

Сања Марјановић,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК: 341.9:347.65/68

## О УСКЛАЂЕНОСТИ ДОМАЋЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА СА ТЕНДЕНЦИЈАМА КОМУНИТАРНОГ ПРАВА У МАТЕРИЈИ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА НАСЛЕДНЕ ОДНОСЕ

### Апстракт

Велике миграције људи и значај међународног промета роба и новца чини одређивање меродавног права за наследне односе једном од комплекснијих области Међународног приватног права. Сложеност ове материје испољава се и кроз чињеницу да државе на различит начин регулишу сукоб закона и сукоб надлежности, полазећи од принципа јединствене или подељене заоставштине. Настојања да се наведени проблеми превазиђу остварују се у оквиру најзначајније европске регионалне организације - Европске уније.

У циљу остварења темељних принципа Европске уније (слободно тржиште, слобода кретања лица, проток капитала и роба) потребно је усвојити унифициране колизионе норме у области законског и тестаменталног наслеђивања, будући да је нереално очекивати потпуну хармонизацију материјалног права свих земаља-чланица. Први покушаји јединственог решења сукоба закона и јурисдикција везују се за рад Европске комисије. Она је 1. марта 2005. године израдила Green Paper «Succession and Wills» који садржи 39 питања везаних за сукоб закона и сукоб јурисдикција у материји наслеђивања. Основна идеја наведеног документа је да се путем консултација са различитим заинтересованим организацијама усагласе ставови држава-чланица и усвоје јединствене колизионе норме за наслеђивање, без обзира да ли се ради о интракмунитарном елементу или се међународно обележје везује за државе-нечланице. Такође, ова тенденција важи и за сва она питања која се јављају у вези са наследним односима, а која не регулише *lex successionis*.

Питања која Комисија поставља путем Green Paper могу бити корисна и за наше законодавство, тим пре што су она уједно и резултат тежње за модернизацијом класичних тачака везивања и колизионих норми за решење сукоба закона и сукоба јурисдикција у материји наслеђивања. Наиме, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља ступио је на снагу за време бивше СФРЈ, 1983. године, а у међувремену су

се јавиле нове тенденције у развоју Међународног приватног права које су већ добиле нормативни облик у савременим кодификацијама. У том погледу треба посебно издвојити Закон о међународном приватном праву Белгије од 16. јула 2004. године.

**Кључне речи:** *lex successioinis*, тачка везивања, меродавно право, тестамент, коморијенти, нужни део, претходна питања, Green Paper «Succession and Wills», домаће наследно право са иностраним елементом

## 1. Уводна разматрања

### *1.1. Рад Европске комисије - доношење Green Paper „Succession and Wills”*

Растућа мобилност људи на простору без унутрашњих, националних граница и стицање имовине на територији више држава ЕУ представљају основни извор проблема у материји наслеђивања. Иако до сада усвојени комунитарни инструменти међународног приватног права нису обухватили наслеђивање, уочена је потреба за усвајањем хармонизованих колизионих норми. Наиме, сматрало се да би комунитарна легислатива, која би се односила само на међународну судску надлежност за наследне односе и признање и извршење таквих одлука била недовољна.

Усвајање Европског инструмента који се односи на наслеђивање био је један од приоритета утврђених Бечким акционим планом 1998. године. Још новембра 2000. године Комисија и Савет, дајући обостраном признању и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима значај примарног принципа, сматрали су да њега треба проширити и на наслеђивање и тестаменте. „Succession and Wills” су били најпре искључени из Бриселске конвенције о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима из 1968. године, а затим и на основу Регулative Савета бр. 44 из 2001. године која је заменила Конвенцију. Ипак, и Савет и Комисија делили су мишљење да без унификације одредби међународног приватног права о наслеђивању не може бити остварен ни напредак у области међународног приватног права генерално.

Конференција, подржана од стране Уније, одржана је у Бриселу 10. и 11. маја 2004. године са задатком да размотри „Компаративну правну студију о одредбама о сукобу јурисдикција и сукоба закона за тестаменте и наслеђивање” коју је израдио German Notary Institute на челу са професором Дернером и угледним француским професором Лагардом. Позивајући се на Хашку конвенцију о меродавном праву за наслеђивање

## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

заоставштине умрлих лица из 1989. године<sup>1</sup>, наведена студија је требало да уведе веома ограничену слободу избора меродавног права од стране тестагора и то путем само две тачке везивања - држављанства и редовног боравишта. Такође, за случајеве када оставилац није сачинио тестамент или га је сачинио али је он непуноважан, заступано је становиште да је редовно боравиште оставиоца у тренутку смрти она повезница која треба да упути на меродавно право за наслеђивање. Међутим, наведени предлози нису прихваћени. Штавише, довели су до одређеног степена „непријатељства” десет (источноевропских) држава-чланица. То је имало за последицу да се одређени „излаз” пронађе у изради Green Paper<sup>2</sup>.

Дакле, први покушаји јединственог решења сукоба закона и јурисдикција у материји наслеђивања везују се за рад Европске комисије. Она је 1. марта 2005. године израдила Green Paper „Successions and Wills” који садржи 39 питања везаних за сукоб закона и сукоб јурисдикција у материји наслеђивања. Основна идеја наведеног документа је да се обаве консултације са различитим заинтересованим организацијама и на тај начин усагласе ставови држава-чланица о постављеним питањима. Крајњи циљ наведеног процеса јесте усвајање јединствених колизионих норми за наслеђивање, без обзира да ли се ради о случајевима са интракомунитарним елементом или се међународно обележје везује за државе-нечланице. Такође, ова тенденција важи и за сва она питања која се јављају у вези са наследним односима, а која не регулише *lex successioinis*. Иначе, одговори заинтересованих организација примани су од стране Европске комисије до 30. септембра 2005. године.<sup>3</sup>

У овом документу Комисија се фокусира на проблем домаћаја колизионих норми, пуноважности тестамена, статуса наследника, нужног дела, управљања заоставштином и њене деобе. Комисија је такође препознала и указала на потребу утврђивања „идеалне” тачке везивања, а

1 Конвенцију су ратификовале само Холандија и Аруба.

2 Hayton, D., The Need for Harmonization of Private International Law Rules on Succession - Topicality in view of the European Commission Green Paper, Appendix C, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_1\\_s\\_aprc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_1_s_aprc_en.pdf). Иначе, као и у ранијим случајевима, Green Paper Европске комисије, генерално, представља врсту документа чији је примарни циљ да на европском нивоу покрену поступак конструктивних дискусија и консултација између различитих заинтересованих организација о конкретной теми која је предмет документа. На овај начин Европска комисија је у могућности да ради на усвајању најшире прихваћених ставова и идеја. У том циљу, Green Paper може пратити White Paper, као званични сет пропозиција на основу којих би Green Paper добио и свој формалноправни оквир.

3 Видети више European Commission, Green Paper» Succession and Wills», [http://europa.eu/documents/index\\_en.htm](http://europa.eu/documents/index_en.htm)

која сама по себи може решити и друге проблеме који у овој материји настају. С друге стране, иако се примат даје дефинисању меродавног права, не треба потценити значај међународне судске надлежности. У неким државама-чланицама оставински поступак је увек судски поступак док је у другима улога суда неопходна само у сложеним или спорним наследним односима. Да би се одредила правила судске надлежности неопходно је најпре утврдити да ли треба дефинисати само једну тачку везивања. Изузетно је важно да комунитарно законодавство у материји наслеђивања отклони евентуалне административне и практичне проблеме. У том циљу је предвиђено увођење Европског сертификата за наслеђивање као и регистрација тестаментa.

Намера је аутора да кроз приказ најчешће истицаних предлога и мишљења заинтересованих организација које су се одазвале позиву Комисије, а чији су одговори били доступни аутору<sup>4</sup>, укаже на оно што се може сматрати тенденцијама међународног приватног права ЕУ и то искључиво у материји меродавног права за наслеђивање. Такође, и да укаже на значај изнетих ставова за домаће међународно приватно право.

## **2. Нека посебна питања Green Paper о меродавном праву и домаће законодавство**

### *2.1. Подручје примене наследног статута*

Полазећи од дефинисања подручја примене наследног статута, које се и по свом значају намеће као примарно, суочавамо се најпре са дистинкцијом европско-континенталног и англо-саксонског система. Наведени проблем се може размотрити и кроз питања да ли треба правила сукоба закона ограничити на одређење наследника и њихових наследних права или овим правилима обухватити и ликвидацију и деобу заоставштине. У том смислу је поље примене наследног статута у одређеној мери и контроверзно.

Наиме, у систему који се базира на римском праву, наследници настављају личност оставиоца, док су у Common law систему ликвидација и пренос имовине поверени извршиоцу односно администратору, тзв. „Grant of Probate”. Полазна тачка за решење наведеног проблема, према ставовима заинтересованих организација, могле би бити одговарајуће

---

<sup>4</sup> Европска комисија је примила око 60 одговора, али нису сви могли бити постављени на официјелни сајт будући да су неки аутори изричито захтевали да њихови одговори имају поверљив карактер.

## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

одредбе Хашке конвенције о меродавном праву за наслеђивање заоставштине умрлих лица из 1989. године.<sup>5</sup>

Наследни статут би, сходно наведеном, регулисао следећа питања: основ, тренутак и место отварања наслеђа; позивање наследника и легатара; права преживелог брачног друга; преузимање дугова оставиоца као и друга наследна права; способност за наслеђивање; основи неспособности или недостојности за наслеђивање; пренос заоставштине на наследнике и легатаре (услови и ефекти прихватања наслеђа или легата); уређење пасиве заоставштине; одрицање од наслеђа или легата; сва ограничења располагања у случају смрти; урачунавање поклона; пуноважност основа, измена и поништавања располагања *mortis causa*; администрирање и ликвидација заоставштине (овлашћења извршилаца тестаментa и других администратора у вези наслеђивања); деоба заоставштине; позивање државе<sup>6</sup>. Компаративна анализа указује на висок степен усаглашености нашег ЗМПП са наведеним ставовима. Наиме, наследни статут је, према схватању наше доктрине, меродаван за сва питања која свој корен имају у наследном односу, пре свега за претпоставке за наслеђивање: основи позивања на наслеђе (у случају интестатског наслеђивања *lex successionis* регулише да ли је правна веза са оставиоцем лица које конкурише подобна за стицање статуса наследника);

5 Овде се имају у виду чланови од 1-7 Конвенције који регулишу питање домаћаја наследног статута и то методом енумерације. Конвенција се примењује и када њене норме упућују на право државе-нечланице као меродавно. Наша држава није чланица Конвенције, а сам текст Конвенције може се наћи на сајту Хашке Конференције за међународно приватно право [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

6 На овом становишту почива пракса већине земаља-чланица. Исти или сличан став у одговору на питање бр. 1 у Green Paper заступају и: *Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Réponses de la CNUC relatives au Livre vert Successionis et testaments, COM(2005) 65 final du 01 mars 2005, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_cnuce\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_cnuce_fr.pdf); Court de cassation Paris, Observations et propositions du parquet général de la Court de cassation, Paris, France, Septembre 2005, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/succession\\_s/contributions/contribution\\_ccf\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/succession_s/contributions/contribution_ccf_fr.pdf); Groupe européen de droit international privé, Réponse du GEDIP au Livre vert de la Commission européenne sur les successions et testaments [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_gedip\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_gedip_fr.pdf); Council of Bars and Law Societies of Europe, CCBE Response to the Green Paper on Successions and Wills of the European Commission, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_ccbe\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ccbe_en.pdf); Bar Council of England and Wales, Response to the Green Paper on Successions and Wills, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_bcew\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_bcew_en.pdf)*

законски наследни ред; величина наследних делова; тренутак стицања наследства (на основу изјаве о прихватању или *ipso jure*); опсег могућег располагања заоставштином путем тестаментa; дефинише круг особа којима припада нужни део; искључење из наслеђивања; одрицање од наслеђа; могућност располагања наследством и деоба наследства (са аспекта односа санаследника); одговорност за дугове оставиоца односно регулисање пасиве заоставштине; да ли је заоставштина без наследника (позивање државе).<sup>7</sup> У одговорима оних организација које су се бавиле и питањима за које је спорно да ли се регулишу наследним статутом приметно је да пасивну наследну способност физичких и правних лица не изузимају од примене *lex successionis*<sup>8</sup>. Такође, ово питање је и у нашем међународном приватном праву дефинисано као једно од спорних питања. Међутим, поједини аутори се изјашњавају за примену персоналног статута, док примену *lex successionis* на ово питање заговара мањина.<sup>9</sup>

### *2.2. Флексибилизација тачака везивања - држављанство и редовно боравиште*

Полазећи од чињенице да у упоредном међународном приватном праву у погледу наследноправних односа постоје два основна концепта за решење сукоба закона - систем подељене и систем јединствене заоставштине, најпре треба истаћи да право Републике Србије прихвата први систем, дакле систем јединствене заоставштине.

Према овом систему, без обзира на то да ли се делови заоставштине једног оставиоца налазе на територији једне или више држава као и без обзира да ли се састоји из покретних ствари или непокретности увек се на расправљање заоставштине примењује једно право и то персонално право оставиоца. При томе, у оквиру земаља које усвајају овај концепт јавиће се одређене разлике у погледу одређивања персоналног права оставиоца будући да се као тачка везивања могу јавити држављанство или пребивалиште оставиоца у зависности од опредељења конкретне државе. Међутим, државе које персонално право оставиоца дефинишу путем *lex domicilii* углавном прихватају други концепт. То значи да се у систему јединствене заоставштине као *lex causae* најчешће јавља *lex nationalis* оставиоца. Принцип јединствене заоставштине преовладава и у већини билатералних конвенција које је наша држава закључила. Систем

---

7 Eisner, В., Међународно приватно право, I свезак, 1953., Загреб, стр. 352-356; Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић, Г., Међународно приватно право, Нови Сад, 2005, стр. 334.

8 Тако Conférence des Notariats de l'Union Européenne.

9 Видети Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, Београд, 1991, стр.103.

## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

подељене заоставштине прихваћен је само у неким билатералним уговорима наше државе.<sup>10</sup> Треба напоменути да одређено одступање постоји још и у појединим билатералним уговорима домаће државе и то када је у питању заоставштина без наследника.<sup>11</sup>

Систем подељене заоставштине заснива се на разликовању покретних и непокретних ствари као делова заоставштине, те се на непокретности се увек примењује право оне државе на чијој територији се односна непокретност налази (*lex rei sitae*).

Основна тачка везивања у материји наслеђивања коју усваја наше право је држављанство оставиоца у време смрти. Ова повезница једнако се примењује и на законско и на тестаментално наслеђивање.

Генерално, држављанство је једна од најшире прихваћених тачака везивања, нарочито од стране држава континенталног система. Инсистирање на држављанству као примарној повезници још је присутније у емигрантским државама каква је и наша. Разлог овом тренду треба видети у њиховом настојању да задрже формалну везу са бројним иселеницима, за разлику од имигрантских земаља које применом домицила као примарне тачке везивања желе да под одредбе свог поретка доведу што већи број странаца.<sup>12</sup>

С друге стране, унутар Европске уније ствара се посебно комунитарно међународно приватно право. Овај процес неизбежно доноси новине, посебно у материји тачака везивања.

Једна од основних тежњи изражених у *Green Paper* тиче се утврђивања најпогодније повезнице, јединствене за све државе-чланице, која би упућивала на наследни статут. Примени држављанства као доминантне тачке везивања замера се и појава додатних проблема код бипатрида. Сматра се и да држављанство није прихватљиво јер не мора увек да значи и постојање истинске, чврсте везе оставиоца са земљом порекла. То је још више изражено кроз владајући принцип ЕУ о слободи кретања лица, односно у условима великих миграција људи што је одлика савременог доба. Занимљив пример о неподесности држављанства дао је

---

10 Уговор са Монголијом и Уговор са бившим СССР.

11 Уговор са Бугарском (питање правног опстанка овог Уговора након распада СФРЈ још увек није решено), Уговор са бившом ЧССР, Уговор са Мађарском, Уговор са Монголијом, Уговор са Румунијом, Уговор са бившим СССР.

12 Видети Жупан, М., Повезница држављанства и флексибилизација међународног приватног права, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Београду »Држављанство и међународно приватно право Хашке конвенције«, Београд, 2007, стр.127.

Sub-Committee of the Law Society of Scotland. Наиме, концепт британског држављанства подразумева повезаност са три различита правна система. У пракси овог региона, било је и таквих случајева да је појединим лицима било дозвољено да задрже британско држављанство због сентименталне везаности за Шкотску, иако су дуги низ година живела у САД, без намере да се икада врате.

Такође, једно од запажања Комисије односи се и на чињеницу да ниједна тачка везивања није, сама по себи, лишена недостатака. Последње пребивалиште оставиоца као повезница може да упути на примену права са којим наслеђивање није у довољној мери повезано, нпр. ако оставилац није био држављанин државе у којој је преминуо при чему се већи део његове имовине налази у некој другој држави. Из овог разлога чини се умесним питање Комисије - да ли вреди insistирати на утврђивању само једне тачке везивања? Да ли би било ефикасније прихватити одређени степен флексибилизације или чак и странама у наследном односу дати право избора меродавног права?

Већина организација заступа став да треба усвојити само једну или, евентуално, алтернативну комбинацију две тачке везивања<sup>13</sup>. Тиме би се избегло дељење заоставштине и уједно проблеми до којих може довести примена различитих закона на покретне и непокретне ствари. Наиме, у таквом систему могуће је да меродавна права на различите начине регулишу најважнија питања наслеђивања - круг лица која могу имати статус наследника, величину наследних делова, ликвидацију заоставштине. С друге стране примена права само једне државе омогућује остварење принципа правне сигурности.

Очигледно је да постоји спремност да се напусти и концепција о домицилу као потенцијалној јединственој тачки везивања, чак и од стране оних земаља-чланица које припадају Common Law систему. Као разлог томе наводи се чињеница да схватање и дефинисање пребивалишта варира од државе до државе, што у пракси ствара проблеме. У међународном

---

13 Тако, Court de cassation, Oesterreicher Rechtsanwaltskammertag, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_orak\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_orak_en.pdf); Osterreichische Notariatskammer; Conférence des Notariats de l' Union Européenne, Czech Response, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_czech\\_republic\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_czech_republic_en.pdf), Austrian Bar Association, GEDIP, CCBE, Sub-Committee of the Law Society of Scotland, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_1ss\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_1ss_en.pdf)



## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

приватном праву Енглеске и Велса редовно боравиште у материји наслеђивања је до сада било присутно само као једна од могућности одређења меродавног права за форму тестаментa. Иако је ова тачка везивања уведена у енглеско право, по угледу на Хашку конвенцију из 1989.године, надлежни органи ове државе још увек нису дефинисали појам редовног боравишта.<sup>14</sup> Такође, чланице ЕУ које припадају англосаксонском правном систему не инсистирају на усвајању домицила као јединствене тачке везивања свесне да то неће бити прихваћено од стране држава континенталног система.

Дефинисање тачке везивања прати тренд флексибилизације. Оно што је приметно већ и из самог извештаја Комисије, јесте да држављанство које је до сада уживало доминантан утицај као најстарија повезница, полако уступа место последњем редовном боравишту оставиоца као новијој тачки везивања, свакако и подеснијој. Сматра се да последње редовно боравиште оставиоца може боље да одговори захтевима и потребама комунитарног правног простора. Наиме, као новија тачка везивања настало је из потребе да се превазиђу разлике у одређивању појма домицила, тачније да се одбаце његови фиктивни елементи чије је утврђивање стварало проблеме у пракси, али и у самом поступку квалификације. С друге стране, редовно боравиште се доживљава и као центар животних активности, место са којим је оставилац најтешње повезан. У члану 78 ЗМПШ Белгије последње редовно боравиште оставиоца усвојено је као тачка везивања за наследни статут за покретне ствари, али и за непокретности када *lex rei sitae* упућује на место последњег редовног боравишта оставиоца.

Већина организација које су се посебно бавиле овим питањем позива се на модел одређивања наследног статута у Хашкој конвенцији из 1989. године.<sup>15</sup> Овај модел је специфична комбинација држављанства и последњег редовног боравишта оставиоца. У том смислу, као *lex successionis* би се применило: 1) право места последњег редовног боравишта оставиоца, ако је он уједно био држављанин те земље, 2) право места последњег боравишта оставиоца, уколико је боравак у том месту трајао не мање од пет година до самог тренутка смрти, осим ако очигледно постоји тешња веза оставиоца са другом државом, 3) уколико се до меродавног права не би могло доћи ни на један од наведених начина

<sup>14</sup> Видети о томе више Miller, G., *International Aspects of Succession*, Aldershot, 2000, стр.30.

<sup>15</sup> Тако, *Osterreichische Notariatskammer*, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_accln\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_accln_fr.pdf), GEDIP, Sub-Committee of the Law Society of Scotland.

примениће се национално право оставиоца, осим ако очигледно постоји тешња веза оставиоца са другом државом.<sup>16</sup> Иначе, Холандија је једина земља у ЕУ која је ратификовала ову Конвенцију и она се у њој непосредно примењује.

Ипак, очигледна је спремност и других чланица ЕУ да у будући комунитарни инструмент уграде нека решења предвиђена Конвенцијом. Нежељени ефекти до којих примена овог система може евентуално довести (проблем међународних службеника који свој посао обављају у иностранству, привремено настањивање, али без губитка тесне везе са земљом порекла) могу се ублажити путем увођења *professio juris*.

У циљу веће правне сигурности и хармонизације наметнула се и потреба усвајања јединственог модела ове повезнице на територији ЕУ. Углавном се то врши путем одређивања минималног временског трајања настањења оставиоца у конкретном месту, а које се онда има сматрати тачком везивања. Међутим, има и мишљења да питање постојања последњег редовног боравишта оставиоца треба оставити суду на оцену у сваком конкретном случају. С тим у вези, треба поменути став који је у свом одговору заузела *Conférence des Notariats de l' Union Européenne*. Они сматрају да је најефикасније да појам ове повезнице одреди јуриспруденција Суда правде ЕУ.

Оригинални предлог за могуће одређење појма редовног боравишта даје у свом одговору *Conseil des barreaux européens* ( у даљем текст ССВЕ). Они предлажу нови, јединствени концепт тзв.»европске тачке везивања» (*European Connecting Factor*, у даљем тексту ЕСФ) који би важио и за одређивање форума. Према мишљењу ове организације, конституисање ЕСФ је нужна последица разлика у схватању појма редовног боравишта. И на овај начин суд би увек примењивао своје право, што је и иначе оштеприхваћена идеја, осим у случају када је оставилац користио право избора наследног статута. Карактеристичност наведеног предлога огледа се у еластичнијем одређењу појма редовног боравишта,

---

16 Члан 3 гласи: „(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State (2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies (3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies”.

јер је услов времена постављен блаже у односу на решење Хашке конвенције из 1989. године. Европска тачка везивања подразумева следећа правила: минимум трајања редовног боравишта од једне до две године, оставилац може имати само један ЕСФ, а ако би се лице вратило у земљу свог држављанства редовно боравиште се конституише аутоматски, без потребе испуњења услова времена. При томе, дозвољена је корекција ових правила путем субјективне повезнице *professio juris*.

Значајно је истаћи да је општи став заузет у одговорима да примена *lex rei sitae* важи само у специфичним случајевима подељене заоставштине која постоји у погледу предузећа и других категорија специфичних добара. Њихово подвргавање овом праву као меродавном оправдано је с обзиром на изражену економску, породичну и друштвену намену, а у складу са чл. 15 Хашке конвенције из 1989. године.

Што се нашег права тиче, приликом доношења Закона из 1982. године тежња је била да се колизионим нормама у домену наследног и породичног прва остваре и одређени политички циљеви. Пре свега, задржавање и јачање везе са исељеним држављанима, али и уношење у законски текст већ традиционалног решења домаћег система међународног приватног права. Чињенице да су на доношењу овог Закона радили еминентни професори Међународног приватног права, да је превођен на стране језике као и да је својевремено привукао пажњу и стране стручне јавности, сведоче о квалитету његових решења. Међутим, након две деценије примене овог Закона, који је Србија наследила, дошло је до промена које доводе у питање основну концепцију овог правног акта.<sup>17</sup> С једне стране, све већи број домаћих држављана, убрзо по емигрирању стиче и ново, странско држављанство што је у већем броју случајева условљено отпустом из домаћег или одрицањем. У таквим условима и у нашем праву би се могла размотрити могућност ревизија идеје о држављанству као доминантној повезници, будући да тренд емигрирања не опада. То би се евентуално могло постићи усвајањем нових тачака везивања као што је последње редовно боравиште и/или увођењем ограничене аутономије воље за одређивање наследног статута. За наше право би био интересантан став држава-чланица ЕУ будући да би примена последњег редовног боравишта оставиоца и на плану одређивања меродавног права и за одређивање међународне судске надлежности за

---

<sup>17</sup> Видети више Живковић, М., Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*, Зборник радова »Двадесет година Закона о међународном приватном праву«, Ниш, 2004, стр. 17.

наслеђивање вероватно била поздрављена од стране српских судова јер омогућује примену домаћег права увек када је заснована надлежност домаћег суда. Узимајући у обзир чињеницу да су у нашој судској пракси још увек усамљени примери у којима је коректно примењено страно меродавно право када је предмет поступка било који приватноправни однос са иностраним елементом, значај ове могућности је утолико већи. Такве случајеве судије најчешће решавају применом *legis fori*. У вези проблема одређења и примене редовног боравишта у нашем међународном приватном праву биће више речи у делу о меродавном праву за форму тестаментa.

### *2.3. Симултана смрт или проблем наслеђивања коморијената*

У домен материје наслеђивања са иностраним елементом спада и питање наслеђивања коморијената, што је дефинисано и као посебно питање.

Наиме, могуће је да лица која се међусобно могу наследити умру у околностима које онемогућавају да се утврди тачно време смрти за свако од ових лица, нпр. у авионском несрећама, атентатима и сл. У таквим случајевима неке земље чланице прихватају фикцију о редоследу базираном на годинама старости или полу, док друге полазе од претпоставке да су сва лица умрла истовремено.<sup>18</sup> Проблем настаје када национална права ових лица садрже потпуно различита решења о могућности наслеђивања између коморијената.

У тим случајевима, сходно ставу већине, сматра се да је нејефикасније решење оно предвиђено чл. 13 Хашке конвенције из 1989. године. Наиме, ако су одредбе меродавних права за наслеђивање ових лица у колизији или не садрже правила о решавању овог проблема, ниједан коморијент нема право да наследи оног другог.<sup>19</sup> Наведеном моделу би се могле упутити примедбе са становишта правичности, али свакако да оно доприноси правној сигурности.

Што се домаћег права тиче, посебна тешкоћа настаје када треба одговорити на питање важи ли *lex nationalis* и за проблем наслеђивања коморијената. Став доктрине је да се на ова лица примењује њихово национално право, што даље значи да ће се консултовати одредба чл. 14

---

<sup>18</sup> Види *Court de cassation Paris, Commission of the European Communities*.

<sup>19</sup> У оригиналу члан 13 гласи: „Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.”

ЗМПП<sup>20</sup>. Међутим, тешкоће посебно настају када су ова лица различитог држављанства при чему су решења меродавних права у потпуној колизији. Наиме, колизионе норме државе суда позивају на примену два меродавна права чија се решења међусобно искључују. Претпоставимо да су отац као британски држављанин и син као наш држављанин изгубили животе у истом авионском удесу и да се моменат смрти ни за једног од њих не може прецизно утврдити. Уколико се пред нашим судом расправља заоставштина на основу очевог тестаментa неопходно је најпре утврдити да ли се ова лица могу међусобно наследити. Према чл. 14 ЗМПП, суд ће консултовати национална права ових лица. Што се сина као држављанина Србије тиче, наше право предвиђа да се коморијенти не могу наслеђивати ако се не може утврдити редослед смрти.<sup>21</sup> С друге стране, према праву Уједињеног Краљевства, као националном праву оца, сматраће се да је син надживео оца и да га може наследити.<sup>22</sup> Дакле, апсолутна неспојивост кумулативне примене наведених законских решења би блокирала рад оставинског суда. Тада је потребно применити технику прилагођавања. Она у ужем смислу подразумева означавање решења једног проблема који проистиче из примене више различитих меродавних права на исти правни однос или сличне правне односе, а састоји се у томе да комбинована примена више права доводи до нелогичних или неправичних материјалноправних резултата.<sup>23</sup> Будући да не постоји изричит став законодавца ни о начину превазилажења ове спорне ситуације, у новијој доктрини предлаже се примена нашег права у делу који регулише проблем коморијената.<sup>24</sup> Став наше правне науке, у пракси прихваћен, у складу је са чл. 13 Конвенције из 1989. године. Дакле, коморијенти се међусобно не могу наслеђивати ако се тачан редослед смрти не може утврдити јер се сматра да су ова лица умрла истовремено.<sup>25</sup> Основни разлог томе треба видети у непостојању основног услова да неко лице постане наследник, а то је да доживи тренутак делације лица на чије наслеђе претендује. Чини се, на основу свега напред наведеног, да је пожељно директно укључивање оваквог решења у ЗМПП у виду посебне колизионе норме. Тако би се отклонила постојећа правна празнина.

20 Видети више Дика, Стојановић, Кнежевић, *op.cit.*, стр. 53.

21 Упркос непостојању нити једног законског прописа Републике Србије који питање наслеђивања коморијената регулише изричито, овде се наводи став домаће доктрине који је, иако без одговарајуће нормативне регулативе, прихваћен у пракси.

22 Пример цитиран према Живковић, М., Станивуковић М., *op.cit.*, стр. 328-329.

23 *Ibidem*, *loc.cit.*

24 Дика, Стојановић, Кнежевић, *op.cit.*, стр. 102; Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 333.

25 Видети Станковић О, Водинелић, В., Увод у Грађанско право, Београд, 1996, стр. 56.

*2.4. Право меродавно за тестаменталну способност*

У области одређивања меродавног права за тестаменталну способност предлози су углавном усмерени ка држављанству тестатора у време сачињавања тестаментa као тачки везивања.<sup>26</sup> Међутим, има и другачијих виђења која се, у највећем броју случајева, односе на *lex loci testamenti acti* или чак редовном боравишту тестатора у време састављања тестаментa као могућим тачкама везивања.

Једно од интересантних ставова, које се по свему судећи базира на принципу *in favorem testamenti*, јесте предлог Sub-Committee of the Law Society of Scotland. Наиме, тестаментална способност подлеже наследном статусу. Уколико тестатор не би имао по овом закону тестаменталну способност примениће се *lex nationalis* или *lex domicilii* или у време сачињавања тестаментa или у време смрти тестатора.

У погледу тестаменталне способности, код нас се не примењује принцип *in favorem testamenti* будући да наше право усваја држављанство тестатора у време сачињавања тестаментa као једину тачку везивања. Занимљиво је истаћи да Швајцарска, иако земља-нечланица, познаје наведени принцип и у области тестаменталне способности и то питање регулише алтернативном колизионом нормом - *lex nationalis* или *lex domicilii* или уобичајено боравиште тестатора у тренутку састављања.<sup>27</sup> Тенденција да се принцип *favor testamenti* уведе и на плану способности спада у модернија схватања. Такво решење је нашло своје заговорнике и у делу домаће доктрине<sup>28</sup>, али не и у ЗМПП, иако је *favor testamenti* усвојен на плану меродавног права за форму тестаментa.

*2.5. Право меродавно за форму тестаментa и неке специфичности нашег права*

Ставови поводом меродавног права за форму тестаментa и његовог опозива су у значајној мери усаглашени и базирани су на примени Хашке конвенције из 1961. године<sup>29</sup> и то чланова 1, 2 и 4.<sup>30</sup> Тако би тестамент био

---

26 Тако Court de cassation Paris, Österreichischer Rechtsanwaltskammertag; Österreichische Notariatskammer; Conférence des Notariats de l'Union Européenne.

27 Живковић, М., Међународно приватно право: националне кодификације, књига 1, Београд, 1996, стр. 574.

28 Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 104.

29 Хашка конвенција о сукобу закона у погледу форме тестаменталних одредаба, 1961.

30 Тако Court de cassation Paris, Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Groupe européen de droit international privé, Council of Bars and Law Societies of Europe, Sub-Committee of the Law Society of Scotland.

## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

пуноважан са аспекта форме уколико испуњава захтеве једног од следећих права:

1. места састављања тестаментa,
2. закона држављанства тестатора било у време смрти било у време састављања тестаментa,
3. закона домицила у време смрти или састављања тестаментa,
4. места редовног боравишта у време смрти или састављања тестаментa, или
5. *lex rei sitae* ако су у питању непокретности.

Сама Конвенција има велики практични значај који се огледа у чињеници да је њену ратификацију извршило 38 земаља. Од укупно 27 земаља чланица ЕУ, 18 њих су већ чланице Хашке конвенције из 1961. године (Немачка, Аустрија, Данска, Белгија, Шпанија, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Ирска, Италија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португалија, Уједињено Краљевство Велике Британије и северне Ирске, Словенија, Шведска).

Наша држава је такође страна уговорница Конвенције (прва је држава која је ратификовала Конвенцију) и њена решења су уграђена у чл. 31 ЗМПП. Према наведеном члану тестамент је пуноважан у погледу облика ако то дозвољава једно од следећих права:

1. право места где је тестамент састављен,
2. право државе чији је држављанин био завешталац, било у време располагања тестаментом било у време смрти,
3. право завештаоачевог пребивалишта, било увреме располагања тестаментом било у време смрти,
4. право завештаоачевог боравишта, било у време располагања тестаментом било у време смрти
5. право Републике Србије
6. за непокретности-право места где се непокретност налази.

Све наведено важи и за питање пуноважности форме опозива тестаментa.

Међутим, одређена решења предвиђена чл. 31 ЗМПП значе и одређене специфичности или проширења у односу на одговарајуће одредбе Конвенције. Наиме, могуће је да завешталац промени

држављанство током свог живота те се долази се до закључка да се у овом случају могу јавити проблеми позитивног и негативног сукоба држављанства. Према ЗМПП и Конвенцији меродавно је држављанство које је оставилац имао у моменту смрти или састављања тестаента. Ипак, могуће је да лице има више држављанстава у релевантним моментима и та чињеница би значила примену члана 11 ЗМПП. Међутим, управо због примарности Конвенције, неће се применити наведени члан већ ће се питање форме тестирати по правима свих земаља чије је држављанство оставилац имао у овим моментима. Тиме се број алтернатива умножава. С друге стране, негативни сукоб држављанства, односно случај оставиоца-апатрида, не би требало да предствља проблем будући да се предвиђају и друге тачке везивања које надомешћују овај недостатак. Уколико национални закон тестатора упуту на државу са нејединственим правним поретком, примењује се чл. 1 ст. 2 Конвенције, а не чл. 10 ЗМПП, иако су решења иста.<sup>31</sup> Појам пребивалишта се квалификује према *lex fori*, дакле домаћем праву, а не по праву одређеном у чл. 1 ст. 3 Конвенције будући да је наша земља ставила резерву на ову одредбу.

Чланом 31 ЗМПП уводи се још једна могућност за опстанак тестаента у погледу форме. То је закон суда, односно домаће право. Ова одредба није у супротности са Конвенцијом јер она дозвољава проширивање алтернатива.

Међутим, оно што ће се јавити као значајан проблем је чињеница да у нашем праву не постоји тзв. „редовно боравиште” већ само „боравиште”. При томе, треба имати у виду да се ова два појма садржински различито дефинишу јер је за постојање редовног боравишта потребно одређено трајање, а овај елемент изостаје у појму боравишта каквог познаје наше право. Према ставу доктрине ову разлику треба схватити као погодновање принципу *favor testamenti* (што Конвенција дозвољава) јер је боравиште лакше засновати управо због нестабилности самог појма.<sup>32</sup> Међутим, проблем непознавања појма редовно боравиште није овим превазиђен и захтева прецизно регулисање. Хашка конференција за међународно приватно право прихватила је појам редовног боравишта уневши га у знатан број својих конвенција. Наша земља је ратификовала три Хашке конвенције које користе појам редовно боравиште.<sup>33</sup>

---

31 Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 109-110.

32 *Ibidem*, *loc.cit.*

33 Конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде (1971), Конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје



Поставља се питање како примењивати одредбе ових конвенција или како ће судија утврдити постојање редовног боравишта када на то буде упућен, ако се има у виду да се квалификација врши према *lex fori*? Ипак, у случају форме тестаментa морало би се поћи од решења Конвенције јер се она примењује без услова реципроцитета што је чини примарним извором. То даље значи да су наши судови у обавези да је примењују увек када се ради о форми тестаментa са иностраним елементом без обзира да ли је он повезан са земљом уговорницом, осим у случају састављања међународног тестаментa.<sup>34</sup> Међутим, из свега наведеног може се закључити да је ипак нужно прецизно законско дефинисање појма редовног боравишта. Тиме би се знатно олакшао посао онима који ће у пракси морати да утврђују његово постојање, пре свега судијама.

Чини се ефикасним решење чл. 83 ЗМПП Белгије из 2004. године којим су се избегле овакве нејасноће. Наведеним чланом предвиђено је да се на питање форме тестаментa примењују одговарајуће одредбе Хашке конвенције из 1961. године.<sup>35</sup> Исто је учинијено и у ЗМПП Швајцарске која није чланица ЕУ, али је чланица Конвенције. С друге стране, проблем који додатно отежава евентуалне покушаје дефинисања „редовног боравишта“ у нашем праву, јесте и велика неуједначеност превода овог термина (*résidence habituelle/ habitual residence*) на српски језик. Ово указује на недостатак стручне ревизије превода, што је и уочено у делу доктрине.<sup>36</sup>

## 2.6. Право меродавно за садржину тестаментa

Садржину тестаментa чине одредбе којима будући де сујус за живота врши распоред имовине за случај смрти. Питање пуноважности садржине тестаментa треба подвргнути праву које је меродавно за наслеђивање *ab intestat*, мишљење је већине организација које су одговориле на питања Комисије.<sup>37</sup> И у нашем праву, ово питање је

---

производе (1973) и Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба из (1961).

34 Живковић М, Станивуковић М, *op.cit*, стр. 106.

35 У оригиналу чл. 83 гласи: «The form of wills and revocation there of is governed by the law applicable by virtue of the Convention regarding the conflicts of law with respect to the form of wills concluded in The Hague on 5 October, 1961. The application of this Convention is extended to other wills».

36 Видети Живковић М, Станивуковић М, *loc.cit*.

37 Тако Court de cassation Paris, Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Austrian Bar Association, Groupe européen de droit international privé, Sub-Committee of the Law Society of Scotland, Czech Response.

регулисано на исти начин као и законско наслеђивање, дакле применом *lex nationalis* оставиоца у тренутку смрти.

Интересантан је став *Court de cassation Paris* и *Groupe européen de droit international privé* (у даљем тексту *GEDIP*) који решавају ово питање применом права меродавног за интестатско наслеђивање, али праве разлику између „*loi successorale effective*” који је одређен тренутком смрти тестатора и „*loi successorale anticipée*” под којим се подразумева право које би било меродавно за наслеђивање да је тестатор умро истог дана када је састављен тестамент<sup>38</sup>. Наиме, они сматрају да је примена „*loi successorale anticipée*” пожељнија зато што тестамент представља могућност за свако лице да на поуздан начин, за убудуће, организује поделу и пренос своје имовине *mortis causa*. Будући *de suius* жели да већ у тренутку састављања тестаamenta зна услове пуноважности садржине завештања и да отклони сумње у будућу евентуалну непуноважност до које би могла да доведе примена „*loi successorale effective*”. Дакле, интерес је оставиоца да меродавно право буде познато већ у тренутку састављања тестаamenta, а не тек у тренутку његове смрти. Примена „*loi successorale anticipée*” тестатору пружа правну сигурност и предвидљивост оставинског поступка.

### *2.7. Право избора меродавног права за наслеђивање - professio juris*

Аутономија воље као једина тачка везивања субјективне природе била је карактеристична за материју уговорних односа. Међутим, у последње време, као још једна тенденција савременог међународног приватног права, долази до проширења примене ове повезнице, најпре у области брачног режима, а у новије време и наследних односа. Овим се пружа могућност будућем оставиоцу да сам одреди право меродавно за наслеђивање. У свим државама чије међународно приватно право познаје *professio juris* ова могућност се признаје оставиоцу, али не и потенцијаним наследницима. Другим речима, будући *de suius* приликом избора наследног статута не треба да тражи пристанак ових лица.

Карактеристично за ЕУ је контрадикторно законодавство земаља-чланица. Наиме, већина земаља до сада није дозвољавала промену објективних повезница путем *professio juris*. Разлог томе треба тражити у бојазни да ће се на овај начин повредити право на нужни део које познаје и штити већина земаља. Насупрот томе, ово право оставиоцу признају Холандија, Финска, Италија, Немачка, Данска, Швајцарска, Квебек,

---

<sup>38</sup> Или у оригиналу: „... et ceux qui retiennent la „*loi successorale anticipée*”, c'est-à-dire la loi qui aurait régi la succession si le testateur était décédé à la date de son testament”.

## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

скандинавске земље, неке земље Северне и Јужне Америке, али у различитој мери.<sup>39</sup>

Чланом 5 Хашке конвенције из 1989. године дозвољено је да будући *de cuius* у форми која важи за тестамент одреди право меродавно за наслеђивање његове имовине, али уз извесна ограничења. Она се састоје у томе да меродавно право може бити или његов *lex nationalis* или право државе у којој има редовно боравиште при чему је неопходно за пуноважност избора да и у тренутку смрти буде повезан на исти начин са државом чије је право изабрао. Већина чланица које су одговориле Комисији заступају став да ову могућност ипак треба признати оставиоцу, али уз строга ограничења. При томе је, без изузетка, искључена могућност да наследници утичу на овај избор. Ограничења се јављају у виду одређивања права између којих оставилац може да бира, а то су његов национални закон или право редовног боравишта у тренутку избора или смрти. Изјава воље којом се врши избор мора бити у форми располагања за случај смрти. Чини се да су све земље које су о овоме дале своје мишљење на становишту да *professio juris* важи само за тестаментално наслеђивање. Све напред наведено важи и за заједнички тестамент, с тим што је слобода избора сведена на национални закон или право редовног боравишта једног од тестатора у тренутку сачињавања тестамена.<sup>40</sup> Интересантно је да се чланице ЕУ које се залажу за увођење *professio juris* позивају на чл. 5 Хашке конвенције из 1989, иако нису уговорнице.<sup>41</sup>

Чланице ЕУ англосаксонског правног система, позивајући се на пуну слободу тестирања у њиховом праву која је призната у *Inheritance Act* из 1975. године, а опет уважавајући разлике у односу на европскоконтинентални систем, евентуална ограничења *professio juris* виде у праву оставиоца да одреди као меродавно или свој *lex domicilii* или *lex nationalis* у време избора.<sup>42</sup> Ако се тестатор определи за право свог редовног боравишта или пребивалишта морао би да у тестамент унесе изјаву о томе које се место има сматрати његовим редовним боравиштем или пребивалиштем. Уколико ова изјава не би одговарало објективним околностима она се не би узела у обзир. Практично, изјава би имала карактер доказа.

39 Тако *Court de cassation Paris*.

40 Исто решење предвиђено је у чл. 11 Хашке конвенције из 1989.

41 Тако *Court de cassation Paris*, *Österreichische Notariatskammer*, *Conférence des Notariats de l'Union Européenne*. Једино је *Austrian Bar Association* стриктно против *professio juris* да би се сачувало право на нужни део и примена *lex rei sitae* на непокрености.

42 Тако *Bar Council of England and Wales*.

Избор не може да се заснива на праву меродавном за брачни режим јер треба онемогућити избор оних права које не исказују стварну везу са ситуацијом и који тако могу да унесу правну несигурност.

Што се форме у којој се врши избор меродвног права тиче, општи је закључак да он мора бити учињен изричито, најчешће следећи облик тестаменталних одредаба. Дакле, искључена је могућност прећутног избора.

Наше право не предвиђа могућност аутономије воље у материји меродавног права за наслеђивање. С друге стране, узевши у обзир да постоји сагласност о потреби усвајања *professio juris* и у оним чланицама ЕУ које такође припадају европско-континенталном систему, могла би се размотрити ова могућност и у нашем праву. Разлога има више.

Најпре, право избора меродавног права пружа оставиоцу правну сигурност. Он може већ за свога живота да одреди право меродавно за наслеђивање његове заоставштине што је уједно поуздан основ који му омогућава планирање расподеле имовине *mortis causa*. Штавише, на тај начин му је пружен избор оних материјалних норми које најбоље гарантују адекватну поделу заоставштине. С друге стране, на подручју наслеђивања заиста долази до флексибилизације. Она значи да држављанство уступа место новијим тачкама везивања као што је последње редовно боравиште оставиоца. Ово се правда чињеницом да је оставилац интегрисан у државу у којој умире и да ова савремена повезница покрива највећи број могућих случајева. Наравно, биће и ситуација у којима ће оставилац задржати најважније везе са својом домовином (језик, култура, имовина), а живеће само провизорно у иностранству. Постојаће једнако и оне ситуације у којима завешталац често мења своје редовно боравиште, при томе жели да диспонира заоставштином за случај смрти, али не може унапред знати где ће га смрт сустићи. Управо због оваквих специфичних, али честих случајева, чини се пожељним, да поред објективних тачака везивања постоји и аутономија воље. Захваљујући постојању могућности избора меродавног права, схваћеног и као вид корекције, чини се лакшим усвајање јединствене објективне тачке везивања. Иако је очување нужног дела до сада био главни аргумент против увођења *professio juris*, евидентно је да све државе континенталног правног система познају ову установу. Штавише, и англосаксонске земље имају специфичан судски механизам заштите наследних права брачног друга и деце када су ова права угрожена, о чему ће бити више речи у следећем делу.

2.8. Право на нужни део и његова заштита

Нужно наслеђивање је право одређених законских наследника, који се називају нужни наследници, да захтевају унапред утврђен део заоставштине чак и противно вољи оставиоца израженој кроз његова добротина располагања (завештање, поклон).

У вези са проблемом нужног дела треба разликовати две могуће ситуације. Прву, када је наследни статут право на које упућује колизиона норма и други, када је меродавно право за наслеђивање резултат избора тестатора. У првом случају, када право на које упућује колизиона норма не познаје институт нужног дела није пожељно интервенисати у циљу његове заштите позивањем на међународни јавни предак. Уколико меродавно право познаје установу нужног дела, у случају њене повреде, свакако треба интервенисати..

У другом случају, када је наследни статут резултат примене *professio juris*, постоји ризик евентуалне контрадикторности између одредби о нужном делу у праву које је изабрао тестатор и права које би редовно било меродавно. Ако право које је изабрао оставилац штити право наследника на нужни део, свакако да овакву одредбу треба применити чак и у случају да право које би било меродавно у одсуству избора регулише установу на другачији начин. Ипак, уколико право одређено путем *professio juris* не познаје установу нужног дела, питање евентуалне интервенције у циљу заштите права нужних наследника може бити проблематично.

Оно што се може схватити као тежња Европске комисије, изражену кроз формулацију питања о нужном делу, јесте покушај да се колизионе норме замене комунитарним материјалним правним нормама о заштити права нужних наследника која би постојала поред норми о сукобу закона.<sup>43</sup> Овим комунитарним инструментом би се пружила заштита установи нужног дела и онда када редовно меродавно право то не чини. Међутим, међу државама-чланицама не постоји спремност за оваквом интервенцијом.

Општи је став да се заштита нужног дела не може наметати ако је не познаје наследни статут, без обзира да ли је он одређен колизионом нормом или аутономијом воље оставиоца. То је значајна новина и представља одступање од досадашњих традиционалних решења. Иако се до сада у упоредном праву могућност повреде права на нужни део

---

43 Тако у одговору Чешке.

углавном везивала за установу *professio juris* која пружа могућност оставиоцу да одреди и право које евентуално не познаје ову установу, став је држава-чланица да постоје ефикасни механизми који то спречавају. Штавише, аутономија воље оставиоца подлеже строгим ограничењима. У том смислу, неке организације које делују унутар ЕУ се позивају на модел *professio juris* из чл. 3 ст. 2 Хашке конвенције из 1989. године.<sup>44</sup> Наиме, како је то већ објашњено у посебном делу о овој повезници, оставилац може да изабере као меродавно и право места редовног боравишта при чему је, ради спречавања злоупотребе права избора, неопходно да је у овом месту живи не мање од 5 година пре дана смрти. У циљу заштите од злоупотребе овлашћења из права избора меродавног права усмерен је и предлог ССВЕ о усвајању модела ЕСФ на комунитарном нивоу, објашњеног у делу о тачкама везивања.

С друге стране, карактеристично је за земље континенталног система да познају и штите установу нужног дела, док се за земље англосаксонског система сматрало супротно. Међутим, ова тврдња се може оспоравати из следећих разлога. Иако начелно, у овим државама влада начело потпуне слободе завештања, постоје други, специфични, али веома ефикасни системи заштите. У ирском праву, у оквиру законског наслеђивања преживели брачни друг наслеђује целу заоставштину, уколико нема деце, у супротном, наслеђује две трећине имовине оставиоца. За тестаментално наслеђивање карактеристично је да преживели брачни друг има право на једну половину заоставштине, уколико нема деце која би конкурисала као наследници. У супротном, ово лице има право на једну трећину имовине. С тим у вези, суд је овлашћен да интервенише ако сматра да је тестаментарним располагањима завешталац повредио своју моралну дужност да део имовине остави својој деци, а у складу са сопственим средствима. И ова група земаља сагласна је да комунитарни инструмент не може интервенисати уколико наследни статут не штити установу нужног дела.<sup>45</sup>

Наше материјално право познаје и штити права нужних наследника одговарајућим одредбама Закона о наслеђивању. Наиме, нужним наследницима припада део заоставштине којим оставилац није могао располагати. Нужни део брачног друга, потомака, усвојеника и његових потомака је једна половина, а нужни део осталих нужних

---

44 Тако Österreichische Notariatskammer.

45 Тако Ireland Response,

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/successions/contributions/contribution\\_ireland\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ireland_en.pdf), Bar Council of England and Wales.

наследника трећина дела који би им припао по законском реду наслеђивања. Ове одредбе оставилац не може искључити својом вољом јер ће суд, на захтев нужног наследника, кориговати завештање<sup>46</sup>, осим у случају испуњености законских услова за искључење из права на нужни део или за лишење нужног дела.

Сва ограничења *professio juris* и ефикасни механизми заштите права нужних наследника у континенталном, али и *Common Law* систему релативизирају овај проблем и иду у прилог аргументима за допуштање ограничене аутономије воље и у материји меродавног права за наслеђивање. Наведено би могло бити узето у обзир и у нашем праву.

### **3. Завршне напомене – значај за домаће међународно приватно право**

На подручју меродавног права у материји наслеђивања евидентан је процес флексибилизације. Она је примарна последица потребе за модернизацијом традиционалних тачака везивања, иницирана честим нелогичним резултатима до којих може да доведе примена тзв. „крутих тачака везивања”, посебно држављанства. Флексибилизација се у оквиру комунитарног међународног приватног права врши на два начина. Прво, држављанство као доминантна тачка везивања уступа место последњем редовном боравишту оставиоца. Друго, укључивањем аутономије воље у виду *professio juris*, у оквиру које држављанство задржава свој утицај у одређивању меродавног права, али тако што сада постаје тачка везивања секундарног значаја будући да примена зависи искључиво од избора оставиоца.

Из свега наведеног нужно се намеће и питање одређивања значаја флексибилизације за наше међународно приватно право. Полазећи од утицаја друштвених чинилаца, пре свега тренда миграцијских кретања, значајан је податак да око 3% светске популације живи изван државе у којој је рођено, те да је број имиграната у односу на 1970. годину удвостручен. Око 56 милиона светских миграната живи данас у Европи, а у Западној Европи 10-12 милиона страних сталних становника који ни после двадесет година нису натурализовани. Примера ради, у Немачкој данас 9% популације чине странци, док у Аустрије они чине 9,6% популације.<sup>47</sup> На основу наведених података још је очигледније слабљење

<sup>46</sup> Видети чл. 40 Закона о наслеђивању.

<sup>47</sup> *International Migration Report 2002.*, ST/ESA/SER.A/UN, New York, 2002 наведено према Жупан, М., *op.cit.*, стр. 140.

везе са *lex nationalis*, па чак и са домицилом. Последица свега јесу изазови са којима се суочава савремено међународно приватно право у свим својим сегментима, па и у наслеђивању. Ипак, ове измењене друштвене, економске и политичке околности нису својствене само простору Европске уније. Напротив, оне су резултат промена на глобалном нивоу којих није поштеђена ни наша држава и том смислу би требало размотрити њихов утицај на домаће међународно приватно право. Нарочито уколико се жели адекватно правно регулисање овако измењене друштвене стварности.

У даљем тражењу одговора на постављено питање треба имати у виду и да тренд флексибилизације није сасвим нов. Наиме, његови почеци се могу уочити још у швајцарском ЗМПП, који је уједно и највише учинио на овом плану. Наведени Закон још од ступања на снагу 1987. године питање одређивања меродавног права за правну и пословну способност регулише пребивалиштем као тачком везивања. У погледу меродавног права за лично име дозвољава чак одређени степен страначке аутономије, будући да лице може изабрати као меродавно свој *lex nationalis*.<sup>48</sup>

Флексибилизација у одређеном степену није непозната ни нашем ЗМПП, али се она јавља у знатно ограниченом обиму. Принципом „ефективног држављанства”, који се примењује као последње решење за ситуације двојног или вишеструког држављанства, практично је индиректно омогућена примена „најближе везе” као једног вида флексибилизације тачака везивања. Међутим, слични примери примене овог принципа се ретко јављају у домаћем међународном приватном праву, по правилу на посредан начин и у строго ограниченом обиму.<sup>49</sup>

Наравно, процес стварања јединственог комунитарног међународног приватног права, одликује се и неким специфичностима које дозвољавају усвајање потпуно нових решења у погледу тачака везивања и у овој материји, уз минимални ризик од могућих злоупотреба. Ипак, за државе нечланице корените промене нису увек ни пожељне. Треба имати у виду да је Србија емиграциона држава са скромном

---

48 Према члану 31 швајцарског ЗМПП лице може изабрати свој *lex nationalis* као меродавно за лично име. Редовно је за лично име меродавно право пребивалишта уколико се оно налази у Швајцарској, односно ако лице има пребивалиште у иностранству право на које упућује норме међународног приватног права државе у којој лице има пребивалиште.

49 Флексибилизација се у нашем ЗМПП јавља још и у домену законских личних и имовинских односа и уговорних брачних имовинских односа посредним увођењем најближе везе у виду *lex communis*. На исти начин принцип најближе везе је усвојен и у породичним односима, односно за питања односа родитеља и деце.



## ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

висином стопе уселјавања. Као последица тога је и питање да ли уопште треба вршити радикалне законодавне промене иако је потреба за изменама присутна будући да ЗМПШ од доношења 1982. године до данас није коригован, а друштвене, политичке и економске околности значајно су измењене. Проблем флексибилизације тачака везивања могао би се превазићи на два начина. Најпре, комбинацијама повезница на начин на који то предвиђа Хашка конвенција из 1989. године, уз допуштање *professio juris*. Наведеним моделом се омогућује корекција за све атипичне случајеве у којима ће се на тај начин доћи до права које је заиста и меродавно. Као последица тога остварује се и принцип правне сигурности, али и правичности. Наведено решење је прихватљиво за већину европских земаља. Чини се да би и са становишта домаће праксе било прихваћено наведено решење и на плану меродавног права и на плану међународне надлежности будући да би се повећао број случајева заснивања надлежности домаћих судова као и примене домаћег права као меродавног. Међутим, уколико домаћи законодавац у будућим решењима и не прихвати последње редовно боравиште као тачку везивања у материји наслеђивања остаје проблем одређивања појма редовног боравишта који се не може избећи. Будући да је Србија уговорница Хашких, али и других конвенција које уводе ову тачку везивања, њено дефинисање од стране домаћег законодавца може се посматрати и као нужно.<sup>50</sup> С друге стране, и у случају да нема спремности у научним круговима за радикалним изменама традиционалних тачака везивања, на основу свега наведеног може се закључити да је потреба за флексибилизацијом присутна и неопходна.

Требало би размотрити могућност примене још једног модела флексибилизације тачака везивања који је у садашњем тренутку вероватно и прихватљивији за домаће право. Он се може спровести усвајањем опште клаузуле одступања која је већ нашла примену у међународном приватном праву Швајцарске, Белгије, Словеније и Квебека. Она подразумева овлашћење које законодавац даје судији да одступи од примене редовно меродавног права на које упућује домаћа колизиона норма у свим

---

<sup>50</sup> То су: Хашка конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. године, Хашка конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе из 1973. године, Хашка конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаменталних одредаба из 1961. године, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године, Конвенција о олакшању међународног приступа судовима из 1980. године, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године и Конвенција о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе из 1974. године.

случајевима у којима постоји очигледно ближа веза спора са правом неке друге државе. Значајна последица уважавања овог принципа је и омогућавање судији да избегне примену узвраћања, преупућивања и квалификације који традиционално изазивају практичне проблеме. Усвајањем опште клаузуле одступања домаћи законодавац би непосредно утицао на ефикасно отклањање неприхватљивих резултата у примени крутих тачака везивања, пре свих држављанства. Такође, не би требало у потпуности одбацити могућност уважавања *professio juris* у материји наслеђивања и то у виду наведеног модела који предвиђа Хашка конвенција из 1989. године. Строга ограничења и услови која су овим решењем уведена значајно смањују ризик од злоупотреба и уједно пружају оставиоцу правну сигурност. Он може већ за свога живота да одреди право меродавно за наслеђивање његове заоставштине што је уједно поуздан основ који му омогућава планирање расподеле имовине *mortis causa*. Штавише, на тај начин му је пружен избор оних материјалних норми које најбоље гарантују адекватну поделу заоставштине. Управо због постојања атипичних случајева, чији број све више расте у складу са подацима о миграционим кретањима, чини се пожељним, да поред објективних тачака везивања постоји и аутономија воље у материји наслеђивања.

Интересантно је истаћи и чињеницу да се у одговорима на већину питања земље ЕУ позивају на решења Хашке конвенције из 1989. године упркос чињеници да је њена уговорница само Холандија. Сасвим је извесно да ће већина конвенцијских решења бити инкорпорисана у будући комунитарни инструмент. Практично, Конвенција би нашла своју примену иако је 26 земаља ЕУ није ратификовало.

У одговорима се такође могла уочити жеља држава-чланица да будући комунитарни инструмент обухвати колико законско толико и друге облике наслеђивања. Такође, постављено је питање о политичкој остварљивости пројекта таквог домашаја и обимности. То је узрок изношења предлога о етапном регулисању путем различитих инструмената три централна питања: сукоб закона, судска надлежност и признање и извршење одлука. У том смислу, питање меродавног права дефинисано је као круцијално.

**Sanja Marjanović, LLB,**  
**Junior Assistant,**  
**Faculty of Law, University of Niš**

**ON COMPLIANCE OF THE INTERNAL PRIVATE INTERNATIONAL  
LAW WITH THE COMMUNITARIAN LAW TENDENCIES ON THE  
APPLICABLE LAW IN SUCCESSION**

**Summary**

With respect to the huge migration of people and the significance of the international turnover of goods and money, determining the applicable law in succession relations is one of the most complex areas of Private International Law. The complexity of this matter is apparent in the fact that different states have different ways of regulating the conflict of laws and the conflict of jurisdictions, relying on the principles of universal succession or scission of succession estate. The European Union, as the most significant European regional organization, has exerted considerable efforts to overcome the abovementioned problems.

In order to provide for the implementation of the fundamental principles of the European Union (the free market, the freedom of movement, the free flow of goods and capital), it is necessary to adopt unified collision norms in the field of intestate and testate succession, as it is unrealistic to expect full harmonization of substantive laws of all EU member states. The first attempts to come to a uniform solution to the conflict of laws and jurisdictions are related to the work of the European Commission. On 1st March 2005, the Commission issued the Green Paper "Succession and Wills", which contains 39 questions related to the conflict of laws and the conflict of jurisdictions in succession matters. The basic idea of this document was to consolidate the standpoints of the EU member states by consulting different interested organizations, and to adopt uniform collision norms on succession matters, no matter if there was an intra-community element involved or an international element related to a non-member-state. This tendency also applies in all other issues related to succession relations but are not regulated by *lex successio*nis.

The questions the European Commission has raised by issuing the Green Paper may prove practicable for our legislation as well, all the more so because they are concurrently the result of an pursuit to modernize the connecting factor and collision norms for resolving the conflict of laws and conflict of jurisdictions in succession matters. Namely, the Act on Resolving Conflict of Laws with the Legal Provisions of Other Countries entered into force in the former SFRY in 1983; in the meantime, there were new tendencies in the development of Private International Law which were given a normative framework in contemporary codifications. In that respect, we should single out the Belgium Act on Private International Law of 16th July 2004.

Key words: *lex successionis*, connecting factor, applicable law, will, commorenities, reserved portion, prejudicial issues, Green Paper "Succession and Wills", national succession law with an international element