

Марта Ђорђевић,
студент последипломских студија

СНАГА ВОЉЕ MORTIS CAUSA ИЗ НИШТАВИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

I. ФОРМУЛИСАЊЕ ПРОБЛЕМА (1)

Образи теме се приступило с намером да се сумирају ставови теорије и праксе према јасно израженој вољи *mortis causa*, а када воља није изречена у одговарајућој форми. Проблем се може поставити и у обрнутом смеру: форма постоји, воља такође. Воља је изричита, јасна, недвосмислено указује на начин на који је лице желело *mortis causa* да располаже. Не постоји, међутим, онај квалитет воље који се тражи за ту врсту форме, односно за посао те правне квалификације. Питање на које треба одговорити и које на први поглед, захваљујући јасном законском тексту, можда делује непотребно (и својом кратконом понешто неуглађено, али најистинитије изражава суштину проблема) јесте - да ли и у којој мери воља *mortis causa* има примат над формом, односно шта је јаче - форма или воља *mortis causa*: наравно, уколико дође до ситуације да се та два сукобљавају. Чак би се снага воље *mortis causa* могла посматрати независно од форме: треба ли улагати и колики напор да би се упркос препрекама (међу којима је и форма односно њено непостојање) очувала последња воља. Наравно, с обзиром да воља ван форме не може постојати (односно не егзистира ако није изражена било како - усмено или на који други начин који *јесте начин* и кроз који је окружење за вољу сазнало, макар ми то сматрали недостатком форме), питање је, који је то минимум форме потребан за очување последње воље.

Ratio избора баш ове теме је неусаглашеност праксе у решавању овог проблема. Можда је чак боље рећи - усаглашеност праксе, јер готово свака судска одлука, доследном, али и механичком применом закона, настојећи да очува форму, умањује значај последње воље. У том смислу се треба упитати шта ће на тасу превагнути: форма или воља, и који су разлози за и против једног и другог. Да ли суд управо тако вага при доношењу своје одлуке и ако то не чини да ли греши? Да ли је законски текст који се тиче строге форме прописане за послове *mortis causa* довољно обухватан? Послови *mortis causa* су такве врсте да прописивање форме има својих добрих разлога, али је и воља специфична управо зато што је последња. Судови су склони да се приклоне форми, а питање је да ли је такво одлучивање оправдано.

Полазну тачку у разматрању проблема представљала је одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 1642/91:

У односу отац-мајка-ћерка, отац је прво завештао своју идеалну половину непокретности у корист супруге (обезбеђујући при том ћерки њен

(1) Семинарски рад на последипломским студијама, одбрањен 15. маја 1995.

нужни део), а накнадно је са супругом оверио два уговора о доживотном издржавању (где је предмет уговора иста непокретност на којој су брачни другови сувласници): у једном је муж прималац, а жена давалац издржавања, а у другом су улоге обрнуте. Након тога наступа делација супруга.

Ђерка тражи да се утврди ништавост уговора о доживотном издржавању, а са разлога непостојања намере обезбеђења издржавања.

Дакле, намера постоји, али намера обезбеђења имовине од наследника или намера супруга да своју жену материјално обезбеди. Првостепени суд усваја тужбени захтев и утврђује да је уговор о доживотном издржавању ништав. Другостепени суд преиначава одлуку првостепеног суда и одбија тужбени захтев. Коначно Врховни суд, пресудом Рев. 1642/91, преиначује пресуду другостепеног и првостепеног суда те изреком утврђује "да писмено закључено између суда пок. из Београда и ... из Београда, ... не производи правно дејство као уговор о доживотном издржавању". У образложењу пресуде се, пак, каже: "Очито је да су странке хтеле да се међусобно обезбеде, што су могле учинити поклоном. Због тога би се могло, под условом да се ради о дисимулованом уговору, говорити о постојању два уговора о поклону са одложним условом, где се један уговор гаси, а други ступа у дејство, те не би стајао закључак првостепеног суда...", као и: "... Врховни суд налази да тај уговор не производи правно дејство само као уговор о доживотном издржавању, а не прихвата разлоге првостепеног суда у односу на евентуално постојање уговора о поклону, што и није било предмет тужбеног захтева." (2). Врховни суд нас дакле упућује на конверзију као на начин очувања воље оставиоца.

На први поглед изгледа као да решавање претходног случаја на овај или онај начин није толико битно, јер, без обзира да ли уговор производи правна дејства или не, увек остаје тестамент којим је оставилац располагао на исти начин као уговором о доживотном издржавању. Рекло би се да такав начин размишљања решава конкретан проблем. Постављају се, међутим, питања:

1) Да ли заиста остаје да важи претходно састављено завештање односно воља изражена њиме (посматрано са становишта тестаментa)? Може ли се узети да тестамент само потврђује накнадну вољу завештаоца? Ако бисмо одговорили потврдно, морали бисмо нужно да одговоримо и на питање - шта да је оставилац располагао на различите начине различитим формама (у конкретном случају - тестаментом у корист кћери, а уговором у корист супруге). Не могу постојати два различита решења. Без обзира да ли се располаже у корист истог или другог лица, накнадним располагањем се завештање или опозива, или се не опозива, него потврђује.

2) Шта бива са вољом *mortis causa*, када ништав уговор кроз који је изражена не испуњава услове за конверзију (посматрано са становишта накнадног располагања)? Да ли и таква воља има снагу да, упркос уговору, за који се пост мортем испостави да испуњава услове за поништај, произведе правно дејство и опозове претходно сачињени тестамент?

II. ФОРМА НЕКИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА РЕГУЛИСАНИХ ПОЗИТИВНИМ ПРОПИСИМА

Да би се на правилан начин оценио значај форме и њен однос према вољи из правних послова *mortis causa*, треба ценити форму уопште, а пре свега разлоге због којих се она прописује код појединих правних послова позитивног права.

(2) Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1642/91 од 13.1.1991.

За одређене правне послове закон и данас прописује форму *ad solemnitatem*, те уколико иста није испуњена - правни посао је ништав. Обавезну форму закон прописује ради заштите јавног али и приватног интереса. Интереси који се формом штите у сваком конкретном случају су различити: код једне врсте правног посла се ради о интересима фисцуса, код друге о интересима правне сигурности, а код треће опет о настојању да се избегну мане воље или да уговорне стране још једном размисле хоће ли приступити закључењу правног посла или не. Уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произилази нешто друго (3).

Пример уговора за који је форма *ad solemnitatem* обавезна је уговор о *купопродаји непокретности*. Ту се писмена форма, као обавезна прописује Законом о облигационим односима (4), а Законом о промету непокретности се поставља и услов да потписи уговарача буду оверени од стране суда; у противном уговор не производи правно дејство (5). То је установљено у циљу обезбеђења евиденције о промету непокретности, јер се ради о стварима веће вредности, чији је промет, при том, опорезован од стране *fiscus-a*, те је ово и идеалан начин контроле извршавања ове обавезе уговарача према држави.

Ту, додуше, закон прави изузетак, тако што даје могућност конвалидације оних уговора који нису закључени у прописаној форми, а уговорне стране су "у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из уговора настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произилази што друго" (6). Чак се сматра да, у присуству свих услова које закон прописује, суд мора признати правно дејство уговора о промету непокретности, који је закључен у писменој форми, иако потписи уговарача нису оверени, а уговор је у целини или претежном делу извршен (7).

Важеће уговора о *доживотном издржавању* је условљено овером потписа од стране суда, тачније судије (а не судског службеника, како је то код уговора о купопродаји). Уговор уређен Законом о наслеђивању има посредна наследно-правна дејства, утолико што се уговор закључује за живота, али право својине на непокретностима са примаоца на даваоца издржавања прелази након смрти даваоца. Имовина која је предмет уговора о доживотном издржавању, не улази у брачну вредност заоставштине, а уколико се ради о уговору између сродника од којих би онај преживели свакако био суцесор - не врши се *collatio bonorum*.

Стога форма код уговора о доживотном издржавању се прописује пре свега јер се њиме преносе све или неке непокретности примаоца издржавања, па се тиме одузима могућност његовим законским наследницима да га наследе. Оваквом формом се и уговорници наводе на то да са више опрезности приступају закључењу уговора, а управо с обзиром на последице које исти производи.

Кроз *тестамент* - као форму, изражена је последња воља оставиоца - као садржина, чији је циљ распоређивање његове имовине *mortis causa*. Закон, за тестамент, алтернативно прописује неколико форми, али од којих свака мора бити у потпуности испуњена да би тестамент био пуноважан. Човек као субјект права смрћу престаје да постоји и његова имовина на основу

(3) Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФРЈ" бр. 29/78, 39/89, 45/89, 57/89 и "Сл. лист СРЈ" бр. 31/93, чл. 70.

(4) *Ibid.*, чл. 455.

(5) Закон о промету непокретности, "Сл. гласник СРС" бр. 43/81, 6/89 и 40/89, сл. 4.

(6) Закон о облигационим односима, чл. 73.

(7) Л. Карамарковић, *Конвалидација уговора о промету непокретности*, "Правни живот", бр. 9-10/1993.

тестаментa (или закона) прелази на друге правне субјекте. Воља, којом оставилац преноси своју имовину на друга лица, је последња воља. То је изјава коју он даје за живота а за случај смрти и чија се истинитост, пост мортем код самог *deciusus*-а не може проверити, те проверу истинитости вршимо путем форме.

Све тестаменталне форме су усмерене, пре свега, на то да наведу завештаоца да још једном размисли о начину на који ће распоредити имовину за случај смрти (да би се избегле лакомислености које се могу учинити приликом састављања наредбе последње воље, као и преваре, заблуде и принуде од стране заинтересованих лица), али и да на сигуран начин утврде и очувају последњу вољу оставиоца (тима се постиже извесност о томе по ком ће се реду вршити пренос заоставштине и одступа од правила која закон прописује). Стога се форме тестаментa и одликују великом строгошћу. Закон и пракса у складу са законом, су недвосмислени у погледу форме тестаментa: "Пуноважан је онај тестамент који је направљен у облику утврђеном у закону и под условима предвиђеним законом" (8). Ма колико били упрошћени, захтеви форме који се постављају пред завештаоца увек су строги и свако одступање од предвиђене форме је разлог за поништење тестаментa (9).

Начело консенсуализма, толико заступљено у уговорном праву, са напред наведеног не налази примену у тестаменталном праву. Тестамент је добротин правни посао и као такав увек је формалан. Сама чињеница да један правни субјект, без икакве противвредности отуђује своја добра у корист другог, захтева повећану пажњу, па и одређену дозу неповерења правног поретка. Завештање је такође и правни посао *mortis causa*, па за разлику од правних послова *inter vivos*, производи дејство тек моментом смрти једне стране. Стога је разумљиво да правни поредак мора имати сигуран доказ да је посао заиста предузет и ако јесте каква му је садржина.

III. ОДНОС ФОРМЕ И ВОЉЕ *MORTIS CAUSA*

1. Када је воља изражена кроз више тестамената

У овој фази рада се враћамо на наше првобитно питање, а то је хоћемо ли дати примат форми или вољи.

Код постојања више тестамената решење није компликовано. Тестатор има право на основну опцију - поставити себи универзалног сукцесора или не (10), те он може, уз ограничење које се тиче нужног дела, да завешта своју имовину коме хоће, да је распореди *mortis causa* како хоће, да промени законски ред наслеђивања, или да га потврди, да свој тестамент измени, уништи или на други начин опозове. Свако накнадно располагање тестатора завештаном ствари као и свака накнадна изјава воље у форми тестаментa, мења или у потпуности опозива претходно сачињено завештање.

2. Када је воља изражена прво тестаментом, а накнадно уговором о доживотном издржавању

За закључење уговора о доживотном издржавању потребно је постојање сагласности воља уговарача о издржавању примаоца од стране даваоца издржавања.

(8) Закон о наслеђивању СРС, "Сл. гласник СРС" бр. 52/74, 1/80, чл. 62.

(9) О. Антић, *Слобода завештања и нужни део* (докторска дисертација), Београд, 1983, стр. 90.

(10) *Ibid*, стр. 13.

Наравно, приликом поређења тестаментa и уговора о доживотном издржавању увек треба имати у виду да је завештање једностранa изјава воље, лукративног карактера, што значи да се не захтева сагласност наследника, нити икаква његова противпрестација, а да је с друге стране уговор о доживотном издржавању двостран, теретан уговор који дакле намеће обавезе теретног карактера обема странама. Правне природе ова два правна посла су различите, али крајњи ефекти им се делимично подударају и то како по виду тако и по моменту реализације. Наиме, иако је уговор о доживотном издржавању правни посао *inter vivos*, последице које производи *mortis causa* се не могу оповргнути.

Ови се послови битно разликују по условима које треба испунити да би до оваког ефекта *mortis causa* дошло. Овом објашњењу, међутим, није циљ да изједначи уговор и тестамент, већ да укаже на њихову подударност у домену воље и на промене коју она реално у спољном свету проузрокује.

Дакле, у складу са особином двостраности и теретности уговора о доживотном издржавању, постоји и обавеза друге стране, а то је уступање непокретности примаоца даваоцу издржавања. Та је обавеза једнако важна као и обавеза даваоца издржавања, али није *ratio* овог уговора. Мотив даваоца издржавања свакако треба разликовати од одређеног квалитета воље која се овде тражи, односно циља који се овим уговором постиже.

У нашем примеру постојала је намера, али не одговарајућег квалитета у односу на уговор који се закључује. Сама дефиниција сврхе уговора о доживотном издржавању, а то је да се ради о правном послу *inter vivos* који се закључује у циљу издржавања и обезбеђења лица у старости (11) на први поглед искључује било какву дилему у погледу тога да ли вољи *mortis causa*, из уговора о доживотном издржавању који нема овакав циљ, треба дозволити да произведе правно дејство или не.

Неспорно је да пуноважан уговор о доживотном издржавању, ако је њиме распологано са ствари којом је претходно располагано завештањем, представља опозив тестаментa. Свако доцније располагање од стране завештаоца одређеном ствари коју је био некоме завештао, има за последицу опозивање завештања те ствари (12). У прилог таквом ставу теорије као и члану 102. Закона о наслеђивању РС, можемо навести и решења праксе Врховног суда Рев. бр. 4117/92 (13): "... Оставио је предметном имовином располагао тестаментом у корист тужиоца, међутим, каснијим закључењем уговора о доживотном издржавању има се сматрати да је завешталац (прималац издржавања) опозвао завештање имовине, па су туженици у смислу одредбе... после смрти примаоца издржавања стекли у својину предметну имовину...". У том смислу треба узети у обзир и одлуку Врховног суда Рев. бр. 6226/57: "... Имовина која је предмет уговора о издржавању не улази у заоставштину умрлог ранијег власника..." (14). Овај став се, наравно, односи на заоставштину која је расподељена према законском реду наслеђивања као и на ону расподељену тестаментом, уколико исти постоји.

Разлог овако широког образлагања онога за шта тврдимо да је спорно, је у томе што, иако је чл. 102 Закона о наслеђивању недвосмислен и јасан, судови понекад одлучују супротно од напред наведеног. То се дешава у случајевима где тештатор прво тестаментом, а потом уговором о доживотном издржавању остави исту ствар истом лицу. У таквој ситуацији суд, узевши да уговор о доживотном издржавању управо представља потврду воље прет-

(11) Н. Суботић Константиновић, *Уговор о доживотном издржавању* (докторска дисертација), Београд, 1968, стр. 178.

(12) Закон о наслеђивању РС, чл. 102.

(13) Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4117/92, од 6.7.1992.

(14) Пресуда Гз. 26/57 од 12.4.1957, "Збирка судских одлука", књига II, свеска 1, одлука бр. 60.

ходно изјављене тестаментом, у својој одлуци долази до закључка да тестамент није опозван.

Други разлог полемисања о овоме је покушај да се одговори на једно односно прво од два питања постављена на почетку излагања.

Члан 102. Закона о наслеђивању РС каже: "Свако доцније располагање од стране завештаоца одређеном ствари коју је био *некоме* завештао, има за последњу опозивање завештања те ствари." Ради се, дакле, о *сваком доцнијем* располагању ствари коју је био *некоме*, а *не* нужно *другоме*, завештао. Из тога произлази да је тај неко могло бити и лице у чију је корист доцније располагао. Став законодавца је у том смислу јасан и логичан. Не можемо навести ни један ваљан разлог за прихватање супротног становишта. Примедба да тастатор уговором о доживотном издржавању потврђује своју вољу не може да опстане, прво, јер се коси са законским текстом (он тиме са становишта закона само опозива претходну вољу), а потом јер нема логичног разлога за састављање тестаamenta који се потом мора нечим потврдити. Да је хтео, оставилац би у моменту састављања тестаamenta сачинио уговор а не тестамент. Његови мотиви за овакав редослед су очигледно другачији. Можда се ради о накнадној потреби оставиоца (примаоца издржавања) да обавезе свога несудионог тестаменталног наследника да се стара о њему (и на тај начин постане сукцесор, али не тестаментални).

Дакле, поред тога што нам закон поставља оквиру у којима се морамо кретати, треба рећи да су ти оквири и са становишта воље и мотива оправдани. Оставилац је прво тестирао, а онда је, у складу са начелом аутономне воље, тај тестамент опозвао накнадним располагањем, те би било потпуно супротно овом начелу неспровођење оставиоцевог *animus revocandi*-а.

Осим тога, а у складу са напред већ реченим, не можемо исти члан у једном случају тумачити на један начин, а у другом на други: када накнадно истом ствари располаже у корист истог лица, оставилац свакако опозива свој тестамент. Овакав став потврђује и одлука Врховног суда Србије, Рев. бр. 1137/64: "Тестамент је опозван и у случају кад оставилац уговором о доживотном издржавању своју имовину уступи лицу које је по тестаменту било одређено као наследник... Окружни суд изводи закључак да је овим уговором о доживотном издржавању уговарач... у ствари потврдила своју вољу изражену у тестаменту... па да зато и поред одрицања... њени наследници имају право наслеђа те имовине по основу означеног тестаamenta. Овакво правно схватање Окружног суда не може се прихватити... Уговор о доживотном издржавању је један двострани теретни уговор са правима и обавезама за обе уговорне стране... Друкчије се не може протумачити воља оставиоца..., јер је право опозивања тестаamenta последица слободне воље располагања својом имовином и последица начела опозивости изјаве последње воље... Тестамент је једностранни акт завештаоца који се може али не мора прихватити што зависи од воље лица у чију је корист завештање извршено, док је у уговору о доживотном издржавању изражена воља обе уговорне стране, те и воља... да њена сестра... добије њену имовину под тачно одређеним условима тамо изложеним, дакле не без накнаде како је то у тестаменту било предвиђено" (15).

Друго питање, на које остаје да се одговори, је да ли *animus revocandi* остаје да егзистира и ван одговарајуће форме, односно колико је објективно јака воља да се претходно сачињен тестамент опозове у односу на (непостојећу) форму поништеног уговора о доживотном издржавању (16). Оно што ово питање чини проблемом јесте чињеница да је и накнадна воља била

(15) Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1137/64, од 6.10.1964, "Збирка судских одлука", књига IX, свеска 3, одлука број 327.

(16) Реч објективно је овде употребљена у циљу изражавања снаге воље са становишта спољњег света; законодавца, судова и судске праксе, теорије. Јасно је да је воља оставиоца за њега лично, субјективно јака чим ју је изразио и да би он на сваки начин настојао да је спроведе, да је у могућности, односно да је још у животу.

изјављена, те то није само унутрашња воља оставиоца, нешто о чему је он само размишљао, а никад исказао. Он је ту вољу изјавио у форми за коју је сматрао да одговара његовој намери и са пуном свешћу о својој уговорној обавези, која настаје *inter vivos*, али производи дејства *mortis causa*. Та дејства он након смрти више не може мењати, те је тако та воља и његова последња.

У којој мери систем може да признаје или не признаје изражену вољу *mortis causa* и због којих формалних недостатака? У нашем случају, уговор, заправо, и није поништен због недостатака форме, већ због недостатака одређене врсте воље, односно воље која је потребна за уговор о доживотном издржавању. Али воља да се произведу *одређена* дејства у односу на непокретност и у односу на супругу као даваоца издржавања, постоји. Уговором о доживотном издржавању брачни друг као давалац издржавања пружа из своје имовине више но што је по закону обавезан, а прималац преноси из своје посебне имовине ствари, односно права свом супружнику, чиме се они међусобно боље обезбеђују, а самим тим, на извршан начин учвршћују брак (17).

Тестаментом се, вољом оставиоца, мења законски ред наслеђивања. Дакле, да би се ред наслеђивања, прописан законом, изменио потребан је *animus testandi*, а уз то је потребан и одређени начин манифестовања исте и тек тиме се постиже правни ефекат. Аналогно томе за вољу изражену на други начин, а не завештањем, потребно је да и тај други начин буде изведен онако како је то законом прописано, наравно, у присуство воље.

Стоји, дакле, да је форма прописана као обавезна, а оно што има да се утврђује - *у којој је мери воља јача или слабија у односу на форму и производи или не производи дејства ван ње*. То се питање код уговора о доживотном издржавању не би постављало, да уговор није био закључен. Тада не би ни сазнали за вољу, она не би уопште ушла у сферу права, нити би се могло рећи да је воља озбиљна када уговор није закључен.

Међутим, воља постоји и то воља која се више не може мењати с обзиром да је наступила делација једног уговарача и уједно оставиоца. Он је у тренутку закључења уговора имао вољу да пренесе непокретност на супружника и та је воља довољно јака да га подстакне да направи уговор за који је он сматрао да производи она дејства на која је његова воља била управљена.

За процену односа воље и форме треба обратити пажњу и на питање технике тумачења код послова *mortis causa*, као и на дефинисање каузе уговора о доживотном издржавању.

Тумачење у праву значи утврђивање правног значења правне норме (или правног посла - већ у зависности од предмета тумачења). Објективно тумачење је оно којим до дефинитивног закључка о намери учесника у правном послу долазимо тумачењем речи, израза, циља правног посла. Код субјективног тумачења у првом плану је воља учесника.

У начелу се прихвата мешовито тумачење, међутим, код тестаментна би прихватање објективног, па чак и мешовитог метода тумачења било погрешно, јер би се противило природи и карактеру завештања. Одредбе тестаментна треба тумачити према правој намери завештаоца (18). Тумачење тестаментна представља утврђивање смисла одредаба садржаних у тестаменту, односно праве воље завештаоца. Таква техника тумачења у потпуности је у складу са начелом аутономије воље јер се поштује воља завештаоца да располаже својом имовином на одређени начин. То је и његова последња воља, па се настоји да се свакако знађе, буде поштована и доследно спроведена. Начело аутономије воље приликом тумачења се спроводи и код других

(17) О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1994, стр. 260.

(18) О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, Београд, 1983, стр. 97.

правних послова, али - аналогно са тестаментом - код послова mortis causa субјективно тумачење јесте и треба да буде најзаступљеније. Природа и кауза завештања намећу субјективни метод као основни (19).

Уколико је, након састављања завештања, оставилац располагао тестираном ствари, а потом умро, аналогно претходно наведеном, треба се потрудити да права воља завештаоца буде спроведена.

Кауза обвезивања код теретних правних послова је извршење обавезе друге стране, а код добротичних је то animus donandi, односно намера да се другој страни нешто бестеретно да или учини.

Кауза се код уговора о доживотном издржавању може дефинисати тако да је кауза примаоачеве обавезе испуњење чинидби које улазе у појам доживотног издржавања, од стране даваоца издржавања, а да је кауза даваоачеве обавезе пренос права својине или неког другог имовинског права од стране примаоца издржавања на даваоца.

Члан 66 став 2 Закона о облигационим односима каже: "Ако привидан уговор прикрива неки други уговор, тај други важи ако су испуњени услови за његову правну ваљаност", што представља прописивање услова за пуноважност дисимулованих уговора (20).

Уговор о доживотном издржавању из нашег примера Врховни суд, услед привидности каузе, управо подводи под категорију симулованих уговора и у образложењу упућује на то да се исти може конвертовати у дисимуловани уговор о поклону.

Пошто је кауза битан елемент уговора, њена привидност проузрокује и привидност самог уговора. Уговор о доживотном издржавању може бити симулован и у пракси се, не ретко, догађа да се симулованим уговором о доживотном издржавању прикрива уговор о поклону као дисимулован, а као мотив се најчешће јавља намера изигравања наследних права нужних наследника (21). Међутим, поставља се питање - шта ако изигравање нужних наследника није мотив закључења уговора о доживотном издржавању.

Мотив (побуда) обвезивања код добротичних правних послова увек улази у појам каузе, док код теретних само ако је побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је други уговарач то знао или морао знати.

У нашем примеру је једна страна знала за мотив обвезивања друге стране и та је побуда битно утицала на обвезивање, али није била недозвољена.

Ако бисмо посматрали еволуцију односа форме и воље, увидели бисмо да се тај однос мењао у корист воље. Ма колико свеукупни друштвени односи били неразвијени, и услед тога прометање права сведено на минимум, тврда форма је, као резултат развоја друштвено економских односа, већ од 16. века почела да уступа место вољи. Тај је процес свој врхунац достигао са буржоаским револуцијама, којима је начело аутономије воље добило већи домет него што данас има.

Дакле, гледано са становишта узрока, воља је настала као последица општег развоја. С друге стране, и данашња форма је управо плод развијених друштвено-економских односа, чија бројност и разноликост захтева оквире који би учесницима у правном промету пружали одређен степен правне сигурности.

Међутим, у одређеним случајевима, претерано инсистирање на форми може управо бити контрапродуктивно, те произвести супротан ефекат од

(19) Ibid., стр. 96.

(20) Прокић Љ., *Уговор о доживотном издржавању у СФРЈ* (магистарски рад), 1986, Београд, стр. 36.

(21) Ibid., стр. 37.

онога због кога је форма установљена. Уколико, због незнања (а не из намере долозног поступања) даваоца изјаве релевантне у правном промету, не буде испуњена форма правног посла, такав посао неће произвести правно дејство, насупротив очекивањима учесника у промету. У оваквом случају (а нарочито код послова *mortis causa*) се поставља питање: шта више повређује правну сигурност - поштовање или непоштовање услова постојања форме. Наравно, не треба допустити да човек, захваљујући преширокој аутономији воље, предузима и недозвољене радње. Међутим, треба имати у виду да и оно што су у 15. веку биле недозвољене радње сад то више нису, па се у том смислу и право од 15. века прилагодило животу. Тако је, на пример, фидеикомисарна супституција која је раније била дозвољена, и у владајућег staleжа врло честа (а како наследници не би могли да располажу заоставштином у корист трећег лица ван породице), данас нашим законом забрањена, а што много говори о развоју слободе воље.

Извесно је да законодавац не би прописао одређену форму да то није сматрао неопходним. Треба се, међутим, осврнути на то да ли је форма оправдано прописана или није. Управо захваљујући овој провери која се углавном предузима и сама намеће у судској пракси, право се, додуше са извесним задоцњењем, усклађује са животним ситуацијама. Наравно да, све до тренутка док је форма прописана као обавезна, треба (и у крајњој линији мора - јер у противном правни посао не производи правно дејство) да буде поштована.

За случај недостатка форме, а да су странке при томе у целини или у претежном делу испуниле своје обавезе, установљена је могућност конвалидације, односно оснажења уговора иако форме нема (22). Дакле, тиме је дат примат вољи над формом. Странке су желеле закључење одређеног правног посла и сва његова дејства, што су и показале извршењем својих уговорних обавеза. Сам законодавац у том случају, признаје да је воља довољно јака да може да преомсти недостатак форме. Уосталом, када би тврдили супротно, то би значило да воља односно садржина постоји због форме, а не обрнуто. С обзиром да су престације страна у целости или у претежном делу извршене, третирају се као свршена факта, где би оглашавањем таквог правног посла ништавним због недостатка форме, довело до већег поремећаја и веће правне несигурности од оне коју непостојање форме изазива.

С обзиром да уговор, из горе наведеног примера, испуњава форму уговора о поклону (и више од тога, с обзиром да за поклон није потребна овера потписа пред судијом), а *animus donandi* постоји, овакав уговор о доживотном издржавању би се могао конвертовати у уговор о поклону. Дакле, не постоји воља да се уговорна страна обезбеди и издржава (потребна за уговор о доживотном издржавању), али постоји воља даровања, а то је оно што је потребно за уговор о поклону. Конверзија је предвиђена управо за случајеве где закључени уговор не испуњава услове за пуноважност насловљеног уговора, али испуњава услове за пуноважност неког другог, односно оног уговора који ће довести до дејства жељеног у моменту закључења ништавог уговора. Конверзијом (23), законодавац као другим средством (поред конвалидације), иде на то да на сваки могући дозвољени начин спроведе вољу уговорних страна.

Целокупан правни промет се базира на правним пословима путем којих се права преносе. Уговори се управо зато закључују да би били извршени и да би произвели правно дејство којим се нешто мења у сфери права и у сфери факата. Воља субјеката у правном промету је толико битна да законодавац низом средстава настоји да је реализује.

(22) Закон о облигационим односима, чл. 73.

(23) *Ibid.*, чл. 106.

IV. МОГУЋНОСТИ ОЧУВАЊА ВОЉЕ MORTIS CAUSA ПУТЕМ КОНВЕРЗИЈЕ И RATIO ОВАКВОГ ПОСТУПАЊА СУДА

У нашем случају би, захваљујући постојању одговарајуће форме и воље мужа да жени пренесе своју идеалну половину непокретности и прикључи је њеној идеалној половини, уговор о доживотном издржавању могао да се конвертује у уговор о поклону. У том смислу: "Очито је да су странке хтеле да се међусобно обезбеде, што су могле учинити поклоном. Због тога би се могло, под условом да се ради о дисимулованом уговору, говорити о постојању два уговора о поклону са одложеним условом, где се један уговор гаси, а други ступа у дејство, те не би стајао закључак првостепеног суда да би странке уговорнице остале на истом" (24). У том смислу и одлука Врховног суда Србије Рев. бр. 2291/66: "Уговор није фиктиван само по томе што су странке у сачињеном писмену уговор оцениле и назвале као правни посао једне врсте, а по узајамним, уговором одређеним правима и дужностима то је правни посао друге врсте" (25).

У оваквом случају воља оставиоца остаје очувана и спроводи се mortis causa.

Суд је одлуком Рев. бр. 1642/91 потврдио да уговор о доживотном издржавању (коме недостаје одређени квалитет воље) не производи правна дејства, али је у образложењу навео да би конвертовањем могао важити уговор о поклону.

Неважношћу конкретног уговора о доживотном издржавању, дошло би до примене законског, а не тестаменталног реда наслеђивања, јер је воља различита од оне изражене тестаментом ипак изјављена, па макар и ништавим уговором. У складу с тим и применом члана 102. Закона о наслеђивању би, непоштовањем последње воље оставиоца, даваоцу издржавања односно тестаменталној наследници (супрузи оставиоца) била нанета неправда. Разлози правичности, у недостатку другог начина да се очува последња воља, воде ка решењу изнетом у образложењу пресуде Врховног суда Србије - конверзији.

Прихватањем конверзије Врховни суд је оповргао или је можда боље рећи одржао члан 102. Закона о наслеђивању. *Оповргао* у том смислу, да би доследном применом члана 102, ништавост уговора о доживотном издржавању повукла за собом и непризнавање воље mortis causa, а под претпоставком да и ништав уговор опозива претходно завештање ствари (који смо став напред образложили). Врховни суд је тиме што је нашао начина да очува последњу вољу, уједно и одржао овај члан Закона. Одлука Рев. 1642/91 представља баланс између форме (која се, самим тим што је законом прописана, мора поштовати) и воље mortis causa, а што је управо доказ војевања воље над формом. За форму постоје средства заштите и одржања, а за вољу их треба наћи и баш је то овде и учињено. Сматрам да је начело правичности, али пре свега тежња да се очува воља mortis causa, управо изражена кроз ову одлуку.

Међутим, то није решење нашег проблема. И даље стоји питање - шта ако "дисимуловани" правни посао не испуњава све услове уговора у који би се, евентуално могао конвертовати, а воља оставиоца да располаже на други начин (другом врстом правног посла или у корист другог лица) него што је то учинио тестаментом, је очигледна, мада се не ради о оном квалитету воље који се тражи за "симуловани" правни посао.

Чак се и оваквим начином постављања питања иде линијом мањег отпора, уколико стојимо на становишту да воља mortis causa, управо зато што је специфична врста воље, са специфичним моментом деловања и без могућ-

(24) Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 1642/91.

(25) Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2291/60, од 17.2.1961, "Збирка судских одлука", књига VI, свеска 1, одлука бр. 15.

ности декујуса да је накнадно (по евентуалном поништењу уговора, али и након декујусове смрти) потврди, треба дати потпуну афирмацију. *Право је питање, шта се дешава са вољом уколико не постоји уговор у који би се ништав уговор могао конвертовати, односно ако нису испуњени услови неког другог правног посла који су странке имале у виду у време закључења овог ништавог. Дакле, ако воља *mortis causa* нема, условно речено, никакву подрушку законодавца (кроз конвалидацију, конверзију), да ли је треба одржати и спровести или не?*

De lege lata, оваква воља не производи правна дејства. То за горе наведени случај значи да је уговор о доживотном издржавању ништав, те се примењује законски ред наслеђивања. Пошто је, у нашем случају, оставилац прво направио тестамент, то би значило да тај тестамент важи. Он, гледано кроз призму закона, сигурно не би важио да је уговор о издржавању пуноважан, а по моме схватању не важи ни кад овај то није.

V. ЗАКЉУЧАК

Са већ изложених разлога не можемо узети да у случају ништавости уговора важи тестамент. Да је желео да супруга добије предметне непокретности бестеретно, оставилац не би накнадно закључивао теретан правни посао. Без обзира на ништавост уговора, воља и даље постоји. "Жива" је за разлику од оставиоца који то није па нема могућности да своју вољу потврди и да још једном опозове вољу изражену тестаментом.

Резултат би био још непримеренији начелу слободне воље, када бисмо имали ситуацију у којој оставилац тестаментом и уговором располаже у корист различитих особа. То би значило да, пошто је уговор о доживотном издржавању ништав, тестамент који више не одражава декујусову вољу ни у погледу онемоћности, ни у погледу лица коме оставља непокретност, производи правна дејства. Не може се дозволити да се у циљу очувања форме запостави, и у бити грубо повреди воља и то воља *mortis causa*. Међутим, не може се прихватити ни становиште да се мора применити законско наслеђивање. Да је хтео да непокретност добију супруга и кћер, у *уделима који су одређени законом*, оставилац не би располагао ни теретно ни бестеретно.

Сматрам да се (сем уколико се располагањем завештаоца не повређује нужни део) ни под којим условима не треба и не сме оглушити о *mortis causa* вољу једног лица.

Наравно, поставља се питање какво би онда било практично решење проблема, а на шта би законодавац, уколико би се позабавио овим проблемом и уколико би оваков становиште било прихваћено, без сумње, дао задовољавајући одговор.

Требало би да се иде на признање уговора о доживотном издржавању. Најчешће странке симулованим уговором о доживотном издржавању желе да изиграју императивне прописе о нужном наслеђивању (26). Стога би суд у сваком конкретном случају морао да цени да ли је обезбеђен нужни део и да ли је постојала намера изигравања нужних наследника или не. Ако се утврди да су нужни наследници подмирени, и да нема никакве скривене намере да им се нанесе штета, а постоји воља да се располаже баш на начин на који је то и учињено, суд би морао да призна важење таквом правном послу, или на неки други начин да очува праву вољу оставиоца.

Аналогијом са чл. 73 ЗОО на основу кога се правни послови са недостатком форме могу конвалидовати, исто тако се и правни послови, код којих постоји воља која, са становишта права посматрано, није одговарајућа, али у сфери факата производи управо она дејства која су странке хтеле и да при

(26) О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1994, стр. 271.

том та дејства нису незаконита ни неморална (утолико што ни побуде уговорних страна нису неморалне нити незаконите) - могу сматрати пуно-важним. То стога што на сваки могући начин треба настојати да се спроведе воља коју су стране изразиле, а нарочито када се ради о вољи која коначно дејство производи mortis causa. Супротно решење би било неправично, јер би представљало примат форме (која је начин изражавања) над вољом (која је суштина, односно оно што се формом изражава и добија свој, за окружење видљив облик). То утолико што се за недостатак одговарајуће форме даје могућност оснажења правног посла, а у случају недостатка одређене врсте воље, посао не производи правна дејства, па се тиме ни неугасла воља не признаје.

Оваквим ставом, уједно, није пољуљана правна сигурност, јер, конкретизована кроз закон и праксу судова - начела јавног поретка, морала, принудних прописа, представљају густу мрежу која би спречила дејство сваког незаконитог располагања странака.