

Дејан Б. Ђурђевић⁰

УТИЦАЈ НЕДОЗВОЉЕНОГ МОТИВА НА ПУНОВАЖНОСТ ТЕСТАМЕНТА

Пошћо је тесћаменџ доброчин љравни посао, завешћочевџ моћиви увек улазе у каузу. Ако је завешћалац љриликoм сачињавања тесћаменџа био вођен недозвољеним побудама, љакав тесћаменџ ће бити ајсолућно нишћав. О недозвољеној побуди се љовори у следећим случајевима: 1) када завешћалац љежи да љућем тесћаменџа ућиче на наследника или исћорукoј-римџа на љонашање које је само љо себи у сућројносћи с љпринудним прописима, јавним љоретћком и добрим обичајима, 2) када завешћалац љежи да љућем расћолађања за случај смрћи ућиче на наследника или леђаћара на љредузимање радње која сама љо себи није у сућројносћи са јавним љоретћком и добрим обичајима, али љо љосћаје када се доведе у везу с имовинском корџићу из тесћаменџа и 3) када нађрада или казна коју завешћалац чини љућем тесћаменџа није у хармонији с јавним љоретћком и добрим обичајима. Терет доказивања недозвољеносћџ завешћочевџ побуда љада на она лиџа која се љозивају на нишћавосћџ као своју љредносћџ. У случају кумулације дозвољених и недозвољених моћивџа, тесћаменџ ће бити ајсолућно нишћав само ако недозвољени моћиви буду одлучујуће ућиџали на завешћалоца да расћолаже за случај смрћи.

Кључне речи: *Моћив (побуда). – Кауза. – Тесћаменџ. – Нишћавосћџ.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Код добротиних уговора мотив увек улази у каузу.¹ Следствено томе, побуда која је у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, увек има за последицу апсолутну ништавост добротиног уговора. Правила Закона о

⁰ Мр Дејан Б. Ђурђевић, асистент Правног факултета у Београду.

¹ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима; Слободан Перовић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, књ. I, стр. 124.

облигационим односима, којима је уређена материја уговорног права, сходно се примењују и на тестамент.² Одатле произилази да ће бити апсолутно ништаво оно завештање које је завешталац саставио вођен недозвољеним побудама.

Поменуто правило отвара читав низ теоријских и практичних питања. Прво питање тиче се појмовног разграничења мотива и каузе. Да ли је реч о истим или различитим установама? Друго питање односи се на правнополитичке разлоге због којих законодавац строже третира недозвољену побуду код добротних правних послова. Треће питање односи се на утврђивање и доказивање недозвољеног мотива, с обзиром на то да је мотив унутрашња чињеница која се не може непосредно доказивати. У вези с овим, поставља се и проблем терета доказивања недозвољене побуде. И на крају, јавља се и проблем кумулације недозвољених и дозвољених побуда. Предмет овог рада управо је разматрање свих ових питања која су везана за утицај недозвољеног мотива на пуноважност тестаментa.

2. ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ МОТИВА И КАУЗЕ

Мотив (побуда) није исто што и кауза (основ) правног посла.³ Када правни субјект предузме правни посао, он то чини из неког разлога. Разлози због којих настаје правни посао су различити, ближи или даљи, посредни или непосредни, правни, економски, морални итд. Кауза је *непосредан правни циљ* који се остварује предузимањем правног посла. Мотив (побуда) је посредан, „удаљенији покретач” ради којег неко лице предузима правни посао.⁴ Мотив изазива жељу да се постигне одређени правни циљ (кауза) а из тог правног циља даље произилази предузимање правног посла. Због тога се у литератури каже да за разлику од каузе, која је „циљ првог реда”, мотиви представљају „циљеве другог реда”.⁵

² Видети члан 25, став 3. ЗОО; Оливер Антић, „Закон о облигационим односима и наследноправни уговори”, *Правни животи*, бр. 10–12/88, стр. 1747 и даље.

³ Видети: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 323 и даље.

⁴ Михаило Константиновић, *Облигационо право* (према белешкама с предавања), Удружење студената Правног факултета у Београду, Београд, 1956, стр. 43.

⁵ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2000, стр. 86.

Осим наведене између каузе и мотива постоји још једна значајна разлика која се огледа у томе што је кауза апстрактни правни појам те је истоветна код правних послова исте врсте.⁶ Код сваке купопродаје кауза продавчеве обавезе је исплата цене од стране купца. Међутим мотиви представљају конкретне фактичке циљеве, тако да иза истоврсних правних послова могу стајати најразличитији мотиви. Новац који добија продајом ствари, једном продавцу је потребан да би купио нову ствар, другом да би отишао на летовање, трећем да би платио дуг итд. Кауза је саставни део правног посла и код највећег броја правних послова (каузални правни послови) она је видљива и позната осталим учесницима у правном промету. Мотив је лична ствар сваког субјекта који предузима правни посао и не мора бити видљив.

Разликовање мотива и каузе нема само теоријски већ и практичан значај. Да би настао пуноважан правни посао, неопходно је да има дозвољену каузу.⁷ Мотив нема такав правни значај. По правилу, недозвољеност мотива не утиче на пуноважност правног посла.⁸ Међутим, постоје ситуације када ће недозвољена понуда имати за последицу ништавост правног посла. Да би дошло до тога потребно је да се испуне одређени услови који нису исти код добротних и теретних правних послова. Код добротних правних послова захтева се само један услов: да је недозвољена побуда битно утицала на одлуку субјекта да предузме правни посао.⁹ Код теретних правних послова, потребна су два услова: 1) да је недозвољена побуда битно утицала на одлуку једне стране да предузме правни посао и 2) да је друга страна то знала или морала знати.¹⁰

3. РАТИО РАЗЛИЧИТОГ ТРЕТМАНА КОЈИ НЕДОЗВОЉЕНИ МОТИВ ИМА КОД ТЕРЕТНИХ И ДОБРОЧИННИХ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

Правнополитички разлози због којих се недозвољена побуда строже третира у материји добротних располагања, огле-

⁶ Михаило Константиновић, *op. cit.*, стр. 43. Желимир Шмалцељ из тог разлога каузу назива „објективном каузом” а мотив „субјективном каузом”. Видети његов чланак: „Допуштена основа уговорних обвеза”, *Наша законџосћ*, бр. 1/80, стр. 25.

⁷ Видети члан 51, став 1. Закона о облигационим односима.

⁸ Видети члан 53, став 1. Закона о облигационим односима.

⁹ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима.

¹⁰ Видети члан 53, став 2. Закона о облигационим односима.

дају се у специфичностима које се срећу код добротичних правних послова.¹¹

Код теретних правних послова, лице које добија неку корист из правног посла, дугује за то накнаду. Давање једне стране своје оправдање налази у извршењу противуслуге, што евентуалне пропратне околности чини излишним или их ставља у други план.¹² На пример, продавац који одлучи да прода неку ствар, у доношењу одлуке да ли ће и са ким ће да закључи уговор, преваходно се руководи ценом коју нуди потенцијални купац. Цена коју је купац спреман да плати биће продавцу довољан разлог да пристане на закључење уговора. Са малом вероватноћом се може рачунати на то да би продавац могао да искористи своју слободу уговарања зарад остварења неких других циљева, који нису иманентни купопродајном уговору. Теретни уговор с тога тешко може постати средство путем којег ће се вршити утицај на понашање друге стране, а још мање би се могао третирати као награда за одређено понашање другог уговорника. Осим тога, код теретних правних послова се штити принцип поверења у правном промету, те би било у супротности са тим принципом да се правни посао поништи због недозвољеног мотива једне стране, ако друга страна за ту околност није знала и није ни могла знати.¹³

Са добротичним правним пословима ситуација стоји другачије. Чињеница да завешталац својим завештањем бесплатно увећава имовину завештајног наследника или испорукопримца, може да послужи као средство да се тестаментарни наследник или легатар наведу на понашање које је у складу са завештаочевим жељама.¹⁴ Иако је тестамент правни посао *mortis*

¹¹ Слободан Перовић (ред.), *op. cit.*, књ. I, стр. 124.

¹² Слободан Перовић (ред.), *op. cit.*, књ. I, стр. 124; Борис Визнер, „Правно-релевантно значење заблуде о мотиву”, *Гласник Адвокатске коморе САП Војводине*, бр. 1/77, стр. 17 и даље.

¹³ Михаило Константиновић, *Облигационо право*, стр. 45–46; Стојан Цигој, у: Борислав Благојевић/Врлета Круљ (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, II изд., Београд 1983, књ. I, стр. 195; Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, књ. I, стр. 244–245.

¹⁴ Georg Thielmann, *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin, 1973, стр. 131. Ово је иначе примећено код свих добротичних правних послова. Ж. Ђурђевић и В. Станковић истичу да је: „правни поредак опрезан и скептичан према добротичним уговорима, што су побуде због којих се закључују ови уговори често противзаконите и неморалне.” (Живомир Ђурђевић/Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд 1986, стр. 223).

causa, његова опозивост га претвара у ефикасно средство путем којег завешталац може управљати лицем коме оставља неку корист.¹⁵ Могуће је да завешталац не жели да утиче на понашање наследника или легатара, јер је дефинитивно задовољан или разочаран његовим поступцима. У таквим ситуацијама тестамент може имати карактер награде за понашање или склоности који су завештаоцу по вољи, а с друге стране опозивање завештања, искључење из наследства,¹⁶ или пак одређивање извршиоца тестаментa¹⁷ има карактер казне. Сем тога, код доброчиних правних послова се не штити поверење лица које прима корист из правног посла,¹⁸ тако да не постоји препрека да правни посао буде поништен због недозвољене побуде и онда када је друга страна била савесна.¹⁹ Такође, строже правне последице недозвољене побуде, које постоје код доброчиних правних послова, правдају се и правилом по коме правна заштита бесплатног стицаоца има слабији интензитет од заштите коју ужива прибавилац који плаћа.²⁰

¹⁵ Ulrich von Lübtow, *Erbrecht – Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1971, Bd. 1, стр. 390.

¹⁶ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 131.

¹⁷ На пример, када иза оставиоца остане његова супруга као законски наследник, одредба у завештању којом он за извршиоца тестаментa поставља своју љубавницу представљала би казну за закониту жену јер је она на тај начин понижена. Видети: Wilhelm Simshäuser, *Zur Sittenwidrigkeit der Gelibten-Testamente*, Bielefeld 1971, стр. 49; Dietrich Reinicke, „Anmerkung zum Urteil des BGH III ZR 188/65 vom 17. 3. 1969“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, стр. 1344.

¹⁸ Ово посебно важи за завештајна располагања. Заштита поверења (принцип *bona fide*, Vertrauensprinzip) својствена је уговорном праву зато што изјава воље једног уговорника (понуда или прихват понуде) мора бити примљена од стране другог, да би могла произвести правна дејства (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Насупрот томе, завештаочева изјава не мора бити примљена од стране наследника или легатара да би произвела правна дејства (*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*). Завештајни наследници и легатари стичу то својство у тренутку завештаоачеве смрти независно од тога да ли су знали да су означени у тестаменту. Код завештања не постоји лице које би било пријемник завештаоачеве изјаве. Осим тога, тестаментарном праву је страна заштита поверења, с обзиром на то да га завешталац може опозвати све до своје смрти. Из тог разлога се у завештајном праву доследно примењује теорија воље. Законодавац код нормирања правила тестаментарног права више води рачуна о стварној вољи завештаоца, пошто не постоје пријемници чији би се интереси морали штитити. Више о томе видети: Hans Brox, *Erbrecht*, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2003, стр: 125. Reiner Frank, *Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2003, стр. 83.

¹⁹ Михаило Константиновић, *op. cit.*, стр. 47; Стојан Цигој, *op. cit.*, стр. 195.

²⁰ Желимир Шмалцел, „Допуштена основа уговорних обвеза“, *Наша законикосић*, бр. 1/1980, стр. 20. Ово правило је нашло своје место код многих института грађанског права. На пример, стицање својине од невластника или побијање правних послова.

4. КАДА ПОСТОЈИ НЕДОЗВОЉЕНА ПОБУДА?

Чињеница да завештање може да послужи као средство утицаја на завештајног наследника или легатара и као инструмент за награђивање и кажњавање универзалних и сингуларних сукцесора, нема за последицу повреду јавног поретка и добрих обичаја.²¹ Тако, ако завешталац остави легат свом рођаку студенту, у намери да га на тај начин подстакне да што пре дипломира, такав мотив завештаоца неће бити у супротности с јавним поретком, иако је очигледна тежња оставиоца да путем располагања за случај смрти утиче на понашање легатара. У светлу изложеног, поставља се питање у којим ситуацијама треба узети да је оставиочев мотив био недозвољен?

У теорији је владајуће становиште да приликом оцене да ли је нека завештаочева побуда недозвољена треба поћи од сврхе коју је тастатор хтео да постигне тестаментом. Сходно томе, може се рећи да недозвољена побуда постоји у три ситуације:²²

1) када завешталац тежи да путем тестаментa утиче на наследника или испорукопримца на понашање које је само по себи у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, на пример, да изврши кривично дело и сл.;

2) када завешталац тежи да путем располагања за случај смрти утиче на наследника или легатара на предузимање радње која сама по себи није у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, али то постаје када се доведе у везу с имовинском коришћу из тестаментa. Као пример можемо навести ситуације када завешталац настоји да путем завештања изврши утицај на наследнике или легатаре у доношењу одлука које спадају у строго личну сферу, као што су: закључење брака, развод брака, ступање у ванбрачну заједницу, развргавање ванбрачне заједнице, промена религије и сл. Све ове радње, када се посматрају изоловано, саме за себе, дозвољене су, али када се повежу с финансијским добитком постају неморалне, а самим тим противне јавном поретку и добрим обичајима;

3) када награда или казна коју завешталац чини путем тестаментa није у хармонији с јавним поретком и добрим обичајима;

²¹ Wolfram Müller-Freienfels, „Zur Rechtsprechung beim sog. Mätressen-Testament“, *Juristenzeitung*, 1968, стр. 444.

²² Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 135.

ма. Другим речима, када завешталац у тестаменту иде за тим да награди наследника или испорукопримца за понашање које не одобравају принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји (на пример, завештавање у корист терористе као награда за извршење терористичке акције), или да казни своје сукцесоре за поступке који се не супротстављају јавном поретку и добрим обичајима (на пример, када завешталац услед својих расистичких уверења искључи из наследства сина који је оженио Ки-нескињу).

Мотив ће бити недозвољен и онда када завешталац иде с тим да награди наследника или легатара за понашање које само по себи није у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, али то постаје повезивањем с финансијским добитком (на пример, завештање у корист љубавнице, као награда за сексуално подавање). Разликовање завештаочевих мотива на мотиве сврхе (којима се утиче на понашање наследника или легатара) и мотиве награде (казне) за већ постојеће понашање наследника или легатара управо долази до изражаја код ових понашања која постају супротна јавном поретку довођењем у везу с финансијским добитком. Мотиви сврхе ће, у таквим ситуацијама увек бити недозвољени, што није случај с мотивима награде. На пример, недозвољени мотив имамо како код тестаментa сачињеног у корист љубавнице да би се навела на ступање у сексуалне односе, тако и код завештања у корист „будућег зета” које је ишло с тим да га подстакне да ожени оставиочеву ћерку (мотив сврхе). Међутим, тестаментарно располагање у корист љубавнице као награда за сексуално подавање ће бити ништаво, што не важи за тестамент у корист зета, који се такође може третирати као „накнадна награда за венчање са завештаочевом ћерком”.²³

Када је реч о недозвољеном „мотиву кажњавања”, он се не сме схватити као супротност „мотиву награђивања”. Другим речима, тамо где није дозвољено завештаоцу да искључи наследника, не мора да значи да неће бити дозвољено да га награди за супротно понашање.²⁴ То можемо показати на једном примеру. Ако је завешталац сачинио тестамент којим је целокупну заоставштину оставио свом сестрићу, да би га наградио за то што је послушао оставиоца, напустио студије менаџмента и с успе-

²³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 136.

²⁴ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 138.

хом завршио правни факултет, такав мотив није недозвољен. Али, то не значи да није недозвољено кажњавање за супротно понашање, тј. искључење сестрића из наследства зато што је студирао и завршио менаџмент, а не право, како му је сугерисао оставилац.

5. УТВРЂИВАЊЕ МОТИВА

Једно од питања које је веома значајно за практичну примену правила по коме недозвољени мотив тестатора има за последицу апсолутну ништавост завештања, тиче се утврђивања и доказивања мотива. Утврђивање завештаочевих мотива у сваком конкретном случају наилази на једну огромну тешкоћу. Та тешкоћа је у томе што мотив завештаоца, као унутрашњу чињеницу није могуће непосредно доказивати, нарочито ако се има у виду да је тестамент правни посао *mortis causa*, и да суд нема могућност да саслушањем завештаоца изводи доказ о његовом мотиву. Стога су судови упућени на другачији поступак, на посредно доказивање – тј. доказивање помоћу индиција.²⁵

Наиме, код непосредног доказивања суд извођењем доказа утврђује да ли постоји или не постоји чињеница која улази у чињенични основ одлуке, тј. која улази у чињенични скуп који треба да се оствари да би се испунио услов за примену материјалноправне нормe.²⁶ С друге стране, код посредног доказивања суд извођењем доказа утврђује постојање неке чињенице која не улази у чињенични основ одлуке, и која се назива индиција или помоћни предмет доказивања, а потом логичким извођењем из индиције стиче закључак о чињеници која је предмет доказивања.²⁷

Једна од индиција која долази у обзир приликом утврђивања завештаочевих мотива јесте сама изјава завештаоца у завештању.²⁸ Из завештаочевих формулација суд би могао да изведе закључак о томе шта је била завештаочева побуда када је сачињавао тестамент. Ако завешталац сачини завештање ко-

²⁵ Paul Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit“, *Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*, München und Berlin, 1965, Bd. I, стр. 581.

²⁶ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, стр. 231.

²⁷ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 231–232.

²⁸ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

јим искључује из наследства сина зато што је оженио ћерку свог комшије са којим завешталац није у добрим односима, таква завештаочева изјава представља индицију из које ће суд закључити да је приликом састављања завештања постојала недозвољена побуда кажњавања законског наследника за понашање које је дозвољено са становишта јавног поретка и добрих обичаја.

Проблем настаје онда када завешталац у тестамент није унео никакву изјаву из које би се макар дало наслутити шта су његове побуде. Такође, не сме се изгубити из вида да су разлози које је тастатор унео у своје завештање да би објаснио зашто је располагао на одређени начин можда неистинити.²⁹ Поставља се питање шта треба у таквом случају да послужи суду као индиција из које би извео закључак о завештаочевим мотивима?

У теорији је владајуће становиште да приликом утврђивања завештаочевих мотива судови морају објективно и без предрасуда узети у обзир све околности конкретног случаја, како би о том случају стекли што потпунију представу.³⁰ Када се утврђује мотив тастатора не постоје општеважећа правила. У сваком појединачном случају суд ће настојати да утврди што више чињеница које га могу одвести до одговора на питање шта су биле завештаочеве побуде. Те чињенице не треба тражити само у ономе што је завешталац изјавио у завештању, већ их треба испитивати и у сфери односа између завештаоца и његових наследника, односно легатара, понашања завештаоца, његових наследника и легатара, као и личних особина и склоности тастатора. Целокупну сложеност овог питања Георг Тилман успешно показује на једном хипотетичком примеру.³¹ Завешталац је сачинио тестамент којим је своју ћерку искључио из наследства зато што се није бринула о њему у његовој старости и болести. Ако би се остало искључиво на терену онога што је завешталац изјавио у завештању, дошло би се до закључка да завештаочеве побуде нису недозвољене. Напротив, важећи прописи у Србији и Црној Гори дају завештаоцу право да искључи из права на нужни део нужног наследника који се повредом неке

²⁹ Paul Mikat, „Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit“, *Festschrift für Hans-Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965*, München und Berlin, 1965, Bd. I стр. 601.

³⁰ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 135–136.

³¹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

законске или моралне обавезе теже огрешно о оставиоца.³² Међутим, узимање у обзир неких других околности случаја могло би довести до другачијег закључка. Ако је завешталац познат као антисемит, а његова ћерка коју је искључио из наследства је удата за Јеврејина, мало је вероватно да недозвољена побуда није одлучујуће утицала на тестатора да сачини негативан тестамент. Али и ове околности не морају нужно да значе да је постојао недозвољен мотив, ако би парнични противници оставиочеве кћери доказали да се завешталац, упркос својим антисемитским опредељењима, није противио удаји ћерке, да је одржавао срдчане односе са својим зетом и сл. Ако би овоме придодали саслушање сведока, оставиочевих пријатеља којима се овај пред смрт жалио да га ћерка не обилази и да ће се за то кајати, тешко би се могла бранити тврдња да је у овом случају постојао недозвољени мотив.³³

Тешкоће које се редовно појављују приликом утврђивања мотива у сваком појединачном случају, наводиле су неке ауторе на то да се приклоне схватањима по којима дозвољеност тестаментa са становишта јавног поретка и добрих обичаја, треба испитивати искључиво на терену објективног садржаја правног посла, остављајући по страни мотиве завештаоца.³⁴ Под објективним садржајем подразумева се дејство тестаментa на друга лица, пре свега законске наследнике, и спољашње околности у чијој позадини се то дејство развија.³⁵

У сваком случају различите околности могу утицати на завештаоца да располаже на одређени начин. Ако је завешталац живео у ванбрачној вези с неком женом и њој завештао целокупну имовину, читав спектар стварних околности је могао да покрене завештаоца да располаже у њену корист: сексуални однос, жеља да је обештети, жеља да јој се захвали за негу и помоћ итд. Сваки завешталац их различито вредује. За неког завештаоца ће бити доминантна нега и жртвовање и због тога ће завештати у корист љубавнице. Другог завештаоца ће нега и жртвовање ванбрачне жене оставити равнодушним и само сек-

³² Видети члан 61. Закона о наслеђивању Србије и члан 42. Закона о наслеђивању Црне Горе.

³³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139–140.

³⁴ Joachim Gernhuber, „Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1960, стр. 326.

³⁵ *Ibid.*

суална страна ванбрачног односа ће по његовим схватањима завређивати награду. Према схватању Гернхубера, суд треба да испитује само те објективно постојеће околности а не и начин на који их завешталац морално вреднује.³⁶ Овде не треба испитивати како су конкретне стварне околности утицале на конкретног завештаоца, већ како би мотивисале просечног (апстрактног) завештаоца.

Овакво становиште се не може прихватити, јер је мотив конкретног завештаоца једини инструмент помоћу кога се врши селекција различитих околности које прате једно тестаментарно располагање. Тилман на једном хипотетичком примеру демонстрира тешкоће са којима би се сусрели када би прихватили Гернхуберово становиште.³⁷ Завешталац је искључио своју ћерку из наследства, не назначујући разлог ексередације. Његова ћерка је удата за Африканца. Удаја ћерке за припадника друге расе представља једну пратећу околност тестаментa и поставља се питање како она утиче на просечног завештаоца. Можемо узети да је просечни завешталац расиста и да не гледа благонаклоно на бракове узмеђу припадника различитих раса. Такав тестамент би увек био ништав, чак и онда када конкретни завешталац не би имао расистичке предрасуде. Осим тога, ако би се оваква претпоставка по аналогiji проширила и на друге случајеве закључења бракова између припадника различитих друштвених група, које се данас могу формирати по неограниченом броју критеријума (националном, верском, имовинском, политичком итд.), завештаоцу би била одузета могућност искључења из наследства. Са друге стране, прихватање претпоставке да просечни завешталац нема расистичке предрасуде, судовима би везало руке и онда када је опште познато да је завешталац са антипатијом гледао на бракове између различитих раса.³⁸

Гернхубер је истицао још један аргумент у прилог свог схватања.³⁹ Испитивање конкретних завештаочевих побуда могло би довести до неправичних ситуација. То посебно важи онда када морална схватања завештаоца одступају од владајућих моралних схватања. Тестатор је равнодушан према околностима које се са становишта владајућег морала високо вреднују, а при-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 146.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 327.

даје значај неморалним околностима. На пример, ако је завешталац живео у ванбрачној заједници с једном женом с којом је одржавао сексуалне односе и која се старала о њему (вођење домаћинства, кување, прање, нега у болести и старости), и сачинио тестамент да би је наградио за сексуалну страну тог односа, такав тестамент ће бити апсолутно ништав, јер је у супротности с добрим обичајима. Такав окрутан исход, по мишљењу Гернхубера, био би избегнут да се суд није упуштао у оцену конкретних завештаочевих мотива, већ да се задржао на одмеравању објективних животних околности које су стајале у позадини завештања.⁴⁰ Поред тога што се слажемо да је исход оваквог спора „окрутан” и неправичан, не можемо ово прихватити као аргумент против истраживања конкретних завештаочевих мотива. Изостанак правичног резултата се не сме приписати у кривицу истраживању мотива, већ завештаоцу, али и становишту законодавства. Наследно правно право може да реагује само онда када завешталац сачини тестамент који није у складу с јавним поретком и добрим обичајима. Оно остаје немоћно у ситуацијама када оставилац одлучи да не сачини тестамент, и на тај начин све остави законским наследницима, упркос томе што ван круга интестатских наследника постоје лица која више заслужују да нешто добију из заоставштине. Шмиц је много раније лепо приметио да установа добрих обичаја има моћ само да поништи тестамент, а не и да га састави.⁴¹

Истраживању завештаочевих мотива се посебно енергично противио Рам.⁴² У прилог свом становишту он је истицао следеће аргументе. Прво, фактор несигурности код утврђивања мотива је веома велики, што би за последицу имало опасност да судија дође у искушење да у присуству стварних тешкоћа утврђивања мотива у пресуђењу конкретног случаја наметне своја лична схватања. Друго, истраживање завештаочевих мотива ће редовно имати за последицу улажење у сферу интима завештаоца и његових наследника, што је по овом аутору недозвољено.⁴³

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Wilhelm Schmitz, *Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit*, Berlin, 1936, стр. 92.

⁴² Thilo Ramm, „Abschied vom Mätressentestament”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 131.

⁴³ *Ibid.*

Оваква схватања се не би могла прихватити, пре свега са правно-догматског становишта. Ово посебно важи за домаће право. Судови Србије и Црне Горе не смеју приликом оцењивања да ли је тестаент апсолутно ништав пренебрегнути завештаочеве мотиве, јер их на то обавезује изричита законска одредба.⁴⁴ Са немачким правом ситуација стоји нешто другачије, јер Немачки грађански законик не познаје установу каузе правног посла и нема изричиту одредбу о утицају мотива на дозвољеност правних послова, већ се судови приликом поништавања тестаента због неморалних побуда завештаоца позивају на уопштену формулацију из § 138. Међутим, историјско тумачење ове одредбе, налаже и немачким судовима узимање у обзир недозвољених мотива.⁴⁵

Фактор несигурности о коме говори Рам је заиста велики. Слажемо се с њим да судије испитивање мотива путем индиција могу да окрену у наметање личних моралних судова, који не морају да буду у складу с владајућим моралом. Ова опасност поготову долази до изражаја у савременим правним системима који су прихватили начело слободне оцене доказа. Свој закључак о томе да ли је постојао недозвољен мотив код завештаоца суд изводи вредновањем свих околности које могу указати на постојање одређене побуде. Суд то вредновање врши „по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно, свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка.”⁴⁶ Начело слободног судијског уверења не долази до изражаја само код оцене истинитости доказног средства, већ и код извођења закључка о постојању неке чињенице на основу индиција. У теорији је истакнуто да ако суд стекне уверење да постоји индиција, он може али не мора извести закључак о постојању чињенице која је предмет доказивања.⁴⁷ На пример, ако суд стекне уверење да су завешталац и легатарка имали браколомну

⁴⁴ Видети члан 53, став 3. Закона о облигационим односима.

⁴⁵ У првом нацрту Немачког грађанског законика стајало да је ништав правни посао *чији је садржај у сујројиносии с добрим обичајима*. Друга комисија је одбацила ограничење испитивања недозвољености на садржај правног посла и захтевала узимање у обзир и субјективних момената. Више о томе видети: Oliver Karow, *Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1997, стр. 56 и даље; Werner Schubert, *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerliches Gesetzbuches – Allgemeiner Teil*, Teil 1, Berlin/New York, 1981, стр. 127 и даље.

⁴⁶ Видети члан 8. Закона о парничном поступку.

⁴⁷ Боривоје Познић/Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 232.

сексуалну везу, из те чињенице он може, али не мора закључити да је завештаочева побуда била да награди легатарку за сексуалне односе. Закључак о томе да у конкретном случају постојање индиције доводи до постојања чињенице која се утврђује, суд изводи слободно и заснива га на животном искуству, знању и правилима логике.⁴⁸

Ову опасност можемо илустровати конкретним примером. Ванбрачна заједница данас, према владајућим схватањима, није недозвољена, али то не искључује могућност постојања конзервативних судија који имају ригидан став према овом облику заједнице живота мушкарца и жене. Такав судија ће утврђивати индиције које упућују на завештаочев мотив и те индиције ће тражити у односима који постоје између завештаоца и наследника. У тим односима постоји и сексуална компонента, али и компонента узајамне „материјалне и моралне потпоре”. Када треба оценити те индиције, суд ће поћи од животног искуства, општег знања и правила логике у којима ће тражити одговор на питање која од ових компоненти би могла представљати одлучујућу побуду завештаоца. Та слобода судије у оцени индиција оставиће му простор да у први план стави своју антипатију према ванбрачним заједницама и да дође до закључка по коме „из општег животног искуства сексуални односи чине срж једне ванбрачне везе и битно утичу на формирање завештаочевог мотива.”

Али упркос овоме, остваривање појединачне правичности представља претежнији интерес који оправдава суочавање са ризицима о којима говори Рам.⁴⁹ Не среће се таква опасност само код истраживања мотива. Улрих фон Либтов је у праву када каже да се кроз целокупно право *провлачи антиномија између појединачне правичности и правне сигурности*, и то у смислу предвидљивих судских одлука.⁵⁰ Тежњу судова да примену права ублаже својим виђењем правичности уочио је и професор Обрен Станковић: „За разлику од класичног силогизма, у коме се на основу опште нормe добија решење случаја, судови често поступају обрнуто: прво се опредељују за решење конкретног случаја *које им изгледа људски најпожељније* (курзив Д.Б.), а

⁴⁸ Боривоје Познић/Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 247.

⁴⁹ Werner Speckmann, „Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 402.

⁵⁰ Ulrich v. Lübtow, *Probleme des Erbrechts*, Berlin, 1967, стр. 48.

онда траже општу норму на којој заснивају пресуду.⁵¹ И сама установа јавног поретка и добрих обичаја, налази се у пољу напетости између правичности и правне сигурности. Осим тога процесно право пружа одређене гаранције које треба да обезбеде објективност суда и у систему слободне оцене доказа.⁵² Пре свега, суд је дужан да савесно и брижљиво оцени сваки доказ, а своју оцену мора да образложи у пресуди. Он ће у образложењу пресуде морати да наведе зашто је поклонио веру једном доказном средством, а другом није. Исто тако, суд ће бити дужан да образложи зашто је, у присуству више индиција које су указивале на различите мотиве завештаоца, стекао закључак о томе да је мотив недозвољен. У већ коришћеном примеру располагања у корист ванбрачне жене, суд ће морати да образложи две ствари: 1) зашто је стекао закључак да је одлучујући мотив завештаоца био у награђивању за сексуално подавање и 2) зашто сматра да одлучујући мотив завештаоца није била награда за пажњу, негу, приврженост и сл.

Са схватањем да се истраживањем мотива улази у сферу интиме завештаоца, његових наследника или испорукопримаца, није могуће не сагласити се, нарочито када су у питању добротина располагања сачињена у корист љубавнице или ванбрачне жене. Испитивање односа који је постојао између тестатора и његових сукцесора, на основу којег ће суд створити закључке о индицијама које ће га одвести до оставиоачеве одлучујуће побуде, у овим случајевима нужно води ка улажењу у поље интиме ових лица. Али, не би се могли сложити да ово има снагу аргумента против истраживања мотива. Истраживање сфера интимности се провлачи кроз читаве области грађанског права. Подсетили би на бракоразводне парнице у којима суд треба да утврди до које мере су односи између супружника озбиљно и трајно поремећени или на патернитетске спорове. Заштита интимне сфере човека без сумње представља један аспект који завређује правну заштиту, али та заштита не сме бити неограничена. Заштита интиме не сме бити препрека остваривању материјалне правичности. Интереси угрожени скидањем вела тајне с интиме човека штите се установама процесног пра-

⁵¹ Обрен Станковић, *Судска пракса*, у: О. Станковић/С. Перовић/М. Трајковић (ред.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, том III, стр. 226.

⁵² Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 249–250.

ва. То су оне установе које обезбеђују да увид у приватност учесника судског поступка имају само она лица која морају бити упућена на познавање интима да би могла да одлучују. Такав процесни институт је ограничење јавности у поступку.⁵³

У вези с утврђивањем завештаочевих мотива појављује се још један проблем. Ми смо у предходним излагањима показали да суд, код утврђивања завештаочевих побуда, није везан ониме што је завешталац означио у самом завештању као свој мотив. Другим речима, суд ће поништити тестамент ако утврди да је стварна побуда завештаоца у супротности с јавним поретком и добрим обичајима, иако је завешталац у завештању написао да је приликом његовог састављања био подстакнут неким другим мотивима. Поставља се питање како ће суд да поступи у обрнутој ситуацији, када је завешталац у тестаменту назначио недозвољени мотив, а у стварности се руководио побудама које нису у супротности с јавним поретком. На пример, завештаочева ћерка није хтела да га обилази док је био у болници и због тога завешталац жели да је искључи из наследства. Али пошто је ово сматрао великом породичном срамотом коју није желео да обелодани, он је у тестаменту као разлог за искључење навео удају његове ћерке за припадника друге нације.

Према једном схватању овакав тестамент би морао да буде ништав. Редактор Првог нацрта Пете књиге Немачког грађанског законика, Готфрид фон Шмит је у члану 45. Нацрта изричито предвидео да је правно релевантан сваки неморални мотив који је назначен у тестаменту, при чему је ирелевантно да ли је истинит или лажан.⁵⁴ По Шмитовом схватању таква одредба у завештању не би могла да се одржи јер представља подршку „неморалном убеђењу”. То што је завешталац навео у завештању неморални мотив, према Шмитовом схватању, је само по себи у супротности са добрим обичајима.⁵⁵

Овакво схватање је у супротности са основним начелом које се примењује код тумачења завештања, а по коме се теста-

⁵³ Закон о парничном поступку у члану 307, став 1. предвиђа да веће може искључити јавност са целе главне расправе или с појединих рочишта: „ако то захтевају интереси чувања службене, пословне или *личне џајне*, интереси јавног реда или *разлози морала*” (курзив Д.Б.).

⁵⁴ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 40–41.

⁵⁵ *Ibid.*

мент има тумачити према правој намери завештаоца.⁵⁶ Специфичне особине завештања као једностраног, добродиног и строго личног правног посла намећу субјективни метод тумачења,⁵⁷ за разлику од решења које Закон о облигационим односима усваја за уговоре, а по коме, приликом тумачења спорних одредаба уговора треба истраживати праву намеру уговорника и спорне одредбе разумети како то одговара начелима облигационог права која су утврђена Законом о облигационим односима.⁵⁸ Разлика у погледу тумачења између уговора и тестаента, у теорији се објашњава тиме што у тестаментарном праву не постоји заштита поверења (Vertauensschutz).⁵⁹ Овај принцип се огледа у томе што се приликом тумачења изјаве утврђује онај смисао који та изјава изазива код разумног пријемника.⁶⁰ За разлику од закључења уговора где постоји адресат изјаве, код састављања завештања ни завештајни наследник ни легатар нису пријемници изјаве. Осим тога, завештање је увек једнострано опозив акт. Следствено томе, овај принцип се не може применити на завештање. Брокс правилно закључује да се теорија воље (Willensdogma) строже спроводи у тестаментарном праву.⁶¹ Због тога, приликом тумачења тестаента суд се мора оријентисати према стварној вољи завештаоца, а не према „хоризонту пријемника”, као што је случај са тумачењем уговора.⁶²

Још у римском праву је важило да приликом тумачења завештања треба водити рачуна о правој намери завештаоца, а не о употребљеним терминима и изразима у завештању.⁶³ И савремена теорија стоји на таквом становишту.⁶⁴ Оливер Антић недвосмислено указује на то да се приликом тумачења спорних

⁵⁶ Видети члан 135, став 1. Закона о наслеђивању Србије.

⁵⁷ Оливер Антић, *Наследно право*, Београд, 2002, стр. 245.

⁵⁸ Видети члан 99, став 2. Закона о облигационим односима.

⁵⁹ Hans Brox, *Erbrecht*, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 2003, стр. 125; Reiner Frank, *Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2003, стр. 83; Dieter Leipold, *Erbrecht – Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, 14. Auflage, Tübingen, 2002, стр. 123–124.

⁶⁰ Александар Јакшић/Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 49.

⁶¹ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 125.

⁶² Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83.

⁶³ In testamentis plenius testatoris intentionem scrutamur (Sec. Paulus – D. 50, 17, 12) – Код тестаента треба најпотпуније испитати вољу завештаоца, наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *Dicta et regulae iuris – Лајпцигска правна правила, изреке и дефиниције са преводом и објашњењима*, Београд, 1984, стр. 221.

⁶⁴ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 128; Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83; Dieter Leipold, *op. cit.*, стр. 124.

одредби у завештању не треба држати дословног значења употребљених израза већ треба истраживати праву намеру завештаоца.⁶⁵ Као примере таквог поступања у судској пракси Брокс наводи случај када завешталац у завештању своју супругу означи као „мајка” а вински подрум који оставља у легат свом пријатељу означи као „библиотека”. Приликом тумачења тестаента неће доћи у обзир дословно значење употребљених израза, већ оно значење које је тим терминима придавао завешталац, тако да ће наследник постати завештаочева супруга, а не мајка, док ће легатар имати право да захтева вински подрум, а не библиотеку.⁶⁶

Следствено томе, приликом утврђивања завештаоачевог мотива, суд не сме да се ослони искључиво на оно што је означено у завештању, већ мора да изнађе праву намеру завештаоца.

Остаје нам да се осврнемо на још један аргумент који је Шмит ставио у прилог свом схватању да лажно означен неморални мотив треба да доведе до ништавости завештања. Шмит, да подсетимо, каже да сам поступак навођења неистинитог мотива представља радњу која је у супротности с добрим обичајима. Још је Флуме истицао да се пресуда о супротности правног посла с добрим обичајима не сме доносити на основу неморалног понашања лица које предузима правни посао, већ на основу неморалности самог правног посла.⁶⁷ Правни посао је изјава воље усмерена на постизање одређеног правног дејства. Из тога проистиче да је битно обележје правног посла правно обликована воља, која постоји на једном правнословном нивоу, а не и у општедруштвеној сфери. Све побуде завештаоца, било да их он крије или саопштава, било да су моралне или неморалне, крећу се још увек у друштвеној и психолошкој сфери. Оне напуштају ту сферу и улазе у правнословну област само онда ако су стварно и одлучујуће утицале на завештаоца да сачини завештање. Стога, оне побуде које нису утицале на завештаоца да са-

⁶⁵ Оливер Антић, *Наследно право*, стр. 246. И Франк је изричит када каже да се приликом тумачења тестаента даје одговор на питање: „Шта је завешталац својим речима хтео да каже” – видети: Reiner Frank, *op. cit.*, стр. 83. Из овога произилази закључак да тумачењу завештања има места и онда када су све одредбе у њему јасне и недвосмислене. Супротно: Слободан Сворцан, „Тумачење завештања”, у: Сл. Сворцан (прир.), *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године*, Крагујевац, 1998, стр. 3.

⁶⁶ Hans Brox, *op. cit.*, стр. 128.

⁶⁷ Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band II – *Das Rechtsgeschäft*, Berlin/Heidelberg/New York, 1965, стр. 376.

чини тестамент, макар и означене у самом завештању као такве, не узимају се у обзир.⁶⁸

6. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА НЕДОЗВОЉЕНОГ МОТИВА

Да би дошло до поништења тестаментa због тога што је недозвољена побуда одлучујуће утицала на завештаоца да сачини завештање, потребно је доказати ову околност. Узима се да је постојање недозвољене побуде доказано онда када суд о томе стекне уверење (убеђење) које искључује сваку разумну сумњу у супротно.⁶⁹ Међутим, дешава се да суд након извођења и оцене доказа не може да стекне уверење о томе које су побуде одлучујуће утицале на завештаоца да сачини завештање. Такво стање се назива „случај *non liquet*” јер чињенице које представљају одлучујућу побуду завештаоца нису разјашњене, нити могу бити разјашњене.⁷⁰ Пошто суд мора и у оваквим ситуацијама да донесе пресуду,⁷¹ чињенично стање утврђује на основу правила о терету доказивања.⁷² Правила о терету доказивања дају одговор на питање како ће суд пресудити ако не стекне одређени закључак о чињеници која је предмет доказивања. Другим речима, ако у поступку поништења тестаментa суд не стекне закључак о томе који је мотив одлучујуће утицао на завештаоца, правила о терету доказивања ће одредити да ли ће суд пресудити на штету тужиоца или на штету туженог.⁷³

Подела терета доказивања је у неким случајевима изричито регулисана законом. На пример, код искључења из права на нужни део је предвиђено да доказивање основаности

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 232–233.

⁷⁰ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 168.

⁷¹ Видети члан 2, став 2. Закона о парничном поступку.

⁷² Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

⁷³ Суштина правила о терету доказивања је да реше „ризик недоказаности”, односно да омогуће пресуђење и у оним ситуацијама када суд, на основу процесне грађе не може да са довољном извесношћу закључи нити да нека чињеница постоји, нити да не постоји. Смисао терета доказивања није у томе да суд може узети у обзир само оне доказе који потичу од странке којој иде у прилог да одређена чињеница буде доказана. Другим речима, ако у прилог тужиоцу иде да се докаже постојање неморалног мотива завештаоца, то не значи да суд не може извести закључак о недозвољености мотива на основу доказа које је понудио тужени. Видети: Боровоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

искључења терети оног који се на искључење позива.⁷⁴ Често подела терета доказивања произилази и из оборивих законских претпоставки (*praesumptiones iuris tantum*).⁷⁵ Код законске претпоставке суд узима да постоји претпостављена чињеница, на основу постојања неке друге чињенице, која се назива основ претпоставке или базис.⁷⁶ У овом случају странка у спору не мора да доказује постојање претпостављене чињенице, довољно је да докаже постојање базиса. На тај начин се терет доказивања помера с претпостављене чињенице на базис. На супротној страни је да докаже да упркос томе што постоји базис не постоји претпостављена чињеница.

Ако не постоји законска одредба о подели терета доказивања, суд је упућен на правила науке.⁷⁷ Наиме, Закон о парничном поступку предвиђа да ако суд из изведених доказа не може са сигурношћу да утврди постојање неке чињенице, о постојању те чињенице он доноси закључак применом правила о терету доказивања.⁷⁸ Пошто Закон о парничном поступку не садржи то правило, судови примењују традиционалне максиме:⁷⁹ *Actore non probante, reus absolvitur*⁸⁰ и *Reus excipiendo fit actor*.⁸¹ У материји права правних послова опште је правило да терет доказивања ништавости правног посла пада на лице које се позива на ништавост као своју предност.⁸² Другим речима, терет доказивања свих чињеница које један правни посао чине ништавим, пада на странку која истиче ништавост.⁸³ То некада може бити

⁷⁴ Видети члан 62, став 2. Закона о наслеђивању Србије.

⁷⁵ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 243–244; Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, стр. 231.

⁷⁶ Бранко Чалија, „Претпоставке”, у: О. Станковић/С. Перовић/М. Трајковић (ур.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог пара*, Београд 1978, том II, стр. 1049–1050; Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 243; Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 231.

⁷⁷ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241.

⁷⁸ Видети члан 221а Закона о парничном поступку.

⁷⁹ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 241–242.

⁸⁰ Ако тужилац не докаже (оптужбу) тужени се ослобађа – наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *op. cit.*, стр. 50.

⁸¹ Стављајући приговор, тужени постаје тужилац – наведено према: Драгомир Стојчевић/Анте Ромац, *op. cit.*, стр. 471. Ово треба разумети у смислу да тужени, поводом чињеница које наводи у своју одбрану има исти терет доказивања, као и тужилац у погледу чињеница којима напада. Види Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 242.

⁸² Leo Rosenberg, *Die Beweislast*, 5. Auflage, München und Berlin, 1965, стр. 260; Ulrich von Lübtow, *Erbrecht*, Berlin, 1971, Band I, стр. 312.

⁸³ Боривоје Познић/Весна Ракић-Водинелић, *op. cit.*, стр. 242.

тужилац, а некада и тужени. Као пример парнице у којој терет доказивања пада на тужиоца, можемо навести случај када завешталац сачини тестамент којим целокупну заоставштину остави љубавници, па законски наследници подигну тужбу за поништење. Овде се тужиоци позивају на ништавост завештања као на своју предност, јер је у њиховом интересу да се завештање поништи. Ако суд не буде стекао закључак о томе шта је била одлучујућа побуда завештаоца, одбиће тужбени захтев.

Могуће је замислити и ситуације у којима терет доказивања пада на туженог. Тужилац је својој љубавници оставио у легат одређени новчани износ. Легатарка тужи законске наследнике тужбом за исплату легата. Законски наследници оспоравају тужбени захтев тврдњом да је завештање апсолутно ништаво због недозвољеног мотива. У овом случају терет доказивања је на страни тужених, јер њима *in concreto* поништење тестаментa иде у прилог. За случај да суд не стекне уверење о мотиву завештаоца, усвојиће тужбени захтев.

У теорији је било и другачијих схватања. Леонхард је сматрао да код поништења тестаментa, на страни лица које се позива на ништавост постоји само обавеза на „покретање и објашњење.”⁸⁴ Извршењем те обавезе терет доказивања се преваљује на другу страну. Леонхард своје схватање правда практичним разлозима. Он сматра да код терета доказивања треба са законским претпоставкама изједначити стварне или фактичке претпоставке.⁸⁵

Фактичке претпоставке су логички закључци које суд, на основу правила искуства, изводи из постојања неке друге чињенице.⁸⁶ Сличност између законских и фактичких претпоставки се састоји у томе што обе полазе од онога што се у животу у сличним ситуацијама најчешће (редовно, уобичајено) дешава. Разлика је у томе што законске претпоставке пристичу из позитивноправних прописа. Код ових претпоставки законодавац предвиђа да суд може узети да постоји нека чињеница, не тражећи доказ о томе, ако постоји нека друга чињеница. Код законских претпоставки законодавац уочава правилност да када постоји једна чињеница онда постоји и друга и на основу тога

⁸⁴ Franz Leonhard, *Die Beweislast*, Berlin, 1956, стр. 282.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Бранко Чалија, *op. cit.*, стр. 1053.

нормира претпоставку.⁸⁷ Код фактичких претпоставки ту правилност уочава сам судија на основу ставова искуства, науке и логике.⁸⁸

Леонхард је сматрао да се према животном искуству, може закључити да је постојање извесних околности, које саме по себи нису неморалне, праћено постојањем неморалних мотива на страни завештаоца.⁸⁹ У тим ситуацијама, лице које се позива на ништавост треба да докаже постојање тих околности које су базис фактичке претпоставке, чиме уједно доказује постојање недозвољеног мотива. На другој страни је да доказује да упркос постојању базиса фактичке претпоставке не постоји недозвољени мотив.⁹⁰ Овај проблем је посебно дошао до изражаја у парницама за поништење тестамена којим је завешталац располагао у корист љубавнице.

Немачка судска пракса је још пре Другог светског рата стала на становиште да завештајна располагања у корист љубавнице нису *a priori* неморална. Својство неморалности она добијају онда када на то указују посебне околности случаја, тј. када је одлучујућа побуда завештаоца била да путем таквог тестамена наведе љубавницу на сексуални однос или је награди за сексуално подавање.⁹¹ У периоду национал-социјализма судска пракса је имала строжи став према ванбрачним сексуалним везама. Међутим, после Другог светског рата дошло је до промене владајуће друштвене свести у области сексуалности у многим правним областима.⁹² Али, упркос тим променама, Савезни суд је имао и даље одбојан став према располагањима у корист љубавнице. Како је у литератури истакнуто, он је „иступао против свих напада на институцију брака са крајњом одлучношћу и непопустљивом чврстином.”⁹³

⁸⁷ Обрен Станковић/Владимир Водинелић, *op. cit.*, стр. 231.

⁸⁸ Бранко Чалија *op. cit.*, 1053.

⁸⁹ Franz Leonhard, *op. cit.*, стр. 283.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ То је и данас владајуће становиште. Видети: Theodor Kipp/Helmut Coing, *Erbrecht – Ein Lehrbuch*, 14. Auflage, Tübingen, 1990, стр. 113–114; Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 14. Auflage, München, 2000, стр. 93–94; Lutz Michalski, *BGB – Erbrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2001, стр. 168; Hans Brox, *op. cit.*, стр. 158; Reiner Franck, *op. cit.*, стр. 51.

⁹² Volker Stückerdt, *Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse*, Frankfurt am Main, 1962, стр. 34.

⁹³ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 132–133.

Савезни суд, додуше, није одступао од правног становишта предратног Државног суда по којима је тестамент у корист љубавнице ништав само онда када је побуда завештаоца проистекла из еротских односа, и да такво завештање може бити и пуноважно ако је сачињено из часних мотива. Простор за исказивање свог одбојног става према ванбрачним сексуалним односима Савезни суд је пронашао на терену доказивања мотива, не мењајући начелна правна становишта. Упадљиво једностраним посматрањем ванбрачних сексуалних односа, он је формирао фактичку претпоставку да су код добротних располагања између људи у таквим везама примарне побуде сексуалне природе, остављајући по страни остале мотиве који су могли да доведу до располагања.⁹⁴

Овакво поступање је јасно дошло до изражаја у пресуди Савезног суда од 8. јануара 1964. год.⁹⁵ Овде се поставило питање пуноважности легата у висини од 15.000 ДМ који је завешталац оставио двадесет година млађој неударној жени, у чијој је кући, из пословних разлога, становао као закупац. Завешталац је умро у Штудгарту 1959. године у 68. години живота. Осим одредбе о легату, његов тестамент, сачињен два месеца пред смрт, садржао је и одредбу којом је завештаочева супруга именована за предходног, а ћерка за потоњег наследника. У поступку је утврђено да је завешталац становао код легатарке од 1953. године, као и то да су они до 1957. године одржавали сексуалне односе, који су прекинути због завештаочеве болести. У самом завештању, декујус је остављање легата образложио чињеницом да га је легатарка неговала у болести и да она и даље то чини.⁹⁶

Врховни покрајински суд у Штудгарту је прогласио овај легат ништавим због повреде добрих обичаја.⁹⁷ Своју пресуду је образложио тиме што легатарка није успела да докаже да је за сачињавање легата била одлучујућа побуда завештаочеве захвалности за старање и негу у болести. С обзиром на то да су између декујуса и легатарке постојали еротски односи, суд је узео

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Urteil vom 8. Januar 1964, V ZR 5/62, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1964, стр. 140.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

да је одлучујући мотив оставиоца био награђивање за сексуално подавање.⁹⁸

Савезни суд је потврдио одлуку Вишег покрајинског суда у Штудгарту. Он је такође нашао да је одлучујући мотив завештаоца био награђивање за сексуални однос. Аргумент који је тужени истакао против оваквог закључка, а који се састојао у томе што у моменту сачињавања тестаментa између оставиоца и легатарке нису постојали сексуални односи, и да стога сексуална веза има подређени значај у односу на остале морално прихватљиве људске и душевне везе између ових лица, Савезни суд је побијао тврдњом да је „сексуални доживљај у завештаоцу и даље дејствовао и имао утицаја на њега да сачини легат.“ У наставку свог образложења Савезни суд је изнео своје схватање о терету доказивања у оваквим парницама. Он је одобрио начин поступања другостепеног суда и стао на становиште да такво поступање није у противуречности с општим принципом терета доказивања, по коме, онај који се позива на ништавост правног посла треба да изложи њене претпоставке и да их докаже. Тужилац, који се позива на ништавост треба да докаже да су између завештаоца и легатарке постојали ванбрачни сексуални односи. Доказивањем ове околности тужилац је доказао претпоставке ништавости, јер према уобичајеном току ствари доброчино располагање лицу са којим је дародавац у сексуалној вези, подстакнуто је неморалним мотивима награђивања за еротске односе. Тиме се на туженог преваљује обавеза доказивања других завештаочевих мотива, који би морално оправдали тестамент.

Поводом ове одлуке, у теорији је истакнуто да постоји сумња у то да ли су судови без предрасуда и објективно утврдили одлучујућу завештаочеву побуду.⁹⁹ Гернцубер сматра да судови нису узели у обзир све околности конкретног случаја.¹⁰⁰ Уместо да овај случај темељито размотре, на начин који је непристрасан и веран стварности, судови су сву своју пажњу усмерили на сексуални моменат. Он је можда играо неку улогу, сматра

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 136.

¹⁰⁰ Joachim Gernhuber, „Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1960, стр. 330.

овај аутор, али у склопу осталих околности једва да се овом моменту може дати значај доминантне побуде.¹⁰¹

Овакво своје становиште у погледу терета доказивања Савезни суд је потврдио одлуком од 25. маја 1964. год.¹⁰² У овом случају Савезни суд је имао да се изјасни о пуноважности тестаментa који је завешталац, трговац без деце, сачинио у последњој години живота, а којим је за наследницу именовao своју радницу, оставивши супрузи само нужни део. Наследница је радила код завештаоца последњих десет година, била је изузетно марљив радник који је пружао драгоцен допринос завештаоачевом пословању. Али, осим овога, утврђено је да је наследница једно време била и завештаочева љубавница.

Одлучујући у овом случају Савезни суд је нашао да овде постоје индиције и моралних и неморалних побуда, али да је приликом одређивања наследника одлучујућа била завештаочева побуда да своју радницу награди за сексуални однос, што има за последицу поништење тестаментa због повреде добрих обичаја. Савезни суд је резоновao на следећи начин: пошто је тужиља доказала постојање ванбрачног сексуалног односа између завештаоца и тужене, према општем животном искуству се може закључити постојање „мотивационе везе” између сексуалних односа и сачињавања завештања, чиме се терет доказивања превалује на тужену страну. На туженој наследници је да обори ову фактичку претпоставку доказивањем да су морално прихватљиве околности (савестан и марљив рад наследнице у завештаочевој радњи) представљале одлучујућу побуду за састављање тестаментa.¹⁰³

Врхунац такве судске праксе достигнут је у одлуци Савезног суда од 26. фебруара 1968.¹⁰⁴ У овом случају расправљана је пуноважност легата у висини од 20.000 ДМ, који је један неочењени мушкарац, годину дана пред смрт, оставио једној удатој жени. Остарилац је умро у јануару 1963. у 66. години живота, а вредност његове оставинске масе је процењена на 120.000 ДМ. У поступку је утврђено да је између декујуса и лега-

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Urteil vom 25. Mai 1964, III ZR 231/62, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, стр. 764.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Urteil vom 26. Februar 1968, III ZR 38/65, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, стр. 476.

тарке од 1949. године постојао однос јаког и искреног пријатељства, који је од 1956. године допуњен повременим сексуалним општењем. Од законских наследника завешталац је имао сестру која је радила као професор у Источној Немачкој и која је тестаментом одређена за једину наследницу. Супруг легатарке је био од 1944. године инвалид услед неизлечивог обољења кичмене мождине, које је спречило сексуалне контакте између њега и његове супруге. Он је знао за односе између своје супруге и завештаоца, али се њима није противио. Због заједничког малолетног детета је желео настављање брака.¹⁰⁵

Другостепени суд у Берлину је одбио да поништи завештање.¹⁰⁶ Према схватању овог суда, завештање у корист особе с којом је завешталац живео у браколомној вези, не може само по себи бити неморално. Потребно је испитивањем завештаоцевих побуда утврдити да ли је завештаочева намера била да легатарку подстакне, односно да је награди за сексуално општење. Односи који су постојали између завештаоца и легатарке су били двојаки. Са једне стране, то су тесни људски и другарски односи, а с друге, постоји сексуално општење. Ако се не може са сигурношћу утврдити који су односи били доминантни за декујуса да састави тестамент, треба поћи од тога да су на оставиоца имали претежни утицај пријатељски и другарски односи с легатарком, нарочито ако се има у виду да легатарка није до отварања наследства знала за легат.¹⁰⁷

Савезни суд се није сложио с одлуком другостепеног суда.¹⁰⁸ У случајевима као што је овај „животно искуство говори о претпоставци да су еротски односи били меродавни за завештање.” Следствено томе, на тужиоцу је да докаже постојање еротских односа између декујуса и легатарке, а на легатарки је да докаже постојање других часних побуда завештаоца. Према схватању Савезног суда не може се прихватити констатација другостепене инстанце да се овај тестамент заснива на мотивима вредним поштовања јер су између завештаоца и легатарке постојали тесни пријатељски односи. Таква унутрашња људска повезаност, иако сама по себи није неморална, то постаје када из

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ KG Berlin, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1968, стр. 241.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Urteil vom 26. Februar 1968, III ZR 38/65, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1968, стр. 476.

ње произађу ванбрачни сексуални односи. Савезни суд је сумњао да је у оваквим ситуацијама могуће у оквиру целокупне социјалне повезаности између завештаоца и легатарке диференцирати еротске од осталих односа. Стога он сматра да оно што је постојало између завештаоца и легатарке „као целина носи моралну љагу и као укупност представља повреду добрих обичаја.” Легатарка се, стоји у образложењу ове одлуке, све више приближавала завештаоцу и удаљавала од свог мужа кршећи тако своје брачне обавезе. Због прилика у њеном браку легатарка не може да се изједначи с неударом особом, а саглашавање њеног супружника с њеним ванбрачним односом, не може да лиши овај случај неморалности, јер је и сама таква сагласност неморална. Овај тестамент представља израз схватања која не поштују брак. За разлику од предходне јурисдикције овде није у питању завештаочев брак, већ брак легатара, који такође ужива заштиту. У прилог таквом схватању Савезни суд наводи кривичноправне прописе који код браколомства предвиђају казну и за браколомника, као и за његовог партнера. Ако би се дозволило легатарки да добије легат, завршава своје образложење Савезни суд, „тада би насупрот општим правним принципима она извукла корист из последица сопственог неморалног понашања”.¹⁰⁹

Оваква пракса Савезног суда је дала повода за читав низ научних расправа у којима су становишта највише судске инстанце била изложена једнодушној и оштрој критици. Један од првих критичара оваквог приступа, Милер-Фрајенфелс,¹¹⁰ држао је да „раздраженост” коју показује Савезни суд у овим питањима не чини проблем једноставнијим. Јурисдикцију савезног суда је квалификовао као „субјективну” и „претерано фиксирану на сексуални моменат.”¹¹¹

Ништа блажи није био ни Брајтхаупт.¹¹² Он је био становишта да „крут догматизам” у моралним схватањима Савезног суда елиминише сваку „животну блискост и људско разумевање”. Брајтхаупт посебно критикује то што Савезни суд полази

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Wolfram Müller-Freienfels, „Zur Rechtsprechung beim sog. Mätressen-Testament”, *Juristenzeitung*, 1968, стр. 441.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Walter Breithaupt, „Anmerkung zum Urteil des BGH von 26. 2. 1968, III ZR 38/65”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, стр. 932.

од тога да су ванбрачни односи између мушкарца и жене пре-тежно сексуалне природе и да су располагања која произилазе из таквог односа превалентно сексуално мотивисана. Савезни суд, вели даље овај аутор, своју претпоставку без икаквог образ-ложења базира на „животном искуству”, према коме је код рас-полагања лицу с којим је завешталац у ванбрачном сексуалном односу примарна мотивациона веза између полног општења и тестаментарног располагања. Тиме Савезни суд терет доказива-ња превалује на туженог. Такво поступање Савезног суда пред-ставља повреду непристрасности и објективности у суђењу, и како каже Брајтхаупт, „стога и само заслужује морално подоз-рење.”¹¹³ Према схватању Хусмана, преваливањем терета дока-зивања на легатарку, Савезни суд је „*a priori* жигосе као блуд-ницу”, чиме ова бива неоправдано и неправично понижена.¹¹⁴

Гернхубер становиште Савезног суда о терету доказивања у парницама за поништење тестаментa квалификује као „издају психолошког разумевања.”¹¹⁵ Са овим аутором се морамо сложити када каже да ако се нека претпоставка не заснива на закону, она се мора заснивати на стварности. Таква „стварна претпоставка” извлачи своју доказну снагу из нашег знања и ис-куства које нас чини склоним да сматрамо истинитим оно што одговара правилу, а то је оно што прати уобичајен ток ствари. Гернхубер даље констатује да према схватању судија Савезног суда уобичајеном току ствари одговара да завешталац распо-лаже у корист свог ванбраног сексуалног партнера искључиво ради тога да би га наградио за еротске односе. Међутим, Гернху-бер сматра да су код већине ванбрачних сексуалних односа у пр-вом плану међуљудски односи и искушења која пред њих доноси свакодневни живот, који повезују ванбрачне partnere и одржавају тај однос. Сам сексуални моменат није у стању да об-јасни како браколомни односи успевају да опстану дуги низ го-дина, често до смрти завештаоца, упркос великим притис-цима.¹¹⁶ Гернхуберово мишљење деле Кригер, када каже да: „сексуални односи љубавника постају неважнији и њихова веза све више добија обележја заједништва с бригама, болешћу, ра-

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Herman Husmann, „Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, стр. 407.

¹¹⁵ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 329.

¹¹⁶ *Ibid.*

дошћу, успесима, заједничким интересима и циљевима и заједничким успоменама.”¹¹⁷ и Оте, који указује да: „према животном искуству у односима који се ограничавају на изоловану сексуалност по свим правилима уопште не долази до одређивања наследника или легата.”¹¹⁸

Критички став према оваквој пракси заузима и Каров.¹¹⁹ Он сматра да се нарочито код зрелих људи сексуални односи јављају тек на основу душевне везе. Услед тога, не може се схватити како Савезни суд из „животног искуства” формира фактичку претпоставку да код тестаментарног располагања у корист ванбрачног сексуалног партнера одлучујућу побуду завештаоца представљају разлози еротске природе. Каров сматра да је већа вероватноћа да је у таквом случају завештајно располагање извршено из часних мотива. Због тога је на ономе који се позива на неморалност завештања да докаже да завештање није извршено из часних мотива. Не сме се прихватити фактичка претпоставка сексуалних мотива завештаоца и терет доказивања превалити на завештајног наследника или легатара.¹²⁰

Упркос томе што је правна наука енергично критиковала судску праксу у погледу њеног становишта о расподели терета доказивања у парницама за поништење завештања, Савезни суд у прво време није одступао од својих ставова. Доказ за ову тврдњу је случај пресуђен одлуком немачког Савезног суда од 3. новембра 1969.¹²¹

У овом случају завешталац, по занимању трговац и прокуриса једног великог предузећа, је умро у јуну 1962. Од законских наследника на наслеђе се позивала само његова супруга. Месец дана пред смрт декујус је сачинио завештање којим је једно грађевинско земљиште, велике вредности, оставио у легат знатно млађој и неудартој жени, која му је била важан сарадник у вођењу послова, али истовремено и љубавница са којом је одржавао сексуалне односе. Врховни покрајински суд у Кобленцу је поништио овај тестамент позивајући се на повреду добрих

¹¹⁷ Hildegard Krüger, „Anmerkung zum Urteil des BAG von 23. 4. 1959, II AZR 118/56” *Arbeit und Recht*, 1960, стр. 31.

¹¹⁸ Gerhard Otte, „Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1985, стр. 196.

¹¹⁹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 149.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Oliver Karow, *op. cit.*, стр. 160.

обичаја из § 138 Немачког грађанског законика. Његова одлука је потврђена поменутом пресудом Савезног суда из 1969. године.

У образложењу своје пресуде Савезни суд је навео да терет доказивања у парницама о ништавости тестаментa због повреде добрих обичаја, према општим правилима, пада на ону парничну страну која се позива на ништавост, у конкретном случају на оставиочеву супругу. Она као тужилац треба да докаже да су између завештаоца и тужене легатарке постојали еротски односи, као и узрочну везу између тих еротских односа и оставиочеве намере да сачини завештање, која се узрочност морално не може одобрити. Међутим, према схватању које је Савезни суд изнео у свом образложењу, мотив представља унутрашњу чињеницу, која се чулно не може опазити. Његово постојање се може утврдити на посредан начин. Суд ће из постојања спољашњих чињеница (индиција), међу којима су посебно значајне изјаве и понашања учесника у правном послу, на основу искуствених ставова логички закључити каква је била завештаочева побуда. Пошто је поставио такав начелан став Савезни суд га је даље разрадио на конкретном случају: „Ако је један ожењени мушкарац завештао знатно млађој жени легат велике имовинске вредности, онда ове спољашње чињенице дозвољавају да се на основу животног искуства закључи о унутрашњој чињеници, да је сексуална веза одлучујућа побуда завештајног располагања, под условом да се таквом закључку не противе друге чињенице. Ствар љубавнице је да изложи и докаже такве околности из којих произилази неки други, часни мотив завештаоца.”¹²²

До преокрета у судској пракси дошло је годину дана касније, пресудом Савезног суда од 31. марта 1970.¹²³ У овом случају завешталац је умро 1965. године у Западном Берлину. У фебруару 1948. године, декујус је сачинио завештање којим је за наследника одредио једну распуштеницу с којом је од 1942. године, па до смрти одржавао еротске односе. Покрајински суд у Берлину је одбио тужбу оставиочевих законских наследника за поништење завештања.¹²⁴ У образложењу ове одлуке стоји да је за-

¹²² *Ibid.*

¹²³ Fridrih Wilhelm Bosch, „Anmerkung zum Urteil des BGH vom 31. 3. 1970, III ZB 23/68”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1970, стр. 368.

¹²⁴ KG Berlin – Beschluß des I ZS vom 20. 6. 1968, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1968, стр. 670–672.

вештајно располагање у корист жене са којом је оставилац одржавао ванбрачне сексуалне односе ништаво само онда ако се „позитивно утврди” да је код завештаоца постојао неморални мотив навођења на сексуалне односе или награђивања сексуалних односа. Према схватању овог суда није оправдано и представља „грубо поједностављивање” претпоставку о постојању таквог мотива базирати искључиво на чињеници да су завешталац и легатарка одржавали сексуалне односе.¹²⁵ Савезни суд је потврдио одлуку предходне инстанце.¹²⁶ У образложењу своје пресуде, овај суд је напустио досадашња становишта у погледу терета доказивања мотива у парницама за поништење тестамена. Савезни суд каже да не постоје правила из животног искуства на којима би се базирао закључак да су код декујуса, приликом располагања у корист љубавнице, били одлучујући неморални мотиви сексуалне природе. То значи да се не може *prima facie* претпостављати да је код располагања у корист љубавнице постојао неморалан мотив на страни завештаоца. Онај који се позива на неморалност дужан је да докаже не само спољашње чињенице постојања сексуалних односа између завештаоца и легатарке, већ и узрочност између сексуалне везе и завештаочевих мотива.¹²⁷

Критикујући схватање Франца Леонхарда, које је једно време било прихваћено од стране немачких судова, правна наука је своју пажњу усмерила на то да докаже да се овакво становиште не слаже с приликама из практичног живота. У жижи интересовања је било бављење питањем да ли је у стварном животу правилност да када завешталац својој љубавници остави неку корист из заоставштине, он то чини из сексуалних побуда. Међутим, ми сматрамо да Леонхардово схватање нема утемељења ни у позитивном законодавству. Овде треба поставити питање да ли су у стварном животу правило ништави или пуноважни правни послови. Тилман добро примећује да ово није питање „нумеричког правила и изузетка.”¹²⁸ Одговор на постављено питање не треба тражити на терену упоређивања броја пуноважних правних послова с бројем апсолутно ништавих

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Beschluf vom 31 März 1970, III ZB 23/68, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1970, стр. 1273.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 139.

правних послова, већ кроз тумачење правних норми које представљају генералну клаузулу ништавости, као што су члан 103. Закона о облигационим односима, члан 155. Закона о наслеђивању Србије или § 138, став 1 Немачког грађанског законика. Када Закон о наслеђивању у члану 155. прописује да је ништав тестамент који је у супротности с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, то значи да треба да наступе посебне околности које ће тај правни посао учинити апсолутно ништавим. На тај начин овакве одредбе апсолутну ништавост показују као изузетак. По Леонхардовом схватању, у случају када није довољно разјашњен мотив завештаоца, утврђивање једне индиције која би могла да води ка недозвољеном мотиву, имало би за последицу апсолутну ништавост тестаментa. Према таквом схватању, члан 155. Закона о наслеђивању Србије морао би да се чита: „Ништави су сви тестаменти, осим ако се докаже да су у складу с принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима”. Али, као што смо истакли, то није смисао члана 155. Закона о наслеђивању Србије, који апсолутну ништавост представља као изузетак.

7. КУМУЛАЦИЈА ДОЗВОЉЕНИХ И НЕДОЗВОЉЕНИХ ПОБУДА

Одлука завештаоца да сачини тестамент и да на одређени начин располаже својом имовином за случај смрти, ретко проишлаго само из једног фактора.¹²⁹ Обично је реч о неколико околности које су подстакле тестатора да сачини тестамент, или, како се то у литератури метафорично представља, о „снопу мотива.”¹³⁰

Постојање мотивационог снопа представља за судове и науку изазов онда када се „поједине нити” у том снопу могу различито вредновати са становишта јавног поретка и добрих обичаја. Другим речима, поставља се питање како пресудити када су завештаоца у његовој одлуци да сачини тестамент истовремено подстакли и дозвољени и недозвољени мотиви. Као пример можемо навести случај када завешталац својој секретарици остави целокупно наследство, искључивши на тај начин из права

¹²⁹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 148.

¹³⁰ Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 330, Wolfram Müller-Freienfels, *op. cit.*, стр. 446; Ulrich von Lübtow, *op. cit.*, Band I, стр. 309.

на наслеђивање чланове своје уже породице, из следећих разлога: 1) да би је наградио за љубавнички однос, 2) за савестан и одговоран рад у његовој фирми, 3) за духовно разумевање са завештаоцем и 4) да би казнио своју породицу која га не воли и према њему је равнодушна.¹³¹

У теорији и у судској пракси на ово питање није дат јединствен одговор. Према једном схватању, које заступа Ланге,¹³² суд у сваком конкретном случају треба да направи један преглед (биланс) мотива. На једној страни били би дозвољени, а на другој недозвољени мотиви. Затим би те мотиве одмеравао и тестамент би поништио само онда ако би претегли недозвољени мотиви.¹³³

Према другом схватању, које су заступали: Бендикс,¹³⁴ Гернхубер¹³⁵ и Милер-Фрајенфелс,¹³⁶ нема места дељењу мотива, јер завешталац са свим својим намерама продире кроз све делове тестаента у нераздрвојној повезаности. Због тога из снопа мотива треба извући оне побуде које су најважније и које постају самим тим једине правно релевантне. Од оцене њихове дозвољености са становишта јавног поретка и добрих обичаја, зависиће судбина тестаента: да ли ће он остати на снази или ће бити поништен.

Међутим, тешкоће да се у сваком појединачном случају из „снопа мотива” издрвоје они који имају одлучујући значај, који су најважнији, доводила је до тога да судска пракса посегне и за „Соломонским решењима”.¹³⁷ Као пример можемо навести пресуду немачког Државног суда од 11. октобра 1928.¹³⁸

У овом случају је утврђено следеће чињенично стање. Завешталац је био стоматолог и власник приватне стоматолошке ординације. Умро је у Дрездену 15. јануара 1925. Десет дана пред смрт је сачинио завештање којим је за наследнике именовано суп-

¹³¹ Ulrich von Lübtow, *op. cit.*, Band I, стр. 309.

¹³² Heinrich Lange, *Lehrbuch des Erbrechts*, München/Berlin, 1962, стр. 376.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Ludwig Bendix, „Anmerkung zum Urteil des RG 68/28 IV vom 11.10.1928”, *Juristische Wochenschrift*, 1929, стр. 33.

¹³⁵ Hermann Husmann, „Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetz”, *Neue juristische Wochenschrift*, 1971, стр. 408; Rudolf Welsler, „Die Sittenwidrigkeit des Testaments zugunsten des Ehebruchspartners”, *Juristische Blätter*, 1973, стр. 10.

¹³⁶ Wolfram Müller-Freienfels, *op. cit.*, стр. 446.

¹³⁷ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 149.

¹³⁸ Urteil vom 11. Oktober 1928, IV 68/28, *Juristische Wochenschrift*, 1929, стр. 33.

ругу и обе кћери. Поред овога, у тестаменту су предвиђена два легата. Млађој ћерки, која је такође била стоматолог, завешталац је оставио половину своје ординације. Својој дугогодишњој асистенткињи завешталац је оставио другу половину ординације, а уз то још и једну грађевинску парцелу и новчани износ од 2.000 марака.

У поступку је утврђено да су два мотива утицала на завештоца да својој асистенткињи остави поменути легат. Један од тих мотива је био дозвољен и огледао се у награђивању легатарке за дугогодишњи марљив и драгоцен рад у његовој зубарској пракси. Други мотив је био недозвољен и састојао се у награђивању са сексуално подавање.

У разрешењу овог случаја суд није ишао са тиме да између ове две побуде утврди ону која је имала одлучујући значај за завештоца. Он је узео у обзир обе побуде и делимично поништио тестамент. Признао је важност легата у оном делу који се односи на грађевинску парцелу и новац. Онај део легата који се односи на зубарску ординацију суд је поништио као неморалан, јер би спровођењем таквог легата ћерка била приморана да трајно и лично сарађује и буде сувласник са љубавницом њеног оца, која је разарала породичну хармонију у њиховом дому.¹³⁹

Сматрамо да се делимична ништавост, као решење за проблем кумулације дозвољених и недозвољених мотива, може прихватити само онда ако се одредбе тестаментa могу квантитативно диференцирати према одређеним мотивима.¹⁴⁰ На пример, завешталац сачини тестамент којим: 1) за наследника именује свог сина, 2) под условом да заврши факултет, 3) да не ожени девојку с којом се тренутно забавља, 4) свом пријатељу који му је спасио живот приликом саобраћајне несреће остави у легатску поцени ручни сат, 5) а својој љубавници новчани износ од 700.000 динара. У овом примеру тестамент садржи неколико одредби и све су настале под утицајем различитих побуда. Стога ће овај тестамент бити делимично ништав. Оне одредбе које су настале под утицајем дозвољених побуда (1, 2 и 4) ће опстати, а оне које су настале под дејством мотива који нису у складу с јавним поретком и добрим обичајима (3 и 5) ће бити поништене.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ У том смислу видети: Joachim Gernhuber, *op. cit.*, стр. 330; Werner Speckman, „Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung”, *Juristenzeitung*, 1970, стр. 402.

Проблем кумулације недозвољених и дозвољених мотива долази до изражаја онда када је „сноп мотива” истовремено утицао на једну одредбу или на цело завештање. У том случају није могуће поједине делове располагања везивати за поједине мотиве из снопа побуда. Ако завешталац својој дугогодишњој сарадници, која је истовремено била и његова љубавница, остави у легат 30.000 динара, сматрамо да није могуће одмеравати колики је део од тог укупног износа представљао награду за марљив рад у фирми а колики део је награда за сексуално подавање. С пуним правом у теорији је констатовано да би било апсурдно,¹⁴¹ када би у овом случају суд утврђивао да је, на пример, 20.000 динара завештано као награда за сексуално подавање, а 10.000 динара као награда за марљив рад у фирми, па у складу с тим донео одлуку да се легатарки одобри право на легат у износу од 10.000 динара.

Све оне нити које улазе у сноп мотива су неразмрсиве. Према схватању једног броја немачких аутора оптирање за делимичну ништавост у оваквим ситуацијама би значило признавање чињенице да је завешталац самокритички анализирао све делове своје мотивације, и сваком дао одређено место у располагању за случај смрти.¹⁴² Овакво поступање би значило измену реалитета и промовисање хипотетичке воље завештаоца. Суд би морао да да одговор на питање, колико би завешталац оставио легатарки да није било недозвољене побуде, иако зна да завешталац није тако располагао.¹⁴³ Такво поступање би било у супротности са теоријом воље, која представља примарни принцип у тестаментарном праву.¹⁴⁴

Сматрамо да је у нашем праву примењиво једино оно становиште по коме се из снопа мотива извучи онај који је најважнији, тако да судбина целокупног завештања зависи од оцене његове дозвољености. Такав закључак произилази из самог текста члан 53, ст. 2. и 3. Закона о облигационим односима, који уређује утицај недозвољене побуде на пуноважност уговора. У овим одредбама стоји: „ако је недозвољена побуда *бићно уишчала на одлуку једног уговарача да закључи уговор* (курзив Д.Б.) и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће

¹⁴¹ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 151.

¹⁴² Wilfried Schlüter, *Erbrecht*, 14. Auflage, München, 2000, стр. 94.

¹⁴³ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 151.

¹⁴⁴ Georg Thielmann, *op. cit.*, стр. 152.

бити без дејства.” „Уговор без накнаде нема правно дејство и кад други уговарач није знао да је недозвољена побуда *бићно уићцала* (курзив Д.Ђ.) на одлуку његовог сауговарача.”

Из цитираних одредби видимо да Закон о облигационим односима придаје значај само оној побуди која је битно утицала на одлуку правног субјекта да предузме правни посао. Закон о облигационим односима не даје ближа упутства о томе када је нека побуда битно утицала. У теорији је истакнуто да је то она побуда која је „довела до дефинитивне одлуке” да се предузме правни посао, при чему немају правни значај они мотиви који су само „потакли” субјекта који је предузео правни посао.¹⁴⁵ Сматрамо да у давању одговора на питање који је основ битно утицао на одлуку да се предузме правни посао, треба поћи од аналогије са члан 61, став 1. Закона о облигационим односима, који одређује појам битне заблуде. Према схватању законодавца заблуда је битна ако се односи на околности које се према намери странака или обичајима у промету сматрају одлучујућим, а странка која је у заблуди не би закључила такав уговор да је знала за право стање ствари.

На овакав закључак упућује и историјско тумачење наведених одредби из члана 52, став 2. и 3. Закона о облигационим односима. Сматрамо да је и овом приликом неопходно осврнути се на Скицу за Законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, која је представљала подлогу за доношење Закона о облигационим односима.¹⁴⁶ У члану 32, став 2. Скице за Законик о облигацијама и уговорима стоји следеће: „Али ако је побуда противна неком принудном пропису, или јавном поретку, или моралу, а из самог уговора или прилика у којима је закључен види се да је *она одлучила једног уговорника да закључи уговор* (курзив Д.Ђ.), и да је то други уговорник знао или могао знати, уговор ће бити без дејства.” У члану 32, став 3 Скице за Законик о облигацијама и уговорима је предвиђено да: „уговор без накнаде не производи никаква дејства и кад други уговорник није знао да је недозвољена побуда *која је одлучила његовог сауговорника* (курзив Д.Ђ.).”

¹⁴⁵ Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978, књ. I, стр. 244.

¹⁴⁶ О доношењу Закона о облигационим односима и значају Скице за Законик о облигацијама и уговорима, види: Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 39 и даље.

Следствено томе, у случају кумулације недозвољених и дозвољених мотива, треба узети да је завештање апсолутно ништаво само онда када су недозвољени мотиви имали одлучујући утицај на намеру завештаоца да сачини тестамент.¹⁴⁷ Другим речима, да би у таквом случају дошло до поништења тестаментa, лице које се позива на ништавост би морало да докаже да завешталац не би сачинио тестамент у одсуству недозвољене побуде. Примењено на конкретан пример, у коме завешталац оставља легат својој дугогодишњој сарадници која је истовремено била и његова љубавница, овакво схватање би значило да ће суд поништити тестамент ако на основу оцене свих изведених доказа дође до уверења да завешталац не би сачинио тестамент да са легатарком није био у љубавном односу.

8. ЗАКЉУЧАК

За разлику од каузе, која представља непосредан, апстрактни циљ који правни субјекти остварују предузимањем правног посла, мотив је посредна и конкретна околност која покреће субјекта да предузме правни посао. Разликовање мотива и каузе нема практичног значаја код добротних правних послова, с обзиром да недозвољена побуда, која је битно утицала на странку да предузме правни посао, увек има за последицу апсолутну ништавост.

Упркос томе што је немогуће непосредно доказати какве су побуде подстакле завештаоца да сачини тестамент, суд је обавезан да у сваком конкретном случају, путем индиција, утврђује мотиве тестатора. Индиције суд треба да тражи испитујући личне особине, понашање и међусобне односе завештаоца, његових законских наследника, завештајних наследника и легатара. Изјава завештаоца у завештању, којом он образлаже своје располагање, представља само једну од индиција која може да улаже на његове побуде. Суд није везан том изјавом. Он може утврђивати да је тестамент сачињен из других побуда, а не оних

¹⁴⁷ На истом становишту стоји и Желимир Шмалцел, *op. cit.*, стр. 19. Ако је правни посао детерминисан са више мотива његовог творца, недозвољеност једног од њих ће бити довољна за ништавост целокупног правног посла, ако су сви ти мотиви „према концепцији онога који се обавезује тако повезани, да у посао не би улазио када их не би могао све остварити.”

које су у њему означене. Ово правило важи и онда када се завешталац приликом сачињавања тестаментa руководи дозвољеним побудама, а у тестаменту је лажно назначио недозвољен мотив. Такав тестамент неће бити ништав.

Терет доказивања постојања недозвољене завештаочеве побуде лежи на лицу које се позива на ништавост тестаментa као своју предност. Код тестамената у корист љубавнице, на лицу које тежи поништењу тестаментa, лежи терет доказивања, како чињенице да је између завештаоца и тестаментарног наследника постојао ванбрачни сексуални однос, тако и чињенице да је постојање таквог односа одлучујуће утицало на тестатора да располаже за случај смрти.

Када је завешталац приликом сачињавања тестаментa био истовремено вођен и дозвољеним и недозвољеним мотивима, тестамент ће бити ништав само онда када се утврди да су недозвољене побуде имале одлучујући утицај на намеру тестатора да располаже за случај смрти.

Dejan B. Djurdjević*

THE INFLUENCE OF A PROHIBITED MOTIVE ON THE VALIDITY OF A WILL

Summary

This paper discusses the influence of a testator's motives on the validity of a will. The introductory explanations deal with Art. 53 of the ZOO (Law on Obligations), which envisages that a prohibited motive will render gratuitous promises null and void if it has essentially influenced the donor's decision to make such a promise. The author goes on to analyse the distinction between the cause and the motive, and the *ratio legis* of the different treatment of an prohibited motive in contracts and gratuitous promises. In practice, the most important problem is to establish the testator's motives. The motives are the personal domain of the testator and, as such, they may not be known to others. Even so, it is the court's obligation by means of any evidence at all to establish the specific motives that led the testator to draw up his will. The court should

* Dejan B. Đurđević, (Master of Law – Belgrade), Junior Lecturer, Faculty of Law in Belgrade.

seek these indications in the behaviour and the personal qualities of the testator, and those of his legal successors and the persons who stand to benefit from the will, and in their mutual relations. The mention of the motives in the will itself is not binding for the court, which can establish that the testator disposed of his possessions for reasons other than those he mentioned in his will. At the same time, it is irrelevant whether the motives the testator mentioned in his will are permitted or prohibited.

Another problem on the practical level, is with whom the burden of proof lies as to the testator's motives. According to German theory and case, the burden of proof of prohibited motives lies with the persons who invoke the nullity of the will in their interest. For instance, in a will in favour of a mistress, the person who invokes nullity, should prove both the existence of a love affair and the fact that the testator wished by means of his will to reward his mistress for her sexual favours. It may happen that in the same will, there are both permitted and prohibited motives. In that case, the outcome of the will depends on whether the prohibited motive played a decisive role in the testator's decision to draw up such a will.

Key words: *Motive. – Cause. – Will. – Nullity.*

Dejan B. Djurdjević*

INFLUENCE DU MOTIF ILLICITE SUR LA VALIDITE DU TESTAMENT

Résumé

Dans cet article on considère l'influence des motifs du testateur sur la validité de sa dernière volonté. Tout d'abord on expose les règles de l'article 53 de la Loi sur les Obligations qui prévoit que le motif illicite a pour conséquence la nullité absolue d'une libéralité si ce motif a eu une influence déterminante sur la décision de la personne qui a l'intention d'entreprendre un tel acte juridique. Ensuite, on souligne la différence entre la cause et le motif et on considère la *ratio legis* d'un traitement différent des motifs illicites dans les contrats onéreux d'un côté, et dans les libéralités de l'autre.

Dans la pratique, l'un des problèmes les plus importants c'est de rechercher les motifs qui ont pu influencer la volonté du testateur au moment de la rédaction de l'acte. A vrai dire, les motifs se trouvent dans le for intérieur du testateur et en tant que tels ils ont ne sont pas portés à la connaissance de tierces personnes.

* Mr. Dejan B. Djurdjević, assistant à la faculté de Droit de Belgrade

Néanmoins, le tribunal se trouve dans l'obligation d'identifier les motifs (sur la base des indices) qui ont pu déterminer le testateur à rédiger sa dernière volonté. Ces indices doivent être recherchés dans le comportement et les qualités particulières du testateur d'abord, ensuite de ses héritiers ainsi que des personnes qui dans ce testament bénéficieront de certaines libéralités, et finalement dans leurs rapports mutuels. Les motifs invoqués dans le testament ne lient pas le juge, qui peut examiner si le testateur a pris ses dispositions pour d'autres raisons et non pour celles que le testateur a indiqué dans son acte. Par ailleurs, il est sans importance que les motifs indiqués par le testateur soient licites ou non.

Un autre problème qui est important pour la pratique c'est sur qui pèse le fardeau de la preuve des motifs. D'après la doctrine et la jurisprudence allemandes, ce sont les personnes qui, dans leur propre intérêt invoquent l'illicéité des motifs qui doivent la prouver. Par exemple, dans le testament au profit d'une maîtresse, c'est la personne invoquant la nullité qui doit prouver non seulement l'existence du concubinage mais encore le fait que le testateur a souhaité gratifier par sa dernière volonté sa maîtresse. Il est possible que dans un même testament puissent se trouver aussi bien les motifs licites qu'illicites. Dans de cas, si le motif illicite a eu une influence déterminante sur la rédaction du testament, le juge doit prononcer la nullité de l'acte.

Mots-clés : *Motif. – Cause. – Testament. – Nullité.*