачуваних у српским правним споменицима, под синтагмама „за душу дати“ и „за гроб свој дати“, постојао налог, чије непоштовање је могло проузроковати опозив поклона, а што је управо карактеристика *donatio mortis causa* римског права. Неиспуњење налога се, као и незахвалност, морало утврдити судским путем. Стога су се у наведеном примеру наследници Стреза обратили судији Дабиживу тражећи опозив поклона и враћање предмета. Нажалост, у кратком и оскудном тексту нису наведени разлози тражења опозива који би дали потврду за овакав став. Међутим, чак и тако оскудан текст дао нам је нека поуздана сазнања. Прво, да је у

⁵⁵³ C. 8,55,10 pr. (530 год.)

⁵⁵⁴ D. 1, 16, 9, 3 (Ulp. 1 de off)

⁵⁵⁵ D. 44, 4, 16 (Ulp. 76 ed) ; в. Вилемс, П. *Римско јавно право*, Београд 1898, 137-138.

⁵⁵⁶ Мирковић, З.-Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, 85.

⁵⁵⁷ Шаркић, С. „Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога*, Београд-Крушевац 2002, стр. 88-90, 415.

⁵⁵⁸ Мирковић, З.-Ђурђевић, М. *Ibid.*

⁵⁵⁹ Крмчија Морачка, 62.

средњовековној Србији постојао завидан степен правничке културе, те се опозив поклона могао спровести само у судском поступку, а друго, да нико није био изузет од таквих правила, тако да се опозив поклона могао тражити и од цркве, што нам показује наведени случај. Али, треба напоменути да је у пракси је ретко долазило до опозива поклона датих цркви од стране физичких лица. Ово из разлога што је постојала разлика код опозивости поклона учињених цркви и опозивости поклона између других лица.

Благонаклоност према цркви у погледу даровања потиче још из периода римске државе. Цар Константин је ослободио од формалности поклоне дате цркви, што је утицало на јачање економске моће хришћанске цркве. Већ тада су поклони дати цркви сматрани привилегованим у односу на даровања учињена између приватних лица. Да су поклони цркви били изузети од општих правила даровања, види се из конституције Fr.Vat. 249, 2.⁵⁶⁰

Српска средњовековна држава је задржала овакав благонаклон став према цркви у погледу даривања, и још више га подстицала. Од самог настанка срењовековне српске државе поштовано је правило да су поклони учињени цркви били су тешко опозиви. О томе сведочи и текст из Хиландарског типика, насталог 1198. године, где се наводи:

„Јер што је једанпут богу даровано, не узима се; ко узима свештенокрадац је, а ко свештено краде, казниће се“⁵⁶¹

Такав став о неопозивости поклона учињених цркви видљив је и из повеље Стефана Немање манастиру Хиландару из исте 1198. године, где је, између осталог, у завршном делу повеље наведено:

„И све што дадох манастиру у Свету Гору, да не треба ни моме детету, ни моме унучету, ни моме рођеноме, нити коме другоме.“⁵⁶²

⁵⁶⁰ Fr.Vat. 249,2: *Tempestina dehinc communium donationum cura succedit; absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum species signis ac nominibus imprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate secernant.* „Сведена на праву меру одсад треба да следи заједничка брига о поклону. Изузимајући оне (поклоне – Д.П.) који су први зато што припадају религији хоћемо поклону уопште да обратимо пажњу, свим његовим обележјима и утиснутим ознакама, да би га у разликовању међу уговорима њему својственом формом раздвојили“

⁵⁶¹ Свети Сава, *Сабрана дела*, приредио и превео Т. Јовановић, Београд 1998., 110-112.

⁵⁶² Свети Сава, *Сабрани списи*, данашња језичка верзија Л.Мирковић и Д. Богдановић, *Стара српска књижевност*, књига 2, Београд 1986, 33.

Можда су управо таква сазнања, као и укорењена обичајна правила која су штитила култ цркве, били разлог што су наследници Стреза пред судијом одустали од покренутог судског захтева за опозив поклона.

У правним споменицима који потиче из времена владавине цара Душана налазимо један случај поклона за случај смрти са одложним условом. У повељи коју је издао цар Душан 1348. године ради оснивања манастира светих Арханђела Михајла и Гаврила, налазимо случај да су властелин Никола Утоличич и његова мајка приложили село Љубочево под одложним условом да право својине припадне поклонопримцу – манастиру светих Арханђела, тек након смрти поклонодаваца, који ће док су живи сами располагати својом имовином:

„оу закон догде јест жив Никола и његова мати, да си држе онози село и црков како сваку баштину... а по Николине животе и његове матере да не влагје никто онемзи селом ни црковију такмо црква царства ми Архангел...”⁵⁶³

Из овог примера се може видети да је у законодавству цара Стефана Душана поклон за случај смрти имао широку примену, те да се примењивао и са раскидним и са одложним условом.

2.1.3. Правила о поклону за случај смрти према Закону о рудницима деспота Стефана

Након османлијске најезде на Балканско полуострво и пропасти моћне државе цара Стефана Душана, те након пораза на Косову, деспот Стефан Лазаревић је, као вешт државник, балансирао између истока и запада, и обезбедио продужетак српске државности. Важан чинилац у функционисању српске државе представљало је рудно благо. Приходи од рудника су били значајни, а Ново Брдо је било рударско средиште тог времена. Стога је било неопходно законски уредити област рударства. Осим тога, почетком XV века су рударска насеља у Србији била веома развијена, и превазилазила су феудалну средину тог доба, приближавајући се грађанском друштву развијених европских друштава, што је изискивало потребу за правним уређењем односа у таквом друштву. Тако је настао Закон о рудницима Деспота Стефана Лазаревића, из 1412.

⁵⁶³ Новаковић, С. *Законски споменици српских држава средњег века*, Београд 1912, 691.

године,⁵⁶⁴ који се превасходно односио на област рударства, као основну привредну делатност, али је истовремено и правно уређивао односе у самом друштву.

У Закону о рудницима деспота Стефана Лазаревића о поклону се изричито говори у члановима 27. и 39. што представља доказ да је поклон био присутан у свакодневном животу и привређивању тог времена.

У члану 27. се говори о томе да члан дружине који би дошао у сукоб са осталим члановима због трошкова експлоатације, може своје делове рудника поклонити.⁵⁶⁵

„Рупа која руду има и сабрала је жамкошт од гварака за много недеља, те би му тражила одједном сав жамкошт, а овоме се не верује у његов жамкошт, него вели: пођи ми заложи делове док расправим, да му не може заложити за више него тек за напакони жамкошт, а за остали жамкошт да расправи – што буде дружина платила и он да плати. Ако ли би у срџбу запао, видевши неки безакони жамкошт, те би рекао: ево ти делови, не требају ми, то није ништа вредно, јер у срџби гварк баштину не може изгубити, него ако би пошао пред суд и пред урбарара, те да се одлучи добровољно или коме да поклони, а да плати сав жамкошт до тада и да запише код урбарара, то је редно да не може више тражити“⁵⁶⁶

У члану 39. се говори о овлашћењу за пуномоћника да може, поред осталих уговора које закључује за властодавца, да може закључити и уговор о поклону.⁵⁶⁷

„Који год би човек оставио место себе наручника за своје баштине пред сведоцима, а сам је некуд отишао или вољом или невољом или болести ради, што год би учинио наручник од његове баштине, или коме продао или у лемшат пустио или поклонио, просто речено – што год учинио, то све да се држи и да је тврдо колико и онај баштиник да је учинио“⁵⁶⁸

⁵⁶⁴ Тест Законика је до наше научне јавности доспео тек након Другог светског рата када је др Франце Хочевар, тада амбасадор СФРЈ у Букурешту, рукопис поклонио 1959. године Српској академији наука и уметности. Рукопис је, иначе, купила супруга амбасадора после Другог светског рата на једној јавној аукцији уметничких старина у Бечу.

⁵⁶⁵ Радојчић, Н. *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*, Београд 1962, 44.

⁵⁶⁶ Марковић, Б. „Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића – превод и правноисторијска студија“, *Споменик САНУ CXXVI, Одељење друштвених наука* 24, Београд 1985, 17.

⁵⁶⁷ Радојчић, Н. *Ibid.*, 47-48.

⁵⁶⁸ Марковић, Б. *Закон о рудницима*, 19.

На основу ових чланова можемо закључити да се поклон користио у вези са рударском делатношћу. О томе постоји и сачувано сведочанство у виду повеље челника Радича из 1433. године, којом он поклањања делове рудника манастиру Кастамониту.⁵⁶⁹

Међутим, Закон о рудницима се није односио само на правно уређење односа у вези са обављањем рударске делатности, већ се примењивао и на све друге сфере друштвеног живота.

Тако налазимо један занимљив документ из Новог Брда који потиче од 4. септембра 1434. године. Ради се, уствари, о уговору о поклону, који је интересантан у томе што у њему налазимо истовремено и елементе поклона *inter vivos* и поклона *mortis causa*.

„Ва име оца и сина и светаго духа. Да јест сведеније всакому чловеку ово како ја монах Саватије примих к себе попа Богдана у синовње име и дадох му и записих половину цркве моје баштине и половину куће моје баштине у подградју. И тако дадох ја Саватије и благослових половину вишеремене цркве и куће, да ју он има и његово дете и унуче и род по роду у баштину до века по закону Новог Брда никим неотемљено. Или је која гробнина или који доходак, все Богу и њему, тчију да ми је помен и да ме упокои колико га Бог научи како то син родитеља... И да јест проклет от Бога и от пречисте, кто ће овој потворити што ја дадох и записих попу Богдану пред сведоци – до моје смрти половину, а по мојеј смрти Божије и његово все. И тому сведоци: поп Радован Патиковић, и поп Десисав и поп Иванко, и поп Дамјан, и поп Стојко, и поп Ижив, и поп Владислав Ласичин зет, и поп Јаков, и Дабижив Пождрикобила, и Бранко Леочић, и Никашик, попу Богдану братанац, Иван Печан зет, и у граду у Новом Брду војвода Хрњко, и протопопа Цагрић, и кнез Степан... Писа номик Степан.“⁵⁷⁰

Из наведеног текста се може јасно закључити да се поклон чини „по закону Новог Брда“. Очигледно је да се такво упућивање односи на Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића. У овом случају ради се о члану XXI Закона о рудницима, који носи наслов „О баштинама“, и где је прописано следеће:

⁵⁶⁹ *Ibid.*, 48.

⁵⁷⁰ Соловјев, А. Одабрани споменици, 202.

„По овоме, да не може од грађана нико своју баштину продати, ни у залогу положити, ни у мираз дати, ни под цркву подложити без књиге номичке и сведочења протопопа и добрих људи који су у месту – ко ли камо, напред реченим начином, своју баштину да без књиге, напред речене, од таквих да није тврдо ни вредно“⁵⁷¹

У наведеном члану се не спомиње изричито располагање баштином у виду поклона, већ четири друга начина располагања. Међутим, то не значи да се није могло располагати баштином у виду поклона. Наведени начини располагања су дати само примера ради, као што су у чл. 40. Душановог законика наведена само три начина располагања баштином, а што није искључивало и могућност располагања поклоном.⁵⁷²

Из наведеног поклона се такође се утврђује постојање налога који поклонопримац треба да испуни (***„да ми је помен и да ме упокои колико га Бог научи како то син родитеља“***), а чије би непоштовање могло да произведе опозив поклона. Присутни су и остали елементи уговора о поклону – добровољност, сагласност воља, одсуство накнаде, блаконаклоност и захвалност поклонопримца.

Такође, су остали у важности захтеви у погледу форме закључења уговора о поклону. Према законској одредби чл. XXI Закона о рудницима, нико не може располагати баштином „без књиге номичке и сведочења проропопа и добрих људи“, те се у овом сачуваном уговору о поклону потврђује да је у свему испоштована законом прописана форма. Уговор о поклону је сачињен у писаној форми од стране номика, а важност уговору дали су својим присуством протопоп и више угледних лица – углавном свештеника.⁵⁷³

Дакле, правила преузета из римско-византијског права су се очувала и у познијем периоду српске средњовековне државе и била су у званичној примени све време трајања српске државности – до 1459. године, од када Србија потпуно потпада под турску власт и нестаје са политичке сцене као самостална држава.

⁵⁷¹ Марковић, Б. *Закон о рудницима*, 23.

⁵⁷² Мирковић, З. Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, 87.

⁵⁷³ О установи номика у средњовековној Србији види више у: Бубало, Ђ. Српски номиси, Београд, 2004.

2.1.4. Примена правила о поклону за случај смрти у периоду након губитка самосталности средњовековне српске државе

Након пропасти српске државе није престала употреба правних правила којима је регулисан свакодневни живот српског живља. Такве правне норме су готово неизмењене пренете из времена средњовековне српске државе, а чији су корени у римско-византијској правној традицији. Стожер окупљања српског народа нису више били држава и властела, који су нестали доласком османлијске власти, већ је то била црква. Једина институција која се одржала у животу и после пада под вишевековно ропства била је Православна српска црква. Турска власт се интересовала преваходно за унутрашњи мир на освојеним територијама и уредну наплату дажбина, те није била превише заинтересована за сферу међусобног уређивања односа српских поданика. Зато је цркви остављена надлежност решавања црквеноправних ствари, као и грађанскправних односа који се тичу брака, наслеђивања или уговора које су хришћански поданици закључивали између себе. Тако су правила о поклону, која потичу из Законоправила а настала под утицајем Прохирона, наставила да егзистирају на српским територијама све до настанка модерне српске државе.

У прилог томе говори и чињеница да већина преписа Законоправила потиче из времена након успостављања турске власти – Београдски из треће четвртине XV века, Савински с почетка XVI века, Пећки из 1552. године и Морачки из 1615. године. Ово указује на практичну потребу за приручником који ће регулисати поједине правне установе и помагати у решавању конкретних спорова.⁵⁷⁴ Законоправило или Крмчија књига није била у практичној употреби само у Србији, већ широм словенских земаља. Тако је у руској рецензији најпре штампана у Москви 1650. и 1653. године, а касније је више пута прештампавана у XVIII и XIX веку. У руској рецензији Крмчије нашле су се и одредбе правних правила о поклону која су пренета из Еклоге, а која су унета под насловом *Закон цара Леона и Константина*. Ту је поклону посвећено шест чланова, где се у три члана регулише поклон *inter vivos* у усменој и писаној форми, четврти члан регулише поклон за случај смрти, пети говори о томе да поклонодавац неће одустати или опозвати поклон, а у шестом су наведени разлози за опозив, који су у свему идентични са оним из Прохирона. Поклон за случај смрти је предвиђено да се закључује у писаној форми пред

⁵⁷⁴ Мирковић, З. Ђурђевић, М. „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, 87.

точно наведеним бројем сведока, који су исти и за поклон *inter vivos*. Тако се за закључивање овог уговора у осамљеним местима тражи три сведока а у насељеним местима пет сведока.⁵⁷⁵

Римско-византијска правила о поклону, преузета у Законоправилу, остала су у практичној примени у српском народу наредних неколико векова, и поред пропасти српске средњовековне државе.⁵⁷⁶

Подаци о уговору о поклону, са свим његовим елементима који потичу из периода средњовековне српске државе, се могу наћи у приватноправним споменицима који потичу из периода турске владавине.

Тако уочавамо уговор о поклону сачињен 2.4.1489. године између српског грађанина Миливоја из Фоче (вероватно се ради о кнезу Миливоју Мохачевићу), који за живота оставља сву своју имовину сину Мустафи. Из овога произилази да је тада вероватно био у току процес исламизирања српског становништва, те да је Миливојев син Мустафа примио муслиманску веру, јер се у уверењу сачињеном од стране турског кадије поклонопримац ословљава са „султанов слуга Мустафа“. Даровање у погледу форме испуњава све прописане елементе, јер је сачињено у писаном облику, пред судским

⁵⁷⁵ Титул IV. О једноставним даровањима, тј. оних непосредне употребе и власништва добара или само њихова власништва или ствари које се остављају по нечијој смрти те о разлозима због којих се дарови опозивају

1. За једноставно даровање без исправе потребно је да нека пунолетна особа пред 5 или 3 сведока дарује неком неку од својих ствари, тј. пред 5 сведока у насељеним местима и ондје где има људи и пред 3 сведока у осамљеним мјестима и где се не може наћи пет сведока.
2. За једноставно даровање с исправом потребно је да онај који је постигао законску доб састави или потпише и према напред реченоме у присуству 5 или 3 сведока позваних људи ради тога посведочи и потврди.
3. Ако неко учини даровање некоме с тиме да тај прими дароване ствари после смрти, а одмах му предаје само власништво, такво даровање се врши такође написмено пред једним или три сведока на напред назначене начине.
4. Даровање за случај смрти, тј. оно које долази до учинка након смрти дароватеља, врши се такође како је напред показано, те се сматра закљученим потписом дароватеља и 3 или 5 сведока.
5. Ако сам дароватељ одреди написмено у својему даровању да неће одустати нити ће опозвати, оно је ваљано, само што његова одредба треба да буде изречена и у тексту и у његову потпису.
6. Свако се даровање може опозвати због ових разлога: ако се обдарени покаже незахвалним према дароватељу; ако му нанесе тешке увреде; ако га злоставља; ако му узрокује велику штету; ако снује против његовог живота; ако не испуни обећања на основу којих је дошло до писмена или усмена даровања. Ако се на суду докаже један од тих разлога, даровање се опозива, као што је речено.

Предео: Margetić, L. „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1/1980, 65-66.

⁵⁷⁶ v. Stojanović, Lj. Stare srpske povelje i pisma, knjiga I (Dubrovnik i njegovi susedi), Beograd-Sremski Karlovci 1934, 366-368.

органом, и сведоцима Србима и Муслиманима, а поклонодавац је означио свој иметак и вољу да се поклон учини.⁵⁷⁷

И у периоду када османлијска држава постепено пропада, а српска држава се поново уздиже, утицај старих правних правила је био приметан. У време када је стварана модерна српска држава, Крмчија књига је имала је велики утицај на српско друштво, било да је потицала са ових простора или је долазила из других словенских земаља. Тако је, пишући у својим Мемоарима о устаничкој Србији у време Првог српског устанка, прота Матеја Ненадовић навео да је почетком маја 1804. године за Ваљевску нахију саставио Законик, по угледу на Крмчију. Исти је састављен за потребе новоуспостављеног суда, а при састављању законика прота Матеја се користио „кормчијом“ и читао „законе Јустинијанове“, те је из Крмчије исписао неколико параграфа.⁵⁷⁸

У времену двовлашћа, када је долазило до постепеног ослобађања од турског ропства, и када је српска држава настајала под окриљем турске власти, у српским судовима се судило по обичају и по здравом разуму. Кнез Милош је наводио да је у компликованијим споровима користио Крмчију. У појединим одлукама је и изричито наводио да су донете на основу Крмчије.⁵⁷⁹ Тиме се дух средњовековног српског законодавства одржао до најновијих времена.

2.2. ПРАВИЛА О ПОКЛОНУ ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ

Нове међународне прилике настале у XIX веку, и ослобађање од стега турске власти, донели су аутономију за српски народ и могућност законодавног уређења васкрсле српске државе. Након периода коришћења неписаних обичајних правила и самовоље кнеза Милоша, јавила се потреба да се у Србију позову образовани правници српског порекла из суседне Аустрије, ради модернизације државног апарата и бољег организовања државне власти. Тако је, између осталих, у Србију дошао угледни новосадски сенатор и доктор правних наука Јован Хаџић. Он је заузимао значајно место

⁵⁷⁷ Елезовић, Г. Турски споменици, I, св.1,(1348-1520), Београд 1940, 240-242.

⁵⁷⁸ Ненадовић, П.М. *Мемоари*, Београд, 1966, 102.

⁵⁷⁹ Гавриловић, М. *Милош Обреновић, књига друга (1821-1826)*, Београд 1909, 318.

као саветодавац уставобранитељске власти, и имао је великог удела у конституисању правне државе, јер је био један од главних редактора основних закона о законодавној, управној и судској власти. Његов најважнији задатак, због којег је превасходно био и позван у Србију, био је писање грађанског законика. Он је тај посао урадио брзо и успешно. Остаће забележено да је Јован Хаџић грађански законик израдио сам, без ичије сарадње и у предвиђеном року га предао на усвајање.⁵⁸⁰

Грађански законик за Кнежевину Србију од 1844. године (у даљем тексту СГЗ) настао је у XIX веку, када су већ били у примени француски Code Civil (CC) од 1804. године и Аустријски грађански законик (АГЗ) од 1811. године. Српски грађански законик је у време доношења спадао у ред модерних европских законика свог времена. Прављен је по узору на Аустријски грађански законик, и у највећој мери је преузео аустријску грађанску кодификацију. Иначе, развој националних права у највећем броју случајева одвија се путем правних позајмица, те се сматра да је и СГЗ настао добровољним прихватањем великих делова система другог народа.⁵⁸¹ Најчешће су у периоду великих правних реформи правници прибегавали пресађивању одређених правних правила или чак великих делова једног правног система у други. Ово из разлога јер је то најлакши начин за прилагођавање једног правног система другом, а позајмљивање бива ефикасније ако је ауторитет правног система даваоца већи. Притом се неке правне норме могу касније и одбацити уколико се уочи њихова неефикасност. Треба приметити да је до оваквог преузимања дошло упркос неједнаком степену развита економских односа у Србији и Аустрији, што може значити да правац развоја једног правног система понекад зависи више од одређених историјско политичких и других ванправних фактора, а не само од сличности „народног духа“.⁵⁸²

Мада се у највећем делу законског текста радило о преузимању правних правила другог законодавства, стиче се утисак да се његов творац старао да се не ради само о пуком преписивању законодавних норми, већ да будући Законик буде прилагођен српском друштву тог доба. У одређеним областима законодавна решења су се ослањала на српско средњовековно право или на изворно римско право. Правна област којом се

⁵⁸⁰ Јовановић, С. *Политичке и правне расправе*, свеска прва, Београд 1908, 70.

⁵⁸¹ Watson, A., *Legal transplants*, Athens, Ga-London (1974) 1993, 58.

⁵⁸² Stanković, E., „Sistematika srpskog građanskog zakonika i pravni transplanti“, *Pravni život* br.11/2008, 84-85.

уређују поклони највише је ослонца нашла, управо, у римском праву, те је у том делу наш грађански законик у већој мери одступио од изворника - АГЗ.⁵⁸³

2.2.1. Појам поклона за случај смрти

У Српском грађанском законик у поклону је посвећено осам чланова – од члана 561. до члана 568., који се налазе стандардизовани у глави XVIII која носи наслов „О поклонима“. Већ у првом члану којим почиње поглавље о поклонима дата је његова дефиниција. Члан 561. Гласи:

„Поклон бива, кад ко добровољно другоме што да, не иштући нити примајући икакве за то наплате“⁵⁸⁴

Већ из саме овакве дефиниције поклона се не може приметити да је поклон уговор, већ таква формулација подсећа више на римски поклон (*donatio*) класичног доба, када је даривање само било основ за деривативно стицање својине. Али, у оваквој дефиниција поклона је посебно истакнута његова добровољност, што одговара римском схватању поклона који у себи као битан елеменат мора да садржи *animus donandi* односно вољу и намеру дарежљивости поклонодавца према поклонопримцу. У Аустријском грађанском закону не постоји оваква дефиниција поклона, те је јасно да је Хаџић поглавље о поклонима написао самостално, без угледања на главни узор – АГЗ, а да је при томе доста користио римско право.⁵⁸⁵

Поклон за случај смрти се налази као последњи – 568. члан, у глави XVIII која је у СГЗ посвећена поклонима. Члан 568. гласи:

„Поклон на случај смрти учињени сматра се као легат или испорука, и по томе ће се и судити“⁵⁸⁶

Из наведеног члана јасно произилази да је законодавац поклон за случај смрти идентификовао са легатом – испоруком. Правила о легату су садржана у чл. 469. СГЗ, где се наводи следеће:

⁵⁸³ Даниловић, Ј. „Српски грађански закон и римско право“, научни скуп „Сто педест година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)“, Београд 1996, 64.

⁵⁸⁴ Марковић, Л. Грађански законик Краљевине Србије, са кратким објашњењима, Београд 1921, стр. 259.

⁵⁸⁵ Даниловић, Ј., *op.cit.*, 52.

⁵⁸⁶ Марковић, Л. Грађански законик, 261.

„ Кад завешталац у своме тестаменту или дометку, једну или више ствари поименице остави једном или другом нпр. баштину, кућу, њиву, ливаду, покућанство, коња, вола, краву, лес, рушадину, накит, серсан, оружје или оволико или онолико новаца итд., онда се та ствар сматра као поклон или особита испорука или легат“⁵⁸⁷

Из овога се може закључити да је творац Српског грађанског законика, поклон за случај смрти сматрао искључиво легатом. Оваква формулације се разликује од схватања поклона за случај смрти из Аустријског грађанског законика, где даровање за случај смрти има у себи и елементе уговора и елементе легата. Међутим, овакво схватање поклона за случај смрти искључиво као легата блиско је поимању даровања за случај смрти римског права Јустинијановог периода. Тада се од поклона, као самосталног правног посла, издваја његова варијанта *donatio mortis causa*, и сврстава у област наследног права. Вероватно је ово руководило Јована Хаџића да поклон за случај смрти прихвати искључиво као легат, и тиме се удаљи од узора – АГЗ.

Међутим, иако се у законском тексту несумљиво наводи да је даровање за случај смрти испорука или легат, ипак је члан 568. којим се регулише овај правни посао нашао своје место у поглављу XVIII законика, посвећеном поклону. Дакле, законодавац није следио римско право Јустинијановог периода и није поклон за случај смрти сместио у област наследног права. Тако, поклон за случај смрти није нашао своје место у Првом одељку Чести друге, где је регулисана област наследног права, већ је овај правни посао смештен у Други одељак Чести друге, где је регулисана област облигационог права. Таква недоследност се може објаснити и тиме да је редактор Српског грађанског законика преузео систематизацију из Аустријског грађанског законика, где се члан 956. којим се у АГЗ регулише даровање за случај смрти, налази у одељку Осамнаестом под називом „О даровима“ где се налазе одредбе овог закона посвећене поклонима. Међутим, појам поклона за случај смрти из АГЗ се битно разликује од дефиниције поклона за случај смрти из СГЗ. Поклон за случај смрти према АГЗ није искључиво легат, као што је то прописано у СГЗ, већ у себи садржи и елементе уговора и елементе легата, о чему ће бити више речи у наредном поглављу.

⁵⁸⁷ *Ibid*, 224.

У Српском грађанском законнику не постоји одредба о уговорном поклону за случај смрти. Додуше, постоји једна одредба у којој се спомиње уговор о поклону за случај смрти, и то у члану 425., који гласи:

„Дакле, ако се два лица једно другом ма на случај смрти обвезују, оно спада у уговор, и по пропису за уговор суди се.“⁵⁸⁸

Међутим, оваква одредба би се пре могла сматрати као одредба уговора о наслеђивању, него као одредба која се тиче уговорног поклона *mortis causa*.⁵⁸⁹ Разлог за то би се могао потражити у чињеници да се у овом члану СГЗ говори о међусобном обавезивању, чега нема код поклона *inter vivos* нити код поклона *mortis causa*, јер се у оба случаја само једна страна обавезује, а то је поклонодавац. Код овог члана се децидирано наводи да се ради о међусобном обавезивању, те би се у том случају такво обавезивање могло протумачити једино у смислу уговора о наслеђивању.⁵⁹⁰

2.2.2. Карактеристике поклона за случај смрти

На поклон за случај смрти се према одредбама Српског грађанског законика имају примењивати правила о испоруци или легату. Међутим, према предратним правним правилима која су се заснивала на Српском грађанском законнику уговорни поклони за случај смрти нису били забрањени. То се може закључити из општих одредби, које нису противне постојању таквих правних послова.

Из општих одредаба Српског грађанског законика се може закључити да су дозвољени правни послови који нису у супротности са јавним поретком или јавним моралом, те стога и уговорни поклони за случај смрти су правно могући према таквим општим начелима овог Законика.⁵⁹¹ Чл. 13 СГЗ изричито то наглашава и исти гласи:

⁵⁸⁸ *Ibid.*, 211.

⁵⁸⁹ Перић, Ж. Грађанско право, 265.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, 266.

⁵⁹¹ Аранђеловић, - Д., Беговић, М. *Наследно право по грађанском законнику Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права*, Београд 1940, 152.

„Воља и наредба човечија заступа закон, а закон накнађа вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавнога поретка и благонравија, не може се ништа изменити вољом или уговором.“⁵⁹²

Такође, уопште у приватноправим пословима, а посебно у погледу у уговорних односа, грађани поседују аутономију воље да закључују такве правне послове који су могући и који нису законским нормама забрањени. О истом говори чл. 538. СГЗ, где се наводи:

„Уговор се може само о оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене.“⁵⁹³

Законска важност закљученог уговора, који испуњава напред наведене услове тј. да је законским одредбама дозвољен, да је правно и физички могућ, и да није у супротности са јавним поретком или јавним моралом, је гарантована овим Закоником. О истом се у чл. 540. СГЗ наводи следеће:

„Уговор једанпут закључен има једнаку силу и важност, био усмено или писмено, био пред судом или ван суда, пред сведоцима или без њих учињен.“⁵⁹⁴

Треба констатовати да је предратна правна теорија, која се ослањала на СГЗ, битно разликовала уговор о поклону за случају смрти од легата. Оpozивост је генерална особина легата, као и тестаментa, док је уговорни поклон *mortis causa*, као и обичан уговор о поклону једнострано неопозив.⁵⁹⁵ Ово правило је пуноважно, осим законом предвиђених случајева када поклонодавац може тражити поклон натраг.⁵⁹⁶ Поклонодавац може, сматрајући поклон *res certa*, остати сопственик до своје смрти, те би такав поклон могао и отуђити или оптеретити, у ком случају би поклонопримцу остало право да из заоставштине поклонодавчеве потражује новчану вредност предметне ствари.⁵⁹⁷

⁵⁹² Марковић, Л. Грађански законик, 8.

⁵⁹³ *Ibid.*, 250.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, 252.

⁵⁹⁵ Перић, Ж. Грађанско право, 267.

⁵⁹⁶ Чл. 567 СГЗ: *“Случајеви због којих дародавац може поклон порећи, јесу следећи: а) ако дародавац доцније тако осиромаша, да ни живети не може; б) ако обдарени велику неблагодарност справм дародавца покаже, наносећи вред његовом животу, телу, части, и нарушавајући његову слободу и имање.”* – Марковић. Л. Грађански законик, 261.

⁵⁹⁷ Stubenrauch, V.M., *Commentar zum osterreichischen allgemeinen burgerlichen Gesetzbuche*, Bd. II, Wien 1903, 152.

Став већине наших предратних правних теоретичара био је да је на поклон за случај смрти једна врста уговора, и да треба применити правна правила која се примењују на све уговоре. Тако се, није тражио услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би поклон био пуноважан. Право на поклоњену ствар је представљало једно орочено право, јер је само реализација поклона одложена до смрти поклонодавца, и ако би поклонопримац умро пре поклонодавца право на поклон би прелазило на поклонопримчеве наследнике.⁵⁹⁸

Међутим, у предратној правној доктрини постојао је и другачији став заступљен од стране мањег броја теоретичара, где се сматрало да је даровање за случај смрти учињено у претпоставци и под условом да обдарени преживи смрт дародавца.⁵⁹⁹ Такође се сматрало да је поклон за случај смрти онај дар чија егзистенција зависи од смрти дародавца, те ако дародавац надживи обдареника, онда се сматра да дар није ни учињен (одложни услов) или се разрешава (раскидни услов) и обдареникови наследници враћају дародавцу раније примљени дар.⁶⁰⁰

Особина уговорног поклона за случај смрти јесте да осим, са једне стране понуде поклонодавца, постоји, као и код сваког уговора, са друге стране, прихватање поклона од стране поклонопримца. За разлику од легата овде постоји сагласност двеју воља. Овакве сагласности воља нема код легата, јер често испорукопримац и не зна да му је у тестаменту (кодицилу односно уговору о наслеђивању) остављен легат. Због тога што код уговорног поклона за случај смрти постоји једно право, а не само нада, као код легата, није за пуноважност овог поклона потребно да је поклонопримац надживео поклонодавца. Уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, право на поклон би прешло на поклонопримчеве наследнике. На тај начин постоји једно орочено право, чија је реализација одложена до поклонодавчеве смрти.⁶⁰¹ Међутим, правила код легата су сасвим другачија. Легатар мора да надживи завештаоца да би остварио право на легат, јер у супротном легат не би производио правно дејство. На тај начин не би могли наследници испорукопримчеви да по праву представљања траже легат из заоставштине

⁵⁹⁸ Перић, Ж, *Ibid*; Аранђеловић, Д. *Наследно право*, Београд 1925, стр. 145.; Матић, Д., Објаснење Грађанског законика, књига Друга, Београд 1881, 775.

⁵⁹⁹ Rušnov-Posilović., Tumač Obćemu Austrijskomu građanskomu zakoniku, II knjiga, 380.

⁶⁰⁰ Ђорђевић, А., Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије, I књига, Општи део II половина, Београд 1896, 157.

⁶⁰¹ Перић, Ж. *op.cit.*, стр. 267.

оставиоца.⁶⁰² У вези истог се јасно може закључити да је легат један условни поклон, што се наводи у чл. 473. СГЗ, који гласи:

„Ако је наследник или испорукопримац (легатар) умро пре завештатеља, то остављени део не прелази на њихове наследнике, ако им иначе то право не припада“

⁶⁰³

Из наведеног се може закључити да легат представља условни поклон, јер да би легатар остварио право на поклоњену ствар мора да испуни основни услов, а тај услов јесте да надживи оставиоца. Смрћу испорукопримца остављена ствар не прелази на његове наследнике из разлога, што легатареве наследници и иначе не би могли да конкуришу у заоставштини оставиоца.⁶⁰⁴

Код уговорног поклона *mortis causa*, поклонопримац има овлашћења која имају карактер тражбеног права, те би био овлашћен да са осталим декујусовим повериоцима конкурише у његовој заоставштини, док, напротив, легатар нема таква овлашћења и на ред долази тек после поверилаца заоставштине, односно и после уговорног поклонопримца *mortis causa*.⁶⁰⁵

У погледу форме за уговорни поклон *mortis causa* захтевају се иста правила као и за обичан поклон *inter vivos*. Дакле, пуноважна је писмена форма уговора о поклону, док усмена форма спада у домен природних облигације и не може се судом захтевати његово испуњење. Међутим, уколико би ствар била предата поклонопримцу уговор се сматрао извршеним иако нема писмене форме, већ је уговор само усмено закључен. У вези са тим у чл. 564. СГЗ се прописује следеће:

„Ко поклон усмено учини, а ствар не преда и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати, да предати мора. Само писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити.“⁶⁰⁶

У погледу квалитета писане форме нема посебног условљавања да такав уговор мора бити судски оверен, већ је довољно да се само сагласност двеју воља потврди

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Марковић, Л. Грађански законик, 225.

⁶⁰⁴ Перић, Ж. *op.cit.*, 269.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ Марковић, Л. Грађански законик, 260.

својеручним потписом. Али уколико је учесник у уговорном односу неписмен, дозвољено је да уместо њега потпис на уговору стави друго лице по његовом овлашћењу, или да неписмено лице стави на уговор крст или свој печат, а о чему је неопходно за пуноважност даровања да о томе посведоче два сведока. У вези истог се изричито говори у чл. 541. и 542. СГЗ.

Члан 541 СГЗ гласи:

„Но, ако се уговарајућа лица нарочито на писмени уговор сложе, онда се само са потписом као закључен сматра.“⁶⁰⁷

Члан 542. СГЗ гласи:

„Који писати не зна, мора своје име од другог потписати дати; сам пак или крст ставити, или печат свој ударити, које ће два сведока посведочити, да је са његовом вољом уговор закључен и потписан“⁶⁰⁸

Са друге стране за легат се не тражи напред наведена форма, која је истоветна за уговоре *mortis causa* и уговоре *inter vivos*, већ легат мора да буде сачињен у форми акта последње воље. У судској пракси се то прецизирало тако да поклон за случај смрти мора да буде сачињен у форми тестаментa.⁶⁰⁹

Како је поклон за случај смрти сматран легатом, њиме није могао да буде окрњен нужни део законским наследницима. У том погледу је нужни део морао остати неповређен и то како мушкој деци, тако и женској уколико оставилац није имао мушке деце. У вези са тим се говори у чл. 477 СГЗ, који гласи:

„Само закони део на случај смрти мора остати законом деци како мушкој, ако их има, тако и женској, ако мушке нема, невредим, који се састоји у половини дела онога, који би им по закону припао, кад завештаочева расположења не би било.“⁶¹⁰

Овде се под децом подразумевају само синови и кћери, а не и унуци и остали потомци.

⁶¹¹ У вези са оваквим законодавним решењем је у потпуности сагласна и судска пракса

⁶⁰⁷ *Ibid.*, 252.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ Одлука Касационог суда у Београду, Рев. 840/35, у Грађански законик, објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средио И.Петковић, Београд 1939, 245.

⁶¹⁰ Марковић, Л. Грађански законик, 208.

где је поклон за случај смрти сматран легатом и њиме није могао бити окрњен нужни део.⁶¹²

2.2.3. Однос СГЗ према Аустријском грађанском законнику

Аустријски грађански законик из 1811. године је послужио као узор творцу нашег грађанског законика Јовану Хаџићу, имајући, пре свега, у виду чињеницу да је Хаџић образовање стекао као аустријски поданик. Међутим, код регулисања даровања он се није ослањао потпуно на аустријско грађанско законодавство, као у неким другим областима, већ је у већој мери користио изворно римско право.

Разлике у регулисању даровања између два законика су бројне. Најпре, морамо уочити да је аустријски законодавац више простора посветио даровању, јер је ову област смештену у Осамнаестој глави АГЗ регулисао са 19 чланова (938.-956.), док Српски грађански законик даровању посвећује свега осам чланова (561-568).

Иако је поклон регулисан обимније и са двоструко више чланова, разлике су уочљиве почев од саме дефиниције поклона, где се у чл. 938 АГЗ прописује:

„Уговор, којим се нека ствар другоме без накнаде уступа, зове се даровање“⁶¹³

Са друге стране поклон је у СГЗ дефинисан тако да се посебно истиче намера дарежљивости – *animus donandi*, што је одлика римског дефинисања поклона класичног доба,⁶¹⁴ и јасно нам показује да се Хаџић код одредби о даровању доста користио римским правом, о чему смо претходно детаљније излагали.

Разлике уочавамо и у томе што АГЗ не садржи одредбе о уговорним странама, док се у такве одредбе налазе у СГЗ,⁶¹⁵ што нам, такође, говори о утицају римског права на регулисање одредби о поклонима у СГЗ.

⁶¹¹ *Ibid.*, 229, фн. 1.

⁶¹² Одлука Касационог суда у Београду Рев. 1617/37, у Грађански законик, објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средио И.Петковић, Београд 1939, 245.

⁶¹³ Аранђеловић, Д. Општи Аустријски грађански законик, друго издање, Београд 1922, 261.

⁶¹⁴ Члан 561. СГЗ гласи: **Поклон бива, кад ко добровољно другоме што да, не иштући нити примајући икакве за то наплате“**

⁶¹⁵ Члан 562 СГЗ гласи: **„Ко има право савршено и неограничено са својим стварима располагати, онај само може поклоне чинити.“**

Имајући у виду напред наведене различитости у правилима о поклону између два законика, можемо приметити знатно веће присуство римског права у Српском грађанском закону, и тиме значајна одступања од свог изворника АГЗ.

Аустријски грађански законик је поклон за случај смрти регулисао у Осамнаестој глави, која носи наслов „О даровима“ као последњи члан - 956., који гласи:

„Даровање, чије испуњење треба да следује тек по смрти дариваоца, важи као испорука, ако се пазило на прописане формалности. Оно ће се само онда као уговор сматрати, ако је обдареник на њ пристао, ако се даривалац изречно одрекао права опозивања, и ако је писмена исправа о томе обдаренику предата.“⁶¹⁶

Из овакве дефиниције поклона је уочљиво да је законодавац у првом ставу овог члана прописао да је поклон за случај смрти легат чије испуњење наступа по смрти поклонодаваца, ако су испуњене законом прописане формалности. Међутим, у ставу другом истог члана је прописано да се поклон за случај смрти може сматрати уговором, под наведеним условима, који предвиђају сагласност воља неопходну за настанак уговора, што подразумева прихватање поклона од стране поклонопримца, затим се тражи да поклон буде сачињен у писменој форми, те да се поклонодавац изричито одрекао права на опозив поклона.

Српски грађански законик је регулишући поклон за случај смрти прихватио само први став из наведеног аустријског законика, јер у чл. 568. изричито наводи:

„Поклон за случај смрти учињени сматра се као легат или испорука, и по томе ће се и судити“⁶¹⁷

Оваква дефиниција поклона за случај смрти у СГЗ јасно одступа од свог изворника – АГЗ, јер прописује да се поклон за случај смрти може сматрати искључиво легатом. Из овакве дефиниције поклона за случај смрти је уочљиво да је творац нашег грађанског законика Хаџић преузео само први део параграфа 956 АГЗ, где се говори о поклону за случај смрти као легату. Међутим, изостављен је други део истог параграфа, који је предвиђао

Члан 563 СГЗ гласи: „***Примити поклон може сваки, и онај, који иначе сам уговора другог закључити не може***“

⁶¹⁶ Аранђеловић, Д. Општи Аустријски грађански законик, 266.

⁶¹⁷ Марковић, Л. Грађански законик за Краљевину Србију, 261.

уговорну природу поклона за случај смрти. Тако се према схватању предратних правних теоретичара поклон за случај смрти сматрао легатом – једностраном изјавом воље која се даје у форми тестаментa.⁶¹⁸

Овакво схватање које изједначава поклон за случај смрти са легатом има своје корене у римском праву Јустинијановог периода. Тада су Римљани разликовали поклон за случај смрти од обичног поклона, те је тако и у Дигестама поклон за случај смрти имао посебно место у *lib* 39,6 *De mortis causa donationibus et capionibus*, а у Кодексу је смештен у *lib*. 8, 56 *De mortis causa donationibus*. Такво разликовање поклона за случај смрти од обичног поклона се изричито наводило.⁶¹⁹

У то доба су римски правници јасно издвојили поклон за случај смрти, као посебан институт, различит од обичног поклона, и сврстали га у наследно право. Тако се у Пауловим Сентенцијама поклон за случај смрти налази између одредби о легатима и *lex Falcidia*, издвојена као посебан правни институт - VII. DE MORTIS CAUSA DONATIONIBVS, што указује да је већ крајем III века, овај правни посао сматран наследноправним институтом.⁶²⁰

Свака дилема и о томе да ли је поклон за случај смрти уговор или легат, Јустинијаново право је разрешило у корист легата.⁶²¹ Конституција која се у тексту I. 2,7,1 спомиње је C. 8,56,4 и она потиче из 530 године.⁶²²

⁶¹⁸ Перић, Ж. Грађанско право, О посебним уговорима, I. О обавези заштите код уговора о продаји и куповини и о уговору о поклону, Београд 1927, стр. 265; Марковић, Л. Наследно право, Београд 1930, 257.

⁶¹⁹ I. 2,7,pr: *Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa*. „Поклона има две врсте: за случај смрти и без тог случаја“

⁶²⁰ Paul.Sent.3,7,1: *Mortis causa donat qui bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit* „О даровању за случај смрти се ради онда када неко ко одлази у рат или пловидбу (морем) другоме нешто даје под условом да му то, ако се врати (жив), буде враћено натраг, а ако умре да остане онеме коме је даровано“

Paul.Sent.3,7,2: *Donatio mortis causa, cessante ualetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam reuocatur, morte enim tantummodo conualescit* „Даровање за случај смрти, ако престане болест и (дародавцу) се поврати здравље, може такође бити услед покајања (промена мишљења) опозвано, али ако наступи смрт, оно свакако постаје ваљано“

⁶²¹ I.2,7,1: *Hae mortis donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur et sic procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio*. „Овакви поклони за случај смрти су у свему регулисани по угледу на легате. Будући да су правници били неодлучни у томе хоће ли их разврстати у поклоне или легате, те су се мишљења у погледу тога опредељења разилазила, јер у

И романисти су мишљења да је у Јустинијановом праву дошло до изједначавања легата и поклона за случај смрти, међутим том приликом није дошло до сједињавања у погледу њихових појмова, јер су се и даље у пракси користили и поклони за случај смрти и легати, али је дејство поклона за случај смрти било изједначено са легатом.⁶²³

Дакле, регулишући поклон за случај смрти у Српском грађанском законнику, Јован Хаџић је као узор имао пред собом римско право Јустинијановог периода, које је овај правни институт формално изједначило са легатом. У том делу нашег законика његов аутор се није непосредно угледао на изворник - Аустријски грађански законик, који је поклон за случај смрти посматрао двојако – као легат или као уговор.

2.2.4. Судска пракса

Судска пракса је значајан сегмент у функционисању сваког закона. Њен значај су уочили још римски правници.⁶²⁴ Провера деловања закона у пракси је нарочито значајна ако се ради о тако значајном законнику, који обухвата целу грађанскоправну област и чији је превасходни циљ да своје резултате покаже у практичном спровођењу. Стога ће бити неопходно да прикажемо и неколико најважнијих судских одлука, које су пратиле практично спровођење законских норми које се тичу поклона за случај смрти.

њима има особина оба основа, нашем конституцијом смо утврдили да се они у свему изједначе са легатима и тако поступа како је у тој нашој конституцији одређено.“

⁶²² C.8,56,4: *Cum de mortis causa donatione dubitabatur et alii quidem inter ultimas voluntates eam posuerunt et legatis adgregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus omnes mortis causa donationes, sive iuxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, acctis minime indigere neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus vel in scriptis vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata et nullam calumniam accipiat neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur et omnes effectus sortiat, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacumque parte absimiles esse intelligantur.*

⁶²³ Amelotti, M. *Donatio mortis causa*, 7.

⁶²⁴ позната латинска изрека гласи: *Theoria sine praksi, sicut currus sine axi* (Теорија без праксе је исто што и кола без осовине)

„Винкулација на уложној књижици да после смрти новац може подићи са књижице улагачева жена, представља поклон на случај смрти“⁶²⁵

Овај судски случај је занимљив јер је изнео различите ставове нижестепених и вишестепених судова у вези даровања учињеног преко штедне књижице. Наиме, тужбом код Окружног суда у Јагодини тужилац Милован је изнео чињенично стање према коме је он наследник своје мајке пок. Вукане, са још четири сестре. Једној од сестара – Зорки, мајка Вукана је оставила штедну књижицу Поштанске штедионице у којој је стајала примедба да после њене смрти новац може подићи само она - Зорка. Тужилац је навео да је његова мајка била неписмена и тражио је да, као једини наследник све остале имовине, наследи и улог са штедне књижице. Окружни суд у Јагодини је пресудом бр. 4892 од 16.3.1932. године, усвојио тужбени захтев тужиоца са образложењем да није доказано да је поменути изјаву на штедној књижици сачинила пок. Вукана, а чак и да јесте то њена изјава, она би правно дејство произвела тек после њене смрти, што значи да би у питању било тестаментарно наслеђивање. Међутим, таква изјава пок. Вукане нема форму тестаamenta, јер није од надлежних власти потврђена, нити има доказа да је од ње написана и потписана. Стога је првостепени суд стао на становиште да таква изјава на штедној књижици не може производити правно дејство.

По жалби тужене Зорке, Апелациони суд у Београду је својом пресудом бр. 5218 од 22.6.1932.г. преиначио првостепену пресуду и одбио као неоснован тужбени захтев тужиоца из следећих разлога: Уложна књижица по својој суштини представља приватну исправу о уговору закљученом између улагача и банке. Овакав уговор је сличан уговору о зајму, а улагач има сва права на уложеном новцу, укључујући и право преноса своје тражбине на друго лице. У конкретном случају пок. Вукана је пренела тражбину означену у штедној књижици на кћерку Зорку, на начин изложен у винкулационој клаузули, коју је банка примила к знању. Апелациони суд је стао на становиште да клаузула о исплати означене суме новца туженој Зорки не представља уговор на случај смрти из чл. 781. СГЗ, већ једну врсту уговора о осигурању женске деце на случај смрти родитеља предвиђен чл. 791 СГЗ, средством винкулисаних уложних књижица, што је било у примењиво у пракси тог времена, те се овакав правни посао имао сматрати на закону заснован.

⁶²⁵ Касациони суд у Београду, број 6809 од 03.09.1926.г. објављено у: *Судска пракса у 1926.г.* средно С. Ковачевић, Београд 1927. § 325.

Касациони суд у Београду је својом пресудом бр. 8277 од 19.11.1932.г. потврдио пресуду Апелационог суда, са примедбом да је другостепена пресуда на закону заснована без обзира што је погрешно упућивала на чл. 791. СГЗ, односно на уговор о осигурању, јер овде није у питању уговор на срећу, већ специјални уговор у корист трећег, који је примењив по чл. 13, 538 и 546. СГЗ.

Правилно је у одлуци Касационог суда указано да је Апелациони суд у Београду погрешно изјаву пок. Вукане квалификовао као уговор о осигурању у смислу чл. 791. СГЗ, јер овакав правни однос нема никакве везе са уговором о осигурању, као уговором на срећу, из разлога што банка у конкретном случају не сноси никакав ризик, а што је битно својство уговора о осигурању. Међутим, и оцена Касационог суда у Београду је погрешна када је овакав правни однос квалификован као уговор у корист трећег, који је иначе био допуштен. Остављајући својој кћерци новац на штедној књижици, сачињен је уствари уговор о поклону за случај смрти. У конкретном случају поклон садржи све елементе уговора јер представља сагласност двеју воља, при чему се сагласност поклонопримца могла манифестовати и прећутно – поседом овакве књижице. Имајући у виду предње може се закључити да је пок. Вукана винкулацијом на штедној књижици да се новац после њене смрти исплати њеној кћерки Зорки, сачинила поклон за случај смрти, који је закључен у форми банкарске операције, али што не утиче на његову правилну квалификацију. Иако члан 568. СГЗ прописује постојање поклона за случај смрти само у форми легата, ипак је судска пракса шире сагледала практичне потребе и дозвољавала овакво даровање које је било сачињено у форми уговора. Ово из разлога што је поклон за случај смрти могао бити допуштен као уговор на основу чл. 13. СГЗ, и није такав облик поклона био изричито забрањен, нити се противио јавном поретку и позитивним прописима.⁶²⁶

„Поклон на случај смрти мора бити учињен у форми тестаментa“⁶²⁷

Иако је судска пракса понекад излазила у сусрет животним потребама, правило предратног грађанског законодавства је било да је поклон за случај смрти, што се форме тиче, морао бити састављен у форми која је прописана за тестамент. То значи да је

⁶²⁶ види више: Петковић, И. *Поклон на случај смрти у нашој судској пракси*, Архив за правне и друштвене науке, књига XXXV, Београд 1937, 155-162.

⁶²⁷ Касациони суд у Београду, Рев. 840/35 од 14.01.1936.г. објављено у: Грађански законик објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средио И.Петковић, Београд 1939, 245.

поклон за случај смрти могао бити састављен у редовној форми – писмено, што је био и најчешћи начин сачињавања тестамент. Притом је тестатор био у обавези да га својеручно потпише својим именом, а тражиле су се и друге формалности, односно да буде од стране тестатора назначен на тестаменту дан, месец и година када је тестамент сачињен (чл. 430 СГЗ). Ванредна форма је значила усмено сачињени тестамент, који је дозвољен у случајевима рата, поплаве, бродолома или велике епидемије, када би завештаоцу било отежано или потпуно онемогућено да сачини редовни тестамент (чл. 447 СГЗ). У том случају је неопходно да тестатор последњу вољу изјави пред два сведока, који су пословно способни и поседују грађанску част, и нису у крвном или тазбинском сродству са оставиоцем, и који су дужни да у року од три месеца по престанку ванредних околности саопште суду вољу оставиоца. Тестамент је могао бити сачињен као приватни или као јавни, у ком случају учествује у састављању истог судија за неспорна дела.

„Поклон на случај смрти сматра се као легат и њиме не може бити окрњен нужни део“⁶²⁸

Предратна правна правила која су се примењивала у Србији, ослањају се на Српски грађански законик, који је регулисао поклон за случај смрти. Према чл. 568. СГЗ поклон за случај смрти се има сматрати као легат или испорука и по тим правилима ће се судити у случају спора. Судска пракса се углавном ослањала на овакво законско решење и прописала је на поклон за случај смрти сва правила која се односе на легат. Даровање за случај смрти је морало да испуњава све формалности потребне за легат, што значи да предмет даровања могу бити поједина или више ствари, новац или неко право, али не и цела имовине или одређени део имовине, јер би то значило именовање наследника. Како би сви наследници били изједначева у доброчином пријему, поклон за случај смрти може бити предмет преноса на наследни део – *collatio bonorum*, и њиме не може бити окрњен нужни део. У случају да је дошло до повреде права на нужни део других наследника, поклон за случај смрти је могао бити враћен са циљем њиховог намирења.

⁶²⁸ Касациони суд у Београду, Рев. 1617/37 од 17.02.1938.г. објављено у: Грађански законик објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средио И.Петковић, Београд 1939, 245.

2.3. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У ПОСЛЕРАТНОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

После Другог светског рата у српском праву у правној области која је уређивала поклоне нису доношени нови правни прописи, те су и даље на снази били законски прописи предратног права на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. Априла 1941. године и за време непријатељске окупације.⁶²⁹ Додуше, било је покушаја да се таква правна област уреди, али до тога није дошло. Један од разлога је био и тај што у послератној правној доктрини није било јасно дефинисано да ли поклони за случај смрти спадају у област наследног или облигационог права. Тако је у Нацрту закона о наслеђивању из 1954. године било предвиђено регулисање поклона за случај смрти, али су такве одредбе изостављене из савезног Закона о наслеђивању који је објављен 11. маја а ступио на снагу 11. јула 1955. године.⁶³⁰ Разлог за изостављање из савезног Закона о наслеђивању одредби о поклону за случај смрти је управо спорна правна природа овог института, јер се сматрало да ова правна област треба да буде уређена у оквиру облигационог права. Након скоро двадесет година примене овог Закона о наслеђивању, Уставни Амандмани из 1971. године⁶³¹ су у области наслеђивања донели значајне промене у домену нормативне надлежности, те је надлежност за регулисање наслеђивања са федерације прешла у законоправни делокруг република и покрајина. Тако су све републике и покрајине бивше СФРЈ у периоду од 1973 до 1976. године донеле своје законе о наслеђивању. У Србије је донет Закон о наслеђивању од 26.12.1974. године⁶³² који, такође, није садржао правна правила о поклону за случај смрти, јер се остало при раније изнетом правном схватању да ову област треба да регулише облигационо право. Распадом СФРЈ и поновним стварањем државе Србије правно је уређена наследноправна област доношењем Закона о наслеђивању од 4. новембра 1995. године⁶³³, који је и сада на снази као позитивноправни пропис. Међутим,

⁶²⁹ Службени лист ФНРЈ број 84/1946

⁶³⁰ Службени лист СФРЈ број 20/55

⁶³¹ Службени лист СФРЈ број 29/71

⁶³² Службени гласник СР Србије број 52/74.

⁶³³ Службени гласник РС број 46/95.

поклони за случај смрти поново нису обухваћени наследноправном материјом и нису законски регулисани.⁶³⁴

Оваква правна празнина није попуњена ни доношењем одговарајуће законске регулативе у области облигационог права. Наиме, након Другог светског рата област облигационих односа дуго није била законски регулисана, па тако ни поклон за случај смрти. Међутим, такви покушаји су постојали у виду предлога Нацрта закона. Тако су у Нацрт закона о облигационим односима и уговорима из 1974. године биле су унете одредбе о поклону за случај смрти, у оквиру главе посвећене уговорима о поклону. Након тога дошло је до промене мишљења од стране предлагача закона, јер Нацрт закона о облигационим односима из 1976. године, који је претходио законском регулисању облигационих односа, није садржао одредбе о уговору о поклону за случај смрти, као уосталом ни одредбе о поклонима уопште. Коначно усвојени текст Закона о облигационим односима који је усвојен 30.3.1978. године, а ступио на снагу 1.10.1978. године,⁶³⁵ није садржао одредбе о поклонима, нити одредбе о поклону за случај смрти. Разлог нерегулисања поклона лежи у томе је што је законодавац овим законом регулисао основне облигационе односе укључујући уговорне и друге облигационе односе из области промета роба и услуга, те је сматрао да уговори о поклону не спадају у област промета роба и услуга, па је сходно томе регулисање поклона препуштено републичком законодавству. Међутим, републичко законодавство Републике Србије у оквиру СФРЈ, а касније и као самосталне државе није донело одговарајуће законске прописе који би регулисали ову правну област, тако да је до данас остала ова правна празнина.

На потребу за регулисањем поклона за случај смрти, као уосталом и поклона уопште у оквиру облигационог права, јасно је указао проф. Михаило Константиновић у свом раду „Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима“.⁶³⁶ Овај правни

⁶³⁴ Сматрамо да је и у актуелној правној теорији спорна правна природа овог института. И сам председник Комисије за доношење Закона о наслеђивању Републике Србије – проф. Оливер Антић, у свом уџбенику наследног права, када говори о поклону за случај смрти, јасно указује на постојање овог проблема, који би у будућности требало разрешити - „Гледано *de lege ferenda* било би веома корисно, нарочито са становишта правне сигурности, да наше право уреди ову сложену материју“ (Антић, О. *Наследно право*, Београд 2011, 275)

⁶³⁵ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ број 29/78.

⁶³⁶ Константиновић, М. *Облигације и уговори – Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд 1969.

ауторитет из области грађанског права, а посебно из уже области - облигационог права, је својом Скицом за законик о облигацијама и уговорима умногоме дао смернице законодавцу приликом доношења Закона о облигационим односима из 1978. године. Тако је професор Константиновић сматрао да поклон за случај смрти треба регулисати као посебан члан у оквиру одељка посвећеног поклону.⁶³⁷

Данас је у нашој земљи интензивирао рад на кодификацији грађанског права и доношењу јединственог Грађанског законика. У Преднацрту грађанског законика Републике Србије, у другој књизи под називом *Облигациони односи*, Комисија за израду грађанског законика⁶³⁸ је предвидела законско регулисање поклона за случај смрти. Комисија је поклон за случај смрти сместила у област облигационог права, у оквиру главе посвећене поклонима.⁶³⁹ Специфичност предлога из Преднацрта је да предлагачи закона, иако су поклон за случај смрти уврстили у оквиру правне области облигационог права, прописивањем могућности да поклонодавац може једнострано, по својој вољи, да раскине уговор, овом правном институту су дали обележја наследноправне установе испоруке – легата. Тиме су исказали став да поклон за случај смрти не схватају искључиво као уговор, већ да овај правни институт у себи има и елементе уговора и елементе легата, чиме су се веома приближили схватању римског права о *donatio mortis causa*.

2.3.1. Појам поклона за случај смрти у послератној правној теорији

Поклон је такав правни посао код кога једно лице уступа бесплатно другоме изванредан део своје имовине или целу имовину, али тај циљ се постиже једним од два средства: или уговором, и то је правни посао између живих - *inter vivos*, или једним правним послом за случај смрти - *mortis causa*.⁶⁴⁰

⁶³⁷ Константиновић, М. Облигације и уговори, 157.

⁶³⁸ Председник Комисије је академик проф.др. Слободан Перовић, док као чланови комисије у изради законика учествују и угледни правни експерти из области грађанског права као што су, између осталих, проф.др. Оливер Антић и проф.др. Миодраг Орлић.

⁶³⁹ Преднацрт Грађанског законика, књига друга, Облигациони односи, Београд 2009, 216.

⁶⁴⁰ Перић, Ж. Грађанско право, О посебним уговорима, I. О обавези заштите код уговора о продаји и куповини и о уговору о поклону, Београд 1927, 261.

Из најшире дефиниције поклона може се видети да се ради о доброчинству – *liberalitatis*, које карактерише такво поступање једног лица које другом бесплатно чини неку имовинску корист, а друго лице за то не даје никакву надокнаду.⁶⁴¹

Доброчини правни послови се у српском праву могу се реализовати на два начина који се у многоме разликују - било као поклон са једне стране стране, или завештање, односно легат, са друге стране. Иако се у оба случаја ради о доброчиним правним пословима, између њих постоје значајне разлике. Како је поклон за случај смрти, развијајући се кроз своју историју, попримао особине и поклона и легата, те ће бити неопходно да разграничимо ове правне појмове.

У послератној правној доктрини поклон је уговор чије су основне карактеристике сагласност воља две уговорне стране – поклонодавца и поклонопримца. Осим тога, неопходна је и воља поклонодавца да се поклонопримцу бесплатно поклон учини – *animus donandi*, те прописана форма у којој ће се закључити такав правни посао, који након тога има обавезујуће дејство на обе уговорне стране. Правни теоретичари поклон углавном дефинишу са таквим карактеристикама:

„Уговор о поклону је уговор којим један уговорник (поклонодавац) преноси или се обавезује да пренесе на другог уговорника (поклонопримца) право својине одређене ствари односно друго одређено право или да му, на рачун своје имовине, учини неку корист, и то све без одговарајуће накнаде“⁶⁴²

„Уговором о дару обавезује се даривалац да на обдареника пренесе без накнаде својину неке ствари или неко друго право, или да му на који други начин учини какву корист на терет своје имовине“⁶⁴³

Осим основног облика дарежљивости који се остварује бесплатним преносом својине над стварима, у ширем смислу поклоном се може сматрати сваки правни посао или правна радња којом неко лице увећава имовину другог лица без противчинидбе, као

⁶⁴¹ Ђорђевић, А. *Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије у вези са међународним приватним правом*, Књига прва: Општи део (друга половина), Београд 1896, 153.

⁶⁴² Перовић, С. *Облигационо право*, Београд 1990, 602.

⁶⁴³ Константиновић, М. *Облигације и уговори*, 153.

што су: отпуст дуга, бесплатна цесија потраживања, одустанак од неког права – нпр. накнаде штете и др.⁶⁴⁴

Поклон је регулисан и у прописима наследног права, где се под појмом поклона сматра свако одрицање од права, укључујући и одрицање од права у корист одређеног наследника, отпуштање дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела или због оснивања или проширења домаћинства или обављања занимања, као и свако друго бесплатно располагање.⁶⁴⁵ Појам поклона, као бесплатног правног посла, је у наследноправној регулативи присутан код израчунавања нужног дела и урачунавања поклона и легата у наследни део.⁶⁴⁶

И остале дефиниције поклона наших правних теоретичара су сагласне да се ради о уговору који карактерише сагласност воља две уговорне стране са намером дарежљивости поклонодавца према поклонопримцу.⁶⁴⁷

Са друге стране завештање као добротини правни посао има сасвим другачија својства. Оно настаје као једнострана последња изјава воље, где не постоји сагласност обдареног,

⁶⁴⁴ Гамс, А. *Облигационо и наследно право. Допунски материјал из Увода у грађанско право*, Београд 1962, 36.

⁶⁴⁵ чл. 50 Закона о наслеђивању Републике Србије (Службени гласник бр.46/95)

⁶⁴⁶ Антић, О, Балиновац, З. *Коментар закона о наслеђивању*, Београд 1995, 256.

⁶⁴⁷ „Уговор о поклону (*donatio*) је уговор којим једна страна (поклонодавац – дародавац) обавезује да бесплатно, дакле, без икакве непосредне имовинске накнаде уступи другој (поклонопримцу – обдареном) неко имовинско добро, као такво тј. неку ствар или право као такво“ – Благојевић, Б. *Посебни део облигационог права*, Београд 1939, 62.; *Грађанско-правни облигациони уговори*, Београд 1952, 67.

„Под даровањем или поклоном (*donatio*) разумијевамо – обвезни уговор којим се једна уговорна страна (дародавац) добровољно обвезује да ће другој уговорној страни (даропримцу) бесплатно уступити у власништво неку своју ствар или имовинско право, односно да јој то у власништво фактично уступа, а друга уговорна страна на то пристаје, односно прима“ – Визнер, Б. *Грађанско право у теорији и пракси*, друго издање, Трећа књига, Ријека 1969, 1080.

„Уговор о поклону је такав уговор којим се једно лице (које се зове поклонодавац) обавезује да бесплатно пренесе у својину на друго лице (које се зове поклонопримац) неку своју ствар или неко имовинско право“ – Милошевић, Љ. *Облигационо право*, Београд 1982, 314.

„Уговор о поклону је добротин уговор по коме једна страна не даје другој ништа за оно што од ње добива – дакле добива без икакве накнаде“ – Јакшић, С. *Облигационо право, општи део*, Сарајево 1960, 147.

„Уговор о поклону је такав уговор којим се један од уговарача обавезује да ће уступити бесплатно у власништво другоме уговарачу неку своју ствар или имовинско право односно то је уговор по коме један од уговарача уступа бесплатно у власништво другоме уговарачу одређену ствар или имовинско право“ – Лоза, Б. *Облигационо право, посебни дио*, Сарајево 1974, 55.

„Уговор о даровању међу живима (*donatio inter vivos*) је такав уговор којим неко даје или обећава другоме бесплатно и добровољно одређену имовинску корист, а други то прима и прихваћа.“ – Vuković, М. *Obvezno pravo, knjiga II*, Zagreb 1964, 248.

већ само изјављена воља дариваоца. Својом последњом изјавом воље завешталац чини распоред своје имовине за случај своје смрти.

Када завештање садржи легат онда настаје правни однос између онерата и легатара после смрти завештаоца. Легат нема за циљ постављање наследника већ представља једну посебну врсту даровања за случај смрти, којим завешталац жели да почастује неко физичко лице или правно лице.⁶⁴⁸ Легатар нема пре делације никаквог права да потражује нешто од онерата. Он може само основано очекивати да ће смрћу оставиоца стећи право потраживања према онерату. Да би легат био пуноважан легатар мора доживети моменат делације и бити достојан, као и наследник, за пријем легата. Ако легатар умре пре оставиоца, одрекне се легата или буде недостојан, легат пада.⁶⁴⁹ Легат, односно испорука, може бити сачињена само у форми завештања. То значи да одредба о легату, макар да је то једина садржина оставиоцеве последње воље, мора бити исказана у једном од законом строго прописаних облика предвиђених за тестамент. Одступање од тога доводи до ништавости завештања, а тиме и до ништавости самог легата.⁶⁵⁰ Једна од битних карактеристика легата је и његова једнострана опозивост. Опозивост легата проистиче из саме његове законске дефиниције садржане у чл. 78. Закона о наслеђивању који гласи:

„Завештање је једнострана, лична и увек опозива изјава воље за то способног лица којом оно распоређује своју имовину за случај смрти, и у законом одређеном облику“

И у правној теорији се истичу карактеристике легата, које изричито указују на то да легатом може бити остављена легатару једна индивидуално одређена ствар, или више ствари или одређени новчани износ, или пак неко право, али му не може бити остављен део наследства које се односи на целокупну имовину оставиоца као целину. На тај начин се одређеном лицу, према нахођењу оставиоца, може оставити нека ствар или право, а да притом он не буде оглашен за наследника.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Марковић, Л. *Наследно право*, Београд 1930, 257.

⁶⁴⁹ Благојевић, Б. *Наследно право у Југославији*, Београд 1977, 258.

⁶⁵⁰ Антић, О. *Наследно право*, Београд 2011, 265.

⁶⁵¹ „Легат је дакле наредба последње воље, којом оставилац некома (легатару) завештава из своје заоставштине неку имовинску корист; он је наређивање последњом вољом сингуларне сукцесије остављањем извесне имовинске користи коме лицу из наследства и на терет наследства“ – Аранђеловић, Д. *Наследно право с обзиром на грађански законик Краљевине Србије*, Београд 1925, 124.

Напред наведене карактеристике легата су садржане и у његовој законској дефиницији, у чл. 141 Закона о наслеђивању, који гласи:

„Завешталац може једну или више ствари или права оставити неком одређеном или одредивом лицу, или наложити наследнику да из онога што му је остављено да неку ствар или право неком лицу, или му исплати суму новца, или га ослободи каквог дуга или га издржава или уопште у његову корист нешто учини или се уздржи од каквог чињења или да нешто трпи“

Имајући у виду основне особине уговора о поклону, са једне, и легата са друге стране, и њихова правна дејства, можемо закључити да се она између себе битно разликују. Ово ће тим пре бити значајно за наше истраживање, јер се кроз историју од римског права до данас изнова понавља дилема да ли је поклон за случај смрти уговор или легат, и која правна правила применити у његовом функционисању.

За разлику од предратне правне теорије која је поклон за случај смрти изједначавала са легатом, следећи традицију римског права из Јустинијановог периода, према схватању послератне правне теорије поклон за случај смрти се имао сматрати уговором. Прецизније речено послератна правна доктрина је поклон за случај смрти сматрала само једним од модалитета уговора о поклону, са свим битним обележјима које уговори имају.

Поклон за случај смрти је у домаћој правној доктрини схваћен као уговор о поклону *inter vivos*, настао на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, где је

„Легат је вредност коју завешталац остаља другом лицу. Али тако да се то друго лице – легатар не јавља као универзални сукцесор на одређеном добру, односно на одређеној количини добара. Док се наследник јавља као универзални сукцесор оставиоца, као његов првопријемник, добијајући целу заоставштину или један део заоставштине као такве, дотле легатар добија само извесну корист из чисте вредности заоставштине“ – Благојевић, Б. *Наследно право*, Београд 1961, 128.

„Испорука (легат) јесте одредба у завештању којом завешталац одређеном лицу – испорукопримцу (легатару) – оставља једну или више одређених ствари, или неко право, налаже наследнику, или другом лицу коме оставља неке користи из заоставштине, да из онога што му је тестаментом остављено преда неку ствар легатару, тј. да му исплати одређени износ новца, односно ослободи га неког дуга, или да га издржава, да у његову корист уопште нешто учини или се од нечега уздржи, или да нешто трпи. Оваквим се завештањем по правилу не поставља наследник (универзални сукцесор), осим ако из тестаamenta не произилази другачија намера завештаоца“ – Антић, О. *Наследно право*, Београд 2011, 263.

„Легат (*legatum*) је имовинска корист за неко лице, тако што добија једну или више одређених ствари или права из заоставштине. Легатом се, с друге стране назива и сама ствар или право као предмет легата“ – Марковић, С. *Наследно право*, Београд 1981, 287.

углављена посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца.⁶⁵²

Оваква сагласност воља, каква је присутна у српском позитивном праву, по својим дејствима представља посмртни поклон – *donatio post mortem*, а не поклон за случај смрти који основе има у *donatio mortis causa* римског права.⁶⁵³ Иначе, *donatio mortis causa* и *donatio post mortem* имају битно другачија правна дејства. Код *donatio mortis causa* поклонопримац нема никаква права према поклонодавцу за време његовог живота а својину над предметом уговора стиче остварењем одложеног или неостварењем раскидног услова. Располагање поклонодавца је увек опозиво, а само изузетно неопозиво, и он је могао и након постигнуте сагласности са поклонопримцем да се предомисли и да једнострано опозове поклон. Дејство уговора наступа тек након смрти поклонодавца, и само под условом да је поклонопримац надживео поклонодавца.⁶⁵⁴ Дакле, код *donatio mortis causa* битан елеменат уговора је услов, чијим остварењем или неостварењем наступа правно дејство уговора. Уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, чињеница његове претходне смрти одлучујуће би утицала на обавезе поклонодавца. Таква обавеза је личне природе и остварује правно дејство само у односу на личност поклонопримца. Ово из разлога што се ради о уговору закљученом *intuitu personae*, где лична својства поклонопримца по правилу имају одлучујући утицај на *animus donandi* поклонодавца. За такве уговоре не важи правило да „надживљавају“ уговорнике. Смрћу поклонопримца право из уговора не прелази на његове наследнике, већ се гаси. Посмртни поклон – *donatio post mortem*, за разлику од *donatio mortis causa* не захтева услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би поклон стекао пуноважност. Право да траже предају и пренос својине имају наследници поклонопримца.

⁶⁵² Перовић, С. *Облигационо право*, Београд 1990, стр. 608., Ђурђевић, М. *Уговор о поклону*, Београд 2012, 44.

⁶⁵³ Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 1/2011, 241.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

2.3.2. Карактеристике поклона за случај смрти у српској послератној теорији

У раду смо посебно издвојили неке значајније карактеристике поклона за случај смрти, које могу бити предмет теоретске дискусије, имајући у виду став послератне теорије и праксе. Ово ће посебно бити значајно имајући у виду предстојећу кодификацију грађанског права, и законско регулисање овог правног института, где постоје одређена размимоилажења између става послератне правне доктрине и предлога изнетих у Преднацрту грађанског законика.

Посебно смо хтели да укажемо на нека спорна питања, од којих сматрамо значајним дилему да ли поклон за случај смрти регулисати са одложним роком, како то примењује позитивно законодавство, или са одложним условом какав је познавала *donatio mortis causa* римског права, што повлачи за собом практично питање, да ли смрт поклонопримца пре поклонодавца утиче на дејство уговора. У нашем позитивном праву, као уосталом и у послератној правној доктрини је спорна могућност постојања раскидног услова код поклона за случај смрти. У неким савременим законодавствима, попут енглеског, поклон за случај смрти са раскидним условом је широко примењив, док домаћа правна теорија одлучно одбацује могућност постојања раскидног услова код поклона за случај смрти.

Спорно питање је да ли поклонопримцу дати права која сваки поверилац има на основу облигације. Посебно, да ли може поклонопримац предузимати мере принудног остварења свог потраживања. Према ставу позитивне теорије сваки поверилац у облигационом односу има могућност принудног остварења потраживања. Дилема је да ли таква могућност треба бити ограничена, имајући у виду могућност једностране опозивости и располагања дародавца по слободној вољи предметом поклона, како се то предвиђа Преднацртом грађанског законика. Коначно, да ли поклонодавцу дати широко право да може одустати од поклона за случај смрти по свом нахођењу, те да ли треба дати право на накнаду штете поклонопримцу, уколико је поклонодавац без основаног разлога опозвао поклон.

2.3.2.1. Одложни и раскидни услов код поклона за случај смрти

Услов је будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависи настанак или престанак неког права. Док услов не наступи право не постоји, постоји само правно стање. Код услова је битно да будућа околност није наступила, те да је неизвесно када ће и да ли ће уопште наступити. Међутим, уколико је околност наступила, а то није познато сауговорачима, онда се не ради о услову, већ о неизвесности постојања правног посла.⁶⁵⁵

У нашој правној теорији наилазимо и на другачија схватања у вези условљености правног посла. Тако постоји мишљење да правни посао постоји већ у моменту закључења, али је само његово дејство одложено и учињено зависним од испуњења услова.⁶⁵⁶ Такође, налазимо став да код предузимања правних послова странке могу начинити споразум да намеравамо дејство правног посла не настане одмах или да касније отпадне, те да услов чини, са правним послом коме је придодат на основу воље странака, једну нераздвојну целину.⁶⁵⁷ Условне правне послове чине изјаве воље које су управљене на заснивање правних односа, и које могу бити ограничене додавањем још једне изјаве, којом се њихово правно дејство чини зависним од наступања једног неизвесног догађаја. Главно правно дејство на које је изјава воље управљена, не наступа за све време трајања неодређености у погледу испуњења или неиспуњења услова, а правна снага изјаве је спречена у свом ширењу.⁶⁵⁸ Постоји мишљење и да до наступања услова не постоји ни сам правни посао, једино изјављена воља под одложним условом може створити извесна облигаторна дејства.⁶⁵⁹

И у упоредној правној теорији постоје различита гледишта. Сматра се да је услов будући догађај, чије је остварење неизвесно, а који суспендује било рађање, било престанак неког права и чије је дејство ретроактивно, при чему услов суспендује сам настанак

⁶⁵⁵ Гамс, А. *Увод у грађанско право*, Београд 1967, 184.

⁶⁵⁶ Вуковић, М. *Опћи дио грађанског права*, књига II, Загреб 1960, 276.; Спаић, В. *Основи грађанског права – општи дио*, Сарајево 1961, 280.

⁶⁵⁷ Стојановић, Д. *Увод у грађанско право (Општи део)*, Београд 1968, 96.

⁶⁵⁸ Марковић, Л. *Грађанско право*, књига прва, *Општи део и стварно право*, Београд 1927., 253.

⁶⁵⁹ Перић, Ж. *Грађанско право – Општи део*, 152.

права.⁶⁶⁰ Сматра се и да је услов одредба у уговору или преносу са дејством да ће у случају наступања неког неизвесног догађаја, акта или уздржавања, једно право настати, или престати да постоји. Постоји мишљење и да правни посао настаје самим његовим закључењем, и да је код условног посла учињена зависним обавеза испуњења.⁶⁶¹

Наша правна теорија разликује три врсте услова, и то: одложни и раскидни услов (о чему ћемо рећи нешто више), затим потестативни, каузални и мешовити услов и позитивни и негативни услов.⁶⁶²

Потестативни услов постоји онда када неизвесна околност зависи од воље једног од учесника правног посла. Каузални је онај услов који не зависи од воље странака, већ од случаја или од воље неког трећег који није учесник правног посла. Код мешовитог услова неизвесна околност зависи и од воље странака и од неке друге околности која није у вези са самим учесницима правног посла.⁶⁶³

Позитивни услови су они који се остварују наступањем одређеног догађаја, а негативни услов је онај који се остварује не наступи будућа и неизвесна околност.

За наш рад ће посебно интересанта бити подела на одложни и раскидни услов, јер су такви услови у непосредној вези са остварењем и практичном применом поклона за случај смрти.

Иако су дејства одложног и раскидног услова у крајњој супротности, јер један доводи до реализације а други до престанка неког права, постоји мишљење и да они нису тако различити. Наиме, постоји став у правној теорији да се у структури раскидног услова налази одложни услов, те да је раскидни услов само једна варијанта одложног услова, јер оно што он суспендује није настајање него престанак једног правног односа.⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ Planiol, M. *Traite pratique de droit civil francais*, Tome VII, Paris 1954, 337.

⁶⁶¹ Guhl, T. *Schweizerisches Obligationsrecht*, Zurich 1948, 55.

⁶⁶² Професор Гамс овој подели услова додаје још и неморалне и немогуће услове које правни посао чине неважећим – в. Гамс, А. *Увод у грађанско право*, 185.

Професор Обрен Станковић осим поменуте главне поделе услова посебно издваја још и неважеће услове у које убраја недозвољене, неморалне, немогуће, неразумљиве и противречне услове – в. Станковић, О.-Водинелић, М. *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 190.

⁶⁶³ Станковић, О.-Водинелић, М., *Ibid.*, стр. 185-187; Стојановић, Д.-Антић, О. *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 342.

⁶⁶⁴ Colin-Capitant, *Traite de droit civil. Tome II*, Paris 1959, 932.

2.3.2.1.1. Одложни услов код поклона за случај смрти

Одложни или суспензивни услов (lat. *suspendere* = висити) је онај услов где се дејство правног посла одлаже до наступања услова. Када је правни посао закључен под одложним условом, правни однос између странака је настао и обавезује странке, али је неизвесно да ли ће се он и остварити.⁶⁶⁵ Да би се испитало дејство пуноважног одложног услова неопходно је уочити постојање две фазе и то фазу неизвесности, када је још неизвесно да ли ће се услов остварити и фазу извесности када је постало јасно да ли је услов остварен или није. Када постоји фаза неизвесности правни посао већ од самог закључења има обавезујуће дејство на сауговораче, и ниједна странка не може једнострано да одустане од својих обавеза. Власник има право да и даље употребљава своју ствар, да прибира плодове, и не сме својим радњама да угрози права стицаоца за случај да се услов оствари. У супротном је дужан да стицаоцу надокнади штету. Власник чак може и располагати предметном ствари, па је може и отуђити или оптеретити, али ће њена коначна судбина, ипак, на крају зависити од остварења услова. Стицалац у фази неизвесности не може вршити право на ствари, употребљавати ствар, прибирати плодове, нити има право на правну заштиту у вези са предметном ствари. Његово право је евентуално и у настајању, и може само предузимати радње за очување тог права, што подразумева прекид застарелости или рока за одржај или уписати своје право у земљишне књиге. Својим правом може и располагати али је неизвесно да ли ће такви правни акти бити пуноважни, што ће зависити од остварења услова. У случају смрти стицаоца његово право прелази на наследнике. Фаза неизвесности се може окончати остварењем или неостварењем услова. Када није дошло до остварења услова сматра се да правни посао није ни био закључен, и уколико је власник учинио одређена располагања са предметном ствари, иста се консолидују и имају пуноважно дејство, док с друге стране уколико је стцалац предузимао неке правне радње у вези са предметном ствари, исти правни послови неће производити дејство и сматраће се да нису ни били закључени. Када је дошло до остварења услова неизвесност нестаје и правни посао добија своју пуноважност.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ Вуковић, М. *Опћи дио грађанског права*, књига II, 279.

⁶⁶⁶ Станковић, О.- Водинелић, М., *op.cit.*, 187-188.

У нашем закону о облигационим односима нормирано је постојање одложеног (супензивног) и раскидног (резултативног) услова, где је прописано да се уговор сматра закљученим под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице.⁶⁶⁷ Код настајања правног посла под одложним условом, моменат настанка правног посла се може сматрати од тренутка остварења услова, или од самог момента закључења правног посла, које гледиште заступа наш Закон о облигационим односима.⁶⁶⁸ Овим је наш законодавац одложном услову дао ретроактивно дејство, које пуноважност признаје правном послу од момента његовог закључења.

Према домаћој позитивној правној доктрини уговор о поклону за случај смрти је уговор *inter vivos* у коме се налази посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца. Стицање својине не зависи од тога да ли ће поклонопримац надживети поклонодавца, и ако поклонодавац умре раније, право да траже предају и пренос својине имају његови наследници.⁶⁶⁹ У таквој ситуацији дејство правног посла је подређено једној будућој околности чије је наступање извесно – смрт поклонодавца. Неизвесно је једино време њеног наступања, те у том смислу постоји одложни рок, а не одложни услов. Разлика између одложеног рока и одложеног услова код дејства уговора огледа се у томе што код уговора закљученог под одложним условом дејство поклона настаје ако поклонопримац надживи поклонодавца, и уговор постаје перфектан тек после поклонодавчеве смрти, а губи важност ако поклонопримац умре пре поклонодавца. Са друге стране, код уговора закључених са одложним роком дејство правног посла је подређено тренутку наступања рока који је неодређеног трајања, а који истиче моментом смрти поклонодавца. Након смрти поклонодавца, поклонопримац има право намирења свог потраживања и заузима положај који после делације имају остали поклонодавчеви повериоци, без обзира на правни основ њиховог потраживања, са којима конкурише у поклонодавчевој заоставштини.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ ЗОО - чл. 74 ст.1 - „Уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице“

⁶⁶⁸ ЗОО - Чл. 74 ст. 2. - „Ако је закључен под одложним условом па се услов испуни, уговор делује од тренутка његовог закључења, осим ако из закона, природе посла или воље страна не проистиче нешто друго.“

⁶⁶⁹ Перовић, С. *Облигационо право*, 608; Перић, Ж. *Грађанско право, О посебним уговорима*, 267.; Vizner, В. *Građansko pravo*, 1109.; Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, 241.

⁶⁷⁰ Перић, Ж. *Грађанско право, О посебним уговорима*, 269.

Наше позитивно право и правна теорија, углавном, поклоном за случај смрти означавају сагласност воља где дејство уговора настаје под одложним роком, а не одложним условом. На основу оваквих карактеристика се може закључити да наше послератно и позитивно право поклоном за случај смрти сматрају посмртни поклон – *donatio post mortem*.⁶⁷¹

С друге стране, постоји и мишљење да се уговор о поклону за случај смрти може закључити под одложним условом, који подразумева да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био пуноважан. Такво правно дејство је имао управо *donatio mortis causa* у римском праву. У послератној правној теорији овакав став је изнет од стране мањег броја теоретичара, који се образлаже тиме да поклон за случај смрти производи правно дејство само ако поклонодавац надживи поклонопримца, те с обзиром да предмет поклона није предат поклонопримцу власник ствари и даље остаје поклонодавац све до испуњења одложног услова који подразумева да поклонопримац мора да надживи поклонодавца.⁶⁷² Поред тога, наводи се и да код овог уговора постоји на страни поклонопримца и право и нада да ће доћи до реализације уговора, те да поклонопримцу припада једно орочено право, које подразумева да поклонопримац мора да надживи поклонодавца.⁶⁷³ Разлог за постојање одложног услова се налази још и у чињеници да прималац истовремено мора да испуњава и претпоставке у погледу способности и достојности за стицање на основу наследног права, те би стога поклонопримац требало да има, у погледу намирења свог потраживања, исти правни положај као и лице које прима испоруку. Уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, предмет поклона се неће преносити на наследнике поклонопримца.⁶⁷⁴

Према претходно изложеним мишљењима, већина наших послератних правних теоретичара сматра да је уговор о поклону за случај смрти - уговор *inter vivos* у коме се налази посебна погодба да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после смрти поклонодавца, те да стицање својине не зависи од тога да ли ће поклонопримац надживети поклонодавца. Уколико би поклонодавац умро раније, право да траже

⁶⁷¹ Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, 241.

⁶⁷² Бабић, И., *Уговори грађанског права - Посебни део облигационог права*, Београд 2006, 95.; Огњановић, С., *Облигационо право - посебан део*, Нови Сад 2010, 132.

⁶⁷³ Лазаревић, Д. *Уговор о поклону*, Београд 2010, 154.

⁶⁷⁴ Stojanović, N. „Present in case of death in our Law“, *Facta Universitas - Niš, University of Niš, Series: Law and Politics* Vol. 1, No 6, 2002, 726.

предају и пренос својине имали би његови наследници. Са друге стране, постоји и мишљење да код поклона за случај смрти мора постојати одложни услов, који подразумева да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би поклон производио правно дејство. Оцењујући наведене ставове сматрамо да је исправније постојање одложног услова, где ће дејство уговора зависити од услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца.

У образложењу нашег става да код поклона за случај смрти мора бити испуњен одложни услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би поклон био пуноважан, морамо поћи од претпоставке да је уговор о поклону за случај смрти по својој природи такав уговор где лична својства поклонопримца одлучујуће утичу на *animus donandi* поклонодавца. Поклонодавац се код закључења овог уговора руководи субјективним мерилима, при чему су личне особине и квалитети поклонопримца преовлађујући фактор који утиче на вољу поклонодавца да са поклонопримцем закључи добротин правни посао, којим се обавезује да му бесплатно уступи неку своју имовинску вредност. Стога се не би смо сложили са ставом да након смрти поклонопримца његови наследници могу потраживати предмет даровања од поклонодавца. Ово из разлога што је поклонодавац имао у виду лична својства поклонопримца, са којим је остварио извешан однос поверења и уважавања, који су га и навели да поклонопримцу остави нешто од своје имовине. Такав позитиван однос поклонодавац може остварити и са наследницима поклонопримца, али то није увек случај, и то не може бити законска претпоставка која би давала право наследницима поклонопримца да после његове смрти принудно остваре даровање од поклонодавца.

2.3.2.1.2. Раскидни услов код поклона за случај смрти

Раскидни или резолутивни услов приликом закључења правног посла подразумева пуноважност правног посла са свим правима и обавезама, али је неизвесно његово трајање. Уколико је правни посао закључен под раскидним условом, а он се још није остварио, третира се као да услова и нема, и постоји потпуно право. Поверилац је овлашћен да одмах захтева испуњење своје тражбине. Међутим, од повериоца се може тражити кауција, јер постоји могућност да постојеће право престане, или да ималац

права причини штету ономе на кога ће прећи право испуњењем услова.⁶⁷⁵ Дејство раскидног услова се огледа у томе да уколико се услов не оствари, онда се сматра као да услов није ни постојао, те стицање постаје пуноважно. Одређени правни послови које је предузео ранији сопственик – преносилац, неће имати никаквог правног дејства. Међутим, уколико се раскидни услов оствари, онда настаје ситуација да престаје право прибавиоца, те он нема више права располагања, али правни послови које је предузео у фази неизвесности постају обавезујући за ранијег имаоца. Њему се сада враћа натраг право са свим обавезујућим правним дејствима које прибавилац предузимао.

Код раскидног услова, такође, постоје два момента у погледу дејства уговора. Према једном схватању наступањем раскидног услова сматра се да право није ни постојало, док према другом схватању дејство уговора се сматра пуноважним до момента испуњења услова. Наш Закон о облигационим односима заузима став да уговор престаје важити када се услов испуни, чиме заступа становиште да уговор има правно дејство до наступања раскидног услова.⁶⁷⁶

У домаћој правној теорији сматра се да поклон за случај смрти не може постојати са раскидним условом. Неки аутори сматрају да се поклон за случај смрти закључује у форми јавне исправе али без предаје предмета поклона, те да стога не може бити никада реалан уговор.⁶⁷⁷ Као потврда наведене тврдње наводи се да уколико би даривалац обећену ствар предао поклонопримцу ради се о обичном даривању и тада је уговор испуњен и на њега се примењују прописи за уговоре о поклону међу живима.⁶⁷⁸

2.3.2.2. Принудно остварење поклона за случај смрти

Код закључења уговора о поклону у домаћој послератној правној теорији прихваћено је гледиште да сагласност воља ствара облигациони однос од момента постизања сагласности, где поклонопримац има улогу повериоца а поклонодавац има положај

⁶⁷⁵ Вуковић, М. *Опћи дио грађанског права*, књига II, 281.

⁶⁷⁶ ЗОО – чл. 74 ст.3. – „Ако је закључен под раскидним условом, уговор престаје важити када се услов испуни.“

⁶⁷⁷ Перовић, С. *Облигационо право*, 608, Антић, О. *Наследно право*, Београд 2007, 255.

⁶⁷⁸ Аранђеловић, Д. *Наследно право*, стр. 147. Vizner, В. *Грађанско право у теорији и пракси*, Rijeka 1969, 1109.

дужника. Повериоцу је у облигационом односу дат привилегован положај у односу на дужника, који се огледа у више сегмената. Поверилац има више начина да реализује своје потраживање, а располагању му стоји и принудни начин испуњења потраживања.

Поверилац у облигационом односу има основно право да захтева од дужника испуњење облигације, и то по правилу онда када потраживање доспева. У одређеним случајевима поверилац може предузимати правне радње којима ће обезбедити своје потраживање и пре доспелости, уколико околности указују да ће испуњење обавезе бити отежано или онемогућено. Такође, поред захтева према дужнику ради испуњења обавезе, поверилац има право да тражи и принудно испуњење облигације. Такав, захтев ради принудног испуњења обавезе најчешће се подноси суду, који поседује средства којима ће принудити дужника на испуњење обавезе.

Осим тога, поверилац има права и да се умеша у имовинске односе дужника. Поверилац је по правилу заинтересован за успешну реализацију свог потраживања, и са пажњом прати дужникова располагања имовином. Разлог таквог мешања је да се очува дужникова имовина, а тиме се и олакша реализација потраживања. Поверилац је овлашћен да се умеша у имовинске односе дужника на два начина, и то тако што би вршио дужникова права или тиме што би побијао правне радње дужника са трећим лицима, којима се може умањити имовина дужника.

Повериочева овлашћења у испуњењу облигације могу се састојати и у вршењу дужникових права. Поверилац је заинтересован да дужник правилно и успешно руководи својом имовином, и да не пропусти неку правну радњу којом би увећао своју имовину или да не предузме неку радњу којом би умањио постојећу имовину, а што би директно утицало на могућност наплате повериочевог потраживања. Наравно у вршењу дужникових права постоје и знатна ограничења, која се огледају у томе да поверилац не би могао да врши лична права дужника или права која су везана за личност дужника, већ само она права која се тичу имовинских односа дужника. Међутим, ова правна установа не пружа много практичне користи за повериоца, јер корист која би била стечена вршењем дужникових права не улази директно у имовину повериоца, већ у имовину дужника, а поверилац чак нема ни привилегован положај у реализацији потраживања у

односу на друге повериоце.⁶⁷⁹ Због тога установа вршења дужникових права од стране повериоца није била законски регулисана у нашем послератном праву, а није ни Закон о облигационим односима из 1978. године садржао овај правни институт. Чини се исправнијим решење проф. Константиновића из Скице за законик о облигацијама и уговорима, који је предвидео овај правни институт као вид заштите права повериоца. Практична вредност ове установе била би у томе што би поверилац имао право првенствене наплате уколико је његовом заслугом остварено неко дужниково имовинско право.⁶⁸⁰

У нашем позитивном законодавству извесне користи од вршења дужникових права поверилац може имати у извршном поступку, јер Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011.г. предвиђа да се на повериоца могу пренети дужникова потраживања према трећим лицима.⁶⁸¹ Суд је овлашћен да закључком о заплени дужниковог потраживања забрани дужнику извршног дужника да потраживање измири извршном дужнику, а извршном дужнику да потраживање наплати или њима располаже у корист трећих лица или свога дужника, чиме се уствари спроводи пленидба потраживања.⁶⁸² Треба рећи да овај правни институт има примену у упоредном праву, нарочито у француском праву.⁶⁸³

Други начин мешања повериоца у имовинске односе дужника је побијање дужникових правних радњи од стране повериоца. Побијање дужникових правних радњи води порекло из римског права. Повериоцу је у римском праву било на располагању правно средство да у циљу спречавања изигравања од стране дужника, подигне посебну тужбу – *actio Pauliana*. Тужба се подизала против дужника, који се у посткласичном праву могао ставити и у затвор, да би се спречило расипање његове имовине. Међутим, много је ефикасније било подићи тужбу против трећих лица, која су била дужна да врате у

⁶⁷⁹ Милошевић, Љ. *Облигационо право*, Београд 1982, 233.

⁶⁸⁰ Чл. 226. Скице гласи: „1. Сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату може вршити, у име и за рачун дужника, његова имовинска права према трећим лицима која он запушта на штету својих поверилаца, изузев оних права која су искључиво везана за дужникову личност., 2. Суд ће у повериоцевом захтеву обавестити дужника, 3. Друга страна може истаћи повериоцу све приговоре и друга средства одбране које има према дужнику, 4. Поверилац чијом је заслугом остварено неко дужниково имовинско право има право првенствене наплате из вредности тог права“ - Константиновић, М. Облигације и уговори, 75-76.

⁶⁸¹ Глава трећа Закона о извршењу и обезбеђењу (ступио на снагу 17.5.2011.г. Службени гласник РС бр. 31/2011) чл. 146-173. је посвећена извршењу на потраживању извршног дужника

⁶⁸² Чл. 152 Закона о извршењу и обезбеђењу

⁶⁸³ Вршење дужникових права треба разликовати од правне установе пословодства без налога, јер су разлике значајне.

имовину дужника оно што су од њега примили.⁶⁸⁴ Савремена законодавства су прихватила ово правно средство, те је оваква тужба под римским називом „Паулијанска“ присутна и у нашем праву. Закон о облигационим односима је прописао правила којима се могу побијати дужникове правне радње усмерене на умањење сопствене имовине.⁶⁸⁵ Подизањем овакве тужбе настоји се да остане без правног дејства према повериоцу располагање дужника којим умањује имовину, те да се одређене ствари врате у дужникову имовину ради намирења повериоца. Поверилац је овлашћен да побија, осим одређених правних послова дужника, и фактичке радње, као и пропуштања која учини дужник на штету своје имовине.

Поклонодавац у својству повериоца има правну могућност потраживања ствари која је предмет уговора о поклону. У таквој ситуацији поклонопримцу би припала права која има сваки поверилац у облигационом односу, те би он могао од поклонодавца тражити да обезбеди своје потраживање неким од средстава обезбеђења још приликом настанка облигације. Под одређеним условима би поверилац могао предузимати и мере срачунате на обезбеђење дужникове имовине, у циљу избегавања могуће инсолвентности поклонодавца.⁶⁸⁶ Позитивни прописи би давали за право поклонопримцу да задржи неку дужникову ствар и пре него што је његово потраживање доспело, ако процени да је поклонодавац постао платежно неспособан и да након његове смрти неће моћи да реализује потраживање.⁶⁸⁷ Међутим, код права задржавања постоје извесна ограничења, која се састоје у томе да поверилац не може задржати ствар која је изашла из државине дужника против његове воље, затим, ако је дужник предао повериоцу ствар на чување или послугу, и коначно, ако се ради о пуномоћју добијеној од дужника, некој другој дужниковој исправи, легитимацији или преписци.⁶⁸⁸

Сматрамо да би задирање у имовинске прилике дужника мешањем у његове имовинске односе, било у супротности са правном природом овог овог правног посла. Још мање оправдања би било да поклонопримац задржи ствар поклонодавца у циљу намирења

⁶⁸⁴ Станојевић, О. *Римско право*, Београд 2008, 321.

⁶⁸⁵ Чл. 280-285 ЗОО

⁶⁸⁶ Ђорђевић, Ж. - Станковић, В. *Облигационо право*, Београд 1987, 597.

⁶⁸⁷ чл. 286 ЗОО ст. 1, гласи: „ Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање“

Чл. 286 ЗОО ст. 2., гласи: „У случају да је дужник постао неспособан за плаћање, поверилац може вршити право задржавања иако његово потраживање није доспело“

⁶⁸⁸ Милошевић, Љ. *Облигационо право*, 237.

свог потраживања, које још није доспело. Сматрамо да код уговора о поклону, за разлику од теретних уговора, не постоји принцип једнаких давања странака у уговорном односу, те би привилегован положај у оваквом правном послу требало да има поклонодавац, а не поклонопримац. Сагласношћу воља и закључењем уговора о поклону за случај смрти странке не би добиле положај повериоца и дужника какав постоји у класичном уговорном односу. Дугована радња се не би могла извршити принудним путем, нити би се могле предузимати правне радње на поклонодавчевој имовини усмерене на обезбеђење потраживања поклонопримца. Наравно, све ово би важило уколико би то било супротно вољи поклонодавца. Правној природи даровања за случај смрти би се противила свака принудност која би фаворизовала поклонопримца на штету поклонодавца. Ово тим пре што би било контрадикторно да, уколико је већ поклонодавцу дато широко овлашћење да у сваком тренутку може одустати од даровања и располагати предметом поклона, укључујући и његово отуђење, да се на том предмету поклона успостављају ограничења у корист поклонопримца. Неосновано би било и успостављати ограничења на другој имовини дужника, како би се обезбедило потраживање поклонопримца. Дакле, положај поклонопримца код поклона за случај смрти би се битно разликовао од положаја који има класичан поверилац у облигационом односу, укључујући и његова овлашћења према дужнику. Свака принуда према поклонодавцу у циљу наплате потраживања поклонопримца би била искључена, јер то не би било у складу са правном природом овог правног института.

Стога би се, код поклона за случај смрти са одложним условом, обавеза поклонодавца према поклонопримцу за време трајања живота поклонодавца могла сматрати природном облигацијом. Такве облигације представљају сферу непрекидног преплитања правних обавеза и моралних дужности,⁶⁸⁹ те би у фази неизвесности, када се још не зна да ли ће се одложни услов остварити, поклон за случај смрти могао посматрати као правно правило које задире у домен моралних дужности. Правне обавезе и моралне дужности требало би да егзистирају хармонично и у складу са јавним поретком и добрим обичајима.⁶⁹⁰ Такође, природна облигација мора да има одговарајући основ – каузу, која

⁶⁸⁹ Зуглиа, С. *Природне обавезе у теорији и српском приватном праву*, Суботица 1924, 9.

⁶⁹⁰ Perović, S. „Naturalne obligacije i moralne dužnosti“, *Pravni život*, br. 6/1968, 23.

би оправдала посредну санкцију која постоји у природним облигацијама. Побуда односно мотив је кауза добротних уговора, и она спаја сферу правног и моралног.⁶⁹¹

Особеност природних облигација је у томе да се оне не могу извршити средствима принудног извршења.⁶⁹² Међутим, такве облигације се не могу сматрати неутуживим облигацијама, јер и природне облигације могу бити утуживе, па и извршиве уколико дужник није својом активном радњом спречио њено наступање, те је дошло до правноснажности и извршности правног акта.⁶⁹³

Предратна правна правила садржана у Српском грађанском законик, која су у том делу остала на снази и у послератном периоду све до данас, су као једну од природних облигација предвиделе и усмено обећање поклона. У члану 564 СГЗ се наводи:

„Ко поклон само усмено учини а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити“⁶⁹⁴

Усменом обећању поклона није дата судска заштита, већ је остављено у домен природних облигација. Међутим, уколико поклонодавац добровољно испуни природну обавезу не сматра се да је поклон дат без основа. Такође, и природна обавеза из усменог обећања поклона се може обезбедити залогом, те дата залога за усмено обећани поклон ствара тужљивост те обавезе.⁶⁹⁵ Иако је поклон за случај смрти строго формалан правни посао, налазимо сличности у његовом дејству са усменим обећањем поклона, јер је у оба случаја дато широко право поклонодавцу да може располагати предметом поклона по својој вољи укључујући и његово отуђење, чиме његова обавеза долази у сферу моралних дужности. Ограничавање тако широког овлашћења не може се чинити против воље поклонодавца, нити се према њему може применити принуда у циљу обезбеђења и реализовања потраживања поклонопримца. Само поклонодавац својом вољом може обезбедити потраживање поклонопримца, при чему његова обавеза тада излази из домена моралних дужности и бива снабдевена санкцијом принудне извршивости.

⁶⁹¹ Antić, O „Kauza“, *Pravni život*, br. 10/2005, 847.

⁶⁹² v. Salma, J. „Pojam i izvršenje naturalnih obligacija“, *Pravni život*, 12/1983, 1279-1294.

⁶⁹³ Salma, J. *Obligaciono pravo*, Beograd 1988, 28.

⁶⁹⁴ Грађански законик за Краљевину Србију, 260.

⁶⁹⁵ Аранђеловић, Д. *Основи облигационог права*, Београд 1936, 7.

До принудног остварења поклона за случај смрти могло би доћи и уколико поклонопримац покрене поступак ради обезбеђења свог потраживања, а дародавац не истакне приговор, при чему ће суд такву природну облигацију да снабде санкцијом преко осуде за чинидбу. Такође, уколико још приликом настанка даровања за случај смрти, дародавац обезбеди његово извршење неким од средстава обезбеђења, сматраће се да је на тај начин спреман да добровољно испуни облигацију. На овај начин би се дародавац посредно одрекао права на опозивање поклона по слободној вољи, те би опозив поклона могао да тражи само уколико би се стекли услови који су потребни за опозив обичног, редовног поклона.

2.3.2.3. Опозивање поклона за случај смрти

Опозивост поклона није особеност уговора о поклону. Опште прихваћен став правне теорије је да се једностраном изјавом једног од уговарача не може мењати уговор.⁶⁹⁶ Такво схватање неопозивости поклона је присутно, било је присутно у ранијим грађанским законцима који су регулисали материју поклона на нашим просторима. Тако се у Српском грађанском закону у чл. 566. наводи:

„Ко једанпут поклон учини не може више натраг узети осим особитих случајева“⁶⁹⁷

Сличну одредбу има и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, где се у чл. 487. ст. 1., наводи следеће:

„Дар који је једном законито учињен, а тим нико против закона оштећен није, не може се више натраг искати, осим ако је што друго изречно углављено.“⁶⁹⁸

Такав став о неопозивости уговора о поклону налазимо и у упоредном законодавству. Сличну одредбу којом се прописује неопозивост учињеног поклона садржи Аустријски грађански законик, где се у § 946. под насловом „неопозивост дара“, прописује следеће:

⁶⁹⁶ Благојевић, Б. Грађанско-правни облигациони уговори, Београд 1947, 85.; Марковић, Л. Грађански законик Краљевине Србије, Београд 1921, 261.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Богишић, В. *Изабрана дела и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Класици Југословенског права, Београд 1986, 353.

„Уговори о дару не могу се по правилу опозвати“⁶⁹⁹

Француско законодавство нарочито инсистира на неопозивости уговора о поклону, што је садржано и у самом законском тексту *Code Civil*, article 894. гласи:

***„La donation entre vifs est un acte par lequel donateur se depouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte“*⁷⁰⁰**

"Донација међу живима да је акт којим донатор тренутно остаје без ствари коју неопозиво даје поклонопримцу који поклон прихвата"

Немачки грађански законик је чак прописао и неопозивост саме понуде за закључење уговора. § 145 BGB гласи:

„Wer einem anderen die Schliessung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei den, das er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.“

„Ко другоме понуди закључење уговора, везан је за понуду, ако везаност није искључио.“⁷⁰¹

Уговор представља сагласну изјаву воља два лица, коју не карактерише право једне стране да одустане од уговора по својој вољи. У правилима о посебним именованим уговорима Закон о облигационим односима није предвидео да странке имају право да једнострано раскину уговор. Изузетак од тог правила начињен је само код уговора о налогу, где налогодавац може једнострано да одустане од уговора,⁷⁰² а право је дато и налогопримцу да може отказати налог кад год хоће само не може у невреме.⁷⁰³

Међутим, у домаћој правној теорији се појавио став да је код поклона за случај смрти могуће једнострано опозивање уговора од стране поклонодавца. Најпре је такав став изнео професор Михаило Константиновић у Скици за законик о облигацијама и уговорима, где је наведено да дародавац може раскинути по својој вољи уговор о дару за случај смрти, а располагање предметом поклона накнадно предузетим правним

⁶⁹⁹ Општи Аустријски грађански законик, II издање, превео Д.Аранђеловић, Београд 1921, 263.

⁷⁰⁰ наведено према <http://www.legifrance.gouv.fr>, 22.03.2013.

⁷⁰¹ Марковић, Ч. *Општи део тражбеног права, одговарајући текстови Француског, Немачког и Швајцарског грађанског законика*, Београд 1925, 66.

⁷⁰² Чл. 765 ст. 1, ЗОО гласи: „Налогодавац може одустати од уговора“

⁷⁰³ Чл. 766 ст. 1. ЗОО, гласи: „Налогодавац може отказати налог кад хоће, само не у невреме“

послом међу живима или правним послом за случај смрти такође се сматрало раскидањем уговора.⁷⁰⁴ Закон о облигационим односима из 1978. године није регулисао институт поклона, остављајући да ту правну област регулишу федералне јединице, које то нису учиниле до распада бивше Југославије, тако да је остала дилема да ли би овакав предлог из Скице био преточен у законски текст. Међутим, будућа законска регулатива се у вези овог правног института скоро у потпуности ослонила на предлог професора Константиновића из Скице. Уз веома мале измене поновљен је претходно изнети став да поклонодавац може по својој вољи раскинути уговор о поклону за случај смрти.⁷⁰⁵ Тиме је прихваћена идеја по којој је уговор о поклону за случај смрти једнострано опозив.

Међутим, таквом мишљењу се супротстављају домаћи правни теоретичари који сматрају да овај уговор, као ни други уговори, не може бити једнострано раскинут, изузев када наступе случајеви под којима се може раскинути обичан поклон. У прилог свог мишљења наводе да начелу правне сигурности више одговара да поклонодавац овај поклон може раскинути из законом одређених разлога, а не по слободној вољи, сматрајући да опозивање по слободној вољи обећања користи више одговара правилима тестамена и легата. Како је овде реч о уговору у коме је само предаја предмета одложена до смрти поклонодавца, то би могућност раскида уговора требало подвргнути општим правилима која се примењују на уговор о поклону.⁷⁰⁶

2.3.2.4. Collatio bonorum

У нашој правној теорији, као уосталом и у европској правној доктрини, постоје два гледишта на правни институт поклона за случај смрти. По једном схватању ради се о правном послу *mortis causa*, те би на њега требало применити правила која уређују легат. Према другом схватању, поклон за случај смрти је само једна од варијанти уговора, те се на њега имају применити општа правила уговорног права. Међутим, и у правним системима који прихватају становиште да је поклон за случај смрти уговор, примењује се установа урачунавања поклона и легата у наследни део – *Collatio bonorum*. На тај начин долази до задирања овог института наследног права у област уговорних

⁷⁰⁴ Konstantinović, M. Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 522 st.2.

⁷⁰⁵ Разлика између два текста постоји само у томе што је у Преднацрту након реченице: „поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти“, додата реч – поклонопримца.

⁷⁰⁶ Перовић, С. *Облигационо право*, 608.; Перић, Ж., *Грађанско право*, 266.; Ђурђевић, М., „Уговор о поклону за случај смрти“, 253.

односа, и до приближавања легата и поклона за случај смрти, схваћеног као уговор. Као и код поклона *inter vivos*, тако и код поклона за случај смрти, учињено даровање може бити пренето на наследни део примаоца, у циљу изједначавања санаследника у добротом пријему. Ово под условом да оставилац није изричито наредио да се учињени поклон не урачунава у законски наследни део.

Порекло установе *collatio bonorum* потиче из римског права. Пред крај Републике дошло је до промена у читавом друштву, а и у самој римској породици. Основ стицања имовине није више морала бити породична заједница, већ су појединци били у могућности да масовним искоришћавањем робова стекну велико богатство и изван породице. Прописи старог *ius civila* о интестатском наследном праву, нису више одговарали односима у римској породици и друштву.⁷⁰⁷ Прилагођавање новим околностима је извршио претор, који је установио нови интестатски ред наслеђивања са четири реда наследника. У наслеђе оставиоца су позивана сва његова деца, и то без обзира да ли су *sui*, удата, еманципована или деца дата у адопцију. Притом су сва деца делила имовину на равне делове, док су унуци и даљи потомци на право наслеђа долазили по праву представљања. Еманциповани наследник је, због равноправности са осталим наследницима, морао претходно унети у заоставштину сву имовину коју је после еманципације стакао, јер је он стицао својину за себе, док је све оно што су друга деца зарадила у породици постајало аутоматски својина *pater familias*.⁷⁰⁸ Колација се могла спровести било враћањем примљеног поклона у оставинску масу, или урачунавањем поклона у наследни део, тако што се од властитог наследног дела одбије оно што је већ раније примљено од оставитеља.⁷⁰⁹

И у правним системима насталим на темељима римског права, задржала се идеја да се наследницима који су од оставиоца добили више имовине од других санаследника, добијена имовина урачуна у наследни део и тиме им се смањи наследни део за вредност добијеног поклона. Таква установа урачунавања онога што је наследник од оставиоца добио (*collatio bonorum*) одговара идеји правичности и претпостављеној подједнакој наклоности и љубави оставиоца према свим својим потомцима. Из тога произилази и претпоставка да би воља оставиоца била да сви наследници буду

⁷⁰⁷ Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Београд 1972, 166.

⁷⁰⁸ *Ibid*, 167.

⁷⁰⁹ Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 337.

подједнако намирени након његове смрти, те да би, сходно томе, оно што је дато унапред једном наследнику, требало да му се урачуна у наследни део.⁷¹⁰

Српски грађански законик је водећи се таквом идејом прописао урачунавање у наследни део поклона који је оставилац пре смрти дао једном од потомака.⁷¹¹ Такви поклони су били таксативно наведени, па су се тако под поклоном учињеном сину подразумевали трошкови у вези отварања трговачке или занатлијске радње, или неког другог запослења, док су се за кћери трошкови имали урачунати за мираз и свадбарину.⁷¹² Притом су родитељи могли да се изјасне одмах при самом давању поклона или касније у било којој форми, да се такво давање не урачунава у наследни део. Воља оставиоцева је била основ и законском и тестаменталном наслеђивању, те, уколико се оставилац о томе није изричито изјаснио, сматрало се да његовој прећутној вољи одговара урачунавање унапред примљеног поклона и код законског и код тестаменталног наслеђивања.

Међутим, упоредни поглед на изворник нашег грађанског законика - Аустријски грађански законик, даје нам нешто другачију ситуацију. У аустријском законодавству урачување унапред датог поклона наступа по сили закона, и без изричито изјављене воље оставиоца само код законског наслеђивања, док код уговорног и тестаментарног наслеђивања, урачунавања се може извршити само ако је то оставилац изричито наредио.⁷¹³

⁷¹⁰ Аранђеловић, Д. *Наследно право*, 108.

⁷¹¹ Чл. 500 СГЗ гласи: „Поклони за живота од оца или матере детету једном учињени, као сину у трговину његову, занат, или другу какву радњу, или кћери у мираз и свадбарину, треба да се при деоби узму у рачун, ако нису родитељи нарочито изјаснили се да се ови у рачун не узму. Но плодови и хасна од таквог поклона припадају свагда даропримцу, и не улазе никада у рачун.“ – Грађански законик за Краљевину Србију, Објашњен одлукама Касационог суда, Београд 1939, 217.

Члан 501. СГЗ гласи: „Трошкови на храну, одело, васпитање учињени не треба никако у рачун да уђу. Но оцу и матери који су те трошкове чинили, од воље је, расположење учинити и такво, да се и то у призрење узме, и осталима у толико накнада учини; али родитељи треба то бројем да назначе, колико је.“ – Грађански законик за Краљевину Србију, Објашњен одлукама Касационог суда у Београду, 217.

⁷¹² Постоји став у правној теорији да су разлози наведени у Законику лимитирани, и да се наведени законски пропис односи само на набројане случајеве, а да се на друге не примењује, - Марковић, Л., Грађански законик за Краљевину Србију, 238.

⁷¹³ Параграф 788. АГЗ гласи: „У законски део урачунава се и оно што је завешталац за живота свога дао својој кћери или унуци као мираз, своје сину или унуку као опрему или непосредно ради ступања у какву службу, или ма какву радњу, као и оно што је потрошио на исплату дугова пунолетног детета“ – Општи Аустријски грађански законик, превео Д.Аранђеловић, Београд 1921, 213.

Параграф 790. АГЗ гласи: „Кад деца наслеђују по последњој вољи, урачунавање бива само онда, ако је то завешталац изречно наредио. На против детету ће се урачунати и при законском наслеђивању оно што је за живота оставитеља примио од овога ради горе (пар. 788.) споменутих циљева. Унуку се у наследни

И у периоду након Другог светског рата установа урачунавања поклона у наследни део се примењивала у Србији, као и у свим републикама бивше СФРЈ.⁷¹⁴ Распадом Југославије, дошло је до осамостаљивања бивших република, које су усвојиле посебне наследноправне законе. У Србији је усвојен Закон о наслеђивању 04.11.1995. године,⁷¹⁵ који је и сада на снази и представља основни извор материјалног наследног права у нашој земљи.

Урачунавање поклона у наследни део представља овлашћење које је дато санаследницима, да могу захтевати смањење наследних делова оних наследника, којима је оставилац за живота учинио поклон, и то у висини вредности поклона који је добијен од оставиоца. Институт урачунавања поклона и легата у наследни део је присутна у свим савременим правним системима. Разлика постоји једино у томе што се у неким правним системима претпоставља да се поклони и легати не урачунавају у законски наследни део, док се у другим правним системима примењује супротно решење, где постоји законска претпоставка да се поклони и легати урачунавају наследнику у његов законски наследни део. Наш закон о наслеђивању је прихватио друго решење, по коме се наследнику урачунавају поклони и легати у његов наследни део.⁷¹⁶

Неће се урачути у наследни део поклон учињен наследнику, уколико се оставилац изричито изјаснио да се такав поклон не урачунава. Изјава оставиоца може бити садржана у самом уговору о поклону или тестаменту, а може бити сачињена и доцније.

део урачунава не само оно што је он сам на такав начин непосредно примио, већ и оно што су његови родитељи, на чије место он ступа, на такав начин примили.“ – Општи Аустријски грађански законик, 214.

⁷¹⁴ У бившој Југославији је након Другог светског рата установа урачунавања поклона у наследни део је била присутна у свим републичким законодавствима. Најпре, је целокупно материјално наследно право било обухваћено Тезама за претпројекат Закона о наслеђивању. (Комисија Министарства правосуђа ФНРЈ је објавила 122. Тезе у Архиву за правне и друштвене науке, број 3. за 1947. годину.), што је посебно послужило развоју судске праксе. Након тога ова установа је била регулисана у Савезном закону о наслеђивању из 1955. године (чл. 51-65. Службени лист ФНРЈ бр. 20/1955.). Након уставних промена насталих доношењем Уставних амандмана из 1971.г. и Устава СФРЈ из 1974. године, све Републике и Покрајине бивше СФРЈ су посебним републичким законодавством уредили наследноправне односе. Република Србија је усвојила закон о наслеђивању 26.12.1974. године (Службени гласник СР Србије бр. 52/74), док су покрајине Војводина и Косово имале посебне прописе наследног права. АП Војводина је усвојила Закон о наслеђивању 31.3.1975. (Службени лист САП Војводине, бр.8 од 14.5.1975.), а АП Косово је усвојило Закон о наслеђивању 30.12.1974.г. (Службени лист САП Косова, бр. 43/74).

⁷¹⁵ Службени гласник РС бр. 46/95.

⁷¹⁶ Чл. 66.ст. 1. Закона о наслеђивању гласи: „**Законском наследнику урачунава се у наследни део поклон који је ма на који начин добио од оставиоца.**“

Чл. 68. Закона о наслеђивању гласи: „**Испорука остављена законском наследнику урачунава се у његов наследни део ако из завештања не следи шта друго.**“

Таква изјава може бити оверена или неоверена, а може бити и усмено изјављена. Признаје се и дејство конклюдентних радњи које указују на такву воља оставиоца.⁷¹⁷ Међутим, урачунавање ће се, ипак, спровести уколико је потребно ради намирења нужних дела наследника.

Урачунавање поклона у законски наследни део могуће је спровести на два начина. Систем реалне колације омогућује да се урачунавање обави тако што наследник у оставинску масу враћа поклон који је добио од оставиоца, и тако увећана наследна маса се дели сразмерно уделима санаследника. Систем идеалне колације подразумева да се урачунавање врши тако што се оним наследницима који нису добили поклон, из заоставштине оставиоца исплаћује његова сразмерна вредност, па се након тога остатак заоставштине дели између санаследника сразмерно величини њихових удела.⁷¹⁸ У српском наследноправном законодавству је прохваћен систем идеалне колације, који подразумева да наследник није у обавези да врати поклон у оставинску масу.⁷¹⁹

Према сваком наследнику који се прихвати наслеђа и не стоје препреке за његово наслеђивање могуће је спровести урачунавање поклона у наследни део. То подразумева да урачунавање обухвата редовне и нужне законске наследнике у оквиру свих наследних редова. Уколико из неког разлога дође до немогућности да поклонопримац наследи оставиоца (услед смрти, одрицања од наслеђа, недостојности, искључења из наслеђа или лишења нужног дела) или он сам то не жели, на његово место по праву представљања долази његов наследник, коме се поклон урачунава у наследни део.⁷²⁰

Под поклоном који се урачунава у законски наследни део подразумева се сваки вид доброчиног располагања оставиоца, учињен било правним послом *mortis causa* или *inter*

⁷¹⁷ Чл. 67. ст.1. Закона о наслеђивању гласи: “ Поклон се наследнику не урачунава у наследни део ако је оставилац у време поклона или доцније, или у завештању, изјавио да се поклон неће урачунати, или се из околности може закључити да је то била намера оставиоца.”

⁷¹⁸ Ђурђевић, Д., Институције наследног права, Београд 2012, 349.

⁷¹⁹ Чл. 69. Закона о наслеђивању гласи: „ Поклони и испоруке урачунавају се тако што најпре остали законски наследници добијају из заоставштине одговарајућу вредност, па се после тога остатак дели међу наследницима.”

⁷²⁰ Другачије решење је предвиђао Закон о наслеђивању Србије из 1974., где је био двојак став законодавца – поклони учињени лицу уместо кога наследник долази на наслеђе због недостојности, искључења из наслеђа или лишења нужног дела, нису се урачунавали наследнику у наследни део, док су се у наследни део урачунавали поклони учињени лицу које је долазило уместо наследника по праву представљања услед смрти или одрицања од наслеђа.

Таква решења предвиђају и позитивни наследноправни прописи земаља у окружењу - Закон о наслеђивању Републике Српске и Закон о наслеђивању Републике Црне Горе.

vivos, као нпр. опроштај дуга, одрицање од права у корист наследника, одрицање од права на наслеђе, плаћање дуга наследнику од стране оставиоца, увећање имовине на основу уговора о уступању и расподели имовине за живота. У закону је наведено да се врши урачунавање у наследни део у случајевима: осигурања у корист санаследника, дуга наследника према оставиоцу, и плодова и друге користи које је наследник имао од поклоњене ствари после смрти оставиоца.⁷²¹ Законодавац је предвидео и који се поклони не урачунавају у наследни део, а то су: уобичајени и мањи поклони,⁷²² плодови и друге користи које је наследник имао од поклоњене ствари до смрти оставиоца,⁷²³ трошкови издржавања наследника и трошкови учињени на име обавезног школовања наследника.⁷²⁴ Спорно је питање у вези трошкова насталих на име школовања које није обавезно, где је суду остављена обавеза да утврђује основаност примене колације у сваком конкретном случају.⁷²⁵

Неће се урачути у наследни део поклон учињен наследнику, уколико се оставилац изричито изјаснио да се такав поклон не урачунава. Изјава оставиоца може бити садржана у самом уговору о поклону или тестаменту, а може бити сачињена и доцније. Таква изјава може бити оверена или неоверена, а може бити и усмено изјављена. Признаје се и дејство конклюдентних радњи које указују на такву вољу оставиоца.⁷²⁶ Међутим, урачунавање ће се, ипак, спровести уколико је потребно ради намирења нужних дела наследника.

Урачунавање поклона у наследни део се не спроводи по службеној дужности већ само по захтеву заинтересоване странке. Овлашћење за подношење таквог захтева имају само

⁷²¹ Чл. 66. став 2. Закона о наслеђивању гласи: „Поклоне и друге користи које је наследник од поклоњене ствари или права имао до смрти оставиоца не урачунавају му се у наследни део.“

⁷²² Чл. 75. Закона о наслеђивању гласи: „Уобичајени мањи поклони никада се не урачунавају у наследни део“

⁷²³ Чл. 66. став 2. Закона о наслеђивању.

⁷²⁴ Чл. 76. ст.1. Закона о наслеђивању гласи: „Оно што је утрошено на издржавање и обавезно школовање наследника не урачунава се у његов наследни део.“

⁷²⁵ Чл. 76. ст.2. Закона о наслеђивању гласи: „Суд одлучује о томе да ли ће се издаци које је оставилац учинио за даље школовање наследника урачунати у његов наследни део и колико, ценећи нарочито вредност заоставштине и трошкове школовања и оспособљавања за самосталан живот осталих наследника.“

⁷²⁶ Чл. 67. ст.1. Закона о наслеђивању

санаследници поклонопримца, и они такав захтев могу поставити најкасније до деобе наследства.⁷²⁷

2.3.3. Правна природа поклона за случај смрти

Одређивање правне природе поклона за случај је одувек било спорно. Такву дилему су имали римски правници, а постоји и данас у савременим законодавствима. Ово из разлога, што је због својих обележја, поклон за случај смрти увек био негде на граници између облигационог (уговорног) и наследног права.

Према једном правном схватању поклон за случај смрти је уговор, и на њега се односе правна правила која су нормирана уговорним правом. Ово подразумева постојање сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, као обележје двостраног правног посла. Учесници у правном послу морају да поседују уговорну способност, а уговор мора да буде сачињен у одговарајућој форми. Поклонопримац не мора да надживи поклонодавца да би уговор био пуноважан, већ права из уговора прелазе на његове наследнике. Поклон, као ни сваки други уговор не може да се једнострано опозове. Поклонопримац у том правном послу има улогу повериоца, а поклонодавац положај дужника, те се може тражити од поклонодавца обезбеђење да ће дуговање бити намирено. Једино је разлика у томе што се предаја поклона и пун учинак правног посла одлаже до тренутка смрти поклонодавца.

С друге стране, неки правни теоретичари идентификују поклон за случај смрти са правним пословима *mortis causa*, те примењују на даровање за случај смрти правна правила којима су уређени послови *mortis causa*. Поједина законодавства, (попут наших предратних правних правила прописаних СГЗ), поистовећивали су поклоне за случај смрти са легатима. Такво поимање поклона за случај смрти подразумева примену потпуно другачији правних правила. За пуноважност таквог правног посла није потребна сагласна изјава воља два лица, већ је довољна само изјављена воља поклонодавца. За пуноважност оваквог правног посла није неопходно да је поклонопримац прихватио даровање. Често, чак, код легата обдарени и не зна до смрти легатара за остављени легат. Код овако схваћеног даровања постоји обавеза поклонопримца да надживи

⁷²⁷ Чл. 77. Закона о наслеђивању гласи: „Захтевати да се у наследни део једног наследника урачунавају поклони и испоруке имају само његови санаследници.“

поклонодавца да би уговор био пуноважан. Смрћу поклонопримца пре поклонодавца, гасе се права из даровања, као што се и легат сматра неважећим уколико обдарени умре пре легатара. Према оваквом схватању поклон за случај смрти је, попут легата, једнострано и по слободној вољи поклонодавца опозив. За настанак правног посла се не тражи уговорна, већ тестаментарна способност.

2.3.3.1. Уговорна природа поклона за случај смрти

Уговор је сагласност воља два или више лица којим се постиже неко правно дејство. То је увек двострани правни посао, за разлику од једностраног, где нема сагласности воља, већ правно дејство ствара изјава само једне воље.⁷²⁸ За појам поклона као уговора битно је, не само воља дариваоца да учини поклон, него и спремност обдареника да прими поклон.⁷²⁹ Природа поклона као уговора, где даривање мора бити примљено од друге стране, прихваћено је и у упоредном законодавству.⁷³⁰

У домаћој послератној правној доктрини је прихваћена уговорна природа поклона за случај смрти, те је поклон за случај смрти схваћен као уговор о поклону *inter vivos* са одложним роком, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. На тај начин је поклон за случај смрти прихваћен као модификација и један од облика уговора о поклону, те за њега важе општа правила која се односе на уговоре.⁷³¹

Уговор представља сагласност воља уговорних страна. За настанак уговора није довољна само изражена воља, већ она мора да буде праћена и правном зрелошћу уговорника. Таква зрелост се огледа у пословној способности уговорника, објекту сагласности, предмету уговора и његовом циљу, дејству уговора и облику у коме је изражена намера странака.⁷³²

Схваћен као уговор, поклон за случај смрти треба да испуњава опште услове који су потребни за пуноважност сваког уговора. То су: способност за закључење уговора, да

⁷²⁸ Перовић, С., *Облигационо право*, Београд 1980, 151.

⁷²⁹ Марковић, Л., *Облигационо право*, Београд 1997, 555.

⁷³⁰ Austrijski građanski zakonik & 938, Nemački građanski zakonik & 516, Francuski građanski zakonik art. 1105, Švajcarski zakonik o obligacijama art. 239-252.

⁷³¹ Перовић, С., *Облигационо право*, 608.; Vizner Boris, *Građansko pravo*, 1109.; Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, 241.

⁷³² Salma, J., *Obligaciono pravo*, Beograd 1988, 201.

изјављена воља нема правних мана и да је уговор закључен у прописаној форми. Предуслов за закључење уговора, као правног посла, јесте постојање правне и пословне способности. Физичко лице пуну пословну способност стиче пунолетством, а пре пунолетства може да закључује само ограничени број правних послова који је прописан законом. За закључење уговора малолетно лице мора да има одобрење законског заступника, јер је без таквог одобрења уговор рушљив. Такође, изјављена воља за закључењем уговора мора да буде без правних мана. Уговор неће бити пуноважан ако је воља мањива, односно ако је уговор закључен: под претњом, принудом, у заблуди, услед преваре или неспоразума. У свим случајевима, осим код неспоразума, закључени уговор је рушљив. Што се форме уговора тиче, наше облигационо право је прихватило систем консенсуализма, што значи да за закључење уговора није неопходна одређена форма, осим ако је то законом предвиђено. Консенсуални уговори настају настају моментом постигнуте сагласности воља уговорника.⁷³³ Међутим, законом је за већи број уговора прописана форма, што значи да је у уговорном праву значајан и принцип формалности. У формалне уговоре спадају: уговор о продаји непокретних ствари, уговор о грађењу, уговор о лиценци... Закон о облигационим односима не садржи одредбе о поклону за случај смрти, као уосталом ни за обичан поклон. Међутим, у правној теорији постоји схватање да поклон за случај смрти мора да се закључи у форми јавне исправе, али без предаје предмета поклона, што значи да се овај уговор не сматра реалним.⁷³⁴

Оправданост инсистирања на уговорној природи поклона за случај смрти огледа се у томе што овај правни посао може настати само као резултат сагласности воља поклонодавца и поклонопримца. Постигнута сагласност воље ствара облигационоправни однос, који везује уговорне стране од тренутка њеног постизања. Разликује се од легата као једностране формалне изјаве са вољом само дејством *mortis causa*, јер је за постојање испоруке довољна изјављена воља једног лица – дариваоца, док је за закључење уговора потребан споразум о заједнички изјављеној вољи поклонодавца и поклонопримца. Разлика у односу на уговор о наслеђивању, у правима где је дозвољен, се огледа у томе што уговор о наслеђивању представља правни основ за наслеђивање, док поклон за случај смрти не представља основ за наслеђивање и поклонопримац се не

⁷³³ Чл. 67 ст.1 ЗОО гласи: „Закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије одређено.“

⁷³⁴ Перовић, С., *Облигационо право*, 608.

третира као наследник, већ као поверилац из уговора чије је правно дејство у погледу предаје предмета поклона одложено до тренутка смрти поклонодавца.⁷³⁵ Да би поклон за случај смрти производио правно дејство потребно је да буду испуњени и материјалноправни услови потребни за закључење уговора, те у том смислу странке треба да поседују пословну а не тестаменталну способност, а сагласност воља треба да буде изражена у облику јавне исправе.

Поред тога, поклон за случај смрти, који је у нашем позитивном праву схваћен као уговор, је неопозив, осим у изузетним случајевима који се примењују и на редован поклон. Иначе, посмртни поклон је по својим карактеристикама веома сличан обичном поклону, од којег се разликује само по томе што је извршење обавезе на предају и пренос ствари одложено након смрти поклонодавца.⁷³⁶

2.3.3.2. Однос између поклона за случај смрти и легата

Најзначајнија разлика која одваја поклон за случај смрти од легата састоји се у томе што је за настанак поклона за случај смрти потребан споразум о заједнички изјављеној вољи поклонодавца и поклонопримца, док је за постојање легата довољно изјављена воља једног лица - дариваоца. За настанак поклона потребна је уговорна, док се за легат тражи тестаментарна способност. Поклонодавац може бити само лице способно за закључење уговора, док легат може да сачини тестаментарно способно лице. Притом је нижа граница за стицање за активне тестаментарне способности, него за стицање пословне способности потребне за закључење уговора.⁷³⁷ Међутим, лица потпуно лишена пословне способности не могу поседовати тестаментарну способност, јер се сматра да таква лица нису у стању да схвате значај својих поступака и њихових последица и да поступају у складу са тим.⁷³⁸ У том случају важи неоторива претпоставка да таква лица

⁷³⁵ Vuković, M. *Obvezno pravo* II, Zagreb 1964, 257.

⁷³⁶ Ђурђевић, М. "Уговор о поклону за случај смрти", 251.

⁷³⁷ Тестамент може да сачини свако лице са навршених 15 година живота уколико је способно за расуђивање (чл.79 ЗОН). Поред потребне старосне узрости, за тестаментарну способност се тражи и способност за расуђивање. Нижа граница тестаментарне способности може се оправдати тиме да је за сачињавање тестаamenta довољна емоционална и сексуална зрелост (в. Марковић, С. Наследно право, 237.), те стога што је тестаменат мање ризичан од правних послова *inter vivos*, јер је једнострано опозив и његова правна дејства наступају након смрти завештаоца (в. Ђурђевић, Д., Институције наследног права, 125.)

⁷³⁸ Караникић-Мирић, М., Кривица као основ вануговорне одговорности, Београд 2009., 100.

нису способна да сачине тестамент.⁷³⁹ Али постоји у правној теорији дилема да ли таква лица у стању привремених способности за расуђивање, тзв. стања „светлих тренутака“ – *lucida intervalla*, могу да сачине пуноважан тестамент.⁷⁴⁰

Осим тога, предмет легата је шире одређен и може се састојати од предаје ствари, одређене престације, уздржавања и трпљења. Разлика постоји и у форми у којој се сачињавају, јер поклон мора бити сачињен у форми јавне исправе, док легат може бити састављен у форми тестаментa, који постоји више врста – усмени или писани, јавни или приватни.⁷⁴¹

И поред постојања одређених разлика, поклон за случај смрти и легат су блиско повезани правни инситути. Сличност легата и поклона за случај смрти огледа се у томе што су оба правна института основ за сингуларну сукцесију, и производе правно дејство само после смрти дародавца.

Највећа сличност између легата и поклона за случај смрти, постоје код оних решења која поклон за случај смрти сматрају правним институтом блиским *donatio mortis causa* римског права. Таква решења прихватају правило да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би поклон произвео правно дејство. Услед претходне смрти поклонопримца престаје важност поклона јер потраживање не прелази на његове наследнике, компаративно као што смрћу легатара пре завештаоца, легат пада.

Такође, опозивост је заједничка карактеристика легата и *donatio mortis causa*. Завешталац увек може да измени легат, као што дародавац може по својој вољи

⁷³⁹ Упориште за овакав став налазимо у чл. 146 ст. 1 Породичног закона гласи: „Пунолетно лице које због болести или сметњи у психо-физичком развоју није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса може бити потпуно лишено пословне способности.“

⁷⁴⁰ Предратна правна доктрина је била на становишту да је лице у стању привремене способности за расуђивање може да сачини пуноважни тестамент, али ће терет доказивања да је тестамент настао у свесном стању пасти на заинтересовано лице. Иначе, овакво схватање је ослонац налазило и у законској регулативи, где се у § 427 СГЗ наводи да не могу правити тестамент лица која нису при свести, што је подразумевало да се тестамент у свесним тренуцима морао сачинити (Krainz, J.-Ehrenzweig, A. *System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Band 1, Familien und Erbrecht, Wien, 1917, 346.; Аранђеловић, Д., *Наследно право*, 52.; Марковић, Л. *Наследно право*, 189.). У послератној правној теорији преовладало је схватање да се не може признати правна ваљаност тестаменту сачињеном од стране лица потпуно лишеног пословне способности у тзв. „светлим тренуцима“ (Благојевић, Б., *Наследно право*, Београд 1961, 123.; Митић, М. *Југословенска адвокатура*, бр.1-2, 1969, 42.; Антић, О., *Наследно право*, 234.; Антић-Балиновац, Коментар закона о наслеђивању, 311.; Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, 124.), међутим постоји и другачије мишљење блиско предратном схватању тог проблема (Марковић, С., *Наследно право*, 241.)

⁷⁴¹ Stojanović, N. *Present in case of death in our Law*, 725.

једнострано раскинути поклон за случај смрти. Такође, и располагање дародавца предметом поклона, накнадно предузетим правним послом међу живима или правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора.

Правни теоретичари који поклон за случај смрти схватају искључиво као уговор, са битним разликама у односу на *donatio mortis causa* римског права, истичу приговор да овакво приближавање поклона за случај смрти сфери опозивних правних послова, удаљава овај правни институт од његовог теоријског појма који је прихваћен у нашој правној доктрини, и од концепције о облигационоправним уговорима која је прихваћена у Закону о облигационим односима.⁷⁴²

2.3.4. Судска пракса

Послератна судска пракса је била неуједначена по питању примене института *donatio mortis causa* у нашем праву. Разлог томе може бити чињеница да овај правни институт није био законски регулисан у нашем правном систему у послератном периоду, па су се тако различито тумачила предратна правна правила и упоредна правна решења.

Тако су ставови до којих је долазила послератна судска пракса, бивали дијаметрално различити, од потпуне негације могућности примене овог института у нашем праву, до става да поклон за случај смрти у нашем праву представља дозвољени правни посао.

Грађанско одељење Врховног суда Војводине је својевремено заузело правно схватање по коме је правни институт поклона за случај смрти недозвољен у нашем праву.⁷⁴³

Образлажући овакав став наводе се следећи аргументи:

„...правни институт даровања за случај смрти (donatio mortis causa) предвиђен раније важећим правним правилима противан позитивним прописи главе III и IV Закона о наслеђивању, па се стога уговорима о даровању за случај смрти не може признати правна ваљаност, нити они могу производити правно дејство...сваки уговор о даровању за случај смрти у суштини је уговор о располагању имовином која би представљала заоставштину дародавца у моменту његове смрти, па ако би се признала правна ваљаност уговора о

⁷⁴² Ђурђевић, М. „Уговор о поклону за случај смрти“, 254.

⁷⁴³ Зборник судске праксе, бр. 2-3, Београд 1971, 121.

*даровању за случај смрти, онда би се у сваком случају изиграла императивна наредба чл. 108 ЗОН“*⁷⁴⁴

Према овако изложеном схватању даровање за случај смрти би представљало уговор о наслеђивању, којим се неко унапред обавезује да ће сауговорачу или неком трећем у наслеђе оставити своју целокупну имовину или њен део. Такви уговори о наслеђивању су били ништави према ранијим наследноправним прописима, а ништави су и у позитивном законодавству. На ништавост уговора о наслеђивању суд пази по службеној дужности, а на такву ништавост се увек може позвати свако заинтересовано лице.⁷⁴⁵

Међутим, потпуно другачије мишљење о институту даровања за случај смрти налазимо у правном схватању Врховног суда Хрватске. Насупрот претходно наведеном ставу Грађанског одељења Врховног суда Војводине, којим се не признаје правна ваљаност таквој врсти даровања, Врховни суд Хрватске је заузео став да је даровање за случај смрти дозвољени прави посао у смислу Закона о наслеђивању:

*„Даровање за случај смрти, упркос свом називу, спада у правне послове међу живима, чији је учинак одгођен до часа смрти дародавца. Смрт дародавца овде је увјет или рок до којег је одгођен правни учинак иначе перфектног правног посла док је код уговора о наслеђивању смрт диспониран дио чињеничног стања тј. правна чињеница без које правни посао није потпун. Према томе, би и по Закону о наслеђивању даровање за случај смрти био дозвољен правни посао.“*⁷⁴⁶

Из оваквог образложења Врховног суда Хрватске може се закључити да се у судској пракси јасно уочава разлика између поклона за случај смрти и уговора о наслеђивању.

⁷⁴⁴ Главе III и IV Савезног закона о наслеђивању из 1955.г. су биле идентичене са главама III и IV, у касније донетим републичким законима - Закону о наслеђивању Србије, из 1974.г. и Закону о наслеђивању Војводине, из 1975.г. и носиле су називе: „Наслеђивање на основу тестаментa“ и „Наследноправни уговори“.

Чл. 108. ЗОН је означен према Савезном закону о наслеђивању из 1955. године, који је био важећи у време изношења овог правног схватања. Након Уставних амандмана из 1971.г. и доношења посебног наследноправног законодавства за сваку од Република бивше СФРЈ, Савезни закон о наслеђивању је остао у важности као републички пропис само на територији Републике Хрватске. Поменути члан 108. гласи: **„Ништав је уговор којим неко оставља своју заоставштину или њен део своје сауговорнику или трећем лицу.“**

Идентичне са чл. 108. су одредбе у републичким законодавствима - Закону о наслеђивању Србије, из 1974.г. (чл. 103.) и Закону о наслеђивању Војводине, из 1975.г. (чл. 104.)

И сада важећи Закон о наслеђивању Србије из 1995. године, је у глави Четвртој под називом „Уговори у наследном праву“, у чл. 179. задржао исту формулацију: **„Ништав је уговор којим неко своју имовину или њен део оставља у наслеђе свом сауговорачу или неком трећем.“**

⁷⁴⁵ в. чл.109 и чл. 110 Закона о облигационим односима

⁷⁴⁶ Врховни суд Хрватске Гж.бр. 281/67, Збирка судских одлука, књига 12, свеска 1, бр. 17., стр. 38.

Према овом правном схватању даровање за случај смрти и поред свог назива спада у правне послове *inter vivos*, са том разликом што је дејство правног посла одложено до тренутка смрти поклонодавца. Смрт поклонодавца је означена као одложни услов или рок. Уколико би у питању био одложни рок, то подразумева да се ради о уговору о поклону са посебном погодбом да ће предмет поклоне бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. Како се ради о двостраном правном послу, на њега се примењују правила уговорног права о једностраној неопозивост, те уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, даровање не би изгубило правно дејство, већ би потраживање из уговора прешло на поклонопримчеве наследнике. Међутим, уколико би био уговорен одложни услов, ствари би стајале потпуно другачије. Учинак правног посла тада би зависио од услова да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би даровање било пуноважно. Уколико би поклонопримац раније преминуо, даровање не би имало правног ефекта, јер не би могло да пређе на његове наследнике. Како је у цитираном образложењу судске одлуке наведено да смрт поклонодавца може бити и рок и услов пуноважности уговора, упућени смо на закључак да је судска пракса дозвољавала уговарање овог услова, од чијег испуњења би зависио учинак правног посла.

Судска пракса је јединствена код става да је за пуноважност даровања неопходно испуњење формалних услова, који подразумевају да даровање мора да буде оверено пред судом. У том смислу се у пресуди Врховног суда Хрватске, наводи да даровање за случај смрти представља даровни уговор и то посебну врсту даровног уговора, на који се имају применити правила која се односе на даровање уопште:

„Даровање за случај смрти, као посебна врста даровног уговора, представља строго формални уговор за чију је ваљаност потребна форма судског записника. То слиједи из самог карактера тог даровања, које се има испунити тек након дародавчеве смрти и за које је акт закључења уговора временски нужно одвојен од акта извршења, а за такво се даровање тражи форма судског записника.“⁷⁴⁷

И у другим судским одлукама се наводи да је за ваљаност даровања потребно испуњење форме, према правилима уговорног права, или да изјава о даровању мора да испуњава

⁷⁴⁷ Врховни суд Хрватске, Рев. 617/81 од 13.5.1982.г., објављено у: Преглед судске праксе, бр.21/82 стр.101.

услове који су прописани Законом о наслеђивању. Такав став налазимо у пресуди Врховног суда Србије:

„За ваљаност даровања за случај смрти потребно је да уговор буде закључен пред судом или да изјава буде дана у једном од облика који су прописани у Закону о наслеђивању.“⁷⁴⁸

Скоро истоветан став налазимо и у пресуди Врховног суда Словеније, где се наводи да поклон за случај смрти мора да буде сачињен у законом прописаној форми.⁷⁴⁹

Из напред наведених одлука Врховних судова Хрватске, Србије и Словеније, се може закључити да је судска пракса стала на становиште да се поклон за случај смрти може закључити као двострани правни посао – уговор, уколико испуњава прописане формалности, али да се може сачинити и у форми једностраног правног посла – неког од дозвољених облика тестаментa, јер децидирано упућују на примену Закона о наслеђивању.

Такво схватање је изражено и у одлуци Врховног суда Хрватске, који је изнео став да, уколико поклон за случај смрти не би задовољавао потребну форму за закључење уговора, као двостраног правног посла, онда би се имала применити правила једностраних правних послова:

„Ваљану опоруку може садржавати и исправа о двостраном правном послу, ако су одржане формалности које закон тражи за ваљаност опоруке.“⁷⁵⁰

О допуштености даровања за случај смрти у нашем законодавству изјаснио се и Врховни суд Југославије, одлучују у спору поводом закљученог уговора о доживотном издржавању:

„Али, уколико се у таквом случају ради о даровању, одлучује се према стању узајамних давања уговорних странака у вријеме смрти предаваоца имовине о

⁷⁴⁸ Врховни суд Србије, Рев. 98/61, објављено у: Визнер, Б., *Грађанско право у теорији и пракси, Књига трећа*, стр. 1111.

⁷⁴⁹ Крећ, М. – Павић, Ђ., *Коментар Закона о наслеђивању*, Zagreb 1964, 243.

⁷⁵⁰ *Zbirka sudskih odluka, Knjiga prva, Sveska treća*, Beograd 1956, 104.

враћању дара ради одређивања нужног дијела, па се поступа по чл. 33. Закона о наслеђивању.⁷⁵¹

У конкретном случају је уговор о доживотном издржавању закључен на основу чл. 122. Закона о наслеђивању, где се предаја имовине одлаже до смрти примаоца издржавања. Како се приликом закључења таквих правних послова могло, уствари, радити о даровању, суд је дужан да из околности конкретног случаја процени да ли се ради о доживотном издржавању или је у питању поклон где је предаја имовине одложена до смрти поклонодавца. Уколико је уговор о доживотном издржавању фиктивни правни посао, а стварни правни посао представља поклон за случај смрти, суд ће применити одредбе о урачунавању поклона у наследни део.

2.4. ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ ПРЕМА ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У нашој земљи није извршена кодификација грађанскоправне материје, тако да не постоји целовита и усклађена регулатива ове правне области. Србија је данас једна од ретких земаља која нема свој Грађански законик, ако се има у виду чињеница да је била једна од првих земаља које су у XIX имале уређену грађанскоправну област. Постојали су извесни покушаји у том правцу у периоду након Другог светског рата, али су били неуспешни. Такви неуспеси су правдани нестабилним друштвеним односима и сталним превирањем у својинским односима.⁷⁵² Додуше, неки делови грађанске материје су уређени посебним законима на модеран начин. Тако је облигационоправна област уређена Законом о облигационим односима из 1978. године. Овај закон се због својих квалитета примењује, уз извесне измене, у свим држава бивше СФРЈ. Од значајнијих посебних закона споменућемо Закон о наслеђивању из 1995. године, којим је уређена је

⁷⁵¹ Kreč, M. – Pavić, Đ., *Ibid.*, 378.

⁷⁵² Ковачевић-Куштримовић, Р. и Лазић, М., „Грађански законик Србије и право ЕУ“, *Правни живот* бр.11/2007, 412.

наследноправна област и Породични закон из 2005. године,⁷⁵³ којим је уређена породичноправна материја.

Последњих година је актуелизована потреба за доношењем јединственог грађанског законика. Ово из разлога што је грађанскоправна област данас у приличној мери неуређена. Она је регулисана доношењем већег броја посебних закона, те се долазило у ситуацију да су одређени правни односи регулисани у више закона, док неки правни институти нису уопште законски регулисани, па се у њиховој примени користе предратна правна правила. Са друге стране, покушаји приступања наше земље ЕУ подразумевају и систематско уређење ове правне области и усаглашавање са правом ЕУ. Имајући напред наведено у виду, створена је клима погодна за кодификацију грађанскправне области, те је Влада Републике Србије 2006. године донела одлуку да образује комисију за израду Грађанског законика.⁷⁵⁴

Поклон за случај смрти је нашао место у преднацрту будућег јединственог грађанског законодавства Србије, тако што је Комисија у објављеном Преднацрту Грађанског законика Републике Србије,⁷⁵⁵ у области која се тиче облигационих односа, нормирала институт поклона за случај смрти, у оквиру одељка посвећеног поклонима. Тако је постало извесно да ће овај правни институт, након дуго година, бити законски регулисан у нашем праву.

2.4.1. Појам поклона за случај смрти

У нашој земљи у току је рад на кодификацији грађанског права, где је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије у тексту Преднацрта предложила концепт поклона за случај смрти, који се разликује од његовог појма који је усвојен у послератној, и данас преовлађујућој правној теорији.⁷⁵⁶

У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије поклон за случај смрти се схвата као уговор, што се јасно уочава из следећег предложеног законског решења:

Чл. 680 ст.1 Преднацрта гласи:

⁷⁵³ Службени гласник РС бр. 18/2005.

⁷⁵⁴ Службени гласник РС бр. 104/2006

⁷⁵⁵ Комисија за израду Грађанског законика. *Преднацрт. Грађански законик Републике Србије*. Друга књига. *Облигациони односи*, Влада Републике Србије, Београд 2009.

⁷⁵⁶ Преднацрт Грађанског законика, 216.

„Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа.“⁷⁵⁷

Имајући у виду да је у предложеном тексту изричито наведено да се ради о поклону за случај смрти као уговору, то би нужно претпоставило неопходност постојања сагласности воља код закључења овог правног посла, и уговор би производио правно дејство за живота уговорних страна. Након смрти поклонопримца потраживање би прешло на његове наследнике, а овакав правни посао, обзиром да се ради о уговору, не би могао бити једнострано опозив.

Међутим, према другом правилу, из става другог истог члана, концепт поклона у Преднацрту се разликује од појма уговора који је усвојен у домаћој правној теорији.

Чл. 680 ст.2 Преднацрта гласи:

„Поклонодац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.“⁷⁵⁸

Поклонодавцу је дато право да увек, непосредно или посредном изјавом, раскине поклон за случај смрти, што овај правни институт удаљава од теоријског схватања поклона као уговора, а приближава га сфери опозивних правних послова за случај смрти.

Сматрамо да се на овај начин, дајући поклону за случај смрти особине и уговора и легата, законодавац јасно изразио став да овај правни институт у себи има елементе и облигационог и наследног права.

2.4.2. Карактеристике поклона за случај смрти

Предложени концепт поклона за случај смрти у Преднацрту Грађанског законика, разликује се од теоријског појма поклона за случај смрти која је присутна у нашој послератној правној доктрини. Схватању да је поклон за случај смрти даровање *inter vivos* са посебном погодбом да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу после

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*

смрти поклонодавца, супротставља се предложено правило из Преднацрта, које предвиђа да поклонодавац може увек једнострано опозвати поклон и њиме слободно располагати. Овакво правило је у успротности са схватањем поклона као уговора, где један од уговорника не може једнострано одустати од уговора. Такође, је спорно да ли код поклона за случај смрти нормирано постојање одложног рока или одложног услова, што ће за практичну последицу имати различита правна дејства даровања у случају да поклонопримац умре пре поклонодавца. Постојање одложног услова би било оправдано у случају да се поклон за случај смрти схвати као уговор закључен *intuitui personae* где субјективна својства поклонопримца одлучујуће утичу на *animus donandi* поклонодавца.

2.4.3. Форма потребна за закључење поклона за случај смрти

Форма правног посла представља облик изјављене воље учесника у правном послу. Да би изјава воље производила правно дејство она мора имати своју спољашњу манифестацију. Воља се најчешће манифестује изричито или прећутно.⁷⁵⁹ Тако, воља странке може бити исказана у различитим облицима, од који су најчешћи: усмени, писани, изјава пред сведоцима, пред судом или одређеним управним органом или јавним бележником.⁷⁶⁰ Ако је појединачном или општом нормом прописано да се неки правни посао мора предузети у одређеној форми, онда се ради о формалном правном послу, док за неформалан правни посао није предвиђена никаква форма.

Намера законодавца је да прописивањем форме, упућује учеснике у правном послу да исти предузимају према тачно одређеној форми, што уколико не учине, правни посао неће производити правно дејство – неће бити пуноважан.⁷⁶¹

Опште правило је да закључење уговора не подлеже никаквој форми.⁷⁶² Међутим, савремени правни системи, укључујући и наш, за закључење одређених уговора који су

⁷⁵⁹ У том смислу чл. 28 ЗОО – (1) Воља за закључење уговора може се изјавити речима, уобичајеним знацима или другим понашањем из кога се са сигурношћу може закључити о њеном постојању; (2) Изјава воље мора бити учињена слободно.

⁷⁶⁰ Неки правни теоретичари су одредили врсте форми према начину испољавања, те сматрају да могу постојати: писмена, форма јавне исправе и реална форма – в. Vuković, M. *Opći dio građanskog prava, knjiga II*, Zagreb 1960, 290.; Perović, S. *Obligaciono pravo*, 342.

⁷⁶¹ У том смислу чл. 70. ЗОО гласи: (1) Уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произила што друго; (2) Уговор који није закључен у уговореној форми нема правно дејство уколико су странке пуноважност уговора условиле посебном формом.

⁷⁶² Чл. 67 ст.1 ЗОО гласи: „Закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом другачије одређено.“

учесталији и од већег значаја за друштво у целини, прописују обавезну форму – обично писану.

Уговор о поклону спада у формалне уговоре, јер за његов настанак није довољна усмена сагласност уговорника. Он може бити консенсуалан – писани, или реалан уговор. Уколико је у питању непокретост, уговор о поклону мора бити сачињен у писаној форми и оверен од стране суда. Код покретних ствари, уколико је у питању покретна ствар која није предата поклонопримцу, уговор мора бити у писаној форми, а уколико је покретна ствар предата поклонодавцу ради се о реалном уговору о поклону. Код реалног поклона, сагласност воља уговорних страна, уз сам чин предаје предмета, довољани су за пуноважност правног посла, те овакав поклон може бити закључен и усмено.

Међутим, уколико је поклон само усмено обећан, без предаје, ради се о природној обавези (натурална облигација), која не може уживати судску заштиту. Али уколико се испуни природна обавеза сматра се да је извршена дугована облигација, и не може се са успехом тражити повраћај датог.

Наша правна теорија је на становишту да је за пуноважност уговора о поклону за случај смрти неопходна форма јавне исправе, али без предаје предмета, јер овакво даровање се не може сматрати реалним уговором.⁷⁶³

Наш важећи Закон о облигационим односима није регулисао обичан уговор о поклону, па ни уговор о поклону за случај смрти.

Међутим, професор Михаило Константиновић је у Скици за законик о облигацијама и уговорима, у одељку посвећеном даровању предвидео да уговори о даровању морају бити закључени у одређеној форми.

Чл. 510 ст. 1 Скице гласи:

„За пуноважност уговора о дару потребно је да буде закључен у писменој форми.“⁷⁶⁴

Још строжије услове формалности је проф. Константиновић предвидео за закључење уговора о поклону за случај смрти, јер је предвидео да се такво даровање обавезно закључује у форми јавне исправе.

⁷⁶³ Перовић, С. *Облигационо право*, 608.

⁷⁶⁴ Константиновић, М. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, стр. 153.

Чл. 522. Ст. 1 Скице гласи:

„Уговор о дару у коме је углављено да ће ствар бити предата обдаренику после смрти дариваоца, мора бити састављен у форми јавне исправе.“⁷⁶⁵

Овакво схватање проф. Константиновића је преузето и од стране Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије. У Преднацрту Грађанског законика прописано је да поклон за случај смрти мора бити формалан уговор. Задржан је став да се у односу на обичан поклон траже строжији услови формалности. Наиме, за пуноважност обичаног поклона је довољно да буде закључен у писаном облику, без услова да такав уговор мора бити оверен у форми јавне исправе, осим уколико се не ради о непокретности, где је неопходна судска овера. Међутим, за пуноважност поклона за случај смрти неопходна је форма јавне исправе, што подразумева да потписи уговорника морају бити оверени од стране надлежног органа.

Чл. 680 ст.1 Преднацрта гласи:

„Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа.“⁷⁶⁶

Разлог строжијих услова у погледу формалност даривања за случај смрти може имати два основна циља. Најпре, ради се о заштити интереса оба учесника у правном послу, нарочито ако се ради о неписменим или неуким странкама. Обавезна форма јавне исправе утицала би на брзину закључења правног посла, те би на странке да се не одлучују без довољне промишљености за закључење овог правног посла. Чињеница да је истим законским предлогом дато право поклонодавцу да може у свако доба одустати од овог даровања, не може утицати да правно дејство које је имао правни однос између странака до момента опозивања поклона. Тако за поклонодавца и поред могућности једностраног опозивања, овај правни посао може имати нежељена правна дејства, јер се до опозивања даровања поклонопримац налази у улози повериоца са свим правима које имају и остали повериоци. Такође, би имао и обавезу накнаде штете поклонопримцу,

⁷⁶⁵ *Ibid.*, 157.

⁷⁶⁶ Преднацрт Грађанског законика, 216.

уколико без основаног разлога опозове даровање, и тиме наступе штетне последице по поклонопримца.

Други разлог строжијих услова формалности је да се у закључени правни посао унесе више сигурности. Да се јасно истакне озбиљност изражене воље, и да се јасно разграничи озбиљна од неозбиљно изражене воље. Такође, израженом формом се истиче прецизност дате изјаве и олакшава доказивање изјављене воље. Разлог потребне формалности би био и тај што би овером потписа од стране надлежног органа, почињало правно дејство даровања за случај смрти. Ово је нарочито важно јер се у судској пракси може појавити практичан проблем када почиње тећи правно дејство даровања. Да ли од момента постизања сагласности воља, или од момента сачињавања писменог акта, или момента потписивања уговора и овере потписа. Ово може бити од практичног значаја за одређивање рокова у случају спора због рушљивости уговора због мана воље, спорне воље да се учини поклон или накнаде штете.⁷⁶⁷

Сматрамо да поклонодавац може бити свако лице које је способно за закључење уговора, па и малолетно лице, уколико је имовину која је предмет поклона стекло након стицања радне способности – после 15 године живота. Поклонодавац и поклонопримац би могла бити и ограничено способна лица за закључење уговора, уколико у њихово име уговор закључи њихов правни заступник. Додатну погодност треба дати код пријема поклона, јер би требало дозволити пријем поклона и пословно неспособном лицу, уколико у његово име уговор закључи његов правни заступник.

У предложеном тексту Преднацрта се наводи обавезна писмена форма уз обавезу овере потписа од стране надлежног органа. Међутим, не прецира се ближе који орган био би надлежан за закључење овог уговора. Сматрамо да би за закључење уговора о поклону за случај смрти надлежан био суд или јавни бележник, што би пружио пуну заштиту интереса самих уговарача и повећало сигурност правном послу.

Такође, у одређивању форме закључења уговора, сматрамо да би прецизније било употребити термин – писана форма, уместо предложене – писмене форме (у језичком - фонетском значењу појму писменог одговара – неписмени, док појму писани одговара –

⁷⁶⁷ У судској пракси постоји неуједначени став, где су неке судије тумачиле да дејство уговора тећи од момента сачињавања писменог акта, а не од момента овере потписа – види више. Bosanac, R., „Ugovor o poklonu“, *Pravni informator*, br.1/2011, 58.

неписани). У прилог исправности нашег става, наводимо да се термин писани уместо писмени последњих година чешће примењује, како у законској регулативи,⁷⁶⁸ тако и у правној теорији.⁷⁶⁹

2.4.4. Одложни услов

Преднацрт Грађанског законика није посебно дефинисао материјалноправни услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би даровање имало правно дејство. У самом тексту није изричито наведено да је пуноважност учињеног даровања условљена тиме да поклонопримац надживи поклонодавца.

Не навођење у тексту Преднацрта материјалноправног услова да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би поклон за случај смрти био пуноважан, је од стране неких аутора схваћено као непостојање одложног услова.⁷⁷⁰ Аргументација за овакав став нађена је у томе да ништа што је наведено у предложеном правилу на то не упућује, а да је Комисија за израду грађанског кодекса одређујући поклон за случај смрти имала у виду сагласност воља чије дејство зависи од услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца, то би морала нагласити у тексту. Према оваквом схватању ради се о уговору о поклону у коме су се поклонодавац и поклонопримац споразумели да потраживање поклонопримца настане у моменту закључења уговора, а да је само одложена предаја предмета поклона и пренос својине до смрти поклонодавца, јер поклонодавац за живота задржава својину на поклоноњеној ствари.⁷⁷¹

Овакво схватање непостојања одложног услова у Преднацрту грађанског законика своје упориште налази у нашој важећој позитивној правној доктрини, која поклон за случај смрти схвата као уговор, са посебном погодбом да ће предаја предмета поклона бити извршена после смрти поклонодавца.⁷⁷² Таква сагласност воља којом се предаја предмета поклона одлаже до смрти поклонодавца, схваћена је као одложни рок неодређеног трајања, а који истиче моментом смрти поклонодавца. Овакво схватање постојања одложног рока, производи практичне последице које се огледају у томе да, уколико би поклонопримац умро пре поклонодавца, потраживање прелази на његове

⁷⁶⁸ Закон о парничном поступку (Службени гласник РС, бр. 72/2011)

⁷⁶⁹ Vodinelić, V. *Грађанско право*, Београд 2012, стр. 453.

⁷⁷⁰ Ђурђевић, М. "Уговор о поклону за случај смрти", стр. 252.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Перовић, С., *Облигационо право*, 608.

наследнике. Поклонопримац би, према томе, имао положај повериоца са свим правима која овај има према поклонодавацу, као дужнику.

Међутим, сасвим другачије ситуација би била уколико би се схватило да је предлагач закона имао у виду одложни услов а не одложни рок. Такав одложни услов би подразумевао да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би поклон за случај смрти производио правно дејство. У случају смрти поклонопримца пре поклонодавца даровање не би производило правно дејство, јер потраживање не би прелазило на поклонопримчеве наследнике. Поклонопримац не би имао класичан положај повериоца, који би му пружио сва права која повериоци имају на основу облигације.

Имајући у виду напред наведену аргументацију, сматрамо да је исправније постојање одложног услова, где ће дејство поклона за случај смрти зависити од услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца. Ово из разлога што сматрамо да је поклон за случај смрти по својој природи такав правни посао где лична својства поклонопримца одлучујуће утичу на *animus donandi* поклонодавца.

2.4.5. Поклон за случај смрти као уговор закључен *intuitu personae*

Правни институт даровања садржи у себи одређену специфичност, јер поклонодавац чини поклон имајући у виду личност поклонопримца. Поклонодавац је при закључењу овог уговора мотивисан одређеним личним квалитетима поклонопримца, те се тако закључени уговори називају - *intuitu personae*. Зато се даровање најчешће појављује између сродника и блиских лица. Код таквих уговора је воља за поклањањем поклонодавца – *animus donandi*, усмерена према тачно одређеном лицу са којим се поклонодавац налази у животним односима блискости и поверења. Ретки су случајеви даровања где поклон није учињен имајући у виду личност поклонопримца. То могу бити нпр. поклони учињени у добротворне сврхе или општекорисне сврхе, итд.

Код даровања је *animus donandi* битан састојак уговора, јер је воља за поклањањем усмерена према одређеном лицу. Поклонодавац се код закључења овог уговора руководи субјективним мерилима, при чему су личне особине и квалитети поклонопримца одлучујући критеријум који утиче на поклонодавца да закључи

добročин правни посао којим се обавезује да другој страни бесплатно уступи неку своју имовинску вредност.

Одређени уговори су такви по својој природи да се, углавном, закључују према личности уговорника— *intuitu personae*. Такви су, између осталог, уговор о пуномоћству, уговор о делу, ортаклук и уговор о поклону. Уговори који су закључени *intuitu personae* спадају у домен личних облигација, које подразумевају одређена посебна правила којима су регулисани.⁷⁷³ Тако се код оваквих уговора одступа од правила да уговори настављају правно дејство и након смрти уговорника, јер на њихово место ступају њихови наследници. Код овакве врсте уговора чини се изузетак, јер смрћу лица због чијих својстава је уговор закључен, уговор престаје да производи правно дејство за убудуће. Сматра се да постоји прећутна воља странака, и да су странке приликом закључења уговора имале у виду лична својства уговорника, те сходно томе, дејство уговора може бити само за време трајања њихових живота.⁷⁷⁴

Код добročинних уговора, укључујући и даровање, основ или кауза је разлог настанка уговора – његов правни циљ. Кауза код таквих уговора се не може изразити материјалним еквивалентом, јер је он одсутан. Поклонодавац чини поклон имајући у виду субјективна мерила, и у том случају је даровање засновано на нематеријалним категоријама: љубави, захвалности, поштовању, милосрђу. Овде се ради о специфичном виду остваривања дистрибутивне правде, према заслуги обдареног: *suum cuique tribuere*.⁷⁷⁵

2.4.6. Оповозност поклона за случај смрти

Уколико би се прихватио став позитивне правне доктрине, поклон за случај смрти био би схваћен као једна врста уговора о поклону са посебном погодбом да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. То би даље производило последице да би се на њега имала применити општа правила уговорног права, која подразумевају да један од уговарача не може по својој вољи једнострано одустати од

⁷⁷³ *Ibid.*, 232.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, 233.

⁷⁷⁵ Антић, О., *Облигационо право*, Београд 2010, 276.

уговора. Тако се и код поклона за случај смрти не би могло дати право поклонодавцу да једнострано опозове претходно закључени поклон за случај смрти.⁷⁷⁶

Међутим, већ је проф. Михаило Константиновић увидео специфичност даровања за случај смрти. Он је уочио да даровање за случај смрти треба посматрати као особени правни институт и разликовати га од обичног даровања, те се на овај правни институт не би могла применити општа правила уговорног права. Овакав став се најбоље може приметити из предложеног правила у Скици, где се поклонодавцу дозвољава да једнострано опозове даровање и по слободној вољи располаже предметом поклона.

Чл. 522 ст. 2 Скице гласи:

„Даривалац може раскинути по својој вољи уговор о дару на случај смрти, а располагање стварима које су предмет таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом на случај смрти сматра се раскидањем уговора у погледу ствари обухваћених располагањем.“⁷⁷⁷

Овакво схватање поклона за случај смрти умногоме се разликује од његовог теоретског појма који је био прихваћен у послератној правној доктрини, које поклон за случај смрти схвата искључиво као један од модалитета уговора о поклону.⁷⁷⁸

Међутим, Комисија за израду грађанског законика није прихватила теоретско схватање поклона за случај смрти послератне и позитивне правне доктрине, које даровање сматра искључиво уговором, и које даровање, сходно правилима уговорног права, не може бити једнострано опозвано од стране поклонодавца. Комисија је у скоро у потпуности преузела текст из Скице за Законик о облигацијама и уговорима.

Чл. 680 ст.2 Преднацрта гласи:

„Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом

⁷⁷⁶ О ставу послератне правне теорије о праву на опозивост даровања за случај смрти, опширније смо говорили у одељку посвећеном поклону за случај смрти у послератној правној теорији и пракси

⁷⁷⁷ Константиновић, М. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, 157.

⁷⁷⁸ Перовић, С., *Облигационо право*, 608.

међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.“⁷⁷⁹

Упоређујући наведени текст Преднацрта са преузетим текстом из Скице за Законик о облигацијама и уговорима, можемо приметити велику сличност између њих, али не и потпуну истоветност.⁷⁸⁰ Наиме, у тексту Преднацрта је након речи: „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти“, додата реч „поклонопримца“, које нема у тексту Скице. Из овога би могло да се закључи да је Комисија имала у виду да поклонодавац може опозвати овај поклон само у случају смрти поклонопримца. Сматрамо да је додавањем речи „поклонопримца“ на преузети текст из Скице, унета додатна забуна. Из анализе наведеног текста је јасно да опозивање даровања није ограничено само за случај смрти поклонопримца, већ је то могуће и у другим случајевима. Преднацрт даје могућност поклонодавцу да увек може по својој вољи да непосредно или посредно раскине поклон за случај смрти. То се јасно уочава из израженог става у Преднацрту да поклонодавац може слободно да располаже предметом поклона за случај смрти и то закључивањем правног посла међу живима, што могу бити нпр. продаја, поклон, размена, или правним послом за случај смрти, што може бити нпр. завештање. На овај начин је признато правно дејство посредно изражене воље поклонодавца да опозове учињено даровање. Аналогно томе, поклонодавцу би била призната могућност и да непосредно израженом вољом опозове даровање за случај смрти, што, додуше, није изричито наведено у тексту Преднацрта, али логично произилази из суштине законодавне норме.

Имајући у виду правну природу поклона за случај смрти, који у себи садржи елементе и облигационог и наследног права, сматрамо да поклон за случај смрти не треба схватити као класичан уговор, већ као грађанскоправни институт *sui generis*, тако да би се могла оправдати примена става да је овај поклон једнострано опозив по вољи поклонодавца.

Међутим, сматрамо да овако широко овлашћење дато поклонодавцу, да може раскинути уговор о поклону за случај смрти по свом нахођењу, треба ограничити

⁷⁷⁹ Преднацрт Грађанског законика, Београд 2009, 216.

⁷⁸⁰ Комисија за израду Грађанског законика је у свом раду на регулисању правила о поклону, код поклона за случај смрти, најпре у целости преузела текст из Скице, да би извесне мање измене учињене касније. В. „Рад на изради Грађанског законика Републике Србије (извештај Комисије о отвореним питањима)“, *Правни живот*, бр. 11/2007, 263.

прописивањем могућности да странке могу уговорити посебну одредбу према којој би се поклонодавац одрекао једностраног раскида уговора.

Оваква правна могућност би била у складу са принципом да странке ступајући у уговорне односе, инспирисани различитим мотивима, могу да уговоре одрицање од права да траже раскид или поништење уговора. Таква могућност би била блиска схватању опозивости *donatio mortis causa* из римског права, где је и поред принципа слободне опозивости поклона за случај смрти, странкама дозвољено да уговоре његову неопозивост. Претходно одрицање од права на опозивање уговора често је мотивисано појачањем уговора, односно већим степеном обезбеђења извршења уговорних обавеза, јер ако су се унапред одрекле права да раскину или пониште уговор, оне самим тим уговору дају јачу снагу и сматра се да ће га у сваком случају извршити.⁷⁸¹

У облигационим односима странке су слободне да своје односе уреде по слободној вољи. Међутим, постоје и извесна ограничења аутономије воље којима се странке морају подвргнути. У француском праву, због изричите неопозивости поклона садржане у законској регулативи, није дозвољено да странке споразумом договоре да се у уговор могу унети одредбе којима би се омогућило на директан или индиректан начин једнострано опозивање поклона.⁷⁸² И у нашем праву је дозвољено је да странке могу слободно да уређују своје односе само у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.⁷⁸³ Зато би супротно таквим начелима била негативна облигација којом се уговорачи обавезују да неће раскинути или поништити уговор без обзира на разлоге. Када се испуне услови који су потребни за опозив обичног, редовног поклона, под истим условима би требало дозволити и опозивање поклона за случај смрти. Дакле, осиромашење поклонодавца у знатној мери, и нарочито, испољена тежа неблагодарност поклонопримца према поклонодавцу, давали би увек за право дариваоцу да опозове даровање.

⁷⁸¹ Perović, S. „Pravno dejstvo prethodnog odricanja prava iz ugovora“, *Pravni život* br.1/1977, 5.

⁷⁸² v. Planiol, M. *Traite elementaire de Droit civil*, Paris 1924, 647.

⁷⁸³ Чл. 10. ЗОО, гласи: „странке у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи.“

2.4.7. Накнада штете због једностраног раскида

Реч штета се употребљава у различитим значењима. У обичном говору се под штетом подразумева читав низ разноврсних ситуација којима се означава свака непријатност и свако пропуштање пријатности.⁷⁸⁴ Међутим, природни појам штете подразумева губитак неког животног добра човековог. Уколико је реч о материјалном добру, онда се штета исказује у економском смислу.⁷⁸⁵ У правном смислу термин штета има нешто уже значење и значи губитак који неко трпи, услед одређеног догађаја на својим правно заштићеним добрима, а што је одређено лице дужно да надокнади.⁷⁸⁶ Штета настаје против воље оштећеног, и то радњом неког трећег лица или услед природног догађаја. Проузроковање штете повлачи за собом одговорност за насталу штету, што резултира обавезом штетника да штету надокнади. Проузоковање штете може настати понашањем одређеног лица (физичког или правног), а могуће је да до штете дође без штетног утицаја било ког лица, односно да штета потиче од ствари. Такође, извор настанка штете може представљати и опасна делатност, а настанак штете може бити везан и за неки природни догађај.⁷⁸⁷

Штетну радњу је познавало још римско право, где је штета најсажетије дефинисана као губитак у имовини.⁷⁸⁸ Штета се у римском праву могла односити или на имовину или на нематеријална правна добра – част, слободу. Међутим, накнада штете је била могућа само код имовинске штете, која се у римској правној терминологији назива *damnum*. Таква имовинска штета се могла састојати у умањењу имовине коју је неко имао - *damnum emergens*, или у измаклом добитку – *lucrum cessans*. У римском праву се тежило да оштећени буде доведен у стање које је претходило настанку штете. Свака осуда је у римском поступку гласила на новац, па се и накнада штете постизала давањем новца, те се зато могла односити само на имовинску штету.⁷⁸⁹

⁷⁸⁴ Константиновић, М. *Облигационо право, белешке са предавања*, Београд 1952, 85.

⁷⁸⁵ Радишић, Ј., *Облигационо право, Општи део*, Београд 2004, 196.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, 197.

⁷⁸⁷ Ђорђевић, Ж.-Станковић, В. *Облигационо право*, Београд 1987, 349.

⁷⁸⁸ D.39.2.3 - Paulus

⁷⁸⁹ Eisner, B. – Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 355.

Начелне претпоставке за накнаду штете које су садржане у свим модерним правним теоријама воде порекло из римског права. То су: постојање штете, противправност деловања, узрочана веза и одговорност штетника, која се најчешће састоји у кривици.⁷⁹⁰

Римско право разликује уговорну и деликтну одговорност, јер је штета у римском праву могла бити нанета повредом уговорне обавезе или деликтом. Уговорна одговорност настаје ако дужник обавезу из уговора уопште не испуни или је не испуни на уговорени начин. Немогућност испуњења је могла настати као последица тога што је чинидба постала немогућа за испуњење или из разлога што дужник не жели да је испуни. Дужник се није ослобађао дужности испуњења обавезе, (осим ако је до немогућности испуњења дошло случајем за који није одговоран), већ је уместо неиспуњене обавезе долазила накнада штете као секундарна обавеза. Уколико није желео да испуни уговорну обавезу дужник је западао у доцњу (*mora*), која је даље производила пооштрење његове одговорности (одговара и за случајну пропаст ствари), као и обавезу накнаде штете због задоцњења.⁷⁹¹

У упоредном законодавству штету су дефинисали Аустријски грађански законик,⁷⁹² чију садржину дефиниције штете као „уштрб“ причињен имовини или правима неког лица, или нечијој личности, је прихватила већина наших правних теоретичара.⁷⁹³ Француски *Code civil* је прецизно и стилски лепо обликовано дефинисао штету,⁷⁹⁴ а нешто шире дефиниције штете садрже Немачки грађански законик,⁷⁹⁵ и Швајцарски Законик о облигацијама.⁷⁹⁶

⁷⁹⁰ Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb 1980, 218.

⁷⁹¹ *Ibid.*, 217.

⁷⁹² & 1293 АГЗ гласи: „Штетом се назива сваки уштрб, причињен неком у његовој имовини, правима или његовој личности. Од тога се разликује измакла добит, коју је неко по обичном току ствари, имао да очекује“

⁷⁹³ Станковић, О., *Накнада штете*, Београд 1998. 23.; Радишић, Ј. *Облигационо право*, 198.; Стојановић, Д.-Антић, О. *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 352.

⁷⁹⁴ Чл. 1382 *Code Civil* гласи: „Свако човеково дело, којим се другоме проузрокује штета, обавезује онога чијом је кривицом штета настала, да је надокнади“

Чл. 1383. *Code Civil* гласи: „Свако је одговоран не само за намерно причињену штету, него и за штету насталу његовом непажњом или несмотреношћу.“

Сматра се да је узор за овакво дефинисање штете пронађен у делу Жана Дома „*Lois civiles dans leur ordre naturel*“, Paris 1777. , у коме делу текст гласи:“ Сви губици и све штете који могу проистећи из учинка неког лица, било непажњом, немаром, незнањем онога што се мора знати, или другим сличним кривицама, ма колико лаке оне биле, морају бити накнађени од оног чија их је непажња или друга кривица проузроковала“ – в. Шаркић, С. – Поповић, Д., *Велики правни системи и кодификације*, Београд 2005. 119.

⁷⁹⁵ Параграф 823. *NGZ* гласи: „Ко намерно или из нехата противправно повреди живот, тело, здравље, слободу, својину или неко друго право неког лица, одговоран је том лицу за тако причињену штету.“

Српски грађански законик није посебно дефинисао штету, али је дефиниција могла да се наслутити из одредби које су се тичале штете и њене надокнаде.⁷⁹⁷ У Скици за законик о облигацијама и уговорима, нешто ширу и прецизнију дефиницију штете је дао проф. Константиновић.⁷⁹⁸ Код нас важећи Закон о облигационим односима под штетом подразумева умањење нечије имовине (обична штета), и спречавање његово повећања (измакла корист), као и наношење другог физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).⁷⁹⁹

Накнада штете представља санкцију због противправног понашања. Основом и извором обавезе накнаде штете може послужити и уговор. Повредом уговора успоставља се веза између штете и уговора и долази до настанка уговорне одговорности. Тако, за штетника, уз обавезу накнадног извршења уговорне обавезе, наступа и секундарна обавеза – накнада штете.⁸⁰⁰

Имовинска штета представља разлику између два стања у имовини оштећеног лица, и то стања које је постојало пре штете и оног после штетног догађаја.⁸⁰¹ Када неко лице својом кривицом проузрокује штету другог, онда истовремено настаје његова обавеза да накнади разлику у имовном стању пре и после штетног догађаја. Имовинска штета коју неко трпи због тога што неко није испунио своју уговорну обавезу назива се позитивни уговорни интерес, а уколико неко претрпи штету из разлога што није дошло

Параграф 826. NGZ гласи: „Ко другог намерно причини штету радњом која је у супротности са моралом и добрим обичајима, одговоран је том лицу за накнаду штете.“

⁷⁹⁶ Чл. 41 ст. 1 Швајцарског законика о облигацијама гласи: „Ко другог на недопуштени начин проузрокује штету, било намерно, било нехотом или несмотреношћу, обавезан је на накнаду“, ст. 2 гласи: „Ко причини штету намерно радњом противном моралу, дужан је причинијену штету накнадити“

⁷⁹⁷ Чл. 800. СГЗ гласи: „Ко другог штету какву учини, било то на имању туђем или правима и личности, онај мора ту накнадити“

Чл. 822. СГЗ гласи: „Штета се мора и она накнадити, која би са повредом слободе чије, или части или поштења или имања туђег проузрокована била.“

Чл. 823. СГЗ гласи: „За штету сматра се и оно, кад дужник не би на време повериоцу своје дуг исплатио; у ком случају ако интерес и не би уговорен био, опет од рочнога дана за исплату интерес ће се по опредељењу, као у накнаду штете плаћати.“

⁷⁹⁸ Чл. 124. Скице гласи: „Под штетом се подразумева не само свако умањење нечије имовине (претпљени губитак или проста штета) и спречавање њеног повећања (измакли добитак), него и повреде сваког законитог интереса, као и повреде права личности: слободе, части, угледа, стида, личног и породичног мира и других личних добара, као и наношење другог физичког или психичког бола (морална или неимовинска штета) – Константиновић, М., *Облигације и уговори*, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1969, 48.

⁷⁹⁹ Чл. 155 ЗОО

⁸⁰⁰ Salma, J. *Obligaciono pravo*, Beograd 1988, 392.

⁸⁰¹ Константиновић, М., *Облигационо право, према белешкама са предавања*, Београд 1959, 69.

до пуноважности уговора назива се негативни уговорни интерес.⁸⁰² Позитивни интерес има правно дејство само када је уговор пуноважно закључен, а једна уговорна страна не испуња своје обавезе. С друге стране, негативни уговорни интерес се односи на случајеве када дође до прекида преговора или када дође до сагласности воља, али је уговор ништав, рушљив или буде поништен.⁸⁰³ Једна уговорна страна је овлашћена да захтева испуњење уговора, само ако је исти пуноважан, међутим ако уговор није пуноважан онда се његова непуноважност (ништавост, рушљивост) не може приписати другој страни, већ закону, али је одговорност друге стране у томе што је требало да зна за разлоге непуноважности уговора.⁸⁰⁴ Штету проузроковану неважношћу правног посла дужно је да надокнади лице које је криво за такву неважност.⁸⁰⁵ Позитивни и негативни уговорни интерес може се одредити и појмовима уговорне и деликтне одговорности. Позитивни уговорни интерес представља штету насталу из уговора, и на њу се примењују правила о уговорној одговорности, док негативни уговорни интерес представља вануговорну штету, где се примењују правила о деликтној одговорности.⁸⁰⁶

Једнострано одустајање од уговора није својствено уговору као сагласној изјави воља два лица. Закон о облигационим односима није предвидео да било која страна у уговору може раскинути уговор по слободној вољи.⁸⁰⁷ Из овакве законске регулативе је уочљиво да право поклонодавца да по слободној вољи одустане од поклона подлеже обавези заштите интереса друге стране, који могу бити повређени.⁸⁰⁸

⁸⁰² Орлић, М., *Закључење уговора*, Београд 1993, 76-77.

⁸⁰³ Појмове позитивног и негативног уговорног интереса је увео у правну теорију Јеринг, на примеру рушљивих уговора – в. R.Jhering, *Culpa in contrahendo*, 1861, 2.

⁸⁰⁴ Jhering, R., *ibid*, 16-17.

⁸⁰⁵ Закон о облигационим односима садржи одредбе о одговорности лица кривог за неважност уговора – чл. 108. гласи: „**Уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости**“

Чл. 115. Гласи: „**Уговарач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран је свом сауговарачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао ни морао знати за постојање узрока рушљивости уговора**“

⁸⁰⁶ Орлић, М., *Закључење уговора*, 79.

⁸⁰⁷ Одступање је дозвољено само код налога. Налогодавац моће одустати од налога, али је дужан да налогопримцу исплати накнаду за његов труд и накнади му штету коју је прерпео одустанком од налога.(чл. 765 ст.2 ЗОО). Такође, и налогопримац може да откаже налог кад хоће, само не у невреме. Међутим, дужан је налогодавцу надокнадити штету коју је овај претрпео због отказа налога у невреме, осим када су за отказ постојали основани разлози. (чл. 766 ст. 2. ЗОО).

⁸⁰⁸ Постоји мишљење у правној теорији да би према предложеном решењу из Преднацрта, поклонодавац могао једнострано да одустане од покона, а да за такав поступак не би сносио одговорност, ни када би

Зато би поклонодавац уколико једнострано откаже поклон, без основаног разлога, био обавезан да другој страни накнади штету. Уколико се недвосмислено утврди да поклонопримац није дао повода опозиву поклона, нити су такав опозив проузроковале неке друге оправдане околности, јасно се може утврдити да се ради о деликтној одговорности на страни поклонодавца. У конкретном случају би поклонодавац био у обавези да накнади поклонопримцу негативни интерес, односно штету проистеклу из веровања да ће закључени уговор остати пуноважан, уколико се ради о поклону за случај смрти закљученим под раскидним условом, или да ће поклон испуњењем услова остварити пуно правно дејство, уколико се ради о поклону за случај смрти закљученим под одложним условом. Таква штета се назива и штетом због веровања, јер се штета спознаје тек када се установи да се веровање због туђе кривице није обистинило.⁸⁰⁹ Због тога би надокнадом штете требало довести поклонопримца у имовинску позицију коју би имао да није веровао у пуноважност поклона.

Даровање за случај смрти представља правни посао заснован на међусобном поверењу, које подразумева обавезе узајамног обзира. Поклонодавац који без разлога одустане од даровања сносио би одговорност за накнаду како имовинске, тако и неимовинске штете.⁸¹⁰ Надокнада би обухватила трошкове преговарања и припреме за закључења уговора, који могу обухватити трошкове општења (телефонирање, и друга комуникација) и путовања. Исти могу представљати значајну ставку уколико се уговорници налазе просторно удаљени, или чак уколико један од уговорника живи у иностранству. Поред тога трошкови могу настати и приликом прибављање потребне документације (доказа о власништву имовине, итд.).⁸¹¹ Када су преговори успешно обављени и прикупљена сва потребна документација, следи закључење уговора, где настају трошкови састављања уговора, уколико га сачињава стручно лице – адвокат, и трошкови судских такси ради овере уговора. Коначно, поклонодавац би требало да надокнади и штету коју је поклонопримац претрпео верујући у пуноважност уговора, и тиме пропустио прилику да

поклонопримац претрпео имовински губитак због раскида уговора. - Ђурђевић, М. *Уговор о поклону за случај смрти*, 254.

⁸⁰⁹ Радишић, Ј., *Облигационо право*, 203.

⁸¹⁰ Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvod i građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 494.

⁸¹¹ Орлић, М., *Закључење уговора*, 84.

закључи други користан уговор.⁸¹² Накнада штете би се могла огледати и у повреду личног добра.

У правној теорији, иначе, постоји гледиште да у погледу права на одштету не треба нужно вршити систематско раздвајање уговорне, предуговорне и вануговорне одговорности, јер су све оне засноване на јединственом одштетном праву које основу налази у заједничким одредбама о уговорној и вануговорној одговорности за штету. Такве заједничке одредбе важе подједнако како за штете настале повредом уговора, тако и штете настале деликтом, а само су посебним нормама регулисани различити случајеви уговорне и вануговорне одговорности.⁸¹³

2.4.8. Правна природа поклона за случај смрти

Правна природа поклона за случај смрти одувек је побуђивала интересовање правних теоретичара. Још од римског права се над овим правним институтом надвила дилема да ли се ради о једном од модалитета обичног уговора, на који би требало применити уговорно (облигационо) право, или се ради о легату, на који се имају применити правна правила наследног права.

Предратна правна теорија је прихватила становиште према коме је поклон за случај смрти легат, и на њега се имају применити правила наследног права. На тај начин је Српски Грађански законик одступио од свог изворника Аустријског Грађанског законика, који је у овом правном институту препознао елементе и уговора и легата. Међутим, за разлику од правне теорије, судска пракса је увидела да се у примени овог правног института не може поставити оштра граница, те да би се могло дозволити да овај поклон буде сачињен и у форми уговора. Ово из разлога што је поклон за случај смрти могао

⁸¹² Радишић, Ј., *op.cit.*, 204.

⁸¹³ Овакво становиште је владало у европским правним системима од 17. до 19. века, а присутно је и у неким данас важећим Грађанским законима - §§ 1295. i d. AGBG, §§ 800. i d. SGZ, §§ 318, 339 i d. ГЗ Мађарске, && §§ 420 i d. ГЗ Чешке, и у реформи СС одредаба о грађанској одговорности. v. Vodinelić, V., *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 495.

бити допуштен као уговор на основу чл. 13. СГЗ, јер није такав облик поклона био изричито забрањен, нити се противио јавном поретку и позитивним прописима.⁸¹⁴

Послератна правна теорија је била на супротном становишту, јер је поклон за случај смрти сматрала искључиво уговором, и на њега примењивала правила уговорног права. То значи да је поклон за случај смрти, схваћен као модификација, и један од облика уговора о поклону. Предуслов за његов настанак је сагласност воља уговорних страна – поклонодавца и поклонопримца, што је конститутивно обележје и редовног уговора о поклону, као уосталом и свих других уговора. Такав уговор се имао закључити у одговарајућој форми – јавне исправе, и није могао бити једнострано опозив по слободној вољи поклонодавца, већ само из разлога прописаних за опозив поклона *inter vivos*. Поклонопримац је имао улогу повериоца, са свим правима која му даје таква позиција. Са осталим повериоцима је потраживање могао намирити пре законских и тестаментарних наследника и лица која примају испоруку, али тек после нужних наследника. Потраживање се не гаси смрћу поклонопримца пре поклонодавца већ прелази на поклонопримчеве наследнике.

Међутим, већ у послератној правној теорији се појавило гледиште да поклон за случај смрти није искључиво уговор, већ да се ради о специфичном правном институту. Професор Михаило Константиновић је у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, обликујући овај институт, правилно закључио да у њему има елемената и уговорног и наследног права. Он је јасно назначио да се ради о уговору, што подрзумева да је за његов настанак неопходна сагласност воља поклонодавца и поклонопримца, за чију пуноважност је неопходно закључење у форми јавне исправе.⁸¹⁵ Али већ у другом правилу којим се регулише поклон за случај смрти, долази до одступања од схватања овог правног института као уговора. Наиме, прописивањем правила да поклонодавац може по слободној вољи једнострано да опозове даровање, теоретско поимање овог института се удаљава од уговора и приближава се опозивим правним пословима за

⁸¹⁴ Види више: Петковић, И. *Поклон на случај смрти у нашој судској пракси*, Архив за правне и друштвене науке, књига XXXV, Београд 1937, 155-162.

⁸¹⁵ Чл. 522. Ст. 1 Скице гласи: **„Уговор о дару у коме је углављено да ће ствар бити предата обдаренику после смрти дариваоца, мора бити састављен у форми јавне исправе.“** - Константиновић, М. *Облигације и уговори*, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1969, 157.

случај смрти.⁸¹⁶ Тиме је врсни правни теоретичар, и творац Законика о облигационим односима, проф. Константиновић јасно исказао став да поклон за случај смрти у себи носи елементе и облигационог и наследног права, и да га не треба сврставати изричито ни у једну ни у другу правну област, већ га треба посматрати као правни институт *sui generis*.

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије прихватила је овакво становиште проф. Константиновића, и скоро без измена преузела је оба правила којима се регулише поклон за случај смрти. Тако се и према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, поклон за случај смрти најпре дефинише као уговор, који подразумева постојање сагласности воља поклонодавца и поклонопримца и за чију пуноважност је прописана форма јавне исправе.

Чл. 680 ст.1 Преднацрта гласи:

„Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа.“⁸¹⁷

Међутим, већ у другом правилу које регулише поклон за случај смрти се овај правни институт удаљава од норми уговорног права. Прописивањем правила да је овај правни институт једнострано опозив по слободној вољи поклонодавца, овај институт се приближава легату, као наследноправној установи.

Чл. 680 ст.2 Преднацрта гласи:

„Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем.“⁸¹⁸

⁸¹⁶ Чл. 522 ст. 2 Скице гласи: ***„Даривалац може раскинути по својој вољи уговор о дару на случај смрти, а на случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу ствари обухв м.“*** аћених располагање располагање стварима које су предмет таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом” - Константиновић, М. Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, 157.

⁸¹⁷ Prednacrт Грађанског законика, 216.

⁸¹⁸ Ibid.

Из напред наведеног предлога за регулисањем поклона за случај смрти који је објавила Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије, сматрамо да поклон за случај смрти у себи садржи елементе и уговора и легата, те сходно томе морамо изразити став да се ради о правном институту *sui generis*, који се налази на граници између облигационог и наследног права.

Оправдање за уговорну природу поклона за случај смрти, и сврставање у одељак којим су регулисани поклони, налазимо у схватању да овај правни посао може настати само као резултат договорених воља поклонодавца и поклонопримца, и да таква сагласност воља мора бити сачињена у форми јавне исправе. Притом би се за закључење овог правног посла тражила уговорна а не тестаментарна способност. Поклонодавац би могао располагати имовином коју је стекао након стицања радне способности, после 15 године живота. Сматрамо, да би се уговорна природа овог правног института огледала и у прописивању правила да је поклонодавац у обавези да накнади штету поклонопримцу уколико без основаног разлога одустане од даровања.

С друге стране схватање поклона за случај смрти слично легату, може бити прихватљиво из више разлога. Правно дејство би се могло постићи само по отварању наслеђа дариваоца, што производи последицу да је за пуноважност овог правног посла неопходно да поклонопримац надживи поклонодавца. Смрћу поклонопримца пре поклонодавца његова права не прелазе на наследнике, већ се гасе, као што легат не производи правно дејство уколико обдарени умре пре дариваоца. Осим тога, и поклон за случај смрти и легат производе сингуларну сукцесију *mortis causa*, јер ни поклонопримац ни прималац легата нису универзални сукцесори. Они отварањем наслеђа стичу само одређена права али не и обавезе. Зато се поклон за случај смрти не би могао сврстати у уговоре у наследном праву, мада би сличност могла бити у договореној сагласности воља поклонодавца и поклонопримца. Значајна разлика се огледа у томе да наследноправни уговори по правилу производе универзалну сукцесију, док је код поклона за случај смрти могућа само сингуларна сукцесија над одређеним правима поклонодавца. Такође, на поклон за случај смрти би се имао применити наследноправни институт *colatio bonorum*, у циљу изједначавања санаследника у доброчином пријему.

ЗАКЉУЧАК

Donatio mortis causa је био доброчино располагање, настало на основу сагласности воља поклонодавца и поклонопримца, којег је карактерисала опозивост. Правно дејство је остваривао у случају смрти и тек после смрти поклонодавца, а дејство поклона је зависило од услова да поклонопримац надживи поклонодавца.

Посебну пажњу смо посветили проучавању порекла *donatio mortis causa*, имајући у виду да је *donatio mortis causa* био познат многим народима старог света. У Библији се на одређеним местима спомињу располагања *mortis causa*, која подсећају на поклон за случај смрти. Међутим, спорно је да ли се располагања мотивисана смрћу поклонодавца, која су садржана у самом тексту Библије, могу поистоветити са *donatio mortis causa* у римском праву. Из наведених текстова налазимо да постоје у Библији места која се баве наслеђивањем, али се то углавном односи на наслеђивање по законском реду, и уређивање наследних удела прворођене деце и осталих потомака. Међутим, у свим овим текстовима нема директног помена о даровању имовине за случај смрти, па можемо закључити да у Библији не постоји доказ о постојању поклона узрокованог размишљањем о смрти, макар не у оном облику који садржи основна обележја римског *donatio mortis causa*.

Арамејски папируси који потичу из V века пре нове ере садрже облике даровања који веома подсећају на *donatio mortis causa* римског права. Из садржаја текстова који се налазе у Арамејским папирусима можемо уочити да се ради о различитим расправама везаним за распоређивање имовине у вези са размишљањем о смрти. Таква даровања садрже основна обележја *donatio mortis causa*, јер осим што се даровања чине размишљајући о смрти, њихово дејство наступа тек након смрти поклонодавца. Иако се не могу у овим даровањима наћи сви елементи који садржи *donatio mortis causa* римског права или даровања за случај смрти у савременим правима, ипак се може запазити његов зачетак - почетни облик, као што се то може уочити и у неким другим старим правима.

Основна обележја *donatio mortis causa* могу се пронаћи у Хамурабијевом законнику. Од свих структуралних елемената који упућују на сличност са *donatio mortis causa* једино није нигде изричито наведено право поклонодавца да опозове поклон. Ипак, сматрамо

да је поклонодавац имао такво право. Како из текста законика произилази да је поклонодавац могао располагати предметом даровања до краја свог живота, сматрамо да му не би могло бити ускраћено право да такав поклон и отуђи, и тиме опозове даровање.

У египатском праву установа *imit-per* по својим карактеристикама упућује на неке сличности са *donatio mortis causa*. Иако постоје извесне подударности са даровањем за случај смрти, попут права на опозив, ипак смо мишљења да овај правни институт више сличности има са тестаментом. Како нигде није наглашено да је за пуноважност правног посла потребна сагласност поклонопримца, то сугерише да се овде пре ради о једностраном правном послу, какав је тестамент.

Докази о постојању *donatio mortis causa* у античком грчком праву могу се пронаћи већ у раном периоду грчке историје – хомеровском добу. Податке о томе пружају нам Хомерови епови Илијада и Одисеја, где се на одређеним местима описују даривања која имају основна обележја поклона за случај смрти. Нису без разлога римски правници у Хомеровом епу Одисеји, код Телемаховог поклона Пиреју, уочили класичан случај *donatio mortis causa*. Истражујући порекло поклона за случај смрти у раном грчком праву, морамо уочити да се у више одредби Гортинског законика налазе даровања која по својој конструкцији имају основне елементе поклона *mortis causa*. Нешто другачија је ситуација са Спартом, где не постоје сачувани извори који би потврдили постојање ове установе. Иако писани извори не пружају чврсте доказе да је поклон за случај смрти постојао у Спарти, употреба ове установе у спартанском праву се са основаношћу може претпоставити, узимајући у обзир све друге околности. Основни облици даровања за случај смрти су уочени и у атинском праву. У најразвијенијој држави античке Грчке у практичној употреби је било даровање са елементима *mortis causa*, о чему су најзначајније податке оставили антички песници, оратори и филозофи. Наравно, даровање за случај смрти које налазимо у атинском праву није компаративно са *donatio mortis causa* римског права, што не би требало ни очекивати, имајући у виду степен друштвеног развоја и време у коме се такво даровање развијало. Међутим, неспорно је да даровање за случај смрти, какво налазимо у атинском праву, има основна обележја даровања *mortis causa*, јер њиме поклонодавац врши имовинска располагања за случај своје смрти. И у другим деловима античке Грчке је коришћен поклон за случај смрти, што

се може утврдити анализом епиграфских и других расположивих извора. У сачуваним натписима могу се пронаћи трагови ове правне установе, као једног од најстаријих облика изражавања слободе непосредног располагања сопственом заоставштином за случај смрти.

Римски правници нису дали прецизно појмовно одређење *donatio mortis causa*, нити његову класичну дефиницију. Из изворних римских правних текстова се једино може видети да се ради о сложенем правном институту, чија су најважнија обележја римски правници посебно истакли. У класичном праву, попут обичног поклона, *donatio mortis causa* није био типичан правни посао, већ кауза која се остваривала различитим правним пословима. Класично право још увек није познавало у већој мери приближавање *donatio mortis causa* правилима наследног права, па се *donatio mortis causa* сматрао правним послом међу живима и једним од облика поклона. Међутим, римски правници су правили јасну разлику између даровања *inter vivos* и *donatio mortis causa*. Док је код обичног поклона својина на поклоњеној ствари одмах прелазила на поклонопримца, код *donatio mortis causa* није била намера да се поклоњена ствар одмах пренесе у својину поклонопримца. Две су посебне карактеристике које раздвајају даровање за случај смрти од обичног поклона. То су опозивост *donatio mortis causa*, и чињеница да је његов настанак мотивисан одређеним страхом од смрти. То су основне карактеристике које једном поклону дају обележје *donatio mortis causa*.

Пошто постоји сличност између обичног поклона и *donatio mortis causa*, јер су оба даровања двострани послови који садрже у себи бесплатност. Класични правници су их сматрали блиским институтима и сврставали у вишу категорију *donationes*. Стога је неопходно између њих истаћи дистинктивне елементе. Разлика између њих се може уочити већ код мотивације поклонодавца за поклањањем. Док је код обичних поклона воља поклонодавца усмерена на бесплатно увећање имовине поклонопримца, најчешће услед одређене наклоности према њему, код *donatio mortis causa* мотивација поклонодавца је условљена наступањем смрти, било услед непосредне смртне опасности или услед размишљања о људској смртности. Као основни критеријум за разграничење *donatio mortis causa*, од поклона *inter vivos* може послужити развојна тежња приближавања *donatio mortis causa* правилима наследног права, што је резултирало све већим разилажењем са обичним поклоном, који је по структури остао

облигациони уговор. У вези са тим, меродаван критеријум за разграничење обичног поклона од поклона за случај смрти било би право поклонодавца на опозив поклона, што је обележје наследноправних располагања, а што није карактеристика поклона *inter vivos*. Таква опозивост се нарочито истиче у ситуацијама када поклонодавац преживи смртну опасност услед које је извршио даровање и када поклонопримац умре пре поклонодавца. Осим тога, приликом разграничења *donatio mortis causa* од обичног поклона увек треба имати у виду стварну вољу странака коју они имају приликом предузимања правног посла, а не форму коју су представили. Право на опозив је основно обележје *donatio mortis causa* и код даровања где такво право није предвиђено ради се о обичном поклону, чак и када су странке предузеле такав посао у поводу смрти и представиле да је у питању *donatio mortis causa*. С друге стране не може правни посао бити *donatio inter vivos* зато што су га странке тако назвале. Ако код даровања егзистира право на опозив онда се такво даровање мора третирати као *donatio mortis causa*, и на њега применити правила наследног права, укључујући и оптерећење донатора фидеикомисима.

Првобитно се даровање за случај смрти сачињавало само код конкретне смртне опасности која је претила поклонодавцу - *periculum imminente*, међутим, већ у класичном периоду су се појавили и случајеви даривања без конкретне смртне опасности - *sola cogitatione mortalitatis*. Спорно је да ли се *donatio mortis causa* у класичном праву морао односити само на конкретну животну опасност, или је даривалац могао поклонити одређену ствар без одређене смртне опасности, само размишљајући о људској смртности. Изворни текстови које смо анализирали указују да је у класичном периоду постојала *donatio mortis causa sola cogitatione*. Да је у класичном праву постојала мотивација поклонодавца да учини поклон за случај смрти без конкретне смртне опасности, доказ нам пружа и Јустинијаново законодавство. Приликом спровођења законодавне реформе Јустинијанови правници су имали у виду сва достигнућа која су до тада била позната у вези даривања, и то како даривања *inter vivos*, тако и *donatio mortis causa*. Јустинијаново право је приказало оба могућа облика према којима је поклонодавац могао да сачини поклон: у страху од непосредне смрти или услед дужег размишљања о смрти. То се јасно наглашава у конституцији С. 8, 56, 4. Тешко се може претпоставити да је тек Јустинијан увео овакву дводелност код

мотивације поклонодавца за сачињавањем поклона. Ближе истини је претпоставка да су већ у класичном периоду постојала оба облика, те да је Јустинијаново право само прихватило такво чињенично стање.

Начини на који се реализује *donatio mortis causa* су различити међу собом, и то како према предмету, тако и према правним последицама. Због тога тешкоћу представља критеријум који треба користити при класификацији. Чак и када се изврши класификација и одређени случај *donatio mortis causa* прикључи неком од могућих облика, то треба увек схватати са извесном дозом резерве. Римски правници нису извршили класификацију *donatio mortis causa* према врстама, али јесу уочили његове различите облике. То се најбоље може видети из Улпијановог текста D. 39, 6, 2. и Јулијановог текста D. 39, 5, 1. За разлику од римских правника, модерна романистика је покушала да изврши класификацију и прикаже различите врсте *donatio mortis causa*. Притом, није постојало јединствено становиште, већ су се од стране аутора појавиле многе различите поделе. Највише присталица има подела на реални *donatio mortis causa* са подврстама у виду *donatio mortis causa* са моменталним извршењем и условљеног поклона за смрти. У вези са тим у романистици је дуго присутан спор о класичној изворности две подврсте реалног *donatio mortis causa*. Основна разлика у мишљењима се огледа у томе да ли су оба горе споменута облика реалног даровања изворно класична или само један од њих. Неспорно је да се реализација даровања непосредном предајом ствари обављала још при самом настанку *donatio mortis causa*, те да је пуну примену имала и у класичном праву, али је дилема постојала у погледу класичности даровања са суспензивно условљеним преносом власништва. Имајући у виду доказе које нам пружају извори, као и различите ставове романиста изнете у стручној дискусији, сматрамо да су у класичном римском праву постојала оба облика реалног даровања *mortis causa*. На то нам посебно указују извори, имајући у виду да се из садржаја текстова D. 39, 6, 2, и D. 39, 6, 29 може уочити да је римска правна наука класичног периода познавала оба облика *donatio mortis causa* и притом је правила јасну разлику између њих. Иако се у изворима највећи број случајева *donatio mortis causa* односи на реализацију преносом својине, одређени, мањи број текстова, односи се на његове посебне облике - обећавајући и ослобађајући *donatio mortis causa*, што је резултат проширења поља његове примене.

У класичном периоду поклон за случај смрти је, као и обично даровање, представљао каузу која се остваривала на различите начине, стога постоје сличности у њиховој структури и најважнија обележја која поседује *donatio mortis causa* блиска су таквим елементима код других поклона. Уговорна обележја која садржи поклон за случај смрти су бесплатност, *animus donandi* и двостраност, које карактеристике садржи и *donatio inter vivos*, у чему се огледа сличност између њих. Да би постојало пуноважно даровање неопходно је да се испуне неколико основних претпоставки. Најпре, основно обележје *donatio mortis causa*, као уосталом и обичних поклона, јесте његова бесплатност. Воља да се бесплатно неке нешто подари је објективни елемент даровања, и он је предуслов за постојање поклона. Међутим, сама бесплатност правног посла није довољна, да би се он сматрао даровањем. Оно што даје квалификацију даровању је субјективни елемент – воља да се учини поклон (*animus donandi*). Без тог обележја не може се говорити о поклону. Али, за разлику од једностраних правних послова, код даровања мора постојати и воља друге стране да прими поклон. Таква воља може бити изражена на различите начине, и она правном послу даје обележје двостраности. Тек када се стекну у једном правном послу наведени објективни и субјективни елементи, може се говорити о постојању даровања. Оно што чини разлику између *donatio mortis causa* и обичних поклона, јесу наследноправна обележја која поседује поклон за случај смрти.

Кроз своју еволуцију *donatio mortis causa* се све више усклађивао са правилима наследног права, да би коначно у Јустинијановом праву био скоро потпуно изједначен са легатима. Приближавање *donatio mortis causa* наследноправним правилима уочено је још у преткласичном праву. Такво усклађивање отпочело је проширивањем ограничења *Lex Furia* и *Lex Voconia* на поклон за случај смрти. Иако се не спомиње у текстовима изричито *donatio mortis causa* већ „*capere mortis causa*“, сматрамо да треба прихватити шири смисао овог израза, те да су наследноправна ограничења из ових закона примењивана на *donatio mortis causa*. Како су наследноправна ограничења прописана наведеним законима бивала временом све више заобилажена, то је ради заштите права на нужни део донет *lex Falcidia*, чија се примена временом проширила и на *donatio mortis causa*. Њиме је оставилац био ограничен у свом располагању, јер је законским наследницима гарантован нужни део у висини четвртине вредности имовине оставиоца (*quarta Falcidia*). Иако постоје одређена неслагања, сматрамо да је извесно да се

ограничење способности за пријем наслеђа кроз *leges Iulia et Papia* примењивало и на *donatio mortis causa*, што потврђују изворни текстови које смо анализирали. Ограничења у слободи располагања имовином од стране ослобођеника могла су бити ограничена од стране патрона путем *Actio Calvisiana* и *Actio Fabiana*. Намера оваквог ограничења била је да се њиме спрече преваре ослобођеника на штету имовине патрона. Правно дејство је остваривано према свим поклонима, укључујући и *donatio mortis causa*. Од коначног исхода у спору је зависила и пуноважност *donatio mortis causa*, јер уколико би патрон доказао преварне намере ослобођеника даровање за случај смрти би било поништено. Римски правници су познавали право на нужни део и законским мерама су спречавали оставиоца да отуђи целокупну имовину. На све поклоне се могло применити правило о нужном наследном праву законских наследника, па је тако и *donatio mortis causa* била подобна да задовољи *portio debita*.

Класично право је познавало упоредно постојање тестаментa и *donatio mortis causa*. Предност поклона за случај смрти у односу на тестамент огледала се у томе што у погледу права на нужни део *donatio mortis causa* није зависио од важности тестаментa. Уколико би наследник првог наследног реда по преторском праву тестаментом био заобиђен, претор би му дозволио да помоћу посебног интердикта од тестаменталног наследника захтева уступање дела заоставштине који би му припао интестантно. Тако би употребом *bonorum possessio contra tabulas* био поништен тестамент, али је *donatio mortis causa* би и даље био пуноважан. Његова валидност би остајала на снази без обзира ко је поклонопримац, јер се из извора закључује да судбина *donatio mortis causa* не зависи од особа које примају поклон. Тек у Јустинијановом периоду могло је доћи до правила да падом тестаментa престаје и важност *donatio mortis causa*, јер је већ тада Јустинијан донео прописе са циљем изједначавања *donatio mortis causa* са легатима. Предност *donatio mortis causa* у односу на тестамент је била и у томе што су синови који су се налазили под очинском влашћу – *filius familias*, све до очеве смрти или еманципације били особе *aliena iuris*, које су стицале за оца, при чему су били ограничenu и у погледу примене тестаментa. Међутим, овим особама је било омогућено да пуноважно могу користити *donatio mortis causa*. Уз *donatio mortis causa* могао бити наложен фидеикомис. Да ли ће се у конкретном случају применити фидеикомис зависи од намере учесника, јер и када је поклон представљен као *inter vivos* мора се утврдити

стварна воља учесника. Уколико је превиђена опозивост даровања онда је то својство *donatio mortis causa*, и сваки поклон који је опозив представља основ за примену фидеикомиса. За остварење таквог права користио се *condictio*. Фидеикомис се могао применити и на поклон *mortis causa* који жена у знак мираза даје свом мужу, а поклонопримац који прими поклон *mortis causa* може путем фидеикомиса да буде у обавези и да пружи издржавање трећем лицу. Правно дејство фидеикомиса наступа тек по смрти поклонодавца, а како је фидеикомис наложен уз *donatio mortis causa*, поклонодавац га може за живота опозвати и захтевати враћање поклона. Правила Јустинијановг права су *donatio mortis causa* скоро потпуно изједначила са легатима, али сматрамо да није дошло до њиховог потпуног изједначавања. У прилог тези да Јустинијаново право није потпуно изједначило *donatio mortis causa* са легатима, стоји и чињеница да за постојање поклона за случај смрти није неопходно постојање тестаментa, што није случај код легата. Нарочито није било потребно постојање валидног тестаментa, што је био неопходан услов за постојање легата. Управо је то важна разлика између *donatio mortis causa* и легата, јер је и у Јустинијановом праву било на снази правило да легат не може постојати без постојања тестаментa. Осим тога, постоји разлика и у томе што се код *donatio mortis causa* поклонопримац не налази ни у каквом правном односу према наследницима поклонодавца, док је легат увек завештаван на терет наследника, који су били у обавези да га испуне.

Правилно сагледавање права на опозив кроз историјски развој *donatio mortis causa* је од вишеструке важности. Пре свега, право на опозив је карактеристика која чини основну разлику између обичних поклона и *donatio mortis causa*. У почетку се опозивање поклона за случај смрти код реалног даровања, могло захтевати само из објективних разлога насталих услед конкретне смртне опасности, и то након превазилажења такве опасности или због раније смрти поклонопримца. Развојем овог института признато је и право опозива из субјективних разлога, односно више није било потребно постојање смртне опасности ради опозивања поклона, већ је поклонодавац могао једноставно да промени своју вољу. Спорно је било да ли је класично право познавало слободан опозив *donatio mortis causa* или је то била творевина Јустинијановог права. Спроведеном анализом изворних текстова може се доћи до закључка да право на слободан опозив поклона није настало тек у Јустинијановом периоду. Исправнија је претпоставка да је Јустинијаново

право само преузело правило о слободној опозивости које је већ постојало у ранијем периоду, и одувек је издвајало *donatio mortis causa* у односу на друге врсте поклона, и приближавало га наследном праву. Јустинијан је у конституцији С. 8,56,4 наредио да се на *donatio mortis causa* примењују правила прописана за легате, при том наводећи да је тиме решио спор класичних правника око природе овог института, јер су постојале недоумице да ли је *donatio mortis causa* уговор о поклону или легат. Без постојања права на опозив тешко да би могло да буде спора између класичних правника о правној природи *donatio mortis causa*. Значајније приближавање *donatio mortis causa* институтима наследног права одиграло се у Јустинијановом периоду, када је дошло до измене правне структуре донације за случај смрти, која се сада скоро у потпуности изједначила са одредбама последње воље.

У посткласичном периоду извршена је темељна реформа поклона. За разлику од класичног периода када је поклон био само кауза правног посла, сада се даровање развило као типичан правни посао. Заслуге за свеобухватну реформу даровања припадају цару Константину, који је поклон регулисао на другачији начин. У посткласичном периоду је Константиновом реформом поклон схваћен као типичан уговор, а не само кауза правног посла као до тада. Ово се не може закључити за *donatio mortis causa*, јер је регулисање поклона за случај смрти у посткласичном периоду било слично оном из класичног периода. Стога сматрамо да Константинова реформа није у најбитнијим цртама захватила *donatio mortis causa*, јер се прописана правила нису односила и примењивала на поклоне за случај смрти. Тако, за разлику од поклона *inter vivos*, поклони *mortis causa* нису постали типичан аутономан правни уговор, са строго прописаним формалностима, јер се *donatio mortis causa* и даље остваривао кроз различите правне форме. Јустинијан је у својој законодавној делатности преферирао изједначавање *donatio mortis causa* са легатима и његово потпуно усклађивање са наследноправим институтима. Међутим, до такве асимилације није дошло јер су се у структури *donatio mortis causa* задржали елементи уговорне природе који поклон за случај смрти разликују од института наследног права. Осим већ наведених разлика између легата и *donatio mortis causa*, у погледу валидности легата само уз постојање тестаментa и правног односа који је легатар имао према онерату, што код *donatio mortis causa* није био случај, треба напоменути и да је правна природа *donatio mortis causa*

таква да се, како за настанак поклона, тако и за опозив мора претпоставити сагласност друге стране, макар она била и прећутна. Такви елементи праве од *donatio mortis causa* двострани правни посао и разликују га од легата, као једностране изјаве воље.

У другом делу рада изложили смо упоредноправна решења поклона за случај смрти. Пре него што смо проучили утицај римског права на српско право, сматрали смо за неопходно проучити развој *donatio mortis causa* у упоредном праву. Ово из разлога што сматрамо да утицај римског права на савремена права треба сагледати целовитије, на једном ширем плану, истражујући његов утицај на најзначајнија упоредноправна законодавства, па тек онда проучити однос између римског и српског права.

Иако се национална права међусобно разликују, римско право је, у већој или мањој мери, извршило утицај на све велике грађанске кодификације у Европи, настале у XIX и почетком XX века. Тако је и правно схватање о *donatio mortis causa* из римског права пренето у модерна европска законодавства. Све значајније државе европског континенталног права, попут Немачке, Швајцарске и Аустрије, су, уз одређене модалитете, прихватиле римско схватање поклона за случај смрти. Изузетак је Француска, где је овај институт био примењиван у старом француском праву али је недопуштен у савременом праву. Међутим, у европским континенталним правима наилазимо на различиту правну природу, форму и модалитете овог даровања, што указује да се ради о сложеном правном институту. Карактеристика свих правних система је да су, по угледу на римско право, поклон за случај смрти прихватили као институт на граници између облигационог и наследног права, где се даровање реализује тек након смрти дародавца.

За разлику од европских континенталних права, удео римског права у енглеском праву је минималан, и у прошлости је законским мерама спречаван. Зато је значајна чињеница да је институт поклона за случај смрти у енглеско право доспео директно из римског права, и до данас су се у енглеској доктрини поклона за случај смрти задржала обележја *donatio mortis causa* римског права. Тако је у савременом енглеском праву задржан поклон за случај смрти искључиво као реално даровање испоруком предмета поклона поклонопримцу од стране поклонодавца, какав је био најстарији облик *donatio mortis causa* римског права. У енглеском праву за пуноважност даровања мора постојати конкретна блиска смртна опасност по дародавца, за разлику од римског права, где се

даровање за случај смрти, у каснијој развојној фази, могло закључити и без такве конкретне опасности, већ само услед размишљања о смртности. У енглеском праву дуго времена је важило правило да предмет поклона за случај смрти може бити само покретна ствар, али је последњих деценија дошло до најзначајнијег проширења, када је дозвољен *donatio mortis causa* на непокретностима. Прекретница за такво проширење био је случај *Sen vs Hedley*, из 1991. године, а коначна потврда таквог става изражена је кроз одлуку у случају *Vallee vs Birckhwood* из 2013. године. Тиме се енглеска доктрина *donatio mortis causa* приближила римском *donatio mortis causa*, где је предмет даровања за случај смрти могло бити све оно што и предмет даровања међу живима. Правна природа поклона за случај смрти у енглеском праву је задржала хибридни облик, каква је била природа даривања за случај смрти у изворном римском праву. У каснијој фази развоја римског права, а посебно у Јустинијановом законодавству, поклон за случај смрти се скоро потпуно изједначио са легатима, док је у енглеском праву задржан његов изворни хибридни облик, који садржи елементе и уговорног и наследног права.

Правила о поклону за случај смрти у јеврејском праву наликују таквим правилима у римском праву, што указују на прастаро порекло ове установе. Одређена врста даровања у размишљању о смрти налазе се још у јеврејској Библији, а нешто веће сличности се могу наћи у арамејским рукописима из V века п.н.е. за које се сматра да су јеврејског порекла. То, међутим, нису класични облици *donatio mortis causa* какве познајемо из каснијих епоха у развоју овог правног института. Тек, даровање из Талмудског права, под називом *mattenath šakhiv mera'* има веће сличности, и са *mesawweh mehamath mitha*, поседују конструкције које грубо одговарају *donatio mortis causa* римског права.

Шеријатско или исламско право даје првенство законском реду наслеђивања. Међутим, могућа је расподела имовине, уз извесна ограничења, и ван законског наследног реда. Шеријатско право у погледу располагања последњом вољом нема специјалне форме за постављање наследника нити за одређивање легата. За располагање последњом вољом постоји само један појам, а то је *vasijjet*. Већина аутора сматра да је правни институт *vasijjet* веома близак, ако не и идентичан тестаменту. Наша позиција се разликује од оваквог схватања, јер сматрамо да је даривање *vasijjet* двострани правни посао, који по својим обележјима много више одговара поклону за случај смрти, него тестаменту. Да би овај правни посао производио правно дејство потребно је, осим изјаве воље оставиоца,

да се и обдареник прими поклона и пристане да поклоњена ствар пређе на њега. Стога су били у праву шеријатски правници када су закључили да је то у суштини двострани правни посао. *Vasijjet* поседује и друга обележја даривања за случај смрти – слободну опозивост, и услов да поклонопримац мора да преживи поклонодавца да би даровање производило правно дејство. Истина, одређене особености *vasijjeta* чине га различитим у односу на *donatio motis causa* римског права и савремене поклоне за случај смрти. То су, пре свега, правило да примаоци поклона не могу бити законски наследници (осим по изричитом пристанку осталих санаследника), и ограниченост располагања *vasijjetом* на највише трећину имовине, чиме се штите права законских наследника.

Поклон за случај смрти у српском праву развијао се под директним утицајем римског права. Заслугом архиепископа Саве настао је 1219. године први српско-словенски Номокамон – Законоправило. Он је садржао претежно одредбе византијског правног зборника - Прохирона (Градског закона), чиме је у Србију унето римско-византијско световно право. Прохирон је имао посебне одељке о поклону, који су неизмењени пренети у дванаесту грану Законоправила, под насловом „О дару“ и тринаесту грану – „О опозиву дара“.

Осим поклона међу живима, Прохирон је садржао и правила о поклону за случај смрти, те су и ова правила преузета у Законоправило. Поклони за случај смрти настајали су као двострани правни послови, сагласношћу воља уговорних страна, али су производили дејство *mortis causa*. Циљ уговора био је да поклонодавац задржи и користи поклон за време свог живота, а да тек након његове смрти предмет поклона припадне поклонопримцу, а не његовом наследнику. Одложни услов је неопходан код ове врсте поклона за случај смрти, јер је постојао услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би уговор производио правно дејство. Права из уговора нису прелазила на наследнике поклонопримца, и смрћу поклонопримца пре поклонодавца, поклон је престајао да важи. Осим овакве врсте поклона за случај смрти, постојао је и поклон уз непосредну предају ствари у својину поклонопримца. Разлог за то је, најчешће била смртна опасност која је претила поклонодавцу. Међутим, поклон за случај смрти је могао бити учињен и у ишчекивању природне смрти, или због бојазни од опасности на путовању, које су у то време биле честе. Тада се својина преносила на поклонопримца тек након смрти поклонодавца.

Несумњиво је да су се правила о поклону за случај смрти заснована на римско-византијској традицији примењивала у законодавству цара Стефана Душана. Истражујући правне изворе дошли смо до закључка да је у Душановом законодавству велики број норми био посвећен овој установи, те да су поклони дати „за душу“, најчешће цркви, били веома распрострањени у тадашњој средњовековној српској држави. Такве поклоне давали су поред краља и властеле и обични грађани. То је у ствари био *donatio mortis causa* који је у српско право доспео из Јустинијаног права, тако да у многим српским повељама постоје случајеви уговора о поклону *mortis causa*..

Након пропасти српске средњовековне државе, римско-византијска правна правила у вези уређивања грађанскоправних односа, а посебно у вези брака, наслеђивања или уговора који су међусобно закључивали српски грађани, остала су у практичној примени код српског народа наредних неколико векова. Несумњиво је да су и правила о поклону за случај смрти, ослоњена на римску правну традицију, примењивана на нашим просторима све до стварања модерне српске државе.

Грађански законик за Кнежевину Србију од 1844. године је поклон регулисао са осам чланова од чега шест чланова садрже правила делимично или у потпуности преузета из римског права. По угледу на Јустинијаново право, када је поклон постао самосталан правни посао, његова варијанта *donatio mortis causa* изједначена је са легатом и пребачена је у област наследног права, што је учињено и у СГЗ.

Српски грађански законик је поклон за случај смрти идентификовао са испоруком, што је јасно наведено у § 586. Иако је СГЗ настао под утицајем АГЗ, као модел за регулисање поклона за случај смрти није послужило правило из АГЗ да поклон за случај смрти може важити или као легат или као уговор. Наиме, СГЗ је преузео само први део параграфа 956 АГЗ, где се говори о поклону за случај смрти као легату. Међутим, изостављен је други део истог параграфа, који је предвиђао уговорну природу поклона за случај смрти. Тако се према схватању предратних правних писаца, поклон за случај смрти сматрао легатом – једностраном изјавом воље која се даје у форми тестаментa. Такав став, није једногласно заступала и предратна судска пракса, јер се из неких судских одлука највиших инстанци може видети да овакво даровање може бити сачињено и у форми уговора, сматрајући да такав облик поклона није био изричито забрањен, нити се противио јавном поретку и позитивним прописима.

Насупрот предратног поимања поклона за случај смрти као легата, у домаћој послератној правној доктрини је прихваћена уговорна природа даровања за случај смрти, те је овај правни институт схваћен као уговор о поклону *inter vivos* са одложним роком, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца. На тај начин је поклон за случај смрти прихваћен као модификација и један од облика уговора о поклону, те за њега важе општа правила која се односе на поклон.

Оправданост инсистирања на уговорној природи поклона за случај смрти огледа се у томе што овај правни посао може настати само као резултат сагласности воља поклонодавца и поклонопримца. Постигнута сагласност воље ствара облигационоправни однос, који везује уговорне стране од тренутка њеног постизања. Разликује се од легата као једностране формалне изјаве са дејством *mortis causa*, јер је за постојање испоруке довољна изјављена воља само једног лица – дариваоца, док је за закључење уговора потребан споразум о заједнички изјављеној вољи поклонодавца и поклонопримца.

Дакле, у погледу правне природе поклона за случај смрти у послератној теорији и пракси је преовладавало схватање да се ради о уговору о поклону *inter vivos* са одложним роком, уз посебну погодбу да ће предмет поклона бити предат поклонопримцу након смрти поклонодавца.

Поред тога поклон за случај смрти, који је у нашем позитивном праву схваћен као уговор, је неопозив, осим у изузетним случајевима који се примењују и на редован поклон. За такве уговоре не важи правило да „надживљавају“ уговорнике. Смрћу поклонопримца право из уговора не прелази на његове наследнике, већ се гаси. Посмртни поклон – *donatio post mortem* за разлику од *donatio mortis causa* не захтева услов да поклонопримац надживи поклонодавца да би поклон имао правно дејство. Право да траже предају и пренос својине имају његови наследници. Иначе, посмртни поклон је по својим карактеристикама веома сличан обичном поклону, од којег се разликује само по томе што је извршење обавезе на предају и пренос ствари одложено након смрти поклонодавца.

У нашој земљи у току је рад на кодификацији грађанског права, где је Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије у тексту Преднацрта предложила концепт

поклона за случај смрти, који се разликује од његовог појма који је усвојен у послератној, и данас преовлађујућој правној теорији.

Предложени концепт поклона за случај смрти у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије није прихватио схватање позитивног права, већ се неким својим решењима веома приближио *donatio mortis causa* римског права.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије поклон за случај смрти дефинише као уговор. У члану 680 ст.1 Преднацрта се наводи да поклон представља уговор чије извршење је одложено након смрти поклонодавца, и исти мора испуњавати формалне услове који подразумевају да мора бити састављен у писаној форми уз оверу потписа од стране надлежног органа. Међутим, према другом правилу, концепт поклона у Преднацрту се разликује од појма уговора који је усвојен у домаћој правној теорији. Према ставу 2. истог члана 680 Преднацрта, поклонодавац може увек по својој вољи да раскине даровање за случај смрти, те се располагање предметом таквог даровања било правним послом међу живима или правним послом за случај смрти може сматрати раскидањем даровања. Поклонодавцу је дато право да увек, непосредно или посредном изјавом, раскине поклон за случај смрти, што овај правни институт удаљава од теоријског схватања поклона као уговора, а приближава га сфери опозивних правних послова за случај смрти. Тиме је у Преднацрту Грађанског законика прихваћена идеја по којој је уговор о поклону за случај смрти једнострано опозив.

Опозивост поклона није особеност уговора о поклону. Опште прихваћен став правне теорије је да се једностраном изјавом једног од уговарача не може мењати уговор. Такво схватање неопозивости поклона је присутно, како, у ранијим грађанским законцима који су регулисали материју поклона на нашим просторима, тако и у упоредном законодавству. Уговор не карактерише право једне стране да одустане од њега по својој вољи, па такво правило није предвидео ни Закон о облигационим односима.

Слободној опозивости поклона за случај смрти се супротставља и домаћа правна теорија која сматраа да овај уговор, као ни други уговори, не може бити једнострано раскинут, изузев када наступе случајеви под којима се може раскинути обичан поклон. У прилог свог мишљења наводе да начелу правне сигурности више одговара да поклонодавац овај поклон може раскинути из законом одређених разлога, а не по слободној вољи,

сматрајући да опозивање по слободној вољи обећања користи више одговара правилима тестаментa и легата. Како је овде реч о уговору у коме је само предаја предмета одложена до смрти поклонодавца, то би могућност раскида уговора требало подвргнути општим правилима која се примењују на уговор о поклону.

Заузимајући наш став о овом питању, будући да постоји знатна различитост у ставовима домаће правне доктрине и предлога из Преднацрта, сматрамо да је оправдано поклону за случај смрти дати својство слободне опозивости. Имајући у виду правну природу поклона за случај смрти, који у себи садржи елементе и облигационог и наследног права, сматрамо да поклон за случај смрти не треба схватити као класичан уговор, већ као грађанскоправни институт *sui generis*, тако да би се могла оправдати примена става да је поклон за случај смрти једнострано опозив по вољи поклонодавца.

Друго, у правној теорији се поставило питање да ли Преднацрт Грађанског законика поставља материјалноправни услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би правни посао производио правно дејство, како је дејство имао *donatio mortis causa* у римском праву.

Наше позитивно право и правна теорија, углавном, поклоном за случај смрти означавају сагласност воља где дејство уговора настаје под одложним роком а не одложним условом, те се не поставља услов да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би уговор био перфектан.

Преднацрт Грађанског законика није посебно дефинисао материјалноправни услов да поклонопримац мора да надживи поклонодавца. У тексту Преднацрта се не налази таква одредба, што се може схватити да Преднацрт не поставља такав услов. У самом тексту се нигде не спомиње сагласност воља чије дејство зависи од услова да поклонопримац мора да надживи поклонодавца. Међутим, иако то није изричито назначено, сматрамо исправнијим постојање одложног услова, где ће дејство уговора зависити од услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца. Ово из разлога што сматрамо да је уговор о поклону за случај смрти по својој природи уговор закључен *intuitu personae*, где се одступа од правила да уговори настављају правно дејство и након смрти уговорника. Поклонодавац се код закључења овог уговора руководи субјективним мерилима, где лична својства поклонопримца одлучујуће утичу на *animus donandi* поклонодавца да

бесплатно уступи неку своју имовинску вредност поклонопримцу. Одложни услов би требало прописати и из разлога што је у Преднацрту, очигледно, прихваћен став да се код даривања ради о уговорима закљученим *intuitu personae*. То недвосмислено произилази из предложеног правила да странке могу да уговоре повраћај поклона у случају претходне смрти поклонопримца, чиме је поклонодавцу дато право да раскине уговор ако не жели да поклон после његове смрти припадне наследницима поклонопримца. О томе се изричито говори у чл. 679. Преднацрта где је прописано да ће бити пуноважна одредба уговора о повраћају поклона поклонодавцу уколико поклонопримац премине пре њега.

У очекивању доношења Грађанског законика којим ће, поред осталог, бити регулисан и поклон за случај смрти, овде ћемо изнети неколико предлога за његово уређивање:

Поклон за случај смрти треба бити сачињен у форми јавне исправе, и мора бити оверен од стране надлежног органа. Ради правне сигурности орган који врши оверу треба бити надлежни суд или нотар. Поклон за случај смрти треба стандардизовати као посебан одељак у оквиру главе која се односи на поклоне.

Поклон за случај смрти треба регулисати уз постојање одложног услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца да би поклон био перфектан. Ово из разлога што се ради о правном послу закљученом *intuitu personae*, где су странке приликом постизања сагласности воља имале у виду лична својства уговорника. Код уговора закључених *intuitu personae* се одступа од правила да уговори настављају правно дејство и након смрти уговорника, те сходно томе дејство уговора може бити само за време трајања њиховог живота.

Поклону за случај смрти треба дати својство опозивости, где би поклонодавац могао слободно да располаже предметом поклона, и да га једнострано може опозвати по својој вољи. Међутим, тако широко дато право поклонодавцу треба ограничити могућношћу да се поклонодавац може одрећи права на опозив поклона, било непосредно приликом постизања сагласности воља, било посредно, обезбеђујући поклонопримчево потраживање.

Поклонопримац не би са успехом могао да предузима мере принудног остварења свог потраживања, имајући у виду могућност једностране опозивости од стране

поклонодаваца. Међутим, уколико дародавац обезбеди његово извршење неким од средстава обезбеђења или у поступку који је покренуо поклонопримац ради обезбеђења потраживања, не истакне приговор, сматраће се да се на тај начин посредно одриче права на опозив поклона.

Поклонопримцу треба дозволити право на накнаду штете уколико поклонодавац без основаног разлога опозове поклон, и тиме наступе штетне последице у имовини или правима поклонопримца.

Коначно, правну природу овог грађанскоправног института треба схватити као *sui generis*. Уговорна природа би се огледала у неопходности сагласности воља за настанак овог правног посла. Могућност дародавца да се, у оквиру слободне аутономије воље, може одрећи опозивања поклона, као и право на накнаду штете поклонопримцу уколико поклонодавац без основаног разлога опозове поклон за случај смрти, било би у складу са уговорном природом овог правног института. С друге стране, особине легата би биле у опозивости по слободној вољи поклона за случај смрти и неопходност остварења услова да поклонопримац мора да надживи поклонодавца да би уговор био перфектан.

СКРАЋЕНИЦЕ

AHDE.....	Anuario de historia del derecho español
AP.....	Annali del Seminario Giuridico della 'Università di Palermo
A.P.	Cowley, A <i>Aramaic Papiry of the Fifth Century B.C.</i> 1923.
BPhW.....	Berliner Psihologische Wochenschrift
b.	Babylonian Talmud
B.B.	Baba Bathra
FIRA.....	Fontes iuris romani antiqui
IURA.....	Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico
p.	Palestinian Talmud
P.Brooklyn.....	Krealing, E.G. <i>The Brooklyn Museum Aramaic Papiry</i> , 1953.
RIDA.....	Reviue internationale des droits de l' antiquité
RISG.....	Revista italiana per le scienze giuridiche
Deut.....	Стари Завет Поновљени Закони
Gen.....	Стари Завет Књига Постанка
Ezek.....	Ezekiel - Стари Завет Пророк Језакија
M	Mishnah
I K.....	Стари Завет Прва Књига о Краљевима
2 K.....	Стари завет Друга Књуга о Краљевима
2 Sam.....	Стари Завет Друга Књига Самуилова
2 Chr.....	Стари Завет Друга Књига Летописа
Sirach.....	Књига Сирахова
SZ.....	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Tos.	Tosephta
TR.....	Tijdschrift voor rechgeschiedenis
ZGRW.....	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZSS.....	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte

ИЗБОРИ

- Arrangio-Ruiz, V., Olivieri, A.,..... *Inscriptiones Graeciae Siciliae et Infamiae Italiae ad ius pertinentes*, Mediolani 1925.
- Aristotel..... *Politika*, Beograd 1960 (prevod Lj.Crepajac)
- Cowley, A..... *Aramaic Papiry of the Fifth Century B.C.* 1923.
- C.....*Codex iustinianus (Corpus iuris civilis,Trieste,1782.)*
- Cicero..... *M.Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia*, ed. Muiler,C.F.W., vol. I-IV, Lipsiae, 1893-1905
- CTh.....*Codex Theodosianus*, edd. Th. Mommsen-Paulus M. Meyer, Dublin,/Zurich, 1971
- D.....*Digesta (Corpus iuris civilis, Trieste, 1782.)*
- Dareste, R., Haussoullier, B.,
- Reinach, T.,*Recueil des inscriptions juridigues grecques*, I-II, Paris 1891-1904.
- Demosthenes..... *Demosthenes*, I-VII (ed.Vince, J.H.-Murray, A.T.), London - Cambrige 1962 -1970.
- FIRA I-III *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, I (Leges ed. S.Riccobono 1941), II (Auctores, ed. I.Baviera er. I.Furlani, 1940), III (Ne-gotia, ed. V.Arangio-Ruiz, 1943) sve Florantiae
- Frag.Vat.....*Fragmenta Vaticana*, Girard, P.F. *Textes de Droit Romain*, 1903.
- Gai Inst.....*Gai Institutiones*, prevod Stanojević, O., Beograd 1982.
- Girard-Sen.....*P.F.Girard-F.Sen (Textes de Drit Romain*, Paris 1967)
- GZ..... *Gortinski zakonik*, Avramović, S., Rano grčko pravo i

Gortinski zakonik, Beograd 1977. (daktilografisano)

Euripid..... *Euripidove drame*, I-II, Zagreb 1919-1920.

I..... *Institutiones*, (Corpus iuris civilis, Trieste, 1782)

II. Homer, *Ilijada*, Subotica 1965. (prevod M.Đurić)

Od. Homer, *Odiseja*, Subotica 1963. (prevod M.Đurić)

Kreling, E.G..... *The Brooklyn Museum Aramaic Papiry*, 1953.

Nov..... *Novellae* (Corpus iuris civilis, Trieste, 1782)

Plutarh..... Plutarshovi izabrani živopisi znamenitih Grka i Rimljana, I-II,

Zagreb 1891-1892 (prevod S.Sanc)

PS..... *Paulo, Sentencije (Iulii Pauli, Sententinae ad filium)*

Prevod Romac, A. Zagreb, 1989.

Sofokle..... *Sophoclis Tragoediae*, ed. L.Dirndorf, Lipsiae 1901.

Ulp.Reg..... *Ulpian, Knjiga regula (Ulpianus, Regularum liber singularis)*

Prevod Romac, A., Zagreb, 1987.

ЛИТЕРАТУРА

1. Amelotti, M., La „Donatio mortis causa“ in diritto Romano, Milano, 1953.
2. Amsler, P., Donatio a cause de mort et designation du beneficiaire d une assurance de personnes, Berne, 1979.
3. Антић, О., Наследно право, Београд, Београд, 2011.
4. Антић, О., Облигационо право, Београд, 2010;
5. Antić, O., „Kauza“, *Pravni život*, 10/2005;
6. Антић, О. - Балиновац, З., Коментар Закона о наслеђивању, Београд 1996.
7. Андреев, М.Н., Римско частно право, Софиа, 1975.
8. Arnds von Arnberg, K.L., *Lehbruch der Pandekten*, Stuttgart, 1889 (на српски превели I књигу Ђорђевић, А. и Мијушковић, Д., Beograd, 1890., а II,III,IV i V књигу Мијушковић, Д., Beograd 1892-1896.)
9. Аврамовић, С., Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву (докторска дисертација), Београд, 1981.
10. Avramović, S. *Rano grčko pravo i Gortinski zakonik (magistarski rad)*, Beograd 1977.
11. Аврамовић, С. „Разлике у садржини и правној природи римског тестаментa и тзв. Легарског тестаментa старог грчког права“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 1/1987.
12. Аврамовић, С., Општа правна историја (стари и средњи век), Београд, 2000.
13. Аврамовић С, Станимировић, В. Упоредна правна традиција, Београд 2009.
14. Аранђеловић, Д. Наследно право по Грађанском законик у Краљевине Србије, Београд, 1925.
15. Аранђеловић, Д.-Беговић, М., Наследно право по Грађанском законик у Краљевине Србије са кратким прегледом шеријатског наследног права, Београд, 1940.
16. Аранђеловић, Д. Основи облигационог права са нарочитим оствртом на Грађански законик Краљевине Србије, II издање, Београд, 1936.

17. Аранђеловић, Д. „О фидуцијарним правним пословима“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 5-6, Београд, 1926.
18. Аранђеловић, Д. Предавања из римског права, Београд, 1938.
19. Arangio-Ruiz, V., Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1954.
20. Arangio-Ruiz, V., Il mandato in diritto romano, Napoli, 1965.
21. Arangio-Ruiz, V.-Guarino, A., Breviarum iuris romani, Milano, 1989.
22. Archi, G.G., Animus donandi, in: Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Band 3., Verona, 1948.
23. Archi, G.G., La donazione. Corso di diritto romano, Milano, 1960.
24. Arias-Bonet, „Mortis Causa Capiones“, *AHDE* 20 (1950)
25. Astolfi, R., Il matrimonio nel diritto romano classico, Padova, 2006.
26. Бабић, И. Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 2008.
27. Бабић, И. Наследно право, Београд, 2008.
28. Бабић, И. Основи имовинског права, Београд, 2008.
29. Бабић, И. Облигационо право – Општи део, Београд, 2008.
30. Бабић, И. Уговори грађанског права – посебни део облигационог права, Београд, 2008.
31. Baddeley, M., Commentaire romand du Code des obligations, Genève 2003.
32. Baker, P.V.- Langan, P.St.J., Snell Principles of Equity, 28. Edition, London, 1982.
33. Бакотић, Л., Iustiani Institutiones (Јустинијанове Институције), Београд, 1912.
34. Baron, I., Institucije rimskog prava, Zagreb, 1925.
35. Бартош, М., Основи приватног права, Београд, 1935.
36. Беговић, М., Шеријатско брачно право, Београд 1936.

37. Begović, N., „Testament u islamskom pravu“, Glasnik Rijaseta islamske zajednice u R.BiH, LXIV/2002, br.11-12, Sarajevo 2002.
38. Berger, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1935.
39. Beseler, G., Miscellanea: „Fideicommissum a debitore relictum“, SZ 45 (1925)
40. Besta, E., Le obbligazioni nella storia del diritto italiano, Padova, 1936.
41. Betancourt, F., Derecho romano clasico, Sevilla, 2007.
42. Betti, E., Teoria Generale Negocio Giuridico, Torino 1943.
43. Biondi, B., Il conceto di donazione, in: Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, Band 1, Milano 1947.
44. Biondi, B., Successione testamentaria e donazioni, Milano, 1955.
45. Biondi, B., „Appunti intorno alla donatio mortis causa nel diritto romano“ u AP, 29 (1914)
46. Biondi, B., Appunti intorno alla donatio mortis causa, in: ders., Scritti giuridici, Band 3 (diritto romano – diritto privato), Milano, 1965.
47. Благојевић, Б., Грађанско-правни облигациони уговори, Београд 1947.
31. Благојевић, Б., Наследно право, Београд, 1961.
32. Blagojević, B.-Antić, O., Nasledno pravo, Beograd, 1991.
33. Благојевић, Б., Посебни део облигационог права. Уговори, једнострани правни послови, грађанско-правни деликти, Београд, 1939.
34. Благојевић, Б., Римско право, II део: Грађански судски поступак, Облигационо право, Београд, 1946.
35. Blagojević, B.-Kruļj, V. (red.), Komentar zakona o obligacionim odnosima, I,II, Beograd, 1980.
36. Bogojević-Glušćević, N., Izvori za rimsko obligaciono pravo (opšti i posebni deo), Podgorica, 1997.

37. Boras, M.-Margetić, L., Rimsko pravo, Zagreb, 1980.
38. Bonfante, P., „La Donatio Ellenica e la Donatio Mortis Causa“ Scritti Giuridici Varii, I, Roma 1910.
39. Bonfante, P., Istituzioni di diritto romano, Torino, 1946.
40. Borkowski, A., Deathbed Gifts: The Law of donatio mortis causa, Blekston, 1999.
41. Borkowski, A., Deathbed gifts the law od donatio mortis causa, Oxford 2005.
42. Borkowski, A., Textbook on Roman Law, Oxford, 1997.
43. Henry de Bracton - „*De legibus et consuetudinibus Anglie*“, ed. By George E. Woodbine, New Haven, Yale University 1922.
44. Broise, S., Animus donandi, Piza, 1975.
45. Bruck, E.F. Die Schenkung auf den Todesfall im grieshischen und römischen Recht, Breslau 1909.
46. Бубало, Ђ., Српски номици, Београд, 2004.
47. Buckland, W.W. A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambrige, 1966.
48. Buckland, W.W. The Main institutions of Roman Private Law, Cambrige, 1931.
49. Budimir, M.-Flašar, M., Pregled rimske književnosti, Beograd, 1986.
50. Bujuklić, Ž., Forum Romanum, Beograd, 2005.
51. Бујуклић, Ж., Римско приватно право, Београд, 2012.
52. Bušatlić, H.A., Porodično i nasljedno pravo muslimana, Sarajevo 1926.
53. Casavola, F., Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana, Napoli, 1960.
54. Cigoj, S., Teorija obligacij, Spolšni del obligacijskega prava, Ljubljana, 1981.
55. Cohen, A. Die Lehre des römischen Rechtes vod der Schenkung von Todeswegen, München 1878.

56. Comparetti, M., *Tabelle testamentarie delle colonie echee di Magna Graecia*, Athene 1916.
57. Crawford, J.L., *Donatio mortis causa*, 1948.
58. Crossley Vaines, J., *Personal Property*, 5. Edition, London, 1973.
59. Cugia, S., *L'espressione „mortis causa“*, Napoli, 1910.
60. Cuq, É., *Manuel des institutions des Romains*, Paris 1917.
61. Ćeranić, J., „Izvori američkog prava“, u: J. Ćirić, *Uvod u pravo SAD*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008.
62. Ćerimović, M.A., *Šeriatsko nasljedno pravo (Feraiz)*, Sarajevo 1936.
63. Чубински, А., „Природне обавезе и њихова суштина“, *Бранич* 6/1925.
64. Даниловић, Ј., „Контракт у римском класичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1974.
53. Даниловић, Ј. „Српски грађански законик и римско право“, Сто педест година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. Маја 1994. (ур. Миодраг Јовичић), Београд 1996.
54. Даниловић, Ј.- Станојевић, О., *Текстови из римског права*, Београд, 1987.
55. Daza. M.,- Rodríguez, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Alicante 1993.
56. Dernburg, H., *Pandekten*, sa VI izdanja preveo Lazo Kostić, Zagreb 1900.
57. Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Catania, 1950.
58. Di Paola, S., *Donatio mortis causa*, Corso di diritto romano, Napoli, 1969.
59. Diosdi, G., *Ownership in Ancient and preclassical Roman Law*, Budapest, 1970.
60. Donatuti, G., *Lo statulibero*, Milano, 1940.
61. Dropsie, M.A., *The Roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death (mortis causa donationes)*, Holmes Beach, 2003.

62. Dumont, F., Les donations entre epoux en droit romain, Paris, 1928.
63. Dudley, D., Roman Society, London, 1975.
64. Дучић, Н., Крмчија морачка (опис рукописа – Фотијеви предговори – Градски закон), Гласник Српског ученог друштва, II одељење, књига VIII, Београд, 1877.
65. Džananović, I. Idžtiħad u prva četiri stoljeća islama, Sarajevo 1999.
66. Ђисаловић, Р., Гајеве Институције, књига I-II, Београд, 1939.
67. Ђорђевић, А. Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије у вези са међународним приватним правом. Књига прва: Општи део (прва половина), Београд, 1893.
68. Ђорђевић, А. Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије у вези са међународним приватним правом. Књига прва: Општи део (друга половина), Београд, 1896.
69. Ђорђевић, А. Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије (четврти део – Наследно право), Београд, 1910.
70. Ђорђевић, В. Наследно право, Ниш, 1997.
71. Ђорђевић, Ж.-Stanković, V., Obligaciono pravo, Beograd, 1987.
72. Ђурђевић, М., Уговор о поклону, Београд, 2012.
73. Ђурђевић, М., „Уговор о поклону за случај смрти“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2011.
74. Ehrenzweig, A. System des Oesterreichischen Allgemeinen privatrechts, Bd. I/1, Wien 1925.
75. Egersdorfer, A., Predavanja o institucijama rimskog prava, Zagreb, 1919.
76. Egersdorfer, A., Predavanje o pandektama, sv.II, Obvezno pravo, Zagreb, 1916.
77. Eisner, B.-Horvat, M., Rimsko pravo, Zagreb, 1948.
78. Елезовић, Г. Турски споменици, I, св.1,(1348-1520), Београд, 1940.

79. Engel, P., *Contrats de droit Suisse*, Berne 2000.
80. Erbe, W. *Die Fiduzia im romischen Recht*, Weimar, 1940.
81. Erhleben, A., *Die Conditiones sine causa*, 2. Abtheilung: die *condictio causa data causa non secuta*, Göttingen 1853.
82. Живојиновић, Д., *Неважност завештања (докторска дисертација)*, Крагујевац, 2003.
83. Живојиновић, Д., „Слобода завештања у средњовековној Србији“, у: „Српско право некад и сад“, Крагујевац, 2007.
84. Живојиновић, Д., „Правни положај тестаментарног наследника постављеног под условом, роком, или налогом по новом закону о наслеђивању Србије“, Општи семинар грађанског права, „Српска цивилистика“, Ниш, 1997.
85. Fadda, C., *Parte Generale con Speciale Riguardo alla Teoria Negozio Giuridico*, Napoli 1909.
86. Finkenauer, T., *Die Rechtssetzung Mark Aurels zur Sklaverei*, Stuttgart, 2010.
87. Finkenauer, T., *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen romischen Recht*, Tübingen, 2010.
88. Finley, M.I., *The World of Odysseus*, New York 1978.
89. Foster, N.,- Sule.S., *German Legal System and Laws*, Oxford 2002.
90. Frank, P., *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln/Wien 1973.
91. Freund, L. *Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes*, XXI 1907.
92. Fritz, K.H., *Studien zur Justinianischen Reformgesetzgebung*, Quakenbrück, 1937.
93. Fuenteseca, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid 1978.
94. Gallo, F., *Synallagma e conventionel contratto*, Band 2, Torino, 1995.
95. Gams, A., *Obligaciono i nasledno pravo. Dopunski materijal uz Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1962.
96. Gams, A. *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1963.

97. Gams, A., u saradnji sa Đurović, Lj., Uvod u građansko pravo, Beograd, 1990.
98. Gandolfi, G., Sull interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Milano, 1966.
99. Gavella, N. Nasljedno pravo, Zagreb, 1990.
100. Guhl, T., Das Schweizerische Obligationrech, mit Einschluss des Handels -, Wechsel - und Versicherung svertragsrechts, Zürich 1948.
101. Гавриловић, М. Милош Обреновић, књига друга (1821-1826), Београд, 1909.
102. Гершић, Г., Систем римскога приватног права (институције), поглавито за школску употребу, Београд, 1882.
103. Girard, P.F., Manuel elementaire de droit romain, Paris, 1918.
104. Girard, P.F.-Senn.F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1929.
105. Glasson, E., Etude sur les donations à cause de mort, Paris 1870.
106. Glenn, H.P. *Legal Traditions of the World*, Oxford 2007.
107. Groschler, P., Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschopfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin, 2002.
108. Grosso, G., Usufrutto e figure affini nel diritto romano, Torino, 1958.
109. Guarneri, C.A., Studi sulle Obbligazioni indivisibili nel Diritto Romano, 1, Palermo 1912.
110. Guiraud, P., La propriete foncière en Grèce, jusqu'à la conquête romaine, Paris 1893.
111. Gulak, A. Das Urkundenwesen im Talmud im Lichte der griechiseh – aegyptischen Papiry und des griechischen and roemischen Recht, Jerusalem 1935.
112. Hajmann, F., Zur lex 42. pr. D. de mortis causa donationibus, 39,6., SZ 38 (1917)
113. Harder, M., Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall, Berlin, 1968.
114. Hasse, J.E., Ueber Erbvertrag, Vertrag über fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, Rheinisches Museum für Jurisprudenz 2 (1828)

115. Harke, J.D., Romischen Recht, Munchen, 2008.
116. Heimbach, Schenkung auf den Todesfall, Leipzig 1855.
117. Henning, M., Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB, Berlin, 1999.
118. Heyse, G., Mulier non debet abire nuda. Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom, Frankfurt am Main, 1994.
119. Heck, P.Von; Die Fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmann, SZ 10 (1889)
120. Hercog, I., Main Institutions of Jewish Law, I, London 1936.
121. Holdsworth, W.S. History and english law, vol. 12, London 1938.
122. Horvat, M., Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava, Zagreb, 1939.
123. Horvat, M., „Akcije bonae fidei“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, god.VI,br. 3-4, 1956.
124. Horvat, M., Rimsko pravo, II dio, Zagreb, 1954.
125. Horvat, M., Rimsko pravo, Zagreb, 1980.
126. Humbert, M., Le remariage a Rome, Milano, 1972.
127. Jakšić, S., Obligaciono pravo, Sarajevo, 1960.
128. Jocić, L., Rimsko pravo, Beograd, 1997.
129. Johnston, D., Roman Law in contest, Cambrige, 1999.
130. Jolowicz, H.F. Historical introduction to the study of Roman Law, Cambrige, 1954.
131. Jovanović, M., Avgustovo bračno zakonodavstvo (Kadukarni zakoni), doktorska disertacija, Beograd 1994.
132. Јовановић Н., Кључне разлике енглеског и српског уговорног права, Београд 2008.
133. Јовановић, С. Политичке и правне расправе, свеска прва, Београд , 1908.

134. Kaden, EH., Rez. zu Pascal Simonius, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, SZ 76 (1959)
135. Karajović, E., *Izvori rimskog prava*, Kragujevac, 2000.
136. Карајовић, Е., „Утицај римског права на СГЗ“, Зборник „Србија и европско право“ (ур. Стојановић, Д.), књига 4., Крагујевац, 2001.
137. Караникић-Мирић, М., *Кривица као основ вануговорне одговорности*, Београд 2009.
138. Karlowa, O., *Romische Rechtsgeschichte*, Band 2, Leipzig, 1901.
139. Kaser, M., *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das Altromische, das Vorklassische und Klassische Recht*, 2. Aufl. München, 1971.
140. Kaser, M., *Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Aufl. München, 1971.
141. Kaser, M., *Studien zum römischen Pfandrecht II*, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 47, 1979.
142. Kaser, M., *Studien zum römischen Pfandrecht III*, (Besitzpfand und „besitzloses“), SDHI 45, 1979.
143. Kaser, M., *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977.
144. Kaser, M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972.
145. Kaser, M., Rez. zu Pascal Simonius, *Die Doantio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel 1958, TR 27 (1959)
146. Kaser, M., Rez. zu Mario Amelotti, *La ,donatio mortis causa' in diritto Romano*, Milano 1953, SZ 71 (1954)
147. Kaser, M., Rez. zu Santi Di Paola, *Donatio mortis causa*, Catania 1950, IURA 2 (1951)
148. Kaser, M., Rez. zu Fritz Sturm, *Abalienatio*, Essai d'explication de la définition des Topiques (Cic., Top. 5,28), Milano 1957, SZ 75 (1958)
149. Kaser, M.-Knutel, R., *Römisches Privatrecht*, Munchen, 2008.

150. Kaser, M.-Hackl, K., *Das römische Zivilprozesrecht*, München, 1996.
151. Keller, Ueber L.Siae 42. pr. De mor. ca.don. und über den Satz, daß die Exceptio doli – bonae fidei iudicium mache, *ZGRW* 12 (1845)
152. Кечекјан, С.Ф. Општа историја државе и права, Београд 1946.
153. Knütel, R., Ein vorsichtiger Schenker – Scaev. D.32,37,3-, *Seminarios complutenses de derecho Romano* 20/21 (2007/2008)
154. Константиновић, М., Облигационо право, према белешкама са предавања (средιο др. М.Капор), Београд, 1959.
155. Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.
156. Korošec, V., *Rimsko pravo I*, Ljubljana, 1967.
157. Кошутин, Б. Увод у велике правне системе данашњице, Београд 2008.
158. Krainz, J.-Ehrenzweig, A. *System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Band 1, Familien und Erbrecht, Wien, 1917.
159. Krause, J-U., *Witwen und Waisen im römischen Reich III: Rechtliche und soziale Stellung von Waisen*, Stuttgart, 1995.
160. Kretschmar, P., *Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte*, Leipzig 1907.
161. Kreč, M.-Pavić, Đ. *Komentar zakona o nasljeđivanju*, Zagreb, 1964.
162. Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz, 1967.
163. Kurtović. Š. *Opća historija države i prava, I knjiga*, Zagreb 1987.
164. Lange, H., *Römisches Recht im Mittelalter*, Band 1: Die Glossatoren, München, 1997.
165. Лазаревић, А. Облигационо право – посебни део, Скопје 1960.
166. Lazarević, D., *Ugovor o poklonu*, Beograd, 2010.

167. Levy, E., West Roman Vulgar Law. The Law of property, Philadelphia, 1951.
168. Levy, E., Westromisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar, 1956.
169. Levy, E., „Essai sur la promesse de donation en droit romain“, Mel.De Visscher, II. (RIDA 1949)
170. Levy, E., Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs“ Symbolae Friburgenses (1935)
171. Levy, E.R., Western und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts, SZ 49 (1929)
172. Lenel, O., Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wienderherstellung, 3. Aufl., Leipzig 1927.
173. Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889.
174. Longo, C., Corso di diritto romano: La fiducia, Milano 1933.
175. Лоза, Б. *Облигационо право, посебни дио*, Сарајево, 1974.
176. Лоза, Б., Опозив уговора због неблагодарности поклонопримца, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5-6/1969.
177. Malaurie, P., *Les successions. Les libéralités*, Paris 2008.
178. Malenica, A., *Izvori rimskog prava, tom prvi*, Novi Sad, 1989.
179. Маленица, А., „О римском погледу на каузу посла, каузу облигације и каузу престације у контрактима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XLII, 2/2008.
180. Malenica, A., *Poklon u rimskom pravu (Doktorska disertacija)*, Novi Sad, 1977.
181. Маленица, А., „Римска правна традиција у српском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2004.
182. Маленица, А., *Римско право*, Нови Сад, 1996.
183. Маленица, А., *Римско право, свеска II – Институти римског права*, Нови Сад, 2006.
184. Маленица, А.-Деретић, Н., *Римско право*, Нови Сад 2011.

185. Margetić, L. „Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 1/1980.
186. Марковић, Б., Јустинијанов закон у оквиру кодекса цара Стефана Душана (Докторска дисертација), Београд, 2004.
187. Марковић, Б. Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића – превод и правноисторијска студија, *Споменик САНУ CXXVI, Одељење друштвених наука 24*, Београд, 1985.
188. Марковић, Л., Грађанско право. Општи део и стварно право, Београд, 1927.
189. Марковић, Л., Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима, друго издање, Београд, 1921.
190. Марковић, Л., Наследно право, Београд, 1930.
191. Марковић, Л., Облигационо право, Београд, 1997.
192. Марковић, С. Наследно право, Београд, 1981.
193. Марковић, С. *Тестамент у старовјековном праву*, Београд 2004.
194. Марковић, Ч. Општи део тражбеног права, одговарајући текстови Француског, Немачког и Швајцарског грађанског законика, Београд 1925.
195. Марковић, Ч. Законик Хамурабија, Београд 1925.
196. Martin, J. Hanbury & Martin: Modern equity, London, 15. Edition 1997.
197. Машкин, Н.А., Историја старог Рима, Београд, 1951.
198. Masi, A., Retroattività della condizione e donatio mortis causa fra coniugi, *Annali di Storia del diritto*, 7/1963.
199. Masi, A., Studi sulla condizione nel diritto romano, Milano, 1966.
200. Meagher, R.P.- Gummow, W.M.C.- Lehane, J.R.F., *Equity: Doctrines and remedies*, 3. Edition, Sydney 1992.
201. Медић, Д.-Тајић, Х. Насљедно право у судској пракси, Сарајево-Бањалука, 2008.

202. Merc, H., Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1988.
203. Михајловић, С., „Даровање за случај смрти“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 7-8/1977.
204. Мijačić, М., Obligacioni ugovori, Beograd, 1988.
205. Милосављевић, Ж. Римско приватно право, књига I, Увод, историја, извори и монументи римског права, лично, статусно и породично право, Београд 1899.
206. Милосављевић, Ж. Римско приватно право, књига III, Наследно право, Београд, 1900.
207. Милошевић, Љ. *Облигационо право*, Београд, 1982.
208. Милошевић, М., Римско право, Београд, 2007.
209. Мирковић, З.-Ђурђевић, М., „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011.
210. Mommsen, Th., Romisches Strafrecht, Leipzig, 1899.
211. Muiselak, H.J., in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 9 (Erbrecht), 5. Aufl., 2010, § 2301
212. Murillo Villar, A., La revocacion de las donaciones en el derecho romano y en la tradicion romanistica espanola, Burgos, 2007.
213. Müller, W., Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall, Gießen, 1827.
214. Nasser, J.J. „Nasljedno pravo“ u: *Šerijatsko pravo u savremenim društvima*, Sarajevo 1998.
215. Ненадовић, П.М. Мемоари, Београд, 1966.
216. Новаковић, С., Матије Властара Синтагмат – азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила (словенски превод времена Душанова), Београд, 1907.
217. Новаковић, С., „Средјевоковна Србија и римско право“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига I, 3/1925.

218. Новаковић, С., Законски споменици српских држава средњег века, Београд 1912.
219. Noordraven, B., Die Fiduzia im römischen Recht, Amsterdam 1999.
220. Norton, F.O. A lexicographical and historical study of diatheke, Chicago 1908.
221. Николић, Д.-Ђорђевић, А., Законски текстови старог и средњег века, Ниш, 2002.
222. Nikolić, D., Fragmenti pravne istorije, Niš, 1997.
223. Ognjanović, S., Obligaciono pravo, posebni deo, Novi Sad, 2010.
224. Oman, C.W.C., *A History of Greece*, London 1901.
225. Орлић, М., Закључење уговора, Београд 1993.
226. Пантић, Д. „Поклон за случај смрти – од римског до српског права *de lege ferenda*“, *Бранич*, број 3-4/2012, стр. 104-119.
227. Пантић, Д. „Поклон за случај смрти у српском праву *de lege ferenda* – појам, карактеристике и правна природа“ *Правни живот*, број 10/2012, стр. 801-816.
228. Pacchioni, G., I contratti a favore di terzi, Padova, 1933.
229. Палачковић, Д. Субјекти ванпарничног поступка у нашем правном систему, Крагујевац, 1995.
230. Palazzolo, N., Dos praelegata, Milano, 1968.
231. Peters, F., Die Rucktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, Köln/Wien, 1973.
232. Перић, Ж., Грађанско право. О посебним уговорима. И. О обавези заштите код уговора о продаји и куповини и о уговору о поклону, Београд, 1927.
233. Перић, Ж., Облигационо (тражбено) право, Други део. Специјални део облигационог (тражбеног) права, штампано као рукопис, Београд, 1920.
234. Perović, S., Formalni ugovori u građanskom pravu, Beograd, 1964.
235. Perović, S., „Naturalne obligacije i moralne dužnosti“, *Pravni život*, 6/1963.

236. Perović, S., Obligaciono pravo, Beograd, 1990.
237. Perović, S., „Pravno dejstvo prethodnog odricanja prava iz ugovora“, *Pravni život*, 1/1977.
238. Perović, S., (gl.ur.) Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I,II, Beograd, 1995.
239. Perović, S.,- Stojanović, D., (red.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, G.Milanovac-Kragujevac, 1980.
240. Piscatori, P.J. Islam in a World of Nation States, Cambrige 1986.
241. Пишкулић, З.-Ђерђ, И., Основи приватног права у Војводини, Београд, 1924.
242. Петковић, И., „Поклон у случају смрти у нашој судској пракси“, *Архив за правне и друштвене науке*, XXXV, 1937.
243. Planiol,M.,- Ripert,G., *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1951.
244. Pringsheim, F., *Animus donandi*, ZSS 42 (1921)
245. Pringsheim, F. *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950.
246. Puhan, I., *Rimsko pravo*, Beograd, 1977.
247. Пухан, И.-Поленак-Акимовска, М., *Римско право*, Скопје, 1991.
248. Радишић, Ј., *Облигационо право*, Београд, 2004.
249. Радишић, Ј., Ревокација поклона, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.4/1957.
250. Радојчић, Н., *Закон о рудницима деспота Стефана Лазаревића*, Београд, 1962.
251. Radovčić, V., „Locupletatio-depauperatio kao element darovanja“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3-4/1967.
252. Radovčić, V., *Pravna problematika i razvitak instituta darovanja*, Zagreb-Čakovec, 1983.
253. Ray, R.- Redman, J., *Practical inheritance tax planning*, 2 edition, London 1991.
254. Rastätter, J., *Marcelli notae ad Iuliani digesta*, Diss, Freiburg 1980.

255. Riccobono, S., *Traditio ficta*, SZ 34, 1913.
256. Robbe, U., *Diritto ereditario romano: i principi generali e fondamentali*, Napoli, 1962.
257. Rodríguez Díaz, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el Derecho Romano*, Oviedo, 2000.
258. Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973.
259. Romac, A., *Justinijan, Institucije*, Zagreb, 1994.
260. Romac, A., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981.
261. Romac, A., *Rječnik rimskog prava*, Zagreb, 1975.
262. Rosental, H., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln-Berlin, 1953.
263. Rušnov, A.,- Posilović, S. *Tumač Obćemu Austrijskomu zakoniku*, knjiga Druga. §§ 531-1502, Zagreb b.g.
264. Rüger, D., *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011.
265. Sacconi, G., *Ricerche sulla stipulatio*, Camerino, 1989.
266. Салковски, К., *Институције са историјом римског приватног права*, превели А.Ђорђевић и М.Миловановић, Београд, 1894.
267. Salma, J., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1988.
268. Salma, J., *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2004.
269. Салма, Ј., *Кауза облигационих уговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XL, 2/2006.
270. Салма, Ј., *Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII 2, (2004), том I.
271. Salma, J., *O konceptu ugovora o poklonu*, *Pravo – teorija i praksa*, 11-12/1995.
272. Santalucia, B., *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Firenze, 1964.

273. Savigny, K., System des heutigen Romischen Recht, Berlin, 1841.
274. Savigny, F.C, Sistema de Derecho Romano Actual, Madrid 1879.
275. Scialoja, Negozi Giuridici, Roma 1933.
276. Scialoja, V., Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, Roma 1934.
277. Schindler, K.H., Justinians Haltung zur Klassik: Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen, Köln, 1966.
278. Senn, F., Études sur le droit des obligations, Tome premier, I.: Étude d'un acte juridique causal: la donation à cause de mort, Paris 1914.
279. Silajdžić, A. Testament u šeriatskom pravu, Sarajevo 1941.
280. Simonius, P., Die donatio mortis causa im klassischen romischen Recht, Basel, 1958.
281. Сич, М., Практикум из римског приватног права: живот и право у римској империји, Нови Сад 2009.
282. Сич, М., Основи римског права: *haec quae necessario*, Нови Сад 2010.
283. Сич, М., Формирање права римске империје и позно римско законодавство: хармонизација права и стварање јединственог правног поретка у току римске историје, Нови Сад 2011.
284. Соловјев, А. Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века), Београд 1926.
285. Соловјев, А., „Приватно-правни уговори XVI века из пољичке жупе“, *Архив за правне и друштвене науке*, 45/1934.
286. Соловјев, А., Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, Скопље 1928.
287. Соловјев, А. Законик цара Стефана Душана, Београд, 1980.
288. Станковић, Е., О Српском грађанском законик, Крагујевац, 2009.
289. Stanković, E., „Uticaj rimskog prava na kodifikacije građanskog prava“, *Pravni život*, 10/2011.

290. Stanković, E., „Uticaj Justinijanove kodifikacije na srpsko srednjovekovno pravo“, Zbornik na trudovi od Megunaroden simpozium „Savremenoto pravo, pravната nauka i Justinijanова kodifikacija“, Tom I. (ur. Galev, G.), Skopje, 2004.
291. Станковић, Е., „О значају Римског права за Србију“, Зборник радова „Правна мисао у срцу Шумадије“, Крагујевац 2012, (рад први пут објављен у зборнику радова са Међународног научног скупа: *Pràvo ako zjednocovatel' Európy: veda a prax.* одржаном на Правном факултету Универзитета у Братислави, 21-23.10.2010.)
292. Stanković, E., „Sistematika srpskog građanskog zakonika i pravni transplanti“, *Pravni život* br.11/2008.
293. Станковић, О., Накнада штете, Београд, 1998.
294. Станковић, О.-Водинелић, В., Увод у грађанско право, Београд, 1996.
295. Станојевић, О.,- Станковић, Е., Основни правни институти, Крагујевац 2008.
296. Станојевић, О. Историја политичких и правних институција I (стари Исток и Грчка), Београд 1982.
297. Станојевић, О., Римско право, Београд 2000.
298. Станојевић, О., Зајам и камата, Београд 1966.
299. Stojanović, D., Uvod u građansko pravo, Beograd, 1996.
300. Стојановић, Д.-Антић, О., Увод у грађанско право, Београд, 2004.
301. Стојановић, Љ., Старе српске повеље и писма, књига I (Дубровник и његови суседи), Београд-Сремски Карловци, 1934.
302. Стојановић, Н., Наследно право, Ниш, 2011.
303. Stojanović, N., „Present in case of death in our Law“, *Facta Universitas - Niš, University of Niš*, Series: Law and Politics Vol. 1, No 6, 2002.
304. Stojčević, D., Rimsko obligaciono pravo, knjiga II, sveska 2, Beograd, 1960.
305. Stojčević, D., Rimsko privatno pravo, Beograd, 1988.

306. Stojčević, D., „Testamentum calatis comitiis“, *Istorijsko pravni zbornik*, br. 3-4 Sarajevo 1950.
307. Stolfi, G., *Teoria del Negozie Giuridico*, Padova 1947.
308. Stubenrauch, V.M., *Commentar zum osterreichischen allgemeinen burgerlichen Gesetzbuche*, Bd. II, Wien 1903.
309. Schanbacher, D., *Ratio legis Falcidie*, Berlin 1995.
310. Schulin, F., *Das griechische Testament vergleichen mit dem römischen*, Basel 1881.
311. Schulz, F., *I principii del diritto romano*, Florencia 1946.
312. Schwarz, F., *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln 1952.
313. Scialoja, V., *Negozi Giuridici*, Roma 1933.
314. Свети Сава, *Сабрана дела*, приредио и превео Т. Јовановић, Београд 1998.
315. Свети Сава, *Сабрани списи*, данашња језичка верзија Л.Мирковић и Д. Богдановић, *Стара српска књижевност*, књига 2, Београд, 1986.
316. Сворцан, С., *Коментар Закона о наслеђивању Србије*, Крагујевац, 2004.
317. Сворцан, С. – Ђорђевић, В. *Наследно право*, Београд, 1990.
318. Сворцан, С., *Наследно право*, Крагујевац, 2009.
319. Suarez Blaquez, V., *Donatio mortis causa*, Santiago de Compostela, 2012.
320. Suljić, S. *Vasijet – šerijatska oporuka*, Fakultet Šerijatskih nauka, Islamski Univerzitet u Riyadu, 2012.
321. Šarac, M.-Lučić, Z., *Rimsko privatno pravo*, Sarajevo, 2006.
322. Шаркић, С., *Општа историја државе и права*, Београд 1999.
323. Шаркић, С., „Поклон у српском средњовековном праву“, *Истраживања*, бр.17/2006.

324. Шаркић, С. „Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Трећа југословенска конференција византолога*, Београд-Крушевац 2002, стр. 88-90
325. Шаркић, С. Средњовековно српско право, Београд, 1996.
326. Шаркић, С. – Поповић, Д., Велики правни системи и кодификације, Београд, 2005.
327. Šejh, A.I. Iltizamut-teberruat, Kairo 1937.
328. Talamanca, M., rec. a Frank Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, Köln/Wien 1973.
329. Тарановски, Т., Историја српског права у немањихкој држави, Београд, 1996.
330. Tercier, P.- Favre, P., Les contarts spéciaux, Genève 2008.
331. Thalheim, Th., Testamentgesetzes Solons, BPhW 28/1909.
332. Theodorides, A. „Le Testament dans l’Egypte ancienne“, Revue intern des droits de l’Antiquite, 1970.
333. Torrent, A., Manual de Derecho Privado Romano, Zaragoza 1987.
334. Toroman, M.M.-Arandelović, S.T., Švajcarski zakonik o obligacijama, Beograd, 1976.
335. Tort-Mortorell Llabres, C., La revocation de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clasico, Madrid, 2003.
336. Valett de Goytisoló, J., Estudios sobre Donaciones, Madrid 1978.
337. Vizner, B., Грађанско право у теорији и пракси, Загреб, 1962.
338. Vizner, B., Грађанско право у теорији и пракси, друго издање, Трећа knjiga, Rijeka 1969.
339. Vizner, B., „Правни положај опоручног наследника позваног на наслеђство под увјетом, роком или налогом и начин расправљања оставине у оваквим случајевима“, Одвјетник, 3-4/67.
340. Вилемс, П. Римско јавно право, Београд, 1898.
341. Vismara, G., Storia Pacti Succesiori, Milano 1986.

342. Владетић, С., Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови (докторска дисертација), Београд 2010.
343. Voci, P., Diritto ereditario romano II: Parte speciale, 2. Aufl. Milano 1963.
344. Vodinelić, V., Грађанско право: uvod u грађанско право i општи deo грађанског права, Београд 2012.
345. Vuković, M., Obvezno право, knjiga II, Zagreb 1964.
346. Vuković, M. Opći dio грађанског права, knjiga II, Zagreb, 1960.
347. Vuković, M., Pravila грађанских законика, Zagreb 1961.
348. Vuletić, V., „Da li je evropsko privatno право moguće“, *Pravni život* br. 11/2008
349. Watson, A., The law of obligations in the Later Roman Republic, Oxford, 1965.
350. Watson, A., Legal transplants – An Aproach to Comparative Law, Athens – London, 1974.
351. Watson, A., The law of Property in the Later Roman Republic, Oxford, 1965.
352. Wenger, L., Eine Schenkung auf den Todesfall, SZ 32 (1911)
353. Wieacker, F., *Lex Commissoria, Erfüllungszwang und Wiederruf im römischen Kaufrecht*, Berlin 1932.
354. Williams, E.V.- Mortimer, H.C.- Sunnucks, J.H.G., on Executors, Administators and probate, 19. Edition, London 2008.
355. Windscheid, B., Diritto delle Pandette, Vol. I, Roma 1904.
356. Zimmermann, R., The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition, Oxford-New York, 1996.
357. Zimmermann, R. Vertrag und Versprechen (*Dutsches Racht und Principles of European Contract Law im Vergleich*), u: Eidenmüller I dr. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005.
358. Zoz de Biasio, M.G., I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano, Milano 1978.

- 359. Zuglia, S., Prirodne obaveze u teoriji i srpskom privatnom pravu, Subotica, 1924.
- 360. Yaron, R., Gifts in contemplation of death in Jewish and Roman law, Oxford, 1960.
- 361. Yaron, R., Some Remarks on „Donatio Mortis Causa“, RIDA 3, (1956)
- 362. Yaron, R., „Donatio sola cogitatione mortalitatis“, RIDA 13 (1966)
- 363. Yaron, R. „Aramaic Marriage Contracts: Corrigenda and Addenda“, *Journal of Semitic Studies*, V/1960.

ЗАКОНСКИ ТЕКСТОВИ

- Закон о наслеђивању Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 46/1995 и 101/2003)
- Закон о облигационим односима Републике Србије (Службени лист СФРЈ, бр.29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, 57/1989; Службени лист СРЈ, бр.31/1993; Службени лист СЦГ, бр.1/2003)
- Законик Цара Стефана Душана 1349 и 1354, издао и превео Никола Радојчић, Београд, 1960.
- Законоправило или Номокамон Светога Саве, *Иловачки рукопис 1262. година, фототипија*, приредио М.Петровић, Горњи Милановац 1991.
- Зборник грађанских законика старе Југославије, приредио М.Ступар, Титоград 1960.
- Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006)
- Code Civil, 106 edition, Dalloz, 2007.
- Code des obligations. Loi federale completant le Code civil suisse. Livre cinquieme: Droit des obligations (Du 30 mars 1919), 9 edition, Nicolas Junaud (ed.), Geneve, 1995.
- Грађански законик са Законом трговачким и Законом о уређењу аграрних одношаја у новослобођеним пределима за Краљевину Србију, службено издање Краљевске-српске државне штампарије, Београд, 1891.
- Грађански законик за Краљевину Србију, објашњен одлукама Касационог суда у Београду, средио И.Петковић, Београд, 1939.
- Građanski zakonik Republike Nemačke (Burgeliches Gesetzbuch, RGB1 I S.195, zaključno sa izmenama i dopunama iz 2008. godine, BGB1.I S.2399)
- Крмчија морачка (опис рукописа – Фотијеви предговори – Градски закон), описао и издао Нићифор Дучић, Гласник Српског ученог друштва, Београд 1877.

- Матије Властара Синтагмат, Азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила (словенски превод времена Душанова), издао С.Новаковић, Београд 1907.
- Немачки грађански законик од 18. августа 1896. I књига – Општи део, Београд 1940.
- Грађански законик Republike Austrije (Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGB1 I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005 i 113/2006)
- Грађански кодекс Руске Федерације (Гражданский кодекс Руссискои Федерации, трећи део овог законика објављен у СЗФР, Но 49, от 03.12.2001.)
- Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, фототипско издање са оригинала из 1888., Цетиње, 1988.
- Општи Аустријски грађански законик, превео Д.Аранђеловић, друго издање, Београд, 1922.
- Švajcarski zakonik o obligacijama (čl. 1 do čl. 551.), Beograd 1976.
- Komisija za izradu Građanskog zakonika. *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009.