

Dr. sc. Darja Softić Kadenić, docentica, LL.M. (Graz)

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu

NASLJEĐIVANJE I PLANIRANJE ZA SLUČAJ SMRTI PO MJERI SAVREMENE PORODICE

Sažetak: Intenzivna dinamika u razvoju porodičnih prilika i odnosa nije praćena jednakom dinamikom razvoja prava, ni porodičnog, a pogotovo ne nasljednog. Nasljedno pravo se čini prilično rezistentnim na promjene, te ga karakterizira tradicionalnost i kontinuitet što nameće pitanje da li je naše nasljedno pravo savremeno odnosno, odgovara li savremenoj porodici?

Jedno rješenje je mijenjati nasljedno pravo, drugo rješenje je potrebnu fleksibilnost stvoriti alternativnim mehanizmima izvan nasljednog prava kojima se mogu imitirati neka nasljednopravna dejstva, a koji se u literaturi nazivaju supstitutima testamenta ili paranasljednim instrumentima, kao i općenito razvijati svijest i mehanizme aktivnog planiranja imovinske sukcesije (*estate planning*). Sve češće ovaj pojam sveobuhvatnog i blagovremenog planiranja imovinske sukcesije obuhvata i tzv. *personal planning* – planiranje ličnih odnosa za slučaj starosti i planiranje smrti (*end of life planning*) kroz mehanizme anticipiranih naredbi.

Obje pomenute oblasti su u našem pravu nerazvijene i postoji veliki razvojni potencijal *de lege ferenda*. U ovom radu će se detaljnije sagledati odnos tradicionalnih normi nasljednog prava i njihova sposobnost da odgovore potrebama savremenog ostavioca i savremene porodice. Bit će predstavljeni izazovi i neki uobičajeni mehanizmi sveobuhvatnog planiranja imovinske sukcesije koji mogu služiti kao putokaz zakonodavcu u pogledu nekih budućih intervencija.

Ključne riječi: estate planning, personal planning, pravni poslovi mortis causa, anticipirano odlučivanje, nasljeđivanje digitalne imovine

1. Postavljanje problema: utemeljenost nasljednog prava na tradicionalnom konceptu porodice

Porodično i nasljedno pravo se često preklapaju i interferiraju. U obje oblasti se susreću imovina i porodica kao osnove ljudske egzistencije.¹ Smrt je ona ključna pravna činjenica koja dovodi do prestanka temeljnih porodično pravnih odosa i pokreće nasljednopravnu mašineriju. Tako, dok određeni segmenti porodičnih odnosa smrću prestaju u potpunosti, imovinskopравни aspekti se iz domena porodičnog premještaju u domen nasljednog prava.

Nasljedno pravo u Bosni i Hercegovini, a naročito pravila zakonskog nasljeđivanja, se temelje na tradicionalnoj porodičnoj strukturi. Materijalno nasljedno pravo koje je prvi put kodificirano 1955. godine za područje tadašnje FNRJ, oslanjalo se na švicarsko nasljedno pravo, koje opet potiče s početka 20. stoljeća. Ni kasnije izmjene nasljednog prava kod nas², uključujući najnovije reforme koje su rezultirale novim Zakonima o nasljeđivanju u oba entiteta i Brčko Distriktu, nisu bitno odstupile od originalnog teksta. U tom smislu se može reći da je naše nasljedno pravo u pogledu temeljnih principa, određivanja kruga nasljednika, naročito prva dva reda zakonskih nasljednika³, kao i nužnih nasljednika, pravila u vezi sa dozvoljenim sadržajem testamenta itd. staro preko 70, a vodeći se godinom usvajanja Švicarskog građanskog zakonika, moglo bi se reći čak i preko 100 godina.

Pri tome se koncept porodice, a zajedno s njim i struktura domaćinstva, proteklih nekoliko decenija intenzivno mijenja.⁴ Nuklearna porodica koju čine vjenčani heteroseksualni roditelji i njihovo zajedničko biološko potomstvo odavno više nije standard.⁵ Zaključuje se manje brakova, a zasniva više neformaliziranih faktičkih zajednica života. Veliki je broj samohranih roditelja. Raste i broj istospolnih zajednica u okviru koji se također može rađati biološko potomstvo. Koristi se institut surogat majčinstva, kontinuirano se razvijaju mogućnosti medicinski potpomognute oplodnje, rađaju se djeca začeta postmortalno⁶, nakon smrti jednog ili oba biološka roditelja.⁷ Pored usvojenja se niz parova ili porodica odlučuje za hraniteljstvo.

1 Vidi: Hlača, Nenad, Imovine i obitelj: osnove ljudske egzistencije, Zbornik radova šesti međunarodni skup, Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018, str. 23 i dalje.

2 O razvoju nasljednog prava detaljnije vidi: Povlakić M., Grundzüge des Erbrechts in Bosnien und Herzegowina, u: Welser R. (Hrsg.) Erbrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa, Manz, Wien, 2009, str. 141 i dalje.

3 Značajan izuzetak čini uvrštavanje vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika u FBiH i BD BiH.

4 Kao jedan od osnovnih razloga ističe globalizacija ljudskih prava, porast individualizma i autonomije volje pojedinca, što opet uveliko ovisi o i sigurnosti materijalne osnove pojedinca. Detaljnije vidi: Hlača N., op. cit., str. 26-29.

5 Courtney G. Joslin, "De Facto Parentage and the Modern Family," Family Advocate 40, no. 4 (Spring 2018): 31-35, Meg Nemeth Ledebuhr, "Parentage and the Modern Family: The Only Constant is Change,"

Family Advocate 40, no. 4 2018, str 12-15

6 Čak i ako sve navedene mogućnosti kod nas nisu pravno regulirane, ne treba zanemariti pojavu tzv. reproduktivnog turizma.

7 Detaljno vidi: Čolaković/Bevanda, Nasljednopravna dejstva postmortalne oplodnje, Zbornik radova:

Mnoštvo je tzv. *patchwork* porodica koju čine razvedeni partner(i) koji zasnivaju zajednicu života sa novim partnerom/icom i žive sa djecom iz ranijih brakova uz evtl. i zajedničku djecu, što dovodi do svojevrsne multiplikacije roditeljstva odnosno roditeljskih uloga kroz razilaženje biološkog, pravnog i socijalnog roditeljstva.⁸ Broj samohranih odnosno samačkih domaćinstava je veći nego ikad.

Prema studiji provedenoj 2016. godine u Sjedinjenim Američkim državama, identificirano je čak 10.276 različitih tipova domaćinstava,⁹ što svjedoči o enormnom pluralitetu oblika (zajedničkog) života i porodica. Statistički podaci dostupni na nivou BiH također pokazuju značajne izmjene u strukturi porodice i domaćinstva, o čemu će još biti riječi.

Evidentno je da pravila koje važe u pogledu zasnivanja životnog partnerstva¹⁰, srodstva ili roditeljskog odnosa u mnogim situacijama i izvođenje prava na nasljedstvo na temelju tih odnosa, u određenim slučajevima više nisu odgovarajuća. Odnosi naročite bliskosti i intimnosti koji su bili u fokusu zakonodavca kada je svojevremeno određivao krug zakonskih nasljednika više se ne ostvaruju samo u braku i među biološkim roditeljima i djecom i eventualno posredstvom potpunog usvojenja, nego se javlja i koncept izbrane porodice.¹¹ Mnoštvo faktičkih neformaliziranih odnosa pravno ne proizvodi nikakve posljedice, što otvara pitanja postojanja diskriminacije i općenito pitanja diskrepance između prava i pravičnosti.¹²

Naravno, za razliku od porodičnog prava, na području nasljednog prava sloboda testiranja igra ključnu ulogu u takvim situacijama i može, bar na prvi pogled, prevazići taj nedostatak. Međutim, sačinjenje testamenta neće uvijek biti dovoljno, kako zbog prava nužnih nasljednika, tako i zbog mogućnosti osporavanja od strane onih koji su tim testamentom zaobidjeni. Uz to, određeni efekti koje bi određeni ostavilac možda želio postići, ne mogu biti ostvareni (samo) posredstvom testamenta.

Promjene u strukturi savremene porodice, a što ima značajne reperkusije i na nasljednopravne odnose, izaziva i činjenica da moderno društvo kontinuirano stari. Ljudski životni vijek se globalno gledano značajno produžio.¹³ Duži životni vijek

Šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018 str. 117. i dalje.

8 O multiplikaciji roditeljstva i socijalnom roditeljstvu vidi: Peukert et al., Soziale Elternschaft – ein konzeptuelles Stiefkind der Familiensoziologie, Neue Zeitschrift für Familienrecht (5)7, 2018, str. 322-326,

9 Magill R. Hugh, Estate Planning and Trust Management for a Brave New World: It's All in the Family... What's a Family?, ACTEC Law Journal Vol 44 (2019), str. 263, fn. 41.

10 Općenito o režimima partnerstva mimo braka vidi: Dutta Anatol, Parbeziehungsregime jenseits der Ehe, AcP, 2016, 609-673.

11 Termin chosen family upotrebljava se u američkoj antropološkoj literaturi. Prema Knauer, Nancy J., Gay and Lesbian elders: Estate planning and end of life decision making, Florida, Coastal Law Review, 12 (1), str. 173-174., fn 56.

12 Vidi: Ponjavić Z., Pravičnost u ostvarivanju imovinskih porodičnih prava, Zbornik radova, Šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, Mostar 2018, str. 9. i dalje.

13 Prema nekim istraživanjima se životni vijek od 1900. godine do danas uduplao i u svjetskom prosjeku iznosi 70 godina premda su razlike između pojedinih podneblja i država još uvijek velike. U Bosni i Hercegovini prosječni životni vijek iznosi 77,4 godine. Vidi: <https://ourworldindata.org/>

pojedince dovodi do toga da dejstva nasljednog prava i pravnih poslova *mortis causa* nastupaju u nekim kasnijim fazama života kako sa aspekta ostavioca, tako i sa aspekta njegovih nasljednika. To ima za posljedicu da su veće šanse da budući ostavilac doživi duboku starost sa svim eventualnim posljedicama koje takve pozne godine mogu imati po njegovo fizičko i mentalno zdravlje i kapacitete. Činjenica da u posljednjih nekoliko decenija u strukturi domaćinstava raste udio samačkih domaćinstava¹⁴ dodatno akcelira ovu problematiku jer upućuje na zaključak da se jedan značajan procenat starijih osoba eventualno neće moći osloniti na intergeneracijsku porodičnu podršku u starosti. Prema popisu iz 2013. godine skoro 45% domaćinstava u Bosni i Hercegovini čine samohrana domaćinstva (17,6%) i dvočlana domaćinstva u vidu parova (bračnih i vanbračnih) bez djece (27%), dok je taj udio početkom 60tih, 70tih i 80tih godina bio duplo manji (ukupno oko 20%).¹⁵ Naravno, ne može se zaključiti da svaki par koji živi u dvočlanom domaćinstvu nema djecu, jer djeca možda žive odvojeno, niti da osoba koja živi sama nema srodnike koji bi se eventualno mogli brinuti o njoj u starosti, ali kontinuirano opadanje nataliteta i velike migracije mlađeg stanovništva na našim prostorima su trend koji u ovom kontekstu zabrinjava.

Usljed ovih demografskih promjena se mijenja i uloga nasljednog prava i raste odnos napetosti između prava socijalne sigurnosti¹⁶ i nasljednog prava kao bitnog segmenta privatne skrbi – trećeg stuba socijalne sigurnosti. Kako raste životni vijek, sistem socijalnog osiguranja se suočava sa velikim izazovom, a time raste i uloga nasljeđivanja za osiguranje vlastite egzistencije u starosti.¹⁷ S druge strane, potreba privatne skrbi za finansijsku stabilnost u starosti bitno utiče na vrijednost imovine tj. buduće zaostavštine pojedinca. Sa rastućom potrebom za tuđom njegom i skrbi ujedno raste i potreba za upotrebom kako nasljednopravnih tako i paranasljednih mehanizama koji omogućavaju favoriziranje onog nasljednika ili pak trećeg lica, izvan kruga nasljednika, koje je spremno brinuti se o ostaviocu u starosti, što je naročito bitno pitanje kod starijih osoba koje žive same.

Još jedan aspekt starenja stanovništva se krije i u tome što duži životni vijek ostavioca koji ima svoje potomstvo automatski dovodi to toga da i njegova djeca nasljeđuju kasnije, kada u pravilu više ekonomski ne zavise od roditelja¹⁸ i kada

life-expectancy, Posjećeno: 26.08.2020.

14 Statistički podaci ovo jasno pokazuju.

15 Agencija za statistiku, Popis, Demografija 2018., Sarajevo, 2020., str. 23. Dostupno na internetu: http://bhas.gov.ba/data/Publikacije/Biltenei/2020/DEM_00_2018_TB_0_BS.pdf (posjećeno: septembar 2020.).

16 Fuchs Maximilian Erbrecht und Sozialrecht, u: Coester-Waltjen/Lipp/Waters (Hrsg.), Liber Amicorum Makoto Arai, Nomos, 2015., str. 298.

17 Prema nekim istraživanjima u Njemačkoj je samo u 18% slučajeva nasljedstvo u trenutku delacije ostavioca potrebno za vlastito izdržavanje. Fuchs, op, cit. str. 304-305. Za Bosnu i Hercegovinu ne postoje podaci, ali je moguće pretpostaviti da je ovaj postotak veći. I za Njemačku i za Bosnu i Hercegovinu je međutim izvjesno da će i nasljednici kojima nasljedstvo nije potrebno za trenutno izdržavanje možda biti potrebno za osiguranje izdržavanja u vlastitoj starosti.

18 U ovom kontekstu je interesantno istraživanje iz 2018. godine prema kojem je 20. godišnjak koji je živio 1900. godine imao manju šansu da ima živu majku od 20. godišnjaka koji živi 2018. godine da ima živu baku. Prema: Magill R. Hugh, Estate Planning and Trust Management for a Brave New World: It's All in the Family... What's a Family?, Actec Law Journal Vol. 44, 2019, str. 261 fn. 20.

su često već prevazišli one životne faze u kojim bi im finansijska injekcija u vidu nasljedstva možda najviše trebala – prilikom izbora vrste školovanja, zasnivanja porodice, rješavanja stambenog pitanja, pokretanja poslovne djelatnosti i drugih važnih životnih odluka i prekretnica, što otvara pitanje potrebe za mehanizmima kojima se ranije izazivaju neka nasljednopravna dejstva u vidu tzv. anticipiranog nasljeđivanja.

Činjenica da u momentu smrti ostavioca iza njega u pravilu ostaje odraslo i ekonomski samostalno potomstvo nameće i preispitivanje tzv. vertikalnog nasljednopravnog modela gdje se u fokusu nalazi odnos ostavioca i djece i ostalih potomaka i pomjeranje ka horizontalnom nasljeđivanju, prvenstveno u korist nadživjelog bračnog partnera, pri čemu bi se pod bračnim partnerom trebao podrazumijevati najširi pojam koji uključuje i vanbračne partnere, kao i partnere iz istospolne odnosno registrirane zajednice.¹⁹

Osim toga, potomstvo ostavioca koje je u zrelijim godinama može i želi aktivnije sudjelovati u odlukama vezanim za planiranje sukcesije, što možda nameće upotrebu nekog od višestranih (ugovornih) instrumenata planiranja imovinske sukcesije. Iako, načelno, takve težnje ne utiču direktno na slobodu testiranja, što duže ostavilac živi, to potencijalno postaje podložniji uticaju članova porodice ili trećih osoba. Sve to dovodi do promjene paradigme poznate kao „*father knows best*“²⁰, koja je odraz paternalističke porodice, a uz to pretpostavlja da je ostavilac taj koji najbolje poznaje prilike i okolnosti u svojoj porodici, svoj imovinski status itd., ka zajedničkom dijalogu i odlučivanju. Naravno, takvo učestvovanje članova porodice dodatno naglašava potrebu za osiguranjem stvarne i slobodne volje ostavioca. Ovaj proces eventualne interakcije, koji može naravno biti i konstruktivan, dodatno usložnjava i to što su velike društvene promjene uzrokovane političkim i ekonomskim faktorima ali i tehnološkom i digitalnom revolucijom dovele do dodatnog produbljavanja generacijskih jazova, pa sistem vrijednosti i želje predstavnika različitih generacija unutar porodice nije jednostavno pomiriti.

Razvoj tehnologije, digitalizacija i globalizacija kao uzajamno uslovljeni procesi su doveli i do velikih promjena u strukturi imovine pojedinca i njegove buduće zaostavštine. Tako, pored one realne raste udio finansijske imovine, a u posljednje vrijeme se sve više govori i o digitalnoj imovini, za čiji transfer nakon smrti trenutno ne posoje posebna pravila, pa i ovaj aspekt zahtjeva aktivno planiranje i djelovanje od strane budućeg ostavioca.

Intenzivna dinamika u razvoju porodičnih odnosa i prilika nije praćena jednakom dinamikom razvoja prava, ni porodičnog, a pogotovo ne nasljednog. Nasljedno pravo se čini prilično rezistentnim na promjene, te ga karakterizira tradicionalnost i kontinuitet. Nakon što je npr. u porodičnom pravu došlo do izjednačavanja bračne i vanbračne zajednice u pogledu njihovih imovinskopravnih dejstava, u FBiH je trebalo proći još devet godina da se vanbračni partner uvrsti na listu zakonskih

19 U BiH je početkom 2020. godine formirana radna grupa sa ciljem regulisanja istospolnih partnerstava i izrade teksta zakona o životnim zajednicama osoba istog spola. Detaljnije: Rozi izvještaj 2020, Godišnji izvještaj o stanju ljudskih prava LGBTI osoba u BiH, SOC, 2020., str. 42-43.

20 Detaljnije vidi: Dutta A., Warum Erbrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen, 2014 str. 11.

nasljednika, dok se to u RS do danas još uvijek nije desilo.²¹ Sve to nameće pitanje da li je naše nasljedno pravo savremeno²² odnosno, odgovara li savremenoj porodici? Uporednopravno posmatrano su izmjene porodičnog prava u posljednje vrijeme uglavnom obilježavane jačanjem autonomije volje i jačanjem samoodređenja pojedinca. Taj trend bi se prirodno trebao odraziti i na nasljedno pravo.

Jedno rješenje bilo bi mijenjati nasljedno pravo i svjedoci smo reformi nasljednog prava kako u regionu tako i šire, ali izmjene u pravilu nisu radikalne i ne mogu odgovoriti na sve novonastale izazove. Oklijevanje zakonodavca zapravo ni ne čudi. Vrlo je teško odmjeriti pravne kriterije temeljem kojih bi se karakterizirale i normirale neke nove forme zajedničkog života i bliskih odnosa, te njihove nasljednopravne posljedice, a da se pri tome ne otvore vrata zloupotrebama.

Drugo rješenje je potrebnu fleksibilnost postići otvaranjem mogućnosti stvaranja autonomnih pravila za transfer imovine *mortis causa*. To je donekle moguće u okviru sistema nasljednog prava, prvenstveno testamentom, a dodatne mogućnosti se otvaraju reguliranjem alternativnih mehanizama izvan nasljednog prava kojima se mogu imitirati neka nasljednopravna dejstva i koji se u literaturi nazivaju supstitutima testamenta ili paranasljednim instrumentima.²³ Uz to je paralelno neophodno i intenzivno razvijati svijest svih građana o potrebi aktivnog planiranja imovinske sukcesije (*estate planning*). Takav pristup podrazumijeva prihvatanje jednog šireg, funkcionalnog i više eklektičkog pojma nasljednog prava i nasljeđivanja. U tom smislu i termine koji se upotrebljavaju u ovom tekstu, potput ostavilac, nasljednik, zaostavština, i sl. treba uvijek razumijevati u takvom širem i funkcionalnom smislu.

Što je porodična struktura kompleksnija ili su naročito kompleksni odnosi unutar porodice, a i ukoliko je kompleksan sastav imovine, to se potrebnijom čini inicijativa pojedinca i aktivni angažman u cilju pronalaska adekvatnog mehanizma koji će zadovoljiti involvirane interesne skupine. Zato ne čudi da planiranje imovinske sukcesije često igra daleko veću ulogu u faktičkim zajednicama, za koje ne postoji standardni zakonski režim, npr. u istospolnim zajednicama²⁴ nego

21 Ustavni sud BiH je u svojoj odluci AP 4027/13 već ukazao na diskriminatorni karakter odredbi zakona o nasljeđivanju u pogledu neuključivanja vanbračnog partnera u krug zakonskih nasljednika. O ovoj odluci detaljnije: Krešić B., Omerdić Dž, Izjednačavanje prava bračnih i vanbračnih partnera – analiza presude Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Zbornik radova, šesti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2018, str. 268-287.

22 Ovo se u pogledu njemačkog prava pitala i Anne Roethel 2010. godine u publikaciji *Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Bd I: Gutachten Teil A: Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*, C.H. Beck, 2010, povodom 68. njemačkog pravničkog dana.

23 Termin supstituti testamenta – will substitutes potiče iz SAD-a i instrumenata koji se koriste u cilju izbjegavanja prvenstveno formalnosti ostavinskog postupka (probate). Vidi Langbein John H., *The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*, 1984, Faculty Scholarship Series 511, dostupno na: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/511 (septembar 2020). Iako su motivi za upotrebu dijela drugačiji u kontinentalnopravnim sistemima također raste trend izazivanja nasljednopravnih dejstava upotrebom alternativnih mehanizama transfera. U italijanskoj doktrini se razvio pogodan termin paranasljedni instituti. Vidi Christandl Gregor, *Will Substitutes in Italy*, u: Braun A., Roethel A., *Passing Wealth on death*, Hart publishing, Oxford and Portland Oregon, 2016., str. 132.

24 Knauer, Nancy J., *Gay and Lesbian elders: Estate planning and end of life decision making*, Florida, Coastal Law Review, 12 (1), str. 173.

u tradicionalnim porodicama sa tradicionalnom strukturom, gdje se na mehanizme planiranja imovinske sukcesije često gleda samo kao na instrumente očuvanja imovine i izbjegavanja poreza.

Sve češće pojam sveobuhvatnog i blagovremenog planiranja imovinske sukcesije obuhvata i tzv. *personal planning* – planiranje ličnih odnosa i stanja za slučaj starosti i usljed starenja kroz mehanizme preventivnog i anticipiranog odlučivanja. Misli se prevashodno na aranžmane koji će pojedincu u starosti i bolesti pomoći da održi kvalitet života na koji je navikao npr. da odluči o mjestu stanovanja u starosti, ali i na izradu preventivnih rješenja za situacije u kojim za života možda neće biti u stanju autonomno odlučivati. Dakle, pored planiranja za slučaj smrti, ova problematika obuhvata i planiranje životnog kraja (*end of life planning*) pa i same smrti, u smislu odlučivanja o poduzimanju određenih medicinskih zahvata i mjera održavanja u životu, te odlučivanja o drugim pitanjima za slučaj umanjivanja ili gubitka sposobnosti za rasuđivanje usljed duševnih smetnji ili drugih razloga. U angloameričkom pravu se za mehanizme koji se koriste u cilju anticipiranja nemogućnosti autonomnog odlučivanja, naročito u kontekstu medicinskih zahvata upotrebljava pojam „*living will*“ (testament za života).

Ovaj segment, pred pozadinom očekivanog dužeg životnog vijeka i iz toga proizlazeće vjerovatnoće da će budućem ostaviocu u posljednjoj fazi života trebati dodatna njega i skrb, sa aspekta budućeg ostavioca postaje zapravo još bitniji, jer se tiče direktno njega, njegove ličnosti, kvaliteta života i dostojanstva, a ne tek njegove zaostavštine nakon smrti.

Obje pomenute oblasti su u našem pravu nerazvijene i postoji veliki razvojni potencijal *de lege ferenda*. U nastavku će se detaljnije predstaviti pojam, ciljevi i neki uobičajeni mehanizmi sveobuhvatnog planiranja imovinske sukcesije koji mogu služiti kao putokaz zakonodavcu u pogledu nekih budućih intervencija, a sve to u cilju povećanja sposobnosti nasljednopravnog uređenja u širem smislu da odgovori potrebama savremenog ostavioca i savremene porodice.

2. Planiranje imovinske sukcesije – pojam i uobičajeni instrumenti

Planiranje imovinske sukcesije (*estate planning*, *Nachlassplanung*) je višeslojan i interdisciplinarni pojam koji obuhvata postupak blagovremenog, sveobuhvatnog i individualiziranog planiranja transfera stečene imovine sa (budućeg) ostavioca na njegove sukcesore, kako univerzalne, tako i singularne. Definicija koju sadrži slavni Blacks Law Dictionary za pojam *estate planning* u slobodnom prevodu glasi: *estate planning* je primjena pravila nasljednog, porodičnog, stvarnog, obligacionog, poreskog prava i prava osiguranja, u cilju uređenja ličnih odnosa kako u nacionalnom, tako i u internacionalnom kontekstu, imajući u vidu mogućnost odlaska u penziju i izvjesnost smrti.²⁵ Mnogi autori, međutim, ističu da iscrpna i precizna definicija ovog pojma zapravo uopšte nije moguća, jer on uključuje svaki aranžman transfera imovine sa budućeg ostavioca na članove njegove porodice ili druge subjekte koji u

²⁵ Henry Campbell Black, Joseph R. Nolan, Michael J. Connolly, Black's Law Dictionary, 5th edition, 1979, str. 493.

datom konkretnom slučaju odgovara predstavama involviranih sudionika. Pri tome se radi o procesu koji treba biti podvrgnut kontinuiranoj kontroli, a odabrani mehanizam treba biti jednostavno prilagodljiv zbog čestih izmjena životnih okolnosti, kako na strani budućeg ostavioca, tako i njegovih eventualnih sukcesora.

Uporednopravno posmatrano u svrhe planiranja imovinske sukcesije na raspolaganju stoji široka paleta raznorodnih instrumenata i mehanizama kako unutar, tako i izvan nasljednopravnog sistema, koji se mogu koristiti alternativno ili u kombinaciji jedni s drugima - od posebnih vrsta testamentarnih raspolaganja poput supstitucija, imenovanja izvršioca testamenta, preko različitih ugovornih aranžmana poput nasljednopravnih ugovora, poklona za života i za slučaj smrti, životnog osiguranja, različitih vrsta punomoći koje djeluju (i) nakon smrti, ali i mehanizama kojima se postiže osamostaljenje ili makar segregacija imovine poput (privatne) fondacije i trusta. Mehanizmima izvan nasljednog prava se u određenim slučajevima u potpunosti zaobilaze kako materijalna, tako i procesna pravila nasljednog prava. Zbog efekata sličnih onim koji se postižu nasljednopravnim institutima, neki autori o supstitutima testamenta govore kao o „paranasljednim instrumentima“.²⁶ Termin supstituti testamenta u užem smislu (*pure will substitutes*) se koristi za opozive instrumente kojim se imovina prenosi sa pravnog prednika na sljednika nakon smrti pravnog prednika, kao što je slučaj i sa testamentom, ali i u širem smislu kod instrumenata kojim se prenos dešava već za života ili se radi o neopozivim pravnim poslovima (*imperfect will substitutes*). Ključno je da se transfer imovine dešava temeljem nekog drugog mehanizma, i ne dolazi do primjene nasljednopravne regulative.

Izbor će, osim, naravno, ograničenja koja nameće sam pravni sistem u kojem ostavilac živi i koji će biti mjerodavan za raspravljanje njegove zaostavštine, ovisiti o konkretnim ciljevima koje budući ostavilac želi postići. Odabir adekvatnog mehanizma u pravilu pretpostavlja stručno savjetovanje. Posezanje za savjetom neutralnog stručnjaka se nameće i iz razloga što se radi o ličnim, često vrlo kompleksnim međuljudskim odnosima unutar porodice, gdje su svi sudionici duboko emocionalno involvirani i teško razmišljaju objektivno. Adekvatno planiranje podrazumijeva razmatranje implikacija mnoštva drugih grana prava poput porodičnog prava, poreskog prava, prava privrednih društava, međunarodnog privatnog prava, pravila izvršnog postupka, prava osiguranja, i sl., na imovinskopravne odnose (budućeg) ostavioca, što također utiče na konačni izbor najprikladnijeg instrumenta.

Neki mehanizmi omogućavaju anticipiranje odnosno prijevremeno izazivanje dejstava nasljednog prava još za života ostavioca, drugi omogućavaju sudjelovanje ostaviocu bliskih lica u planiranju tj. omogućuju višestrano i/ili zajedničko, pa i uzajamno uslovljeno planiranje transfera imovine, neki opet omogućavaju dugoročno vezivanje imovine²⁷ i njeno očuvanje i perpetuiranje kroz generacije. Istovremeno

26 Vidi: Gregor Christandl, Will Substitutes in Italy, u Braun/Roethel (ed.), Passing Wealth on Death, Oxford and Portland, Oregon, 2016, str. 132,

27 Radi se o prevodu termina *Vermögensbindung* (vezivanje imovine), odnosno *Nachlassbindung* (vezivanje zaostavštine) koji su u upotrebi u njemačkoj literaturi u ovom kontekstu – vidi umjesto mnogih: Martin/Pues, Stiftungen – die dauerhafte Vermögensbindung, Die Bank, Heft 1/2001, str. 20–24. U

takvi mehanizmi često ostaviocu omogućavaju pridržavanje svojevrsne kontrole nad zaostavštinom, a posredno i nad ponašanjem i nasljednika čak i nakon svoje smrti. Neki instrumenti opet imaju primarno zaštitni karakter u odnosu na pojedine kategorije nasljednika. Vrlo često jedan instrument može zadovoljiti više navedenih ciljeva.

Problematika upotrebe paranasljednih instrumenata kao svojevrsnih funkcionalnih ekvivalenata i alternativa nasljednopravnim institutima pri tome generira niz pitanja praktične prirode, poput pitanja da li se na te instrumente imaju supsidijarno primjenjivati pravila koja važe za testament, ili pitanje odnosa tih instrumenata i kogentnih pravila vezanih za zaštitu nužnih nasljednika, zaštitu povjerilaca, i sl., ali i teoretske prirode, jer ovi instituti uveliko dovode u pitanje nasljedno pravo kao takvo.²⁸ Veliki je izazov je harmonizirati dispozitivna pravila nasljednog prava i ona koja se odnose na druge funkcionalne ekvivalente.²⁹ Jedan od temeljnih izazova predstavlja uklapanje funkcionalnih ekvivalenata u postojeće dogmatske okvire kao i sagledavanje implikacija tih instrumenata na pravila nasljednog i drugih grana prava i pomirenje postojećih proturječnosti. Od uspjeha u savladavanju ovih izazova uveliko će ovisiti i generalno raspoloženje i odnos kako zakonodavne tako i sudske vlasti u odnosu na upotrebu paranasljednih instrumenata.

2.1. Supstituti testamenta

Odstupanje od pravila zakonskog nasljeđivanja sačinjenjem testamenta kao standardnim sredstvom voljnog raspolaganja imovinom za slučaj smrti, često neće biti dovoljno, jer zakonodavac ostaviocu prepušta slobodu testiranja uz pretpostavku da će tu slobodu vršiti obazrivo i savjesno, uzimajući u obzir interese najužih članova porodice, a ako to ne učini, onda kao korektiv na scenu stupaju norme nužnog nasljednog prava. U tom smislu se sloboda testiranja nerijetko svodi samo na $\frac{1}{2}$ zaostavštine, jer ostatak pripada nužnim nasljednicima.³⁰ Uz to, činjenica da se testamenti vrlo često i uz to relativno uspješno osporavaju pred sudom³¹ može biti još jedan razlog za pribjegavanje alternativnom mehanizmu.

Posljednjih nekoliko decenija uočljiv je trend zaobilazanja sistema nasljednog prava u potpunosti. U američkom pravu se u kontekstu izbjegavanja primjene

nedostatku odgovarajuće domaće terminologije upotrebljavat ćemo izraz instrumenti dugoročnog vezi-
vanja imovine za mehanizme koji omogućavaju nastavak kontrole ostavioca nad zaostavštinom i nakon
smrti ograničavajući nasljednika u mogućnostima upravljanja i raspolaganja.

28 Braun Alexandra, Röthel Anne, Introduction, u: Braun/Roethel (eds), *Passing Wealth on Death*, str. 4-5.

29 Ovo je trend koji postoji u pravu SAD-a, vidi: Gallanis Thomas, *Will Supstitutes: A US Perspective*, u: Braun/Röthel, *Passing Wealth on Death*, str. 9.

30 Ukoliko npr. u Republici Srpskoj pored vanbračnog partnera koji nije zakonski nasljednik postoje djeca ostavioca, ili nema potomstva ali su živi roditelji ostavioca, njihovi nužni nasljedni dijelovi će iznositi pola zaostavštine i to njene obračunske vrijednosti. Isti slučaj će biti u FBiH ili BD BiH u slučaju zajednica koje ne ispunjavaju neki od kriterija da bi bile priznate vanbračnom zajednicom.

31 Kod nas se često čuje mišljenje da testamenti „padaju na sudu“. Vidi npr. <http://mojabanjaluka.info/infograda/clanak/52948/testamenti-odlaze-u-zaborav-jer-lako-padaju-na-sudu> (posjećeno 15.6. 2020.)

nasljednopravnih pravila govori o tzv. supstitutima testamenta (*will substitutes*) koji su rasprostranjeni do te mjere da se čak propituje potreba za nasljednim pravom i njegova svrha u savremenom pravu.³² Pribjegavanje alternativama nasljednopravnim instrumentima je primjetno i u evropsko-kontinentalnim sistemima, premda su motivi dijelom drugačiji. Dok su se u SAD-u supstituti testamenta razvijali primarno kao sredstvo izbjegavanja kompliciranog, formaliziranog i zbog toga skupog i sporog ostavinskog postupka³³ (*probate*), u evropskokontinentalnim sistemima ta potreba nije izražena. To vrijedi bar za one pravne poretke u kojima, poput u našem, vrijedi načelo neposredne univerzalne sukcesije *mortis causa*, posredstvom kojeg nasljednici stiču vlasništvo nad zaostavštinom *ipso iure* u trenutku delacije, pa načelno ne postoji potreba za izbjegavanjem ostavinskog postupka. Ipak, i ovaj nominalno nesporni postupak u konkretnom slučaju može trajati dugo i rezultirati parnicom³⁴, zbog čega će i u našem pravu nekad biti potrebno takav scenarij izbjeći upotrebom nekog alternativnog mehanizma prenosa imovine, ako isti postoji. Razlozi za posezanjem za supstitutom testamenta će, neovisno o pravnom poretku, najgerenalnije posmatrano, s jedne strane ležati u nastojanju da se ostvari bilo finansijska korist, ili pak neka druga pogodnost nefinansijske prirode.³⁵ Nerijetko će se tražiti načini za izbjegavanje kogentnih pravila nasljednog prava, primarno onih vezanih za nužno nasljeđivanje. Naše nasljedno pravo je vrlo kruto u pogledu reguliranja razloga za iznasljeđenje. Pravila za iznasljeđenje su formulirana strogo i prilično nefleksibilno. Iako zakonodavac treba oprezno pristupiti formuliranju razloga za iznasljeđenje, jer mora voditi računa da ne otvoriti vrata suviše subjektivim, neopravdanim, hirovitim i nepromišljenim iznasljeđenjima, ipak bi trebalo de lege ferenda razmisliti o izmjenama formuliranja razloga za iznasljeđenje, naročito za isključenje iz nužnog nasljednog dijela. Prikladnom se čini formulacija koja polazi od nedostatska odnosa bliskosti između ostavitelja i nužnog nasljednika.³⁶ Tako želja da se određeni nasljednik ili nasljednici zaobiđu, može biti motiv za upotrebu nekog supstituta testamenta. Kao primjer mogu služiti partneri iz istospolne zajednice bez djece, čija je želja da nadživjeli partner/ica naslijedi prvoumrlog i koji ne žele da ih naslijede njihovi zakonski nasljednici, niti da oni dobiju nužni nasljedni dio, iako možda u konkretnom slučaju nisu ispunjeni propisani razlozi za njihovo isključenje. Uobičajeni supstituti testamenta su trust i privatna fondacija i različite police osiguranja, naročito životno osiguranje. Spektar raspoloživih instituta zavisi od konkretnog pravnog poretka.

Naše pravo u kontekstu supstituta testamenta ne nudi mnogo mogućnosti. U praksi se u ove svrhe najčešće (zlo)upotrebljava ugovor o doživotnom izdržavanju,

32 Dutta, Warum Erbrecht, Mohr Siebeck, Tuebingen, 2014.

33 Vidi: Langbein, The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession, Faculty Scholarship Series (1984), 511.

34 U tom smislu Dutta, Will- Substitutes in Germany, u: Braun/Roethel, Passing Wealth on Death, str. 185.

35 Ova osnovna dva motiva za upotrebu supstituta testamenta ističu Braun/Roethel, Exploring Means of Transferring Wealth on Death: A Comparative Perspective, u Braun/Roethel, (ed.), Passing Wealth on Death, Oxford and Portland, Oregon, 2016, : str. 341.

36 Ovakvu izmjenу razloga za isključenje u austrijskom pravu predlaže npr. Jud: Brigitta Jud, Reformbedarf im Erbrecht, Fischer-Czermak et al. (Hrsg.), ABGB 2011, str. 246-247.

koji ne bi trebao biti korišten u ovakve svrhe, jer to nije u skladu sa ciljem koji je zakonodavac imao u vidu normirajući ovaj ugovor. On je uz to u našoj praksi rasprostranjen mehanizam favoriziranja određenog nasljednika, jer se može zaključiti i među osobama koje su se dužne uzajamno izdržavati i jer se njegovim zaključenjem posredno izbjegava primjena pravila nužnog nasljeđivanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju u nedostatku posebnih mehanizama planiranja za slučaj starosti ili bolesti, u našoj praksi ujedno i instrument koji nadomješta u određenoj mjeri tu prazninu. Ipak, s obzirom na veliki broj sporova koji proizlaze iz ovog ugovora, jasno je da ovaj ugovor ne može biti jedino raspoloživo rješenje.

Drugi mogući supstitut testamenta dostupan u našem pravu je životno osiguranje u okviru kojeg se kao korisnik kojem se ima isplatiti osigurana suma u slučaju smrti osiguranika imenuje željena osoba. Ipak, životno osiguranje u našem pravu nije mehanizam kojim se u potpunosti zaobilaze nasljednopravna pravila. Ako je korisnik osiguranja ujedno zakonski nasljednik ostavioca, isplaćeni iznos se tretira kao poklon i ulazi u obračunsku vrijednost zaostavštine.³⁷

2.2. Instrumenti dugoročnog vezivanja imovine

Nasljedno pravo ima izraženu distributivnu funkciju. Činjenica da se ostaviočeva zaostavština dijeli među njegovim nasljednicima odraz je centrifugalnog dejstva nasljednog prava, a naročito pravila zakonskog i nužnog nasljeđivanja. Zakonodavac svjesno cilja na to da se posredstvom pravila nasljeđivanja ali i kroz porez na nasljedstvo imovina pojedinca dijeli i preraspoređuje, i na taj način postiže ravnomjernija raspodjela imovine u društvu³⁸, a sprječava prekomjerna koncentracija imovine u rukama pojedinaca i s time povezana koncentracija moći.³⁹ Koliko god se ovakva ravnomjernija distribucija bogatstva u društvu činila potrebnom i smislenom, ovakvo podsticanje centrifugalnog dejstva nasljednog prava sprečava mogućnost stabilizacije imovine za koju je potrebno očuvanje njene cjeline odnosno sprečavanje njene podjele. Razbijanje određene imovine koja predstavlja funkcionalnu cjelinu, npr. u slučaju preduzeća, poljoprivrednog imanja, stambene nekretnine, vrijedne umjetnine ili sl. može imati značajne negativne društveno ekonomske posljedice. Instrumenti dugoročnog vezivanja imovine ciljaju na očuvanje imovine kao cjeline i očuvanje i uvećanje njene vrijednosti i to dugoročno, često kroz nekoliko generacija. Postavlja se pitanje i koliko je nasljedno pravo uopšte u stanju ostvariti pravedniju distribuciju imovine u društvu, jer se distribucija, ako se izuzme porez na nasljedstvo, u najboljem slučaju dešava samo unutar porodice, a ne u društvu kao cjelini.⁴⁰

U pravilu ostaviočevi sukcesori (nasljednici i legatari) postaju punopravni titulari dijelova zaostavštine sa svim vlasničkim ovlaštenjima, što znači da su u pravilu u mogućnosti da nasljeđenom imovinom bez ograničenja raspolažu pravnim

³⁷ Član 34. ZN FBiH.

³⁸ Dutta, Warum Erbrecht, str. 185.

³⁹ Vidi i: Roethel Anne, Erbrecht, 18. Auflage, C.H. Beck, 2020, str. 3.

⁴⁰ Do ovog zaključka nakon detaljne analize ovih pitanja dolazi Dutta, Warum Erbrecht, str. 185, 204-207.

poslovima *inter vivos* i *mortis causa*. Osim toga, ta imovina postaje dio imovinske nasljednika i time postaje dostupna njihovim povjeriocima⁴¹, što posljedično vodi podjeli zaostavštine. Ostavilac sklon svojevrsnom dinastijskom razmišljanju, koji želi očuvati imovinu kao cjelinu i kao takvu ju sačuvati unutar porodice, izbjeci njenu prodaju ili drugu vrstu podjele između nasljednika, te sporove i sukobe u vezi sa konkretnom raspodjelom imovine čija podjela nije tek tako moguća, će to željeti spriječiti. U praksi se upotreba instrumenata dugoročnog vezivanja imovine nameće kod zaostavštine znatnije vrijednosti i/ili kompleksnije strukture, kada je za njeno upravljanje potrebno određeno znanje i iskustvo, kada ostavilac želi obezbijediti i naknadne generacije ili privremeno favorizirati određenog nasljednika npr. nadživjelog (bračnog) partnera do kraja njegovog života, a tek kasnije nasljednopravni položaj dodijeliti nekim drugim nasljednicima, često svojim potomcima.

Uporednopravno se u svrhe dugoročnog vezivanja imovine u pravilu koriste mehanizmi prethodnog i naknadnog nasljeđivanja i imenovanje izvršioca testamenta – kao mehanizmi utemeljeni u nasljednom pravu. Još dugoročnije vezivanje se može postići upotrebom instituta izvan nasljednog prava i to primarno osnivanjem fondacije u privatne svrhe- što je mehanizam koji je sve više rasprostranjen u sistemima evropskokontinentalnog prava i trustom kao tipičnim angloameričkim institutom.

Naš zakonodavac očito funkciju distribucije imovine stavlja ispred funkcije stabilizacije imovine, jer ne regulira mehanizme dugoročnog vezivanja imovine, a neke izričito zabranjuje. Određeni, premda vrlo ograničeni efekti prethodnog i naknadnog nasljeđivanja se mogu postići i kod nas, upotrebom uslova i rokova kojim se mogu izazvati efekti sukcesivnog nasljeđivanja. Također je moguće imenovati izvršioca testamenta, ali je ovaj institut apsolutno podnormiran, tako da se u praksi ni blizu ne iscrpljuju mogućnosti koje on nudi.

2.3. Instrumenti anticipiranog nasljeđivanja

Postupak sukcesije ne mora biti pokrenut tek smrću, kao što to pretpostavljaju nasljednopravni instrumenti *mortis causa*. Nekad će bolje rješenje predstavljati instrumenti kojima se još za života budućeg ostavica stvara izvjesnost u pogledu imovinske sukcesije što nameće potrebu uvođenja i pojma tzv. anticipiranog nasljeđivanja (*vorweggenommene Erbfolge*).⁴² Tako će, recimo, za određeni broj budućih ostavilaca već prelaz sa radno aktivnog dijela života prema odlasku u mirovinu ili prestanku djelatnosti iz drugih razloga, predstavljati okidač za poduzimanje određenih koraka, naročito u slučaju poduzetnika odnosno vlasnika porodičnog preduzeća, poljoprivrednika ili drugih sličnih profila. Anticipirano

41 Vidi u ovom kontekstu: Kötz, Trust und Treuhand eine rechtsvergleichende Darstellung, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963, str. 41.

42 Vidi općenito: Saurer, Gestaltung der vorweggenommenen Erbfolge (allgemeine Einführung) u: Gruber et al., Erbrecht und Vermögensnachfolge, str. 41 i dalje. Pojam anticipiranog nasljeđivanja obuhvata pravne poslove poput poklona, ugovora o raspodjeli imovine za života, ugovora o doživotnom izdržavanju, odricanje od nasljedstva sporazumom za ostavioce, ali i druge načine raspolaganja imovinom za života sa ili bez direktnih efekata nakon smrti.

nasljeđivanje je lakše vremenski planirati jer je momenat transfera imovine u rukama samih ugovornih strana što cjelokupni transfer čini predvidivim.

U većini slučajeva će zapravo najoptimalnije rješenje predstavljati kombinacija u okviru koje dio imovine raspoređuje za života, a dio na nasljednike prelazi nakon smrti ostavioca.

Instrumenti anticipiranog nasljeđivanja su često ujedno i višestrani instrumenti, ugovori za života, a ne jednostrana raspolaganja. Druga važna posljedica ugovornog karaktera ovih aranžmana jeste da su oni ujedno i neopozivi. U pravilu se raspoloživi mehanizmi temelje na osnovnom konceptu ugovora o poklonu sa određenim varijacijama npr. pridržavanja određenih prava poput prava doživotnog stanovanja ili slično. Klasični ugovor o poklonu je samo djelimično pogodan instrument anticipiranog nasljeđivanja zbog pravila u vezi sa uračunavanjem vrijednosti poklona u obračunsku vrijednost zaostavštine i rizika od eventualnog umanjenja ili vraćanja radi namirenja nužnih nasljednika. U našoj praksi se ugovor o poklonu često koristi. Sa aspekta planiranja imovinske sukcesije je prikladniji instrument ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života ostavioca koji je u našoj praksi daleko manje zastupljen. Prednost ugovora u odnosu na klasični poklon jeste ta što njime obuhvaćena imovina ne ulazi u sastav zaostavštine i ne tretira se kao poklon u kontekstu prava nužnih nasljednika, osim kada njime nije obuhvaćen bračni partner.

Ugovori poput poklona za slučaj smrti i ugovora o nasljeđivanju nisu instrumenti anticipiranog nasljeđivanja, jer njihova dejstva nastupaju nakon smrti, ali ipak stvaraju izvjesnost već u momentu zaključenja zbog njihove načelne neopozivosti. Treba spomenuti i ugovor o doživotnom izdržavanju. Ovo nije nasljednopravni ugovor, ali i njegovim zaključenjem se stvara svojevrsna izvjesnost, barem u pogledu imovine koja je njime obuhvaćena, jer ona ne ulazi u sastav zaostavštine. On je mehanizam anticipiranog nasljeđivanja naročito u varijanti kada imovina vež u momentu zaključenja prelazi na davaoca izdržavanja, što je rjeđi slučaj u praksi.

Instituti privatne fondacije i trusta, kada se osnivaju već za života predstavljaju vrlo efikasne mehanizme anticipiranog nasljeđivanja, kada se među korisnicima fondacije odnosno beneficijarima trusta nalaze osobe koje bi ostavilac imenovao svojim nasljednicima.

2.3. Instrumenti planiranja imovinske sukcesije sa naglašenim zaštitnim karakterom

Ukoliko se među nasljednicima nalaze osobe koje zahtjevaju posebnu njegu i skrb, poput potomaka sa određenim invaliditetom, to može biti poseban izazov u pogledu planiranja imovinske sukcesije. Roditeljima djece sa posebnim potrebama veliku brigu predstavlja pitanje šta će biti sa njihovom djecom poslije smrti. I mimo ovih situacija neki ostavioci žele određene nasljednike zaštititi usljed njihove mladosti, neiskustva ili slično. Tada se nameću mehanizmi koji omogućavaju razdvajanje kontrole i upravljanja imovinom od uživanja koristi. Kao svojevrsnu zaštitu možemo posmatrati i namjeru ostavioca da favorizirata određenog nasljednika u odnosu na

druge nasljednike naspram kojih bi prema pravilima zakonskog nasljeđivanja imao jednak nasljednopravni položaj. Česta je želja bračnih partnera ili općenito partnera u nekoj drugoj vrsti zajednice, da se nadživjeli partner zaštiti, ostane živjeti u zajedničkom domu tako održi postojeći životni standard do kraja svoga života.

Instituti koji se mogu koristiti u svrhe zaštite su institut imenovanja izvršioca testamenta koji može upravljati zaostavštinom u korist nasljednika koji to samostalno nije u mogućnosti činiti.

Izrazit zaštitni potencijal imaju različite varijacije instituta trusta. Efekti favoriziranja određenog nasljednika ili određenih kategorija nasljednika mogu se postići i u okviru privatne fondacije. U našem pravu se favoriziranje, kako je već rečeno, primarno postiže zaključenjem ugovora o doživotnom izdržavanju. Između bračnih partnera to nije uvijek rješenje jer, kada su partneri približno istih godina nije moguće predvidjeti koji će nadživjeti onog drugog.

Tipične instrumente vezivanja imovine unutar nasljednog prava predstavlja institut prethodnog i naknadnog nasljeđivanja odnosno fideikomisarna supstitucija, te imenovanje izvršioca testamenta. U uporednom pravu, naročito u zemljama angloameričkog pravnog kruga se za ovakve svrhe nameću mehanizmi izvan nasljednog prava, ali koji su funkcionalno ekvivalnetni osnovima pozivanja na nasljedstvo, prije svega testamentu. Od ovih funkcionalnih ekvivalenata na prvm mjestu stoji trust. Trust predstavlja mehanizam koji nudi rješenje za sve navedene situacije. On razdvajanjem upravljanja i raspolaganja imovinom od ovlaštenja na prihode i prinose od te imovine, omogućava zaštitu i očuvanje imovine kao cjeline, kao i njenih sticaoca koji su maloljetni ili iz drugih razloga, objektivno ili po mišljenju ostavioca, nesposobni da njome adekvatno upravljaju, a uz to omogućava i da više osoba uživa koristi paralelno ili sukcesivno, pa i tokom nekoliko generacija. On nadalje omogućava kako interno tako i eksterno upravljanje imovinom – tj. kako od strane jednog ili više nasljednika, tako i od strane lica koja ne spadaju u krug nasljednika. Posebne karakteristike *common law* trusta u vidu segregacije imovine trusta od ostale imovine *trusteeja*, njegovih fiducijarnih obaveza kao nosioca funkcije *trusteeja*, te ostala prava koja za beneficijare proizlaze iz njihovog *equitable interest*, dodatno osiguravaju da će želje ostavioca biti ostvarene na najefikasniji mogući način. Upravo se zato u *Common law* zemljama trustovi za života i testamentarni trustovi upotrebljavaju u velikoj mjeri kao alternativa nasljednopravnim mehanizmima i smatraju se instrumentom koji omogućava uspješno upravljanje i organiziranje sukcesije imovine unutar porodice.⁴³ Velika prednost trusta, pored činjenice što omogućava poštivanje i izvršenje ostaviočevih želja uz istovremeno vrlo jak i zaštićen pravni položaj beneficijara trusta, leži i u činjenici što fleksibilnost mehanizma trusta omogućava kombiniranje obezbjeđenja samog ostavioca u posljednjoj fazi njegovog života uz organiziranje sukcesije njegove imovine nakon njegove smrti. Sve to pri tome ne mora biti nužno u vidu dobroćinih raspolaganja, nego ostaviocu stoji na raspolaganju vrlo širok spektar mogućnosti određivanja sudbine njegove imovine uz istovremeno veliku dozu diskrecije i bez strogih zahtjeva u pogledu forme.

43 Langbein govori o trustu kao o “*characteristic device for organizing intergenerational wealth transmission*” Langbein, *The Secret Life of the Trust*, str. 165.

U pravilu navedeni kontinentalni instituti nemaju izraženu zaštitnu funkciju⁴⁴, a ako je i imaju, ona nije primarna, pa u te svrhe služe opći instituti poput zakonskog zastupanja odnosno starateljstva. Ovi instituti su pridržani za maloljetnike sa ili bez roditeljskog staranja te punoljetna lica koja nisu sposobna da se brinu o sebi i štite svoja prava, iz kojih razloga im je oduzeta ili ograničena poslovna sposobnost.

Uz pomoć trusta se mogu povući daleko istančanije razlike, pa upotreba zaštitnih trustova –*protective trusts* (vidi poglavlje II.B.3.2.1.) ne pretpostavlja nužno nedostatak odnosno ograničenje poslovne sposobnosti beneficijara trusta, nego omogućava osnivaču trusta njihovu upotrebu i u blažim slučajevima u kojima beneficijare po njegovom ličnom uvjerenju, a ne po zakonu, treba posebno zaštititi odnosno ograničiti njihovu mogućnost raspolaganja i uticanja na svoju imovinu. S druge strane, naravno, takva sloboda osnivača trusta ima i negativne strane, jer mu omogućava da u određenoj mjeri “upravlja” ili barem značajno utiče na neke odluke i postupke u životu beneficijara trusta, nerijetko i u slučajevima u kojima to nije objektivno opravdano, što za beneficijara može predstavljati nepravedno ograničenje koje nije u njegovom interesu.

3. Planiranje ličnih odnosa i stanja

Svako planiranje pretpostavlja svojevrsno gledanje u budućnost i anticipiranje. Kada se uz to potencijalno suočavamo sa opadanjem fizičkih i mentalnih kapaciteta usljed kojeg u budućnosti možda neće biti moguće odlučivati samostalno i racionalno, anticipiranje i donošenje određenih bitnih odluka unaprijed, dok je pojedinac još u „punoj snazi“ se čini smislenim. Ovakvi mehanizmi planiranja za slučaj starosti i bolesti nisu međutim samo poželjni, nego se Bosna i Hercegovina međunarodnim dokumentima obavezala predvidjeti takve mehanizme.

Problematika zaštite odraslih osoba sa duševnim smetnjama je posljednjih decenija vrlo aktuelna.⁴⁵ Unatoč globalnom trendu jačanja i širenja spektra ljudskih prava, kategorija osoba sa invaliditetom, pod koju potpadaju i lica sa duševnim smetnjama, još uvijek se suočava sa masivnim ograničavanjem ljudskih prava. Udio osoba sa duševnim smetnjama kao oblikom invaliditeta u starijoj populaciji pri tome je relativno velik. U kontekstu mehanizama blagovremenog planiranja i donošenja odluka unaprijed u fokusu su upravo stanja i bolesti koje nastupaju u poznijim godinama poput demencije, alzheimerove ili parkinsonove bolesti, iako, naravno, i niz drugih uzroka može dovesti do nastanka duševnih smetnji.

Odrasle osobe sa duševnim smetnjama kao oblikom invaliditeta su naročito

44 Zaštitnu funkciju treba prvenstveno vidjeti u ustanovi nužnog nasljeđivanja. Pravila o nužnom nasljeđivanju ciljaju na zaštitu najužih članova porodice ostavioca, i to neovisno, pa i suprotno od njegove volje. Trust omogućava efikasniju zaštitu u odnosu na pravila nužnog nasljeđivanja, ali je naravno određenje beneficijara predmet slobodne odluke osnivača trusta, te ne postoji nikakva garancija za određene osobe da će im u pripasti određeni dio zaostavštine.

45 Upravo je u okviru ovog skupa – Dani porodičnog prava 2016. godine intenzivno o ovome raspravljano i pisano. Zbornik radova: četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016. Nažalost u proteklih 4 godine nisu napravljeni značajniji pomaci.

ranjiva kategorija. Instituti koji su klasično predstavljali mehanizme zaštite osoba sa duševnim smetnjama -starateljstvo i zamjensko odlučivanje na kojem se ono bazira su oduvijek bili obilježeni svojevrsnim antagonizmom između skrbi i obespravljenja.

46

I u našem pravnom poretku stavljanju pod starateljstvom nužno prethodi postupak oduzimanja poslovne sposobnosti. To je, uz to, redovno praćeno izolacijom kroz praksu institucionalnog zbrinjavanja, čime su se te osobe od subjekata faktički pretvarale u objekte prava,⁴⁷ ili blaže rečeno, objekte pravne zaštite.⁴⁸ Šlagvorti na kojim se bazira novi pristup su inkluzija, samoodređenje, te individualiziran, diferenciran i fleksibilan pristup. Međunarodni dokumenti, od kojih je u ovom kontekstu najvažniji Konvencija UN o pravima osoba s invaliditetom⁴⁹ nalažu promjenu paradigme od ekskluzije i zamjenskog odlučivanja do inkluzije i asistencije odnosno podrške u odlučivanju. Konvencija određuje da se svakoj osobi kao sastavni dio njenih ljudskih prava – prava na jednakost pred zakonom, ljudskog dostojanstva i slobode ima priznati kako pravna tako i poslovna sposobnost.⁵⁰ Samoodređenje kao odraz autonomije su posljedica slobode i dostojanstva kao prava koja ne trebaju biti uskraćena ni jednom ljudskom biću. Bosna i Hercegovina je ovu konvenciju i njen Fakultativni protokol potpisala i ratificirala 2009. odnosno 2010. godine⁵¹ i ona je u našoj zemlji na snazi od 12.04.2010. Iz toga za Bosnu i Hercegovinu proizlazi obaveza temeljnih izmjena pravnog okvira zaštite osoba sa duševnim smetnjama, a na prvom mjestu izmjene porodičnog zakonodavstva u pogledu razloga i postupka za oduzimanje i ograničavanje poslovne sposobnosti.

Analiza cijelog kompleksa pitanja koji proizlazi iz ove konvencije bi prevazilazilo ciljeve ovog rada, a osim toga je o tome već pisano.⁵²

Ukoliko se radi o osobi kojoj nije oduzeta poslovna sposobnost, čini se da je manevarski prostor nešto širi, jer se tada osobi pravno ipak priznaje mogućnost voljnog odlučivanja. Ipak, svaki pravni posao koji bi ona poduzela može biti naknadno

46 Dose, Hans Joachim, Die Entwicklung des deutschen Betreuungs- und Unterbringungsrechts, u: *Betreuungsrecht im internationalen Kontext*, str. 20.

47 Ponjavić Zoran, Autonomija punoletnih lica (ne)sposobnih za rasuđivanje u ostvarivanju prava na zaštitu zdravlja, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 218.

48 Habul Udžejna, Institucionalna zaštita osoba kojima je oduzeta poslovna sposobnost – nemogućnost ostvarivanja prava normiranih u UN Konvenciji o pravima osoba sa invaliditetom, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 119.

49 Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom usvojila je Generalna skupština UNa 13.12.2006. godine.

50 Detaljnije vidi: Theresia Degener, *Erwachsenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive*, u: Diekmann/Lipp/Winterstein (Hrsg.), *Betreuungsrecht im internationalen Kontext*, Bochum, 2017, str. 40.

51 Službeni glasnik BiH – Međunarodni ugovori, broj 11/09.

52 Vidi npr., Bubić Suzana, Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba s duševnim smetnjama, u: Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016, str. 85 i dalje. Miković Borjana, Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti umjesto zamjenskog odlučivanja, Zbornik radova, četvrti međunarodni skup: Dani porodičnog prava, Pravni fakultet Univerziteta Džemal Bijedić u Mostaru, 2016 167 i dalje.

doveden u pitanje usljed eventualne nesposobnosti za rasuđivanje, zbog čega bi bilo neophodno utvrditi postojanje sposobnost za rasuđivanje od strane stručnog lica prije poduzimanja određenog pravnog posla. Potpuno je jasno da će, nakon što nastupe duševne smetnje koje utiču na sposobnost odlučivanja ili artikuliranja volje, od velike pomoći biti činjenica da je pogođena osoba u nekoj ranijoj fazi, u kojoj to oštećenje još nije postojalo, ili je bilo manje izraženo, formulirala te svoje želje u vidu tzv. anticipiranih direktiva ili naredbi.

Cilj ovog rada upravo leži na podizanju svijesti o potrebi i o potencijalnim mehanizmima aktivnog i individualiziranog planiranja i to kako imovinskih prilika za života, odnosno za slučaj smrti, tako i osobnih prilika i stanja za života. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom državama potpisnicama nalaže uspostavljanje sistema asistiranog odlučivanja kroz, između ostalog, mehanizme anticipiranih direktiva.⁵³

Anticipirane direktive su mehanizmi kojima se unaprijed određuju načini ophođenja i rješavanja različitih budućih situacija koje se mogu ticati različitih oblasti života, za slučaj da osoba u trenutku kada se nađe u takvoj životnoj situaciji nije u mogućnosti samostalno donijeti odluku, što zbog oduzete poslovne sposobnosti ili pak zbog trenutne nemogućnosti rasuđivanja.

Anticipirane direktive se mogu odnositi na finansijska pitanja pojedinca i druga pitanja upravljanja i raspolaganja njegovom imovinom, na pitanja ličnih stanja i životnih uslova, poput pitanja gdje osoba želi odnosno ne želi živjeti u starosti, određivanja osobe staratelja od povjerenja, te na pitanja zdravlja i liječenja.⁵⁴

U uoprednom pravu se anticipirane direktive u pravilu svrstavaju u dvije skupine. Jednom vrstom se u vidu posebnih punomoći, tzv. trajnih ovlaštenja (*durable/lasting powers of attorney, Vorsorgevollmacht*) određuje osoba ili osobe koje će u slučaju nesposobnosti biti ovlaštene odlučivati o različitim pitanjima u ime vlastodavca. Drugom vrstom, tzv. anticipiranim naredbama, sačinitelj neposredno unaprijed odlučuje primarno o vrsti liječenja i medicinskih tretmana koje osoba želi odnosno ne želi (*living will, Patientenverfügung*).

U Bosni i Hercegovini nažalost još uvijek nisu stvoreni uslovi za implementaciju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom.⁵⁵

Dok ovakvo anticipirano odlučivanje formalnopravno još nije moguće u Bosni i Hercegovini, od velike je pomoći i blagovremeni i otvoreni razgovor sa osobama od povjerenja – članovima uže porodice, prijateljima, njegovateljima, o željama i predstavama u budućnosti, iako tako formulirane želje naravno nemaju obavezujući karakter, ali će osobama koje će eventualno biti pozvane da odluče u ime pacijenta, predstavljati određeni putokaz.

53 Sam koncept asistiranog odlučivanja je stariji od Konvencije UN o pravima osoba sa invaliditetom i bazira se na preporukama Vijeća Evrope, naročito Preporuke R (99) 4.

54 Hrستیć Dijana, Anticipirano odlučivanje pacijenta, Zagrebačka pravna revija, Vol 5., 1/2016, str. 14.

55 Tako i : Habul U., op. cit., 119.

4. Zaključak

„When planning for tomorrow, you can't expect to meet the challenges of today with yesterday's tools.“⁵⁶ Na brze i silovite promjene savremenog društva, porodice, životnog stila, pravo ne može blagovremeno odgovoriti i nužno je stvoriti nove adekvatnije alate, ali i naučiti postojeći okvir tumačiti u skladu sa novim okolnostima. Kvalitetan pravni okvir, čak i ako je donesen u nekom ranijem periodu i u drugim okolnostima, često omogućava adekvatnu primjenu i na novonastale odnose, adekvatnim tumačenjem, argumentima analogije i transfera normi, principa i vrijednosti.⁵⁷ Ovakva primjena prava pred njegove primjenjivače stavlja veliku odgovornost.

Uz izmjene u pristupu primjene i tumačenja pravnih normi, vrijeme je da se i na području Bosne i Hercegovine u oblastima porodičnog i nasljednog prava prihvate i implementiraju mehanizmi jačanja samoodređenja pojedinca. U ovom radu se predlaže da se ciljevi jačanja samoodređenja i autonomije te prilagođavanja novonastalim prilikama postignu prihvatanjem jednog funkcionalnog i više eklektičkog poimanja nasljednog prava, omogućavanjem i alternativnih mehanizama izazivanja nasljednopravnih dejstava. Uz to je potrebno educirati i pravničke krugove i općenito javnost o prednostima aktivnog planiranja kako za slučaj smrti, tako i za slučaj starosti i bolesti i o raspoloživim instrumentima koje u te svrhe postoje u našem pravnom poretku.

Negativna strana autonomne regulacije uvijek ostaje u vidu činjenice da takvo uređenje zahtijeva daleko veći angažman i pretpostavlja više prepreka u odnosu na optiranje za određeni zakonski režim.⁵⁸ Nerijetko to pretpostavlja i posezanje za stručnim savjetovanjem što je redovno povezano i sa određenim troškovima. Uporednopravno posmatrano prosječni postotak ostavilaca koji ostave testament je ispod 30%. Za Bosnu i Hercegovinu ne postoje pouzdani podaci, ali je taj postotak empirijski još značajno manji, što govori u korist potrebe za podizanjem svijesti o ovim pitanjima.

Viši nivo samoodređenja pojedinca, ne smije pri tome nipošto biti na uštrb sigurnosti i zaštite kako pravnog prometa općenito, tako i pojedinačnih sudionika. To za naš pravni poredak predstavlja veliki i ozbiljan izazov.

⁵⁶ BMO Wealth institute, Estate planning in the 21. century, str. 3

⁵⁷ Vidi: Würdinger Markus, Ähnlichkeitsargumente und Transferdenken im Erbrecht, JuS, 60. Jahrgang, 2/2020, str. 97-101.

⁵⁸ Tako i Anatol Dutta: Paarbeziehungsregime jenseits der Ehe, AcP, 216 Heft 5 (2016), str 634.

ERBFOLGE UND NACHLASSPLANUNG FÜR DIE MODERNE FAMILIE

Zusammenfassung: Die intensive Dynamik in der Entwicklung von Familienverhältnissen wird nicht von der gleichen Dynamik der Rechtsentwicklung, weder der des Familien-, noch der des Erbrechts gefolgt. Unser Erbrecht zeigt sich ziemlich resistent gegenüber Veränderungen und es zeichnet sich durch Kontinuität und Tradition aus, was die Frage aufwirft wie zeitgemäß unser Erbrecht ist bzw. ob es noch der modernen Familie entspricht.

Eine Lösung würde darin liegen, das Erbrecht zu ändern, die andere darin, die nötige Flexibilität durch die Entwicklung alternativer Mechanismen außerhalb des Erbrechts, durch die manche erbrechtlichen Wirkungen nachgeahmt werden können und die in der Literatur als Testamentssubstitute oder paraerbrechtliche Institute bezeichnet werden und das allgemeine Bewusstsein über die Mechanismen aktiver Nachlassplanung zu stärken. Immer öfter beinhaltet der Begriff der Nachlassplanung auch die rechtzeitige Planung für das Alter und für den Lebensabend mit Hilfe von Vollmachten und Verfügungen.

Beide Bereiche sind in unserem Recht noch unterentwickelt und es besteht grosses Entwicklungspotenzial de lege ferenda. In der nachfolgenden Arbeit wird das Verhältniss vom traditionellen Erbrecht und dessen Fähigkeit die Bedürfnisse der Nachfolge für zeitgemässe Familien zu erfüllen beleuchtet. Es werden die Herausforderungen und die verbreiteten Instrumente der Nachlassplanung dargestellt um dem Gesetzgeber und den Rechtsanwendern einige Richtlinien zu geben.