

Мр Лука Бренеселовић,
Институт за упоредно право, Београд

О ЈЕДНОЈ СКОРАШЊОЈ АНАЛИЗИ НАШИХ НАСЛЕДНОПРАВНИХ ОДНОСА*

САЖЕТАК: Анализа правног живота захтева да се изабере адекватан појмовни оквир, који ће одразити прави садржај појава и института који се анализирају и омогућити њихово правилно разумевање. Без социолошкоправних окосница анализа правног живота је необична и недовршена. Ако се правни појмови и институти рђаво схвате, не може се разумети ни правни живот. У наследном праву као главни принцип влада начело аутономије воље, па је рђаво када се шаблонизован законски режим наслеђивања, будући супсидијаран, контрастира са разрађеним и многобројним резонима правног живота.

Кључне речи: наследно право, социологија права, етнологија, обичајно право

Рад примљен: 27. 6. 2013. године.

¹ Овај прилог има одређену предисторију која је битна за разумевање његовог облика и околности његовог релативно касног објављивања. Крајем 2011. године изашла је у Београду велика, претежно етнолошка студија о наследноправним односима у Врању (в. следећу белешку и текст). Већ после првог читања те студије мени се чинило да она доноси значајну грађу, али да је та грађа разврстана и просуђена на погрешним претпоставкама о правном животу. Резултат моје жеље да то своје мишљење што кохерентније и поткрепљеније изнесем био је овај приказ са оценом, који сам пре више од годину и по дана, још 10. фебруара 2012, послао редакцији београдског часописа *Социолошки преглед*. Приказ са оценом је тамо био прихваћен али уз захтев ове године да текст скратим макар за трећину. Како би се тако, међутим, изгубила она кохерентност и поткрепљеност до које ми је посебно било стало, решио сам да прилог предам у неки строго правни часопис, држећи да ће правници моћи да издвоје више простора за прилог који непосредно додирује многе правне установе и неке основне поставке правне науке.

У издању Етнографског института САНУ у Београду изашла је пред крај 2011. године обимна студија о наследноправним односима у Србији са главним освртом на стање у Врању и његовој околини.² Књига је прави драгуљ за нашу социологију права, иако сама није осмишљена као социолошкоправна, већ као етнолошка студија.

Студија садржи низ драгоцених података о правном животу. Они се у првом реду, дабоме, тичу установа наслеђивања и не могу овде сви да буду поновљени. Али ево неких примера како народ правно резонује: Ако је од два сина један остао у кући, а други отишао да се школује, иметак оца би требало да следи син који је остао (83 ff.); у неким случајевима, који у Студији нису разјашњени, и син који је отишао да се школује имао би право да наследи оца, али би му се од наследног дела тада одбили трошкови школовања, а и то само када би остали наследници тако захтевали (84f.); ако пак ниједан син није остао у домаћинству „права појединца на породичну имовину одређују се према другим правилима, а између осталог има утицаја и допринос појединца очувању и стицању породичне имовине“ (85); сматрало би се да су се појединци који су остварили право на дечији додатак тиме одрекли свог наследног дела (92 ff.); ако би двоје или више браће живели сеоски, сваки за себе, кућу и имање око куће ваљало би да наследи син који је остао у кући са родитељима (100); млађа и старија браћа наслеђују једнако (100); од осамдесетих година наслеђивање породичне куће се „углавном везује за старање о родитељима, а не за *стицање у заједници* – као што је то био случај у периоду када се патрилокално настањење брачног пара такорећи подразумевало“ (102 ff.); ванбрачна деца по правилу не би наследила оца ако им родитељи нису живели у заједници (186 ff.); „наследноправни положај брачног партнера чија су деца пунолетна зависи од више фактора, а у првом реду зависи од тога да ли појединци поступају у складу са законским или обичајноправним прописима. Уколико се руководе обичајним правом, наследни положај брачног партнера увелико зависи од полне припадности деце, али и од сродничког састава домаћинства у коме живе он и деца“ (206); на одлуку деце да мајци односно удовици оставиоца препусте заоставштину утиче и вредност заоставштине, али тај моменат по свој прилици „нема примат приликом доношења одлуке о уступању мајци“ (208). Сазнаје се доста и о режиму наслеђивања мајчине заоставштине (125), о положају домазета (125 ff.), о етаблираности мираза и његовом значају (135 ff., 159 ff.), о расподели покретне имовине и значају родне припадност наследника у тој расподели (156 ff.).

² Јадранка Ђорђевић-Црнобрња, *Наслеђивање између обичаја и закона*, Етнографски институт САНУ, Посебна издања, књ. 75, Београд, 2011, од сада па надаље просто: Студија.

Необично је, међутим, што се у Студији ништа не сазнаје о томе како се у правном животу гледа на дугове оставиоца – које наследници такође наслеђују; како презадуженост оставиоца утиче на прихватање односно одрицање од наслеђа, како на избор наследника итд. Такође, у Студији нема говора о разлозима због којих се неком лицу ускраћује наследство, односно оним ситуацијама које законодавац препознаје као недостојност или искључење. Ту би се сигурно показало да пракса познаје разлоге које право не признаје (рецимо наследник се прикључио секти, или је умно заостао), или би се баш лепо показало каквих све случајева правно признате недостојности и искључења у Врању и околини има. Студија не садржи ни посебно излагање о легатима, односно оним случајевима у којима оставилац неком лицу оставља тачно одређену ствар: које ли су честе побуде, шта се дешава са том ствари када је легатар не прихвати – да ли припадне његовој породици или остане код универзалних наследника итд.; како ли се зове, да није аманет?; коју форму мора да испуни и како се поштује.

Међу подацима које Студија садржи, има и доста значајног материјала за познавање живота осталих грана права. Тако Студија садржи велики број занимљивих података о усвојењу (167 ff.), као и вредне податке о статусу тзв. „дивљег брака“ (220 ff.) Посебно су драгоцене излагања о својинским односима, где је потврђено да се у правном животу често не поклапа лице које је формални власник неке ствари са лицем које за себе држи да је власник, односно да је ствар његова. Тако у случају деобе породичне имовине у Врању, власник ствари по правилу остаје отац, али лица која су у деоби ствар „стекла“, држе да је ствар њихова (251, 57, 61). У домену јавног права, интересантан је податак да су власници земљишта уступали односно поклањали идеални део земљишта синовима, како би избегли експропријацију. Држало се наине да је сувласништво препрека за експропријацију као урбанистичку меру (273). Такође је драгоцен податак да се у одсуству других критеријума имовина по потреби делила жребом (239 ff.), а „у једном случају [жреба] се чак наводи дете као треће лице: браћа су сматрала, како наводи један од учесника да дете, самим тим што не зна шта је у питању, не може бити пристрасно“ (248).

Значај свих тих података о правном животу који су у Студији изнети је, будући да је наша социологија права у превеликом заостатку, сигурно огroman. Проблематично је међутим што је анализа тих података у Студији извршена у *неадекватном* појмовном оквиру. Реч је између осталог о проблему који је још Богишић настојао да разјасни:

„...обичајем се крсти и то што обичај није. Врло се често чита о суђењу где нема писаног закона да суђење бива по обичају. Ко је својим очима видио то суђење знаде да у томе изразу *sunt vera mixta falsis*, те да по томе не може бити тачно. Разуме се да се у таким

судовима обрћу врло често к правилима обичаја, особито што се тиче института којих се суђење тиче. Али, слиједи ли из тога да правила која у тим судовима господују нијесу друго до правила обичаја? Правило обичаја у правој смислу правило је које тако тврдо и непомично у правној животи опстоји у тој стојности. Правило је обичаја врло налично правилу постављеног писмена закона. [...] Истина да невезана, слободна, политична, релативно лако примјењива природа обичаја чини могућом ту гибкост и еластичност, али обичај сам као обичај није извор тога својства, а извор му је посве други, а наине чувство *правде* [...].

По томе, дакле, није тек [само] обичај који влада у судовима гдје писаних закона нема, него уз обичај влада главни извор сваког права из којег црпи своја правила и писани закон и обичај и теорија, а и интерпретација. То је онај извор који, према стању појединих школа и доба, зове се *aequitas*, *jus naturale*, *Natur der Sache*, убојење народа итд.“ (Богишић, 1967: 141–142).

Овако како ствари стоје код Богишића, тако стоје и у Врању. Ако се пође од смрти сасвим конкретног оставиоца, онда се лепо из података у Студији види да се његова заоставштина не расподељује ни према каквим правилима, већ према суду о наследном праву заинтересованих појединаца који народ доноси на основу више или мање устаљених *шойоса* његовог правног резонавања, а то значи његовог суда о умесно-правом. Ту заиста долазе до изражаја и чести, такорећи уобичајени топоси, као што је онај да је наследник напустио кућу ради школовања, да је чувао и пазио остареле родитеље и сл. Али се више топоса од случаја до случаја рангира према осећају умесности, а и њих све лако може да претекне неки акутни резон, као важан догађај из прошлости, величина заоставштине, потребе наследника, осећај неке обавезе или лични однос између оставиоца и наследника.

Главни метод у Студији своди се на контрастирање обичајног и државног права, што је у Студији изједначено са обичајноправним правилима и законским правилима (Студија, уп. 7, 14, 25, 31 ff. и кроз целу књигу). На више места у Студији се срећу конструкције које претпостављају представу о два одвојена правна система као система правила, па тако стоји да се може десити „да се, рецимо, наследство распоређује у складу са тим [обичајноправним] правилима, а не у складу са законским прописима који важе код законског наслеђивања“ (35). Понегде се и отворено говори о два правна система и њиховим правилима (295–296). Симптоматично је за то схватање и када у Студији стоји да „законска нормативистика не може сама по себи да потисне употребу обичајног права из праксе“ (38), јер та „употреба“ опет имплицира да постоји некакав независан и компактан систем обичајног права који се затим примењује. На другом

месту заиста је и реч о дуализму између „обичајноправне и законодавне нормативистике“ (32), о томе да долази до „паралелне примене законских прописа и обичајноправних правила“ (31).

У Студији је углавном код апстрактних излагања, која претходе или се надовезују на примере доследно реч о обичајноправним правилима (в. нпр. у Студији, 75, 76, 80, 97–98, 100, 101, 103). Тако рецимо на 75. страни стоји: „у наставку указујем на основна правила наслеђивања по обичајном праву, која сам евидентирала на терену“. Али чим се дође до примера, тај појмовни оквир, будући сасвим неодржив, почиње да ветри и делом је замењен са речима и изразима које имају слабију нормативно-императивну конотацију него правила: обичајноправни принцип (69, 73) или начело (83, 107, 217); модели према којима би требало да се обавља наслеђивање (79); обичајноправна схватања (86, 117, 157); параметри у оквиру обичајног права, према којима се врши избор наследника (98); обичајноправна пракса (140). Дешава се и да су у Студији нарочити правни резони просто сведени на ниво чинилаца или фактора (91, 127, 206). Разлог за ову необичну појаву у дискурсу је јасан: тамо где постоји додир са правним животом, са конкретном грађом, полазишни односно главни дискурс обичајноправних правила је потиснут, јер обичајноправних правила – нема. Или нешто прецизније: у правном животу постоје правила, у смислу да се за већ разрешене случајеве наслеђивања може рећи да је статистички *правилно* било да кћерке нису наследиле имовину, или да је имовину наследио син који се бринуо о родитељима; али нема правила у правном, нормативно-императивном смислу према којима би се имао просудити сваки следећи случај. Један изузетан догађај као што је чињеница да је један син спасио оцу живот, а да га је други оставио на цедилу, или да је, узмимо, син који је требало да наследи оца одједном стекао прекомерно богатство због кога би много умесније било да други син добије очеву заоставштину, може сва у Студији побројана „обичајноправна правила“ у секунди да изврне и пошаље у бестраг.

Чињеница да у правном животу не постоје правила, већ топоси правног просуђивања, каналисана је у Студији рецимо и тако што се говори о „доследности примене правила“, па се каже да „доследност примене правила зависи управо од одређених околности“ (85), а то је ништа друго до сведочанство о топичком карактеру народног правног резонавања. Исто важи и када у Студији стоји: „у ситуацијама када примена одређеног обичајноправног начела није могућа, јер није у складу са постојећим животним околностима и социјалним окружењем, оно се замењује другим, тј. *дојунским* правилима“ (90); или када стоји: „Свака појединачна ситуација резултира одређеном комбинацијом обичајноправних начела, а од ње

зависи како ће појединци поступити при наслеђивању очеве или мајчине заоставштине“ (92); или: „пракса показује да ниједно од обичајноправних правила евидентираних на терену није у потпуности независно од осталих. А као што ћемо видети, од ситуације зависи које ће правило преузети примат код наслеђивања и регулисања наследних односа“ (97–98); или: „Ситуација коју сам затекла на терену показује да се наследни односи најчешће регулишу у складу са комбинацијом или паралелном применом обичајноправних правила о старању и животу у заједници са родитељима“ (101). У нормативно-императивни дискурс никако се не уклапа ни ставка да се једно тј. „ово обичајноправно правило, као и остала, временом мењало“ (85). Правило може бити замењено другим правилом, ако је правило, али појмовно је немогуће узети да се *правило временом мења*, јер је сваки његов део његова битна одлика, па изменом једног састојка нестаје и само правило.

Топички је и када у Студији стоји да „чини се да сва правила и одступања од њих не постоје ни због чега другог до да се обезбеди наследник породичне имовине“ (103), јер је ту дакле и „правило“ и евентуално одступање управо каналисано према неком трећем резону, а то је биће онај осећај умесно-правног који води топичко правно резонување у целини. Тако је и када се на другим местима говори о „одступањима од правила“ (106). А исто важи и када се говори о „примени обичајноправних схватања, али у једном *блажем* облику“ (209). Тако је у Студији оцењен случај када деца мајци „дозволе“ да наследи један мањи део заоставштине иако јој по „обичајноправним схватањима“ ништа не следи (208–209).

Други недостатак појмовног оквира у Студији је тај, што ни на који начин нису реципирана гледишта и појмови социологије права, а то је управо научна дисциплина која се традиционално бави проблемима који су у Студији обрађени.

Говорећи о дуализму обичајног и државног права, ауторка каже: „Стога не чуди да се правни дуализам о коме је овде реч испољава у највећој мери код регулисања брака, породице, својине и наслеђивања, односно – у домену грађанског права, а да је незнатан у оквиру административног и институционалног права“ (34). Овај закључак је био могућ тек захваљујући употреби појмова као што је *обичајно правило* или *обичајно право* у значењу скупа обичајноправних правила. У стварности су појаве која је ауторка уочила код наследноправних односа карактеристичне за све гране права, укључујући и оне које спадају у јавно („административно и институционално“) право. Ако погледамо правила које је законодавац поставио (државне норме), онда ћемо лако видети да су многа правила у правном животу системски скрајнута, изврнута или чак замењена нарочи-

тим правилима правног живота. Правни живот се у свакој земљи и готово свакој области *дебело разликује* од нормативног програма законодавца. То не важи само за грађанско право, већ у пуној мери и за јавно право.

Када, узмимо, законодавац у изборном праву, као делу јавног права, прописује да се гласање у случају неправилности има обавезно поновити (рецимо једно лице је два пута гласало), онда учесници у правном животу, чланови бирачког одбора, гледају како да избегну изрицање те санкције, када је она према приликама случаја очито неумесна. Ту се у правном животу као посебан правни резон или топос јавља одмеравање битности неке неправилности, па ако је небитна средиће се све тако да се гласање не понови (Бренеселовић, 2012). У области универзитетског напредовања и научног бодовања постоје врло детаљна правила, па се у правном животу она само прилагођавају одлукама које су унапред припремљене на основу тривијалних критеријума (топоса). А када је код нас недавно донета одлука да се стари, југословенски пасоши замене са новим црвеним путним исправама, у полицијским станицама настали су превелики редови, па се полицијска управа досетила и почела да заказује термине за пријем захтева са периодом чекања од неколико недеља. Такво решење било је потпуно противно одредбама Закона о општем управном поступку, који предвиђа да се захтев странке без одлагања мора примити (Бренеселовић, 2010), али је уједно било и оправдано нарочитим резonom правног живота (топосом), да ће у супротном настати потпуна блокада рада Управе.

Ствар је видљива и када се упореде прописи о здравственој заштити са поступањем лекара или службе хитне помоћи. Начелно се може рећи да пракса престанку или сагласности пацијента не придаје у процесу лечења никакав суштински значај, већ да се сагласност прибавља као пука формалност, често накнадно. У материји еколошког права правни живот војним објектима културе даје имунитет који нема упориште у закону. Учестала су одступања правног живота од правила процедуре. Тако је и поред адверзаторне концепције Закона о парничном поступку из 2004. године, дуго био чест случај, а можда је и даље, да се поступак води инквизиторно, према основној концепцији старог закона. Одредбе Закона о општем управном поступку о подучавању странке и допунском року за поправљање поднеска (чл. 58) имају императиван карактер, а чест је случај да их управа не признаје, односно држи да нарочитом назнаком овај члан ради комотног и брзог вођења поступка може да стави ван снаге.

Ова шарена судбина законских прописа у правном животу, а која зависи, како смо видели, *од њравних резона и интереса учесника њравног живота* је, дакле, свеопшта појава која није ограничена на грађанско право. Међу те појаве долазе и редом све појаве које су у Студији, у проучавању

наследноправних односа у Врању, изучене. До значајних разлика између нормативног програма законодавца и правног живота не долази у свим тим случајевима из обести, корупције или сличних потпуно неприхватљивих разлога, већ због тога што правни живот прати другачију правну логику, него законодавац. Та нарочита правна логика, *живо љраво*, класичан је предмет интересовања социологије права. Коришћењем фолклористички конотираних појмова као што је *обичајно љраво*, или *обичајнољравно љравило*, генус у Студији изучених феномена је замагљен, и створен је утисак да је код наследних односа по среди нека шашава појава на раскршћу српског традицијског друштва и лоше државне законодавне активности.

Укратко речено: ако је реч о скупу народних правила које је требало испитати, онда се не види где су та правила; а ако је пак реч о једном отвореном скупу правних резона (топоса) становништва, који од случаја до случаја могу један другог да претекну и другачији суд о нечијем наследном праву да издејствују, онда није јасно које погодности пружа етнологија због којих би феномен наследних односа у Врању требало етнолошки да буде истражен; и зашто је изостао било који помен, па макар и узгредан, социологије права која се овим феноменом већ деценијама бави. Додуше, не може се порицати да Студија садржи одређене окоснице које би се у датом облику тешко среле у социологији права, као што је значај патријархалног система вредности за ставове учесника у правном животу (292 и другде) или нарочито излагања о положају жена (144 ff.). Али та сазнања нису у средишту Студије; она је осмишљена као критика државноправног контекста наследноправних односа (7, 25, 34, 37, 38), а за такву намену постоје врло разрађени топоси и истраживања из области социологије права; у Студији су они, међутим, без изузетка заобиђени.

Значајни недостатак Студије је што ни у битним сегментима ни у целини не испољава прави садржај и смисао правног резонавања, нормативности, као ни појединих правних установа које су у њој обрађене.

До *делације* односно следа/отварања заоставштине у нашем савременом праву долази у тренутку смрти (Антић, 2004: по. 96). Отуда је лоше када у Студији стоји да се у случају када се наследници упућују на парницу „делација обуставља“ (Студија, 50) или када се говори о наследницима који, у страху да ће формално остати без наследства, нису подносили „захтев за делацију“ (96); или када стоји да потомци могу ставити одређен захтев „приликом делације“ (98); или да се жене раније „нису одазивале на позив суда да присуствују делацији“ (147); или да појединци непосредно након Другог светског рата нису били „довољно информиса-

ни о поступку делације“ (148); или да „суд ванбрачно дете и не позива на делацију“ (186).

Лоше је и када стоји да „прелазак имовине, као и одређених права и обавеза декујуса, одвија се у оквиру оставинског поступка“ (48). Овај исказ је непрецизан, зато што имовина у правном смислу и у смислу наследног права управо *јесће* скуп права и обавеза, и не постоји никаква засебна имовина уз права и обавезе. Но овај исказ је и нетачан, јер преноса имовине на наследнике долази силом закона у тренутку смрти оставиоца, а не тек у оставинском поступку (Антић, 2004: по. 49); ако је умрли оставио само покретну имовину, поступак се по правилу обуставља без расправљања заоставштине (чл. 113. II ЗВП).

У Студији се на једном месту говори о предлогу да се „колизија између обичајног права и законодавне нормативистике превазиђе путем санкционисање обичајноправних правила, односно – њиховим укључивањем у постојећи правни систем“ (40); а уз то стоји као додаток: „правном терминологијом речено, то би значило да обичајноправна правила пређу из категорије *contra legem*... у категорију *praeter legem*“ (40). Али ови правни изрази се не користе у том значењу: први значи да је некаква одлука или елемент дотвареног права у директној *садржајној* супротности са постојећим законским правилом: рецимо суд обрачуна дуг према реалним уместо номиналним критеријумима; а други израз значи да одређено правило није прописано законом, али да му и не противуречи. Када би обичајноправна правила била „укључена у постојећи правни систем“ и опремљена државном санкцијом, онда та правила не би била ни *contra* („против“), ни *praeter* („поред“) закона, већ би и сама била исто што и државни закони.

Када у Студији стоји: „До наслеђивања долази само у случају смрти или проглашења лица умрлим“, и да је то „важно истаћи зато што легислатура у Србији не признаје друге видове наслеђивања попут уговора о наслеђивању“ (Студија, 47), онда је и уз све непрецизности свака тврдња одвојено тачна, али те две ствари нису ни у каквој вези, јер и у случају уговора о наслеђивању до наслеђивања долази тек после смрти оставиоца. Прави разлог због кога је битно истаћи да до наслеђивања по нашем праву долази само у случају смрти лежи у томе што су постојали правни пореци у којима је до наслеђивања долазило и за живота неког лица ако је лишено грађанских права или се замонашило (Антић, 2004: по. 144)

У вези са једним случајем из праксе, у Студији стоји: „Супруга наслеђује само део имовине који је био у сувласништву њеног мужа. Од тог момента надаље она постаје сувласник на поменутој имовини. Следствено томе она има законско право да користи ту имовину, премда се она не налази у њеној својини“ (66). Но управо није тако: ствар је за њеног

сувласника у његовој (су)својини. Сувласништво, односно сусвојина су облици власништва односно својине. Поменути супруга управо има право да користи ту и ту ствар, зато што је њен власник, док извесна ограничења проистичу из тога што није једини власник те ствари. До исте забуне дошло је и на другом месту у Студији, где стоји да заоставштина „није била у власништву оставиоца, већ је он имао само право својине на једном делу. То значи да и наследник стиче само право својине на наслеђеној имовини, али све док се не изврши физичка деоба не може да постане њен власник“ (207).

Наследници према Студији када држе да су ускраћени за нужни део подносе „жалбу са образложењем да им је окрњен нужни део“ (Студија, стр. 91, фн. 213), али у стварности реч је о тужби, која се подиже у парничном поступку (*actio suplaetoria*). Слично је и када у Студији на једном другом месту, на коме се представља уговор о расподели имовине за живота, стоји да „поводом распореда имовине која је наведена у уговору, односно извршена по том основу – не може [се] поднети жалба“ (230).

Када у Студији стоји: „Познато нам је да крвно и грађанско сродство представљају основу за интестатско наслеђивање, код којег сви потомци припадају првом, односно истом наследном реду, па самим тим имају право на подједнак део наследства“ (Студија, 125), онда то за наш правни поредак, ако се тако каже, не важи. Потомци оставиоца, који заиста сви припадају првом наследном реду, имају право на једнак део наследства, када су у првом степену сродства са оставиоцем, односно када је реч о деци оставиоца. Већ унучићи у нашем праву међу собом деле део који би припао њиховим родитељима (чл. 9 I, 10 ЗОН). То је битна разлика у односу на оне правне поретке у којима сви припадници исте генерације, дакле у нашем примеру сви унучићи, добијају исти део (Антић, 2004: по. 163).

Познато је да су нашим законима дуго времена постојале одређене контрадикторности у вези са наследноправним положајем непотпуног усвојеника (Антић, 2004: по. 265). Ауторка студије је то сумирала овако: „Правници и судије... додају да се поједине нормативне одредбе могу тумачити на различите начине, а како показује њихово професионално искуство, то води ка неправилностима у вођењу судског поступка.“ (Студија, 174). Међутим, најосновнија је ствар да се разликују повреде материјалног права од повреда поступка. У наведеном случају може бити речи да се материјално право погрешно примењује, али то никако није „неправилност у вођењу судског поступка“.

Када је у Студији реч о пракси усвајања у врањском крају, онда читамо да су забележени бројни примери у којима је породица узела и одгајила („усвојила“) дете неког рођака (са истим презименом), без да је икад нова

породица дете формално усвојила. Уз то стоји примедба: „промене које су наступале услед усвојења нису захтевале законско регулисање тог чина, али се управо због тога дешавало касније, приликом регулисања наследних односа, [да] искрсну проблеми“ (177). У стварности је ово међутим један од најбољих уопште замисливих примера *где је од самог почетка неопходно законско регулисање*, јер је држава дужна да заштити најбољи интерес сваког детета, без обзира на вољу његових биолошких родитеља и лица која желе да га усвоје. Таква размена деце је тешко кривично дело, и дабоме да све време у нашој земљи постоје врло детаљне одредбе које регулишу начин и могућности усвајања. Само што те одредбе нису у Закону о наслеђивању који је за потребе Студије детаљно проучен, већ у Породичном закону.

Када ауторка категорички каже да „наше брачно и породично имовинско право познаје један „за сваки брак обавезни брачни имовински режим, а то је заједничка имовина брачних другова“ (Студија, стр. 197, фн. 439), онда је то тачно као податак у Гамсовој књизи из 1966. године, на коју се ауторка позива, али не важи за наше савремено право, јер Породични закон из 2005. године допушта и да супружници у уговору другачије уреде своје имовинске односе (чл. 171).

У Студији се опширно излаже да „код већине испитаника постоји уврежено схватање да појединац који је желео да стекне право на дечији додаток није смео да поседује непокретност. Уједно (испитаници) додају да су се појединци који су подносили захтев за ту врсту социјалне помоћи одрицали свог наследног дела“ (92 ff.). Овакво схватање везује се за „површно схватање законске регулативе“ и чињеницу да се она „тумачила помоћу обичајноправних схватања“ (95, 97). Законски режим је, према Студији, био потпуно другачији:

„Уколико размотримо законску регулативу, видећемо да се она не подударала са перцепцијом дечијег додатка од стране испитаника. Наиме закони о наслеђивању који су били у примени у Србији од 1955. године надаље нису примање ове врсте социјалне помоћи сматрали препреком за стицање права на наследство. Слично је и са законским прописима који се тичу права појединца на стицање дечјег додатка. У Секретаријату за управу у Врању – Одсек друштвена бригаа о деци – сазнајем да све до 2002. године поседовање непокретности није представљало законску препреку или отежавајућу околност за стицање права на дечији додаток“ (92).

Међутим ово није тачно. У чл. 35. Закона о непосредној дечијој заштити и додатку на децу Републике Србије из 1968. године стајало је: „При утврђивању укупних прихода домаћинства узима се у обзир и део прихода од пољопривредне делатности од сувласничког дела пољопри-

вредног имања, односно сунаследничког дела нерасправљене оставине, који по наследном праву припада том лицу, *без обзира на то да ли корисник или чланови његове уже породице живе на том имању и без обзира на то да ли користи сувластнички односно сунаследнички део имовине и прихода.*“ Слично је стајало већ у чл. 38. савезне Уредбе о додатку на децу из 1955. године.

Када у Студији стоји да је положај удовице без потомства нарочито тежак ако је са супругом живела код његових родитеља који су га надживели, и да „ниједан од та два правна система [„обичајна пракса“; „закон“] не узима као релевантну чињеницу то што је жена током свог боравка у тој заједници доприносила очувању и стицању заједничке имовине“ (219), онда то дабоме није тачно. Ако је оставилац имао неку имовину, онда његова удовица наслеђује њега са његовим родитељима у другом наследном реду, где ужива у случају беде посебне могућности да увећа свој наследни део или чак наследи читаву заоставштину (чл. 25. ЗОН). У сваком случају, када је удовица „доприносила очувању и стицању заједничке имовине“, онда она у режиму Породичног закона није остављена на цедилу, зато што он предвиђа да је имовина која је стечена у току трајања живота у породичној заједници заједничким радом *заједничка имовина*, и да према томе припада и удовици као члану те заједнице (чл. 195. ПЗ). Штавише, удовица би у случају деобе имала право не само на део према свом доприносу, већ би она као мужевљев наследник могла да захтева и издвајање дела барем према половини доприноса свог преминулог мужа (док би се друга половина доприноса мужа према законском реду наслеђивања урачунала оставиоцевим родитељима).

Када у Студији стоји: „Навела сам да завештање представља једностранни правни акт, због чега се може посматрати као врста поклона – наводе запослени у суду. Наиме сачињава га једно лице, тј. појединац који тим актом располаже својом имовином“ (Студија 277), онда је то нетачно, јер је поклон у том смислу као уговор управо двострани правни акт у чијој перфекцији учествују најмање два лица.

У чл. 113. ЗОН законодавац је одредио која лица код тзв. алографског тестаментa, а то је тестамент који се саставља уз учешће других лица као сведока, не могу да буду завештајни сведоци: „Не могу бити завештајни сведоци... потомци завештаоцеви, његови усвојеници и њихови потомци, његови преци и усвојиоци, његови сродници у побочној линији до четвртог степена сродства закључно, брачни другови свих тих лица и брачни друг завештаоцев“. Из тога је у Студији изведен закључак да „то значи да код сачињавања завештања не смеју да буду присутни најближи крвни сродници и грађански сродници, а ни брачни партнери тих сродника“ и да тестамент има као „карактер тајног документа“ (279). Затим је у Студији

тај правни став контрастиран са правним животом, да би се закључило да су сродници у пракси углавном упознати са садржином тестамент а иако је то тобоже противзаконито (279 f.). Међутим у стварности тестамент није никакав тајни документ; тестатору је дозвољено да га састави усред породичне славе ако му се тако хоће; битно је само да међу лицима која се као завештајни сведоци потписују на тестамент (чл. 85. ЗОН) није ниједно од горенаведених.

У Студији је значајни део посвећен контрастирању законског и стварног породичноправног и наследноправног положаја ванбрачних партнера. Притом је подвучено да су „наследна права и обавезе партнера у невенчаној заједници изједначена са наследним правима оних који су у брачној заједници“ (220 f.), а то је дабоме нетачно. Ауторка се позвала на чл. 16. Закона о браку и породичним односима из 1980. године, и уопште није јасно зашто је изабрала да наведе тај пропис који је одавно стављен ван снаге. У том члану је стајало: „Заједница живота мушкарца и жене која није заснована по одредбама овог закона (ванбрачна заједница) изједначена је са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање и других имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан овим законом“. Тај садржај изражен је нешто краће у данас актуелном чл. 4. ст. 2. Породичног закона: „Ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом.“ У оба случаја ванбрачни партнери су изједначени са супружницима, како се види, само под условима које одређује Породични закон, односно Закон о браку и породичним односима. У наследноправном режиму Закона о наслеђивању *нису* изједначени. Ванбрачни партнер не долази ни у један наследни ред.

Без правног смисла је следеће излагање у Студији: „У досадашњем излагању сам у неколико наврата указала на везу између наслеђивања и уговора о доживотном издржавању, о уступању и расподели имовине за живота и о поклону. Сви поменути уговори представљају својеврстан основ стицања наследства. Другим речима, нормативистика уговорно наслеђивање 'не признаје као пуноважан основ позивања на наслеђе'. Самим тим, претходно поменути уговори – правно гледано – не могу да представљају основ позивања на наслеђе. То конкретно значи да се наследници увек позивају на наслеђе по основу норматива који се примењују код законског и тестаменталног наслеђивања, а да наследство стичу уз примену прописа о стицању заоставштине и одрицању од наслеђа. Према томе, појединци могу да стекну наследство само на основу уговора. У вези са овим скрећем пажњу на то да појединац може да сачини више различитих уговора, али оставина се увек расправља на основу само једног од њих“ (287 f.).

У Студији се у вези са уговором о поклону истиче као његова погодност чињеница да „имовина прелази у својину поклонопримаоца одмах по закључењу уговора“ (269). То дабоме није тачно, зато што према општим одредбама нашег права до преноса права својине на непокретности долази тек уписом у земљишне књиге; а код покретних ствари неопходно је да ствар буде предата стицаоцу.

Грађански законик из 1844. није у Србији био на снази све до 1955. године како стоји у Студији (276), већ је 1946/1947. године стављен ван снаге одредбом чл. 2. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације. После тог закона, одредбе Грађанског законика могле су под извесним условима да се примењују, али су у целини стављене ван снаге.

Доста непрецизности у Студији има у обимним излагањима о деоби заједничке имовине; како је познато, наслеђена имовина је одмах по делацији, па све до деобе, заједничка имовина свих наследника. Међутим у Студији је погрешно схваћен значај института физичке деобе. Ако се говори о деоби заједничке имовине или пак имовине која је у усвојини, та се имовина може поделити на различите начине. Према схватању које је присутно у нашој литератури, и које није исправно, али од кога полази и судска пракса, наследничка заједница се утврђењем наследних делова претвара у сувласнички однос, према коме сваком наследнику припада сувласнички део сваке ствари према његовом наследном делу. У Студији је дигнута тензија око физичке деобе, јер је очигледно ауторка пошла од претпоставке да је физичка деоба једини начин да се сувласнички однос развргне. Али у стварности, сваки сувласник има право да захтева деобу (чл. 16. I ЗОС); у одсуству договора међу сувласницима деобу ће извршити суд и то или физичком деобом ствари или продајом ствари и намирењем сувласника из наплаћене цене (чл. 16. IV, B ЗОС). У Студији, рецимо, стоји „да до конкретизације имовинских права долази тек након обављања физичке деобе, а њу је немогуће спровести уколико наследници не могу да пронађу заједничко решење о физичкој деоби наслеђене имовине – напомињу судије које раде на оставинама“ (65–66). Међутим, управо ће суд одлучити да се изврши физичка деоба, када је могућа и када се деобом не смањује знатно вредност ствари (чл. 16. V ЗОС), док је у Студији заузет став да у недостатку договора о физичкој деоби долази до некакве блокаде, која може у недоглед да траје (50, 66 f.). С тим у вези стоји и истицање да „не постоји одређени законски рок у којем би физичка деоба требало да се изврши“ (67), као и дискурс „одлагања“ (68) и „одуговлачења“ физичке деобе (69, 116), по коме је могућност одлагања „рупа у закону“ (62). Деоба није никакав идеал, постоје бројни примери у којима лица, сродни-

ци или незнанци, имају снажан интерес да буду сувласници једне или друге ствари и да та ствар остане у сувласништву све док тај интерес траје. Непрецизно је, дакле, када у случају да су три брата власници једне њиве „ако један жели да прода њиву, морају се сагласити и остала двојица, иначе се не може извршити продаја“ (242). Сваки од браће власник је идеалне трећине њиве, са којом може да располаже. За ту продају важе услови који уређује Закон о промету непокретности, а по којима је сувласник који продаје свој део дужан да га прво понуди осталим сувласницима (чл. 5), а затим и власнику суседног пољопривредног земљишта (чл. 6). Ако они део не прихвате, сувласник може слободно да га прода.

У закључцима Студије констатује се да „евидентно је да се наследни односи регулишу у складу са обичајноправним правилима, која се у пракси често користе као да су – правно гледано равноправна – са законом, а неретко се дешава да имају улогу *трипаритија*, што је у супротности са правном теоријом и легислатуром, која обичајном праву одређује субсидијарни карактер“ (289 ф., 36). Али наша савремена правна теорија обичају и обичајном праву не признаје никакав супсидијарни карактер. Законодавац је раније, у Српском грађанском законнику, обичај признао као супсидијаран извор права, али само алтернативно и само када погодује разумном и савесном решењу случаја (§ 10). Али Српски грађански законик не важи већ више од 60 година, а данас постоје само тачно одређени случајеви у којима се обичај примењује. Нема, међутим, никаквог општег правила које би дозволило да се закључи да је обичај супсидијаран или какав други извор права.

Снажно правно колебање налазимо у још једној закључној констатацији у Студији: „Наведено значи, између осталог, да се судији као крајњој инстанци у законодавном поступку омогући да буде креатор, а не само тумач законских прописа, и да на тај начин настоји спречити оне појаве у оквиру институције наслеђивања, али и друштва у целини, а које су у супротности са општим грађанским начелима.“ (291, 36). Овде је очигледно реч о енглеским крилатицама као што је *lawmaking process* („законодавни поступак“), *lawmaker* („креатор законских прописа“). Али у тим енглеским речима *law* не значи закон, него право: судија је у таквој концепцији (што није потпуно страно ни нашем правном поретку) позван да поред што примењује правила (законе) гледа и да дoстваривањем права, рецимо аналогijом, употпуни правни феномен у судници. Како је међутим *law* погрешно преведено са нашим *закон*, правна држава је у Студији дигнута у ваздух јер је захтев да судија буде „крајња инстанца у законодавном поступку“ и да буде „креатор законских прописа“ најгрубље замисливо кршење правила о подели власти. У Студији на више оваквих места не-

достаје шире сагледавање правних феномена, па је такав случај и када се помиње трансферни карактер грађанског права (33) или начело родне равноправности (38, 44, 292) као уставне категорије.

Студија садржи и друге правне непрецизности, тако да се говори да наследници тек поделом имовине треба да *фактички* постану власници (57); формалноправни власник, означен је на једном месту у Студији као *законски власник* (60); говори се о *законској верификацији* субјективних права (77); о недостатку основа да се усмени договор *правно верификује* (104); о примени *законских мера* када се мисли на примену прописа о законском наслеђивању (107); да се *врши* оставинска расправа (204); о наслеђивању на основу уговора о доживотном издржавању (219, фн. 475); о томе да „легислатура и обичајно право подударају се по овом питању, јер закон стаје у одбрану (!) наследника који је доказао да је поднео трошкове сахране“ (109). У оставинском поступку странка *стиваља* или *истииче* захтев, не *подноси* га (209). Изрази као што су *поклонопримацац* и *поклонодавалац* користе се уместо прихваћених израза поклонопримац и поклонодавац (267), истицање права на нужни наследни део које је повређено завештањем квалификује се као *обарање* тестаментa (282). Рђаво је и када уместо *правни поредак* стоји *законодавни систем*: „наш законодавни систем не познаје уговор о наслеђивању“ (270).

*
* *

Концепцију и тон Студије у значајној је мери одредило погрешно схватање наследног права. Тачно је да се у излагањима правника нарочит значај поклања разумевању законског наслеђивања, а то је оно наслеђивање код кога је законодавац одредио коме ће и колики ће део заоставштине припасти. Међутим, наследно право је део грађанског права у коме је основни принцип аутономија воље (приватна аутономија): структурално, дакле не по броју или месту одредби и количини излагања, већ по смислу регулације наследноправних односа, у наследном праву које почива на цивилистичко-пандектистичкој обради римског права, а ту долази и наше цело грађанско право, основни модус наслеђивања је онај тестаментарни, док се законски примењује тек када нема тестаментa, па се следствено законско наслеђивање традиционално и назива *интестинајско* – оно које није на основу тестаментa. У Старом Риму као клетва се говорило *да боџ да умро без шесттаменџа*, што је значило колико и *да боџ да умро врло млад*, јер се подразумевало да ће свако зрелије лице саставити тестамент.

Помињање тестаментарног и интестатског наслеђивања у контексту аутономије воље важно је због следећег: у главном делу Студије контрастиран је законски (интестатски) режим наслеђивања са различитим врло разрађеним топосима („обичајноправним правилима“) које законски режим наслеђивања, будући паушалан, уједначен и изразито груб, никако не уважава. Ту је створена као нека тензија између једноставног и равночасног законског система и многобројних топоса које правни живот настоји да уважи. Законодавац тобоже као једини критеријум признаје крвно сродство и редове наслеђивања, а правни живот гледа ко живи са оставиоцем; ко од наследника где ради – да ли на селу или у граду, да ли у месту где је оставилац или у далеком иностранству; гледа ко ће колику корист од неке ствари имати; гледа ко је примао дечији додаток; прави разлику између непокретних и покретних ствари итд. Међутим, разлог за то није што су сви ти топоси које смо видели и који су у Студији опширније изнети, законодавцу небитни или што их не признаје! Напротив, законодавац и тек како мисли да није ред да дете које се одметне у други град или државу наследи исто као и дете које је остало на имању; законодавац и те како разуме да старање о оставиоцу представља правно сензитивни моменат при расподели заоставштине! – само што је он за све те топосе врата широм отворио у *тестаменту*, док је режим интестатског наслеђивања управо паушалан са разлога што је оставилац пропустио да своју сукцесију уреди у тестаментарној форми.

Однос између тестаментарног и интестатског наслеђивања је неуралгична тачка наследноправних односа који су у Студији испитани. Јер је ствар таква да се законском формом која дозвољава уважавање појединости (тестаментом) људи не служе. То је тако не због наследноправних погледа, већ због нарочитих својинских односа: тестамент је строго лични/индивидуални чин, а имовина која би се њему имала расподелити је у очима тестватора и његових рођака „породична“ или на неки други начин заједничка (уп. у Студији, 55 ff.), па не пристаје да једно лице које је само њен формални титулар по критеријумима државног права, самостално и ауторитарно (али увек у границама добрих обичаја!) у тестаменту њоме располаже. Отуда у таквом систему становништво велику улогу придаје усменим договорима између будућег оставиоца и његових потенцијалних наследника, који ступају на место тестаментa (102 ff., 235 ff.). Али такви договори због усмености после смрти оставиоца нису правноваљани. Управо ту долазимо до тачке правног живота у којој наступа фрустрација система: становништво (због својинских односа) не жели да појединости буду уважене на месту које законодавац зато предвиђа (у тестаменту), а законодавац, обрнуто, само ограничено дозвољава да се те појединости

уваже тамо где становништво жели да их произведе – у режиму интестатског наслеђивања, јер сматра да не заслужују да буду уважене ако их оставилац није уважао у тестаменту.

Према томе, контрастирање између резона правног живота и резона законодавца који су дошли до изражаја у интестатском наслеђивању је вештачко, зато што је законодавац желео да правни резони становништва буду уважени, али на другом месту. Топоси правног живота који су у Студији разматрани нису дакле сами по себи, рецимо због неједнакости коју стварају међу наследницима, неприхватљиви.

Из Закона о наслеђивању се на више места види да законодавац, чим види да би ствар негде у миру могла да се реши применом аутономије воље, без спора који захтева вођење поступка, ствар радо препушта правном животу. Ако су и наследни делови начелно у интестатском режиму једнаки, наследницима је отворено да се у режиму наследничке заједнице договоре ко ће, шта ће, и колико ће спрам других из те заједнице понети. Лице које је одређено као наследник може се одрећи наследства. Исти резон законодавца долази до изражаја у режиму наслеђивања права на покретним стварима. Наиме, у случају када имовину оставиоца чине само покретне ствари, без нарочитог захтева, заоставштина се пред судом не расправља (чл. 113. ЗВП), – а то не значи ништа друго до да наследници, све док постоји консензус, заоставштину могу поделити како им је драго, односно без икаквих обзира према режиму интестатског наслеђивања. Законодавац, према томе, не мисли да имовина мора бити распоређена према наследним редовима и уделима које је у закону предвидео, већ цео тај режим интестатског наслеђивања држи за случај да се на начелу аутономије воље не може расподелити заоставштина.

Разне правне резоне који су у Студији забележени, законодавац није могао другачије да каналише него кроз аутономију воље тестатора и наследника. Јер да је од тих резона направио правило, онда би се огрешио о посебности случаја и месних прилика. Ако не у Врању, онда негде другде. Његова правила била би у многим случајевима и у другим градовима можда потпуно неумесна. Топоси који ће превагнути у правном суду разликују се од случаја до случаја, а такође и од једне до друге средине у нашој земљи; уз то наш наследноправни режим често важи и за наше држављане који живе у потпуно другачијим културама у иностранству, а у неким случајевима и за странце у нашој земљи.

Са становишта аутономије воље нејасно је зашто у Студији читамо: „Испоставило се, такође, да закон уговором о доживотном издржавању омогућава не само примену него и одржавање обичајноправних начела. Он омогућава појединцима да у име закона поступају по обичају“ (105).

Сваки уговор се закључује због неког подстицаја, који може бити економски, а може бити и идеални. Грађанско право управо и јесте конципирано тако да се појединци у оквирима принудних прописа владају својим интересима, својим васпитањем, својом културом, својима навикама, укратко својом вољом коју затим у своје приватноправне односе уграђују.

Дискурс у коме је у Студији изложен однос између „обичаја“ и „закона“ је врло незгодан. Видели смо мало пре да се као нешто чудно излаже случај у коме „обичајноправне представе“ налазе своје место у правном животу, иако никаква тензија која би заслужила да се истиче да се „у име закона“ (!) поступа „по обичају“ (!), не постоји. У истој равни је и констатација да „обичајно право никада не утиче на измену постојећих законских прописа, већ његова начела проналазе *руђу у закону* и бивају реализована уз примену закона“ (35, 150). Ако се наследница влада „обичајним правом“, па се због своје представе о умесном регулисању наследноправних односа или свог интереса да одржи добре односе са браћом (сматра да је намирена миражом, сматра да је најважније да брат неокрњено настави породичну пољопривреду, сматра да је захваљујући мужу или свом раду или лутрији већ довољно богата, сматра да је ред да синови наследе оца, очекује помоћ од братовљеве породице у старости) одрекне наслеђа у складу са прописима који уређују одрицање од наследства, онда то није никаква рупа у закону у коју је ускочило некакво обичајно правило, већ, напротив, остварење воље законодавца да у приватноправним односима влада аутономија воље.

Ако је појединцу дата слобода да закључи неки уговор, да изврши дереликцију неке ствари коју има, или, као што је случај у наследном праву, да се одрекне или прихвати наслеђа, онда наравно појединац ту слободу неће користити случајно без икаквог реда у свом животу, него ће пратити и одређене интересе имовинске или личне природе. Са становишта грађанског права није, дакле, ненормално да се кћерка одрекне наследства, зато што је мишљења да брат треба да буде једини наследник. Установа одрицања од наслеђа по свом смислу отворена је и за тај мотив.

Овим што сам сада на крају рекао, никако не желим да дирнем у врло тешку, па и мучну причу о стварном положају жена у нашем (пост)традиционалном друштву. Међутим, морам да подвучем да ми живимо у слободарском поретку, у коме се инсистира на разликовању друштва и државе, где свака интервенција државе у друштвене односе мора да буде нарочито оправдана. То посебно важи за државни патернализам, који може имати врло рђаве последице, супротне од оних које држава настоји да постигне. У том контексту неопходно је подвући да је аутономија воље у наследноправним односима након доношења републичког Закон о наслеђивању из

1974. године, а у поређењу са решењима у многим другим савременим законодавствима и нашим предратним и послератним савезним прописима, већ *знајно ограничена*, и то управо ради побољшања положаја жена и других субјеката који би иначе били у незавидном положају.

У Студији је на више места истакнуто да за разлику од нашег предратног права, наше савремено право не признаје уговор као основ за наслеђивање (47, 227). Ту се обично одмах помисли на уговор у коме оставилац уговорно располаже својом заоставштином. Такав уговор је у једном значајном сегменту функционално и после забране уговора о наслеђивању наставио да постоји као уговор о доживотном издржавању. Међутим, један нарочит тип уговора о наслеђивању забрањен је и потиснут код нас тек након што су у Југославији наследноправни односи стављени у надлежност република. Реч је о уговору између будућег оставиоца и будућег му наследника, у коме се наследник одриче свог дела наслеђа укључујући и права на нужни део. Забрана одрицања од наслеђа које није отворено изричито је предвиђена у чл. 135. ЗОН 1974. и чл. 218. ЗОН из 1995. године, а исто је решење предвиђено и чл. 223. наследноправног дела Преднацрта грађанског законика из 2011. године. У примени Закона о наслеђивању из 1974. судска пракса заузела је став да су, у случају када се заоставштина расправља по овом закону, уговори о одрицању од наслеђа увек „неважећи“, без обзира да ли су пре или после ступања овог закона на снагу закључени.³

Према једном попису из 2001. године одрицање од наслеђа пре његовог отварања дозвољено је у Немачкој, Аустрији, Швајцарској, Шведској, Данској, Финској, Норвешкој, у Мађарској и Пољској (Lange/Kuchinke 2001, 167), а ваља рећи и у Црној Гори (чл. 135. ст. 2. ЗОН ЦГ) и Републици Српској (чл. 158. ст. 2. ЗОН РС). У Краљевини Југославији, уговорно одрицање од наслеђа било је дозвољено према одредбама аустријског Грађанског законика, који је важио на највећем делу територије Југославије (§ 551), али и према одредбама мађарског права које је важило на великом делу данашње Војводине (Стојановић, 2008: 56), а уз ситна колебања у судској пракси и према српском Грађанском законнику који је важио у Србији јужно од Саве и Дунава и Македонији (§ 394; неодређено Стојановић, l. c.). После рата савезни Закон о наслеђивању из 1955. године изричито је у одређеним случајевима дозвољавао одрицање од наслеђа пре његовог отварања (чл. 140). Сви ти прописи омогућавали су рђаву појаву да се будући наследник много пре смрти оставиоца, дакле у тренутку када не зна у каквом ће се економском и друштвеном положају наћи када дође до делације, одрекне од наследства. Могло би се дакле десети, да син пре одласка на студије закључи уговор са оцем по коме би се одрекао од на-

³ Одлука Врховног суда Србије од 28. 05. 1991. – Рев. 1161/91.

следства, а он њега школовао. Исто тако могло би и да се деси да се млађи или старији син стави у неповољан положај да се одрекне наследства само како би оца наследио искључиво онај други син. Још гори био би случај када се овакав уговор као услов постави кћерки пред удају. – Чињеница да наше данашње право овакве уговоре забрањује, последица је компромиса по коме је ограничена аутономија воље: *у ситуацији када будући наследник треба да се пре делације одрекне наследства, љаушално, без представе о приликама које ће га задесити у тренутку смрти оставиоца, законодавац је оценио да је одрицање поштено неприхватљиво и због тога нишаво*; и обрнуто: *у тренутку делације, сваком наследнику је остављено да се одрекне наследства зато што када љажљиво, на основу стварних прилика у којима се налази, може аутономно да оцени који интерес му преиже*, да ли рецимо да наследи скупочене непокретности, или да остане у добрим односима са браћом и родбином.

Режим наслеђивања који познаје наш Закон о наслеђивању је дакле већ постигнути компромис између основног принципа аутономије воље и неопходности да држава пружи заштиту лицима у уређењу њихових односа (патернализам). Свако додатно ограничење аутономије воље било би врло проблематично.

Забрана одрицања од наслеђа које није отворено није општа тековина социјалистичког права, о чему сведочи околност да су овакви уговори били дозвољени према режиму нашег савезног Закона о наслеђивању из 1955. године, али и мађарског Грађанског законика из 1959. и пољског из 1964. (Lange/Kuchinke, 2001: 167). Интересантно је, међутим, да овакав уговор забрањује грчки Грађански законик (Lange/Kuchinke 2001, l. c.), иако су у Грчкој иначе у знатној мери прихваћене одредбе немачког Грађанског законика који уговорно одрицање од неотвореног наслеђа изричито дозвољава. То би могло да укаже да су се и српски и грчки законодавац налазили пред сличним правно-политичким изазовима.

Ради побољшања наследноправног положаја појединаца, али и ради правне сигурности и растерећења правосудног система, значајно би у овом тренутку било да се тзв. породична имовина, односно скуп добара за коју чланови породице држе да не припада само једном лицу које је њен формални власник, већ свима, и формално изузме из власништва тог лица, рецимо оца, – тако што би се на пример пољопривредна добра и производна средства пренела на некакво породично привредно друштво („фирму“). У таквом друштву односи би могли бити уређени много финије и транспарентније, и што је још важније – тако да се за време живота оца на правноваљан начин кроз одговарајуће власничке уделе и права позиционирају деца наспрам те „породичне“ имовине.

ЗАКони

Сви прописи су наведени како су важили 10. фебруара 2012. године, осим ако не стоји другачије:

ПЗ – Породични закон

ЗОН – Закон о наслеђивању

ЗОС – Закон о основама својинскоправних односа

ЗВП – Закон о ванпарничном поступку

КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ

Антић, О., *Наследно право*, пето издање, Београд, Правни факултет, 2004.

Богишић, В., *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Београд, Научно дело (САНУ), 1967.

Бренеселовић, Л., „Да ли управа сме да одгађа пријем захтева”, *Избор судске праксе* 10/2010, 29–30.

Бренеселовић, Л., Цртице социолошкоправне анализе нашег изборног поступка, у: Ђорђевић-Црнобрња, Ј. 2011, *Наслеђивање између обичаја и закона*, Београд, Етнографски институт САНУ, 2012.

Lange, H. i Kuchinke, K., *Erbrecht*, пето издање, Минхен, Ц. Х. Бек, 2001.

О. Николић/В. Ђурић (прир.), *Избори*. Издање Института за упоредно право у припреми.

Стојановић, Н. (2008), Наследно право у Војводини између два светска рата. *Зборник Мајнице српске за друштвене науке CXXV*: 53–78.

Студија: в. Ђорђевић-Црнобрња, 2011.

A RECENT ANALYSIS OF OUR INHERITANCE LAW

Luka Breneselović LL. M., Comparative Law Institute

Summary

The analysis of the legal life requires choosing adequate conceptual framework, which will reflect the real content of the concepts and issues that are being analyzed and enable their proper understanding. Without social and legal framework the analysis of the legal life is awkward and incomplete. If the legal concepts and issues are wrongfully interpreted, one cannot understand legal life. The principle of the autonomy of will is the main principle in the inheritance law and therefore it is wrong to confront the statutory regime of the inheritance, being subsidiary, to well established various reasoning of the legal life.

Keywords: inheritance law, sociology of law, ethnology, custom law