
ЧЛАНЦИ

УДК: 341.94:347.65/.68(4)

CERIF: S 130, S 142, S 144, S 150

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_24101A

др *Александар ЈАКШИЋ*^{*}
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

др *Дејан Б. ЂУРЂЕВИЋ*^{**}
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ЈАВНИ ПОРЕДАК И НУЖНИ ДЕО

Сажетак

Јавни поредак је правни појам који се користи у различитим правнама права. Због тога, о појму и садржини јавног поретка не постоје јединствена схватања није униформне дефиниције овог правног инстинкта у законодавствима. У овом раду се бавимо јавним поретком у међународном приватном праву (МПП) као инстинктом који има за циљ да уклони примену страног меродавног права или да домаћем суду омогући да одбије признање страног меродавног судске одлуке.

У фокусу је слобода шестамесечног раслојања, при чему садржина страног права значајно колидира са императивним нормама Закона о наслеђивању, као што је то забрана раслојања нужним делом. У уредном праву је приметна тенденција сужавања круга нужних наследника. Такође, приметна је и тенденција да страног меродавно право

^{*} Електронска адреса аутора: diplexaj@gmail.com.

^{**} Електронска адреса аутора: djurdjevic.pfb@gmail.com.

које не ъознаје инстиииуи нужної дела не мора да буде суїроїно домаћем јавном ѡорейку.

У ѡраву Србије, да би се оїклонила ѡримена сїраної ѡрава, дејсїво сїране маїеријалноїравне норме мора да буде у значајној суїроїносїи са Усїавом уїврћеним основама друшїивеної уређења. Пиїање је да ли нужни део сїада ѡод усїавну їаранцију о наслеђивању, те да ли меро-давно сїрано које не ѡознаје нужни део вређа основе срїскої наследної и ѡродичної ѡрава.

Кључне речи: Јавни ѡоредак. – Нужни део. – Слобода їесїирања. – Функционална квалификација. – Издржавање.

I Увод: основни принципи МПП

МПП почива на принципу равноправности правних система. Овој принцип је дериват члана 2 тач. 1 Повеље Организације уједињених нација (ОУН) која почива на начелу суверене једнакости својих чланова. Осим тога, један од циљева ОУН је и заснивање пријатељских односа међу нацијама заснованих на поштовању равноправности и самоопредељења народа (члан 1 тач. 2).

Равноправност правних система захтева њихову координацију.¹ Координација правних система се постиже применом страног материјалног права у грађанскоправним односима са елементом иностраности. Начелно, ма колико национално материјално право било различито у садржини, када колизиона норма *lex fori* упути на примену страног права домаћи суд или други орган је дужан да то право примени.

Друго, врхунски идеал МПП је и међународна хармонија одлучивања.² МПП, као национално право, требало би да тежи да се директна међународна надлежност домаћих судова заснива на истим чињеницама на којима и инострани судови заснивају своју директну међународну надлежност, те да примењују онакве колизионе норме које су на снази у већини држава. Јер, само на тај начин о истом правном

1 О појму и значају вид. уместо свих Pierre Mayer, „Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé Cours général de droit international privé“, *Cours général de droit international privé* (2003), Vol. 327, Leiden, 2007; Salma Triki, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, Paris, 2013.

2 О појму и значају вид. уместо свих Sarah Nietner, *Internationaler Entscheidungseinklang im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, 2016.

питању које се јавља у вези са грађанскоправним односом са елементом иностраности судови различитих земаља са чијим правним системом грађанскоправни однос долази у контакт могу да дођу до истог материјалноправног резултата.

Ван МПП Европске уније (ЕУ), идеал међународне хармоније одлучивања је тешко остварљив. Јер, материјално грађанско право није унификовано, колизионе норме делимично унификује међународним споразумима Хашка Конференција за МПП. Отуда, у савременом МПП координација правих система и међународна хармонија одлучивања могу да се остваре само делимично, и то применом класичних института МПП, као што су *renvoi*, акцесорно колизионоправно везивање претходног питања и примена института јавног поретка.³

Координација правних система и међународна хармонија одлучивања могу се остварити само ако између држава и народа постоји заједнички именитељ. Данас су 193 државе чланице ОУН, Универзална Декларација о људским правима из 1948. године је део међународног обичајног права. Дакле, све државе би требало да деле заједничке вредности, минимално поштовање основних људских права. У том смислу, још је Савињи говорио о заједници народа која је заснована на вредностима хришћанства (*völkerrechtliche Gemeinschaft*).⁴ Данас су те заједничке вредности које би требало да су иманентне свим правним системима садржане у правним инструментима ОУН, које се нарочито огледају у поштовању универзалних људских права.⁵

С друге стране, пак, свака држава и њени народи теже да одрже своје историјско наслеђе и културни идентитет. У том смислу члан 1 (Први део) Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима⁶ гарантује народима право на самоопредељење из којег произлази да слободно обезбеђују свој културни развој.

Управо су наследно и породично право сваке државе израз културног и цивилизацијског идентитета народа који у њој живе. Отуда

3 О претпоставкама за остварење координације правних система вид. Sarah Godchot-Patris, „Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes“, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 99, Nr. 2/2010, 275, 280.

4 Carl Friedrich von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band VIII, Berlin, 1849, 27. У том смислу и Henri Batiffol, Paul Lagarde, *Droit international privé*, Tome I, Paris, 1983, 414.

5 Идеалистички Karl Kreuzer, „Clash of Civilizations and Conflict of Laws“, *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 62, Nr. 2/2009, 629, 692.

6 Међународни пакт о грађанским и политичким правима, *Службени листи СФРЈ*, бр. 7/1971; Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, *Службени листи СФРЈ*, бр. 7/1971.

и разлике у садржини материјалноправних норми различитих правних система које могу да имају за последицу и сукоб цивилизација.⁷ С обзиром на то да људска права нису универзална, спрам евопских правних система стоје шеријатски, јудаистички, хинду, англосаксонски, сваки са својим поимањем правичности и правде.

Дакле, како је универзална заједница створена под окриљем ОУН, која дели заједничке вредности, само илузија или тешко остварив идеал, МПП може да функционише само ако у свакој држави постоји одређени корективни институт којим спречава да у земљи форума наступе правне последице које доводе у питање основне постулате друштвеног уређења земље, поимање материјалноправне правичности и правде правног система.⁸ Стога, сваки правни систем има своју границу толеранције⁹ у односу на примену страног материјалног права. Ова граница толеранције лежи у оним нормама земље форума које чине њен јавни поредак.

Јавни поредак нема универзално значење (II). Дефиниције садржане у законима и међународним уговорима су флексибилне (III). Начелно, када се постави питање примене института јавног поретка у МПП, право на нужни део колидира са уставним гаранцијама о слободи тестаментарног располагања (IV). За тестаментарна располагања постоје посебне колизионе норме (V) које (нарочито аутономија воље) упућују на примену права која не познају институт нужног дела, те самим тим отварају питање супротности примене *lex causae* у односу на примену института јавног поретка *lex fori* (VI).

Питање је који су основни принципи наследног права Србије (VII), те да ли ти основни принципи спадају у домаћи јавни поредак којим се отклања примена страног меродавног права ради њихове заштите (VIII).

II Јавни поредак у МПП: појам у теорији

Великан МПП XX века, Анри Батифол (*Henri Batiffol*), је констатовао да су сви покушаји дефинисања јавног поретка пропали.¹⁰

Начелно, под јавним поретком у МПП подразумевамо основне вредности и начела друштвеног, политичког и правног уређења једне

7 Khalid Zaher, *Conflict de civilisations et droit international privé*, Paris, 2009.

8 Gerhard Kegel, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München, 2004, 434.

9 Didier Boden, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance: recherches sur le pluralisme juridique*, Paris, 2022, 89; Alex Mills, „The Dimensions of Public Policy in Private international Law“, *Journal of Private International Law*, Vol. 4, Nr. 2/2008, 201, 234: „the basic principle of tolerance of difference which underpins private international law“.

10 Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1959, 159.

државе која не могу да се жртвују,¹¹ односно онај недодирљиви¹² део унутрашњег правног поретка којег држава форума не може да се одрекне у међународном правном саобраћају.

С обзиром на то да се термин „јавни поредак“ среће у готово свим гранама права,¹³ у МПП се чини дистинкција¹⁴ између унутрашњег јавног поретка (*ordre public interne*) којим се штити интерни *jus cogens* од правних послова странака и међународног јавног поретка (*ordre public international*) који штити правни поредак *lex fori* од уплива страног права или стране судске одлуке којима би се пореметио ред и склад¹⁵ у кохерентном систему приватног права *lex fori*.

Дакле, у чисто унутрашњим правним односима странкама није допуштено да дерогирају императивне норме које чине јавни поредак. Он значи скуп императивних норми домаћег права који се у сваком случају мора заштитити. Тако, у Закону о облигационим односима (ЗОО), уговори и правни послови чија је садржина супротна јавном поретку су апсолутно ништави.¹⁶

У МПП је, међутим другачије. МПП има за циљ да оствари међународно приватноправну правичност, па и материјалноправну правичност.¹⁷ У том смислу поредак који се штити није јавни. Заштита интереса државе није примарна, већ, напротив, заштита интереса појединаца који ступају у правне односе са елементом иностраности.

Отуда, термин „јавни“, садржан у синтагми „јавни поредак“ је погрешан.¹⁸ Јер, јавни поредак у МПП није део јавног права нити, пак,

11 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 13. издање, Београд, 2012, 151. Пореди слично и Jan von Hein, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 13, 8. Auflage, München, 2021, бр. 7 за члан 6 EGBGB. Kurt Siehr, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2001, § 53 II 1a, се надовезује на изреку (Leo Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Berlin – Frankfurt am Main, 1961, 881) (*Sprung ins Dunkle* – скок у мрак), да човек скаче у таму са тихом надом у срећно спасење. А. Милс назива јавни поредак „*safety net*“ (А. Mills, 202).

12 G. Kegel, K. Schurig, 453.

13 Вид. ближе Зоран Томић, „Јавни поредак, појам и структура“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2019, 39. Аутор у раду посебно објашњава структуру јавног поретка у унутрашњем праву. З. Томић, 36.

14 Вид., на пример, L. Raape, 203, нарочито фн. 40.

15 З. Томић, 38.

16 Вид. Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993 и *Службени листник РС*, бр. 18/2020, чл. 103–110.

17 Вид. уместо свих: Александар Јакшић, *Међународно приватно право – општи теорија*, Београд, 2017, бр. 226 и даље; Gerhard Kegel, „Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht“, *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953, 259–288.

18 Erik Jayme, *Methode der Konkretisierung des ordre public im IPR*, Heidelberg, 1989, 61.

има за циљ да штити суверенитет државе од уплива страног права. У суштини, термин „јавни поредак“ води порекло из члана 6 француског Грађанског законика (CCF) који забрањује дерогирање императивних норми које чине јавни поредак и добре обичаје.¹⁹ Витално функционисање државе, нарочито основни принципи њеног социјалног и економског уређења, штите се тзв. нормама непосредне примене.

Такође, термин „међународни“ је погрешан,²⁰ јер јавни поредак штити само правни поредак *lex fori*. Отуда, термин „међународни јавни поредак“ даће користимо само као синтагму која означава инситут јавног поретка у МПП.

III Одређење јавног поретка у законима

Јавни поредак треба строго разликовати од института јавног поретка или клаузуле јавног поретка у МПП. Тако, у француској правој терминологији користе се изрази приговор јавног поретка (*exception de l'ordre public; réserve de l'ordre public*),²¹ у немачкој „клаузула јавног поретка“ (*Vorbrehaltksklausel*).²²

У осталим земљама за институт јавног поретка користе се термини којима се не разликује институт јавног поретка и сам јавни поредак „*public policy*“, односно „*international public policy*“, „*ordine pubblico*“ или се једноставно користи термин „јавни поредак“ (*ordre public*).²³

Националним законодавством и међународним уговорима, па и уредбама ЕУ, Каква је структура и садржина јавног поретка клаузула јавног поретка је уређена апстрактним формулацијама без одређења конкретне структуре и садржине института.

Тако, на пример, члан 16 Италијанског закона о МПП (1995) каже да се неће применити страно право, ако су његова дејства супротна јавном поретку. Сличну одредбу садржи и члан 17 швајцарског Закона о међународном приватном праву (IPRG).²⁴ § 6 аустријског IPRG је нешто

19 Члан 6 француског Грађанског законика (*Code Civil – CCF*): „*On ne peut déroger, pas des conventions particulières, aux lois intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*“

20 J. von Hein, пара. 9 за члан 6.

21 Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 2022, 328; Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, 2019, 152; H. Batiffol, P. Lagarde, 424.

22 Вид. уместо свих Dirk Looschelders, *Internationales Privatrecht*, Springer Verlag, 2013, пара. 5 за члан 6 EGBGB.

23 Вид. упоредно-правно: Simon Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zürich, 1999, 33–40.

24 Члан 17 IPRG гласи: „Искључена је примена одредби страног права, ако води ка резултату који је неспојив са швајцарским јавним поретком.“

изнијансиранији када говори „да ће се одбити примена страног права, ако би његова примена водила ка резултату који је неспојив са основним вредностима аустријског правног поретка.“ Најзад, нешто убедљивији покушај конкретизације садржине клаузуле јавног поретка садржи члан 6 Уводног закона у немачки Грађански законик (*EGBGB*). Наиме, „правна норма друге државе неће се применити, када њена примена води ка резултату који је очигледно неспојив са основним принципима немачког права. Норма страног права се нарочито неће применити, када је њена примена неспојива са уставним правима грађанина.“

Према амбивалентном ставу француског Касационог суда, норме страног меродавног права које су супротне француском међународном јавном поретку неће имати дејства у Француској.²⁵ Или, временски доцније, (пресуда *Pistre*) примену страног права се отклања у случају да је оно противно „француској концепцији о међународном јавном поретку, одредбама Европске конвенције о људским правима и основним слободама, као и одредбама Пакта о грађанским и политичким правима ОУН.“²⁶

У суштини, француски Касациони суд је још 1948. године²⁷ дефинисао *orde public international* као универзалне принципе правде, према француским схватањима, као апсолутно међународне вредности. Међутим, страно меродавно право се неће применити ако криши основне вредности *lex fori*.²⁸ Отуда, немогуће је одредити шта све спада у међународни јавни поредак.²⁹ Јер, јавни поредак није истински „међународни“ зато што не постоји консензус држава о томе шта све спада у јавни поредак.³⁰

У САД је још почетком XX века, у чувеној одлуци *Loucks v. Standard Oil Co. of New York* Апелационог суда у Њујорку³¹ заузет став да приговор међународног јавног поретка може да се истакне само када

25 Cass. civ., 3 janvier 1980, *RCDIP* (1980) 331 (универзални принципи правде који се, према схватању француског суда, сматрају апсолутно међународним вредностима). Међутим, ваља истаћи да постоје одлуке у којима француски Касациони суд једноставно говори да у јавни поредак спадају основни принципи француског права. Тако Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, *pourvois nos.* 09–664 86, 09–17.130, 10–19053, *Bulletin*, (2011), no. 70 (сурогат материнство).

26 Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, (*Pistre*), *RCDIP* (1990) 519.

27 Cass., Ch. civ., arrêt *Lautour* du 25. mai 1948.

28 Cass., *L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Rapport annuel* 2013, *La documentation française* (2014) 764.

29 Géraud de Geouffre de la Pradelle, Marie Niboyet, *Droit international privé*, Paris, 2007, 718.

30 Tierri Vignal, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 2017, 115–117, 123.

31 120 N.E. 198 (NY. 1918).

је страно право „противно нашем осећању правде или када угрожава јавну доброту, односно када шокира наше осећање за правду или крши основне принципе правде, владајућу концепцију морала и дубоко укоренење традиције о заједничком добру.“³²

Модерније кодификације о МПП, белгијска³³ на пример, садрже одредбу према којој примена норме страног права на коју је упућено овим законом се отклања у мери у којој она производи дејство које је очигледно неспојиво са јавним поретком. Такође, неспојивост примене страног права се цени тако што се узима у обзир интензитет повезаности ситуације са белгијским правним поретком и тежином повреде која произлази из дејства норме страног права (члан 21).

Дакле, институт јавног поретка у МПП је посебан институт који служи као коректив у примени страног меродавног материјалног права, односно којим се одбија егзекватура стране судске или, пак, арбитражне одлуке. Клаузула јавног поретка спада у опште принципе МПП.³⁴ Клаузулу налазимо и у међународним уговорима којима је унификовано МПП, као што су то, на пример, члан 14 Хашког Протокола о меродавном праву за издржавање из 2007. године, члан 22 Хашке конвенције о заштити деце итд. из 1996. године, члан 10 Хашке конвенције о меродавном праву за друмске саобраћајне незгоде, члан 18 Хашке конвенције о меродавном праву за наслеђивање имовине преминулих лица из 1989. године³⁵ и сл., као и у регулативама ЕУ које се односе на МПП.³⁶

32 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198.

33 Закон о успостављању Кодекса међународног приватног права (*Loi portant le Code de droit international privé du 16 juillet 2004*, Monitor belge le 27 juillet 2004).

34 В. ICJ, *Netherlands v. Sweden* (Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants, Judgment of 28 November 1958), ICJ Rep. 55. Издвојено мишљење судије (*Sir Hersch Lauterpacht*) у случају „Boll“, 92 (41): „*In the sphere of private international law the exception of ordre public, of public policy, as a reason for the exclusion of foreign law in a particular case is generally – or, rather, universally – recognized. (...) On the whole, the result is the same in most countries – so much that the recognition of the part of ordre public must be regarded as a general principle of law in the field of private international law.*“

35 Хашка конвенција о меродавном праву за наслеђивање имовине преминулих лица из 1989. године (*Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons of 1 August 1989*) – није ступила на снагу.

36 Вид., на пример, члан 35 Уредбе ЕУ бр. 650/2012 Европског парламента и Савета о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу судских одлука и признању и извршењу јавних исправа у наследним стварима и увођењу европске наследне исправе (*Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession*, OJ L 201, 27. 7. 2012; даље у тексту и фуснотама: Уредба ЕУ о наслеђивању), према којој примена норме на

Тако, члан 35 Уредбе ЕУ о наслеђивању предвиђа да примена меродавног права може да се уклони само у случају да је примена стране материјалноправне норме очигледно у супротности са јавним поретком *lex fori*. Дакле, норма омогућава суду да у изузетним случајевима примени основне вредности властитог материјалног права и тиме делимично или у потпуности уклони примену *lex causae*.³⁷

Интересантно је приметити да сви правни системи, укључујући овде и међународне споразуме и уредбе ЕУ, штите, заправо, домаћи јавни поредак (*ordre public interne*), а не међународни јавни поредак (*ordre public international – international public policy*) који подразумева постојање императивних норми – принципа који су заједнички свим правним системима цивилизованих народа и који су садржани у међународним уговорима и међународном обичајном праву. У том смислу може се рећи да је међународни јавни поредак само доктринарна конструкција која служи да се лакше разликује јавни поредак од института јавног поретка.

Отуда, не може се рећи да се у МПП временом развила тенденција ка универзалности садржине јавног поретка, тј. да се јавни поредак свео на институт којим се штите искључиво вредности које су иманентне међународној заједници. То није ни могуће, јер вредности које би биле именантне читавој међународној заједници тешко је и да постоје, с обзиром на цивилизацијске разлике између великих правних система.³⁸

У том смислу, Томић правилно закључује да су све дефиниције јавног поретка флуидне и неодређене.³⁹ Но, сасвим је друго питање да ли јавни поредак, тј. институт јавног поретка обухвата све домаће императивне норме, о чему ће бити речи у даљем излагању.

чију меродавност указују норме ове Уредбе може да се одбије само у случају када је њена примена очигледно неспојива са јавним поретком (*ordre public*) државе надлежног суда.

37 Andreas Köhler in Walter Gierl, Andreas Köhler, Ludwig Kroiß, Herald Wilsch, *Internationales Erbrecht*, 3. Auflage, Manz, 2019,) § 4 пара. 172; Ludwig Kroiß, Klaus Henrik Horn, NK-BGB, Band 5, 6. Auflage, Baden-Baden, 2021; Dirk Looschelders, „Art. 35 der Europäischen Erbrechtsverordnung“, пара. 1; Walter Pintens, „Einführung in die Grundprinzipien der Erbrechtsverordnung“, *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung* (Hrsg. Martin Löhnig, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald, Herbert Grziwotz, Wolfgang Reimann, Anatol Dutta), Band 15, Bielefeld, 2014, 1, 27; Schwartze у Astrid Deixler-Hübner, Martin Schauer (Hrsg.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, 2. Auflage, Wien, 2020, Art. 35 пара. 3, 11.

38 Слично Christoph Stumpf, „Der Islam und die Menschenrechte“, *Universalität der Menschenrechte, kulturelle Pluralität* (Hrsg. Bernd von Hoffmann), Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2009, 112. Супротно К. Kreuzer, 692.

39 3. Томић, 41.

IV Слобода тестаментарног располагања

Слобода тестирања је у цивилизованом свету фундамент наследног права.⁴⁰ По правилу, слобода тестирања је у евроконтиненталном праву ограничена, између осталог, обавезом оставиоца према нужним наследницима.⁴¹

По правилу, слобода тестирања је у англо-саксонским правним системима неограничена,⁴² при чему ови правни системи не познају институт нужног дела.⁴³

Међутим, тензија између слободе тестаментарног располагања и потребе материјалне потпоре чланова породице највише је изражена у државама англосаксонског права. Историјски посматрано,⁴⁴ слобода тестаментарног располагања је била неограничена, да би се доцније клатно померило у корист њеног ограничења у виду конституисања законских обавеза оставиоца према наследницима. Међутим, ово не значи да у овим правним системима постоји право на нужни део, чак ни у Шкотској која је по регулативи најсличнија романским правним системима.⁴⁵

У суштини, све земље *common law* следе готово исту шему материјалног обезбеђења наследника.⁴⁶ Јер, у овим системима захтеви наследника који су изостављени из тестаментарног се сматрају наставком права на издржавање. Тако, на пример, у Енглеској је на снази *Inheritance*

40 Festus Ogboto Agbo, „Implications on Statutory and Cultural Restrictions on Testamentary Freedom on Validity of Wills“, *International Review of Jurisprudence*, Vol. 1, Nr. 3/2019, 20. Неограничену слободу тестирања предвиђао је још енглески *Wills Act 1837*. Вид. ближе и Hannah Roggendorf, „Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions on Testamentary Freedom“, *Edinburgh Law Review*, Vol. 22, Nr. 2/2018, 219.

41 Списак земаља које познају право на нужни део вид. код Ангел Ристов, „Нужно наслеђивање: правда или узрок неправде у македонском наследном праву“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2021, 240 и даље.

42 Пореди и Оливер Антић, „Слобода тестирања у англо-америчком праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, 321–327.

43 Тако и А. Ристов, 246.

44 Вид. ближе Anthony Murphy, „On Family Protection and Testamentary Freedom in the Common Law Tradition“, *Studii, Europene si Relatii Internationale*, 2021, 262; Karin Lehmann, „Testamentary Freedom versus Testamentary Duty: In Search of a Better Balance“, *Acta Iuridica*, 2014, 30.

45 Н. Roggendorf, 211.

46 Интересантно је поменути да су ограничења тестаментарног располагања најпре уследила на Новом Зеланду, да би их, доцније, прихватило право Канаде и Аустралије, па и Енглеске. За историјске разлоге вид. Murphy, 264–266; K. Lehmann, 30.

(*Provision for Family and Dependence*) Act 1975⁴⁷ који слободу тестирања ограничава на основу потреба одређеног круга лица путем института „*reasonable financial provision*“.⁴⁸ Тако, овде се ради о финансијској подршци за надживелог супружника за коју се сматра да је разумно да је титулар прими с обзиром на околности случаја, без обзира на то да ли је то неопходно за издржавање лица у питању. У суштини, потраживање надживелог супружника није ограничено на издржавање, већ на део имовине оставиоца коју би он добио разводом брака.⁴⁹ Што се тиче осталих наследника, малолетне деце, на пример, сума новца се додељује само ако је то разумно у конкретним околностима случаја и када је то неопходно за њихово издржавање.⁵⁰ Одрасла и економски независна деца не могу да захтевају део заоставштине, осим ако не докажу да им је оставилац обећао део заоставштине или да су се о њему старала или радила за њега.⁵¹

Износ који се додељује је у дискрецији суда. У принципу, судска пракса⁵² стоји на становишту да је заштита породице само изузетак од правила неограничене тестаментарне слободе.⁵³ У примени овог принципа енглеског права постоји проблем, јер се право на потраживање признаје само лицима која имају домицил у Енглеској или Велсу.⁵⁴

Видно је да се у англосаксонској традицији фаворизује надживели супружник у односу на децу. Најекстремнији случајеви овакве фаворизације јесу у наким савезним државама САД у којима надживели супруг по закону наслеђује одређени део заоставштине, док малолетној деци не припада ништа, па чак ни право да захтевају издржавање.⁵⁵

47 Вид. ближе Michael Hördt, *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*, Berlin, 2019, 362; Anne Röthel, „Englische Family Provision und ordre public“, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld, 2011, 350; Lorenz Wolff, *Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2011, 176.

48 Sec. 1 (1) (a).

49 Sec. 2 (a) (aa).

50 Sec. 1 (1) (a) (a).

51 H. Roggendorf, 220, са наводима судске праксе.

52 *Illot v. The Blue Cross & Ors.* (2017) UKSC 17. Вид. ближе: Hans Flick, Detlev J. Piltz (Hrsg.), *Der Internationale Erbfall*, 2. Auflage, München, 2008, пара. 579; M. Hördt, 363; A. Röthel, 348, 351; Sandra Werkmüller, *Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002, 42; L. Wolff, 180.

53 Brian Sloan, „Testamentary Freedom Reaffirmed in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, Vol. 76, Nr. 3/2017, 499.

54 Sec. 1 (1).

55 Ralph C. Brashier, *Inheritance Laws and the Evolving Family*, Philadelphia, 2004; Lawrence W. Waggoner, „The Uniform Probate Code’s elective share: time for a reassess-

Само право Луизијане познаје нужни део које припада малолетној деци оставиоца.⁵⁶

У Канади⁵⁷ (у неким провинцијама) из права да захтевају издржавање из заоставштине изузета су пунолетна деца, осим ако нису хендикепирана или се не налазе на редовном школовању.⁵⁸

Право начелно омогућава власнику да слободно располаже својом имовином.⁵⁹ Слобода тестирања је централни стуб наследног права у САД,⁶⁰ укључујући овде и *trust*.⁶¹ Наследно право у САД даје оставиоцу неограничену слободу да располаже својом имовином по свом нахођењу. Тако, у *Restatement (Third) of Property: Wills and other Donative Transfers* стоји да закон не даје суду овлаћење да преиспитује правичност и разумност одлуке оставиоца о алокацији његове имовине (§ 10.1.).

У принципу,⁶² оставилац није дужан (осим у Луизијани која познаје право на нужни део) да остави ништа било деци или унуцима. Правило важи невезано за узраст деце. У неким државама деци се признаје право да захтевају део заоставштине у висини потребној за њихово издржавање, јер се сматра да обавеза издржавања деце надживљава оставиоца, али у већини савезних држава такво право не постоји.

ment“, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 208*, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1660641>, 10. 11. 2023; Ronald J. Scalise Jr., „New developments in succession law: the US report“, *European Journal of Comparative Law*, 2010.

56 Ralph C. Brashier, „Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana stand Alone?“, *Loyola Law Review*, Vol. 57, Nr. 1/1996, 1, 23.

57 Ed Esposto, „Testamentary Freedom and Public Policy in Canada“, *Estate, Trust and Pensions Law Journal*, Vol. 37, Nr. 2/2018, 148–158.

58 На пример, држава Алберта допушта деци потраживања из заоставштине, под условом да су млађа од 18 година, а ако су стара између 18 и 22 године морају да се налазе на редовном школовању или да су хендикепирана (*Wills and Succession Act 2010*, Sec. 7 2(b) and 88). Истим законом и унуци оставиоца, млађи од 18 година, имају потраживање према заоставштини, али под условом да су деда или баба унука поступали као родитељи унука, и то минимум две године пре смрти оставиоца (Sec. 73). У Британској Колумбији потраживања према заоставштини ограничена су на надживелог супружника или ванбрачног партнера, под условом да је заједница живота трајала најмање две године, и децу, без обзира на њихову старост (*Wills Variation Act 1996*, Sec. 2). Онтарио допушта потраживања супрузи, родитељима, деци и браћи и сестрама оставиоца (*Succession Law Reform Act 1990*, Sec. 57–62).

59 Daniel B. Kelly, „Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante versus Ex Post Justifications“, *Fordham Law Review*, Vol. 82, Nr. 3/2013, 1125, 1127.

60 *Ibid.*, 1133.

61 *Trust* је изузет из излагања.

62 Joshua C. Tate, „Caregiving and the case for testamentary freedom“, *Davis Law Review*, Vol. 42, Nr. 1/2008, 137, 138.

Неограничена слобода тестирања се образлаже следећим аргументима:⁶³ а) будући оставилац је мотивисан да ради и штеди како би увећао своје богатство, ако зна да може да га расподели по свом нахођењу у тестаменту; б) оставилац боље познаје прилике у породици од законодавца. Отуда, може да води рачуна о потребама и афинитетима чланова породица, да расподелу заоставштине прилагоди према свом афекцијоном односу према одређеним лицима са којима је у блиским емотивним односима; америчко друштво почива на индивидуализму и слободи појединца. Америка има дугу традицију отпора према ограничењу личне слободе; в) суштина трансфера имовине на наследнике се значајно променила између 19. и 21. века. Тако, раније се примарно радило о наслеђивању фарми и породичних мануфактура, док од краја 20. века родитељи примарно улажу значајна средства у едукацију деце, тако су највећи део своје имовине већ током живота пренели на децу ради њиховог школовања и економског осамостаљивања (тзв. *human capital*). Најзад, неограничена слобода тестирања такође јача породичноправне односе. Наследници, у очекивању да се нађу у тестаменту, опходе са са дужном пажњом према будућем оставиоцу, старају се о њему у старости и сл.

С друге стране, неограничена слобода тестирања је подложна критичици.⁶⁴ Тако, каже се да је нужни део, институт који је тестиран вековима, остао и данас важан чинилац социјалне политике који служи очувању и јачању породице, подсећајући родитеље породице на њихове обавезе, при чему односи у породици између њихових чланова очвршћавају, и то како за живота, такон и након смрти оставиоца. Такође, истиче се да изостанак нужног дела слаби везе сродства, љубави и пријатељства у социјалном животу. Разбаштињење одређеног круга наследника је неприродно, а неограничена слобода тестирања неморална.

V Колизоне норме ради одређења меродавног права за тестаментарно наслеђивање

Колизионо наследно право⁶⁵ је унификовано у Уредби ЕУ о наслеђивању из 2012. Уредба не садржи посебне колизоне норме за тестаментарно и законско наслеђивање (осим одредбе која се односи на форме вољног располагања заоставштином – члан 27), јер појам „наслеђивање“ подразумева све облике преноса имовине, права и обавеза након смрти

63 *Ibid.*, 156–166; D. V. Kelly, 1135 и даље.

64 J. C. Tate, 145 са даљим наводима доктрине.

65 Колизоне норме за законско и тестаментарно наслеђивање у евроконтиненталном и англосаксонском праву садржане су у студији Н. Flick, D. J. Piltz.

физичког лица, било да се ради о вољном преносу имовине на један од начина њеним располагањем за случај смрти или, пак, о наслеђивању на основу закона (члан 3 (а)).

Основна колизиона норма је право уобичајеног боравишта оставиоца у моменту смрти и принцип јединствене заоставштине (чланови 4 и 21 (1)).

Оставилац може да одреди меродавно право за наслеђивање (члан 22). Аутономија воље је ограничена на право његовог држављанства, било у моменту када је избор права учињен, или оног држављанства које је оставилац имао у време смрти. Такође, код бипатрида избор меродавног права важи за свако право држављанства које оставилац поседује.

Право на чију се примену упућује може да буде и право било које државе (члан 20). Примена института *renvoi* је ограничена, али и искључена код избора меродавног права (члан 34).

Англосаксонско право не садржи унификоване колизионе норме. Међутим, и у литератури и у неформалним изворима права (*Restatement Second*)⁶⁶ на питање да ли се преноси какво право на непокретности, као и на питање о природи самог права одговор даје право *situs*-а ствари. Што се тиче покретних ствари, за иста ова питања меродавно је право домицила оставиоца које је овај имао у моменту смрти.⁶⁷

VI Јавни поредак и нужни део у упоредном праву

1. Француска

У Француској је право нужних наследника (члан 912 ССФ) део *ordre public interne*. У доктрини су постојала размимоилажења у

66 *Restatement of the Law Second Conflict of Laws*, 1971 American Law Institute. Исти принцип подељене заоставштине постоји и у осталим англосаксонским правним системима, као и у франкофонским правним системима. Вид., на пример, члан 78 белгијског закона о МПП из 2004. За садржину тестаментa не постоји посебна норма. Међутим, оставилац може ограничено да бира меродавно право за наслеђивање (члан 79). Посредно, када се ради о тумачењу последње изјаве воље или о опозиву тестаментa или о другим вољним располагањима за случај смрти, меродавно је изабрано право. Ако избора меродавног права није било, примењује се право најтешње везе. При томе се претпоставља да је случај вољног располагања заоставштином најтешње повезан са правом уобичајеног боравишта оставиоца у време када је располагање учињено или опозвано (члан 84).

67 §§ 239 и 263. Вид. и Н. Flick, D. J. Piltz, 156, 237. Вид. ближе Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, пара. 582 и даље. За Енглеску вид. Peter M. North, J. J. Fawcett, *Chechire and North's Private International Law*, 13th ed., London, 1999, 992 (покретности), 1001 (непокретности).

погледу питања да ли право нужних наследника спада и у *ordre public international*.⁶⁸ Међутим, француски Касациони суд није никада сматрао да је страно право које не предвиђа право на нужни део супротно јавном поретку. Исто важи и за уговоре о наслеђивању.⁶⁹ У Француској такав третман страног права није до 2011. био ни потребан. Јер, у оваквим ситуацијама, до 2011. постојало је право прелевмана које је примену клаузуле јавног поретка чинило сувишном.⁷⁰

Међутим, француски Касациони суд је 2017. донео две одлуке⁷¹ у којима је стао на становиште да примена страног меродавног права које не познаје право на нужни део није сама по себи противна *ordre public international*, осим ако би примена овог права у конкретном случају имала за последицу повреду основних принципа француског права.⁷²

У конкретном случају, оставилац је био држављанин Француске, домицилиран у Калифорнији већ 30 година. Располагао је имовином која се налазила, између осталог и у Француској, тестаментом којим је креирао *trust* чији је бенефицијар била његова друга супруга са којом је имао двоје малолетне деце. Из тестамена је изоставио двоје деце из првог брака, француске држављане са домицилом у Француској.

Дакле, иако је у овом случају постојао значајан степен тангираности правног поретка *lex fori* (оставилац Француз, деца из првог брака француски држављани са домицилом у Француској, непокретности се налазе у Француској) Касациони суд је дао примат слободи тестирања. Такође, у образложењу пресуде Касациони суд је навео да је право на нужни део стари, али и даље актуелан принцип француског наследног

68 У француској доктрини није било сасвим јасно да ли заштита нужног дела спада у *ordre public international*. Вид. ближе Sarah Godechot-Patris, *Conflit des lois, Successions internationales, Droit de prélèvement, Inconstitutionnalité, Contrainté au princip d'égalité garantie par la Constitution, Réserve d'interprétation*, Clunet, 2012, 145; Michel Grimaldi, „Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire“, *Defrénois*, Nr. 15–16/2012, 755.

69 Mariel Revillard, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 6e éd., Paris, 2006, пара. 587. Etienne Pataut, *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (COM(2009)154), Bruxelles, 2010. 14.

70 Bertrand Savouré, „Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français“, *La semaine juridique notariale et immobilière*, 2015, 1178–1187.

71 Cass. 1re civ. 27 septembre 2017, no. 16–13151 no. 16–17198.

72 О коментару ових одлука вид. ближе Bertrand Ancel, „Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français“, *Revue critique de droit international privé*, Nr. 1/2018, 87; Michel Grimaldi, „La réserve ne relève pas de l'ordre public international“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Nr. 1/2018, 189.

права, те да и даље представља *ordre public interne*, али да не представља суштински принцип француског права у међународно приватноправним односима који би требало штитити применом института међународног јавног поретка. Додуше, овде ваља нагласити да су деца оставиоца из првог брака била већ пунолетна, те да оставиочево располагање није имало никаквог утицаја на њихову материјалну ситуацију.

Следствено томе, према француском Касационом суду, примена страног права на чију примену указују колизионе норме *lex fori*, није сама по себи противна међународном јавном поретку Француске, чак и када страном меродавно право не познаје институт нужног дела. Примена страног права може се искључити само у изузетним околностима ако се, с обзиром на околности конкретнег случаја, разбаштињени наследници нађу у несигурној материјалној ситуацији, те ако постоје озбиљне сумње у моралност мотива оставиочевог завештања. Такође, треба поменути да је наслеђивање у овом случају, према схватањима суда, било значајно у тешкој вези са правним поретком Калифорније, него што је то случај са Француском.

На овакав став француског Касационог суда реаговао је Парламент изменом члана 913 *CCF*, те је поново у француско право увео право прелевмана.⁷³ Наиме, алинеја 3 овог члана предвиђа да ако је оставилац или барем једног од његове деце држављанин неке од држава ЕУ или у некој од њих има уобичајено боравиште у моменту смрти оставиоца, и ако страном меродавно за наслеђивање не предвиђа никакав заштитни механизам у погледу деце, тада свако дете или његов наследник може да се намири из имовине која се налази у Француској у висини нужног дела које предвиђа француско право.⁷⁴ Ова одредба има карактер *ordre public international*.⁷⁵ Став француског Касационог суда следи и доктрина.⁷⁶

73 Loi No. 2012 1109 du 24 août 2012, No. Lexbase L6128L74. О праву прелевмана вид. ближе Оливер Антић, „Право прелевмана“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 4/1989, 351–362.

74 Вреди поменути да право прелевмана потиче још из члана 2 Закона од 14. јула 1819. Право прелевмана важило је само за држављане Француске. Отуда је француски *Conseil constitutionnel* 2011. ставио Закон ван снаге као противан принципу равноправности грађана пред законом. О свему ближе Aude Lelouvier, „Retour du droit de prélèvement? La réserve héréditaire d'ordre public international français!“, 2021, доступно на адреси: <https://www.lexbase.fr/article-juridique/72273611-textesretourdudroitdeprelevementlarservehereditairedordrepUBLICinternationalfrancais>, 5. 11. 2023.

75 Међутим, и овде би могло да се постави питање забране дискриминације, јер је норма ограничена само на грађане са уобичајеним боравиштем на територији ЕУ. О томе ближе Александар Јакшић, *Коментар ЕКЛП*, Београд, 2006, пара. 32 за члан 14.

76 В. Audit, L. d'Avout, 962: „L'exception d'ordre public est donc susceptible d'être opposée à l'encontre d'une loi étrangère ne prévoyant aucune réserve héréditaire ou autre voie

2. Немачка

Не постоји јединствена формула за одређење јавног поретка.⁷⁷ Чак и када страно право не регулише питања која се у домаћем праву сматрају основним институтима наследног права, као што је то случај са нужним делом, то не повлачи за собом *per se* повреду домаћег јавног поретка. Разлике у доктрини су значајне.

Судска пракса се руководи Одлуком Савезног Уставног суда од 19. 4. 2005. (BVerGE, NJW, 2005, 1561).⁷⁸ Према тој одлуци, нужни део ужива уставноправну заштиту у смислу чланова 14 и 6 Устава,⁷⁹ која постоји независно од имовинског стања детета. Ово произлази из принципа породичне солидарности и породичноправне заштитне функције нужног дела. Члан 6 штити однос између оставиоца и његове деце у оквиру којег су родитељи, али и деца не само овлашћени, већ и обавезни да се међусобно финансијски помажу. На тај начин је ограничена и слобода тестирања.⁸⁰

Битни делови Одлуке Уставног суда гласе: нужни део детета оставиоца спада у уставноправну гаранцију члана 14 Устава. Одредба § 2303 Abs. 1 BGB је начелно неotuђива и примерени облик учешћа нужног наследника у заоставштини оставиоца у види новчаног потраживања. С друге стране, расположиви део заоставштине оставља оставиоцу довољно слободе да заоставштину расподели по свом нахођењу. Задатак грађанског права је да уреди сукобе интереса равноправних правних субјеката (BVerfGE 30, 173 (199); 52, 131 (153)).

Обавеза према нужним наследницима је у колизији са слободом тестирања, при чему овај сукоб мора да реши законодавац који, при томе, има широку дискрециону слободу (BVerfGE 67, 329 (340)). На пример,

de protection des héritiers. Mais, conformément à la théorie générale, la divergence des législations nationales ne doit pas suffi re à justifier une telle intervention; il faut que l'application de la loi étrangère conduise à un résultat concrètement choquant au regard des liens étroits entre la situation litigieuse et le for et des intérêts opposés au cas d'espèce. Dans le contexte successoral, on aura égard au centre de gravité de la vie familiale et à la localisation de la majorité des biens.“

77 *Münchener Kommentar, BGB, EuErbVO*, 8. Auflage, (2020), München, пара. 7 за члан 35.

78 *Neue juristische Wochenschrift*, 2005, 1561. Важно је, међутим, поменути да се одлука Уставног суда односи на случај без иједног иностраног елемента.

79 Чланови 6 и 14 немачког Устава (*Grundgesetz*) гласе: члан 6: (1) Брак и породица су под посебном заштитом закона. (2) Старање о деци и васпитање деце су посебна природна права родитеља, али и њихова обавеза. О вршењу овог права стара се државна заједница. Члан 14: (1) Јемчи се право својине и право наслеђивања. Садржина и границе ових права одређују се законом.

80 Уставни суд понавља овај став и у новијим одлукама. BVerG, *Neue juristische Wochenschrift*, 2019, 1343.

законодавац може уместо нужног дела у виду новчаног потраживања да уведе и обавезно учешће нужног наследника у делу заоставштине (наследноправна концепција нужног дела). Не постоји обавеза законодавца да деци оставиоца обезбеди већи нужни део или већу наследну квоту него што је то предвиђено законом. (*BVerfGE* 91, 346 (360)).

Чак и у случају непостојања икакве социјалне везе између оставиоца и нужног наследника, нужни део поставља границе слободи тестирања и могућност да оставилац разбаштињем нужног наследника „казни“ нужног наследника оставивши га без учешћа у расподели заоставштине. На овај начин, институт нужног дела не искључује неравноправан третман деце од стране оставиоца, али га, барем, макар релативизује. Истовремено, нужни део искључује непропорционално занемаривање деце у учешћу у расподели заоставштине у односу на надживелог супружника или легатара. Нужни део је због тога примерен и неопходан да заштити интересе нужних наследника од ситуације да расподела заоставштине у потпуности искључи из наследства чланове породице оставиоца.

Према ставу Савезног Уставног суда учешће деце оставиоца у расподели његове заоставштине је начелно заштићено уставним одредбама. Стога, обавезно учешће деце и надживелог супружника у заоставштини могло би да се сматра саставним делом јавног поретка. Ако су у конкретном случају деца или надживели супружник искључени из тестаментa или учествују у расподели заоставштине у занемарљивом делу, а да при томе из заоставштине не добију примерену компензацију на други начин, постоји повреда јавног поретка.

Немачка судска пракса следи доследно Одлуку Савезног Уставног суда из 2005. На пример, немачки Савезни суд (*BGH*) применио је институт у случају повреде права на нужни део у следећој констелацији. Осталица је држављанин Велике Британије са последњим домицилом у Немачкој.⁸¹ Иза себе је оставио супругу и усвојено дете. У уговору о усвојењу закљученим пред немачким судом стоји: „Искључено је право на наслеђивање усвојеника, укључујући овде и право на нужни део, након смрти усвојиоца“.

Тестаментом, за чију садржину је одредио енглеско право као меродавно, тастатор је као јединог наследника одредио супругу. Дете је држављанин Немачке са домицилом у Немачкој.

Суд је у овом случају одбио да примени енглеско меродавно право с позивом на повреду домаћег јавног поретка. Наиме, енглеско право не познаје нужни део. Напротив, као што је то већ речено, малолетна, не и пунолетна деца оставиоца могу, ако су изостављена из тестаментa, од суда да захтевају да им се из заоставштине додели „примерен новчани

81 *BGH, Neue juristische Wochenschrift*, 2022, 2547.

износ“ чију висину, по слободној оцени, одређује суд. По схватању немачког суда, овакво решење енглеског права је супротно гаранцијама које се односе на наслеђивање из члана 14 Устава, као и члана 6 Устава, према коме учешће деце у расподели заоставштине својих родитеља не сме да зависи од њихових финансијских потреба. Напротив, за расподелу заоставштине одлучујућа је нераскидива веза сродства између родитеља и деце, као и принцип породичне солидарности. На крају, суд је применио немачко право и тужиоцу доделио део заоставштине у висини нужног дела.⁸²

Међутим, у немачкој доктрини постоје и изнијансирана схватања. Наиме, сматра се да није нужно да се домаћи суд позива на повреду јавног поретка ако страном меродавно право не познаје институт нужног дела. Наиме, довољно је да страном право познаје какав функционално еквивалентан институт чија је сврха истоветна нужном делу.⁸³ Такав пример постоји у праву Енглеске (*Provision for Family and Dependence/Inheritance Act 1975*).⁸⁴ Такође, јавном поретку није противна садржина страног права које на други начин финансијски обезбеђује надживелог супружника, на пример путем деобе заједничке имовине.

Такође, има и схватања да у оквиру Уредбе о наслеђивању ЕУ примена енглеског права није противна домаћем јавном поретку.⁸⁵ Други сматрају да примена института јавног поретка није примерена у случају када су у питању пунолетна и економски независна деца.⁸⁶

82 Овакво схватање је владајуће у доктрини. Anatol Dutta, Johannes Weber, *Internationales Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2021, пара. 11 за члан 35; Grüneberg, Karsten Thorn, *BGB*, 81. Aufl., München, 2021, пара. 2 за члан 35; Gerhard Hohloch, „Internationales Erbrecht und ordre public“, *Festschrift für Dieter Leipold*, Tübingen, 2009, 997, 1005; Gerhard Schlitt, Gabriele Müller, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Auflage, München, 2017, § 14 пара. 371–373; Dirk Looschelders, „Anpassung und ordre public im internationalen Erbrecht“, *Festschrift von Hoffmann*, Bielefeld, 2011, 266, 280; Martin Löhnig, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald, Herbert Grziwotz, Wolfgang Reimann, Anatol Dutta (Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, 2014, 1 (29); Martin Soutier, *Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung (Schriftenreihe der notarrechtlichen Vereinigung (NotRV))*, Keln, 2015, 223 и даље.

83 Anatol Dutta, *Münchener Kommentar BGB, EuErbVO*, 8. Auflage, München, 2020, пара. 7; Staudinger, Heinrich Dörner, *Kommentar zum EGBGB – Internationales Erbrecht*, Otto Schmidt – De Gruyter, 2007, пара. 713 за члан 25.

84 Тако већ OLG Köln, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1976, 170.

85 Kianusch Ayazi, „Das deutsche Pflichtteilsrecht und der ordre public-Vorbehalt des Artikels 35 am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalles. EuErbVO“, *Neue juristische online Zeitschrift*, 2018, 1041, 1045; Ulrich Simon, Markus Buschbaum, „Die neue EU-Erbrechtsverordnung“, *Neue juristische Wochenschrift*, 2012, 2393, 2395.

86 A. Röthel, 348, 361 f.; Staudinger, H. Dörner, пара. 726 за члан 25.

Основа за преиспитивање да ли страно право крши домаћи јавни поредак јесте уставна гаранција из члана 14 Устава која се односи на наслеђивање, као и гаранција из члана 6 која се тиче посебне заштите брака и породице. Ако страно право не познаје институт нужног дела нити, пак, функционално сличан институт у свом материјалном праву који би обезбедио финансијску сигурност наследника, тада је примена таквог права противна јавном поретку ако би искључење нужног наследника имало за последицу да опстанак нужног наследника пада на терет социјалне помоћи.⁸⁷

Став је суштински заснован на одлуци Уставног суда којом је суд институт нужног дела сврстао под уставне гаранције из члана 14 и 6 Устава СР Немачке. У суштини, држава не треба да ангажује средства из буџета за издржавање нужних наследника, све док је то могуће да се уради из имовине оставиоца. Међутим, нужно је да у оваквим ситуацијама постоји значајан степен тангираности правног поретка *lex fori*. Или, према пракси Савезног Уставног суда, Устав штити учешће деце у расподели заоставштине без обзира на њихову имовинскоправну позицију. Отуда, учешће деце и надживелог супружника у расподели заоставштине може да се, начелно, сматра делом немачког међународног јавног поретка. Ако су, у конкретном случају, деца или надживели супружник искључени из наслеђа, а да при томе нису из заоставштине добили адекватну компензацију, постојала би повреда немачког међународног јавног поретка.⁸⁸

3. Швајцарска

У случају *Hirsch*⁸⁹ Енглеz са домицилом у Швајцарској⁹⁰ је тестаментом изабрао право Енглеске за наслеђивање и читаву имовину оставио својој другој супрузи. Ђерка из првог брака, Швајцаркиња са домицилом у Швајцарској, је поднела тужбу против наследнице у Швајцарској, тражећи нужни део. Сви судови су одбили тужбени захтев као неоснован.

87 A. Dutta, бр. 8; Heinrich Dörner, „Der Erbfall mit Auslandsberührung“, *IPRax*, 1994, 363; Gerhard Kegel, Herbert Kronke, Klaus Schurig, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 10, 12. Auflage, Stuttgart, 1996, пара. 104 за члан 25.

88 A. Dutta, J. Weber, 289.

89 BGE 102 II 136.

90 У Швајцарској је меродавно право за наслеђивање швајцарско право, ако је оставилац у моменту смрти имао домицил у Швајцарској. Вид. члан 90 *IPRG*.

Део доктрине је у резултату подржао одлуку швајцарског суда,⁹¹ део ју је оштро критиковао.⁹² У суштини, коректура примене меродавног права с позивом на јавни поредак била би могућа само ако би се радило о еклатантној злоупотреби права⁹³ или ако би избор меродавног права имао за последицу крајње неправичан материјалноправни резултат, тј. ако би се, на тај начин, нужни наследник довео у оскудицу.⁹⁴

4. Остали правни системи

У ситуацији када је тастатор, држављанин, Велике Британије, за тестамент одредио енглеско право као меродавно, и лишио нужне наследнике права на нужни део, аустријски Врховни суд (*OGH*)⁹⁵ је одлучио да енглеско право није супротно аустријском јавном поретку, нарочито када је низак степен тангираности правног поретка *lex fori*.

Мађарски Уставни суд се бавио проблематиком да ли је право на нужни обухваћен Уставном гаранцијом о праву на наслеђивање из члана 14 Устава Републике Мађарске (свако има право на наслеђивање). Дат је негативан одговор.⁹⁶

У принципу, према схватању Макс-Планк Института за МПП, које је дато поводом Уредбе ЕУ о наслеђивању, избор меродавног права за наслеђивање, као и само искључење нужних наследника из наслеђа није само по себи противно јавном поретку. Напротив, да би то био случај, неопходно је да је искључење нужних наследника повезано са повредом неких других принципа, најчешће са повредом начела равноправности полова или религије.⁹⁷

91 Anton Heini, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3. Auflage, Zürich, 2018, пара. 16 за члан 90.

92 Hans Hanisch, „Professio juris, réserve légale und Pflichtteil“, *Mélanges Guy Flattet* (éd. Guy Flattet, Bernard Dutoit, Josef Hofstetter, Paul Piotet), Lausanne, 1985, 473; Pierre Lalive, „Un anachronisme en droit international privé? LATF Hirsch c. Cohen Revisited“, *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch* (éd. Anne Héritier Lachat, Laurent Hirsch, Alain Hirsch), Genève, 2004, 443.

93 H. Hanisch, 483.

94 S. Othenin-Girard, 597.

95 *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2021, 722.

96 Mónika Csöndes, „The Public Policy (Ordre Public) Rule of the EU Succession Regulation and the Hungarian Inheritance Law“, *EU and Comparative Law Issues and Challenge Series*, Nr. 3/2019.

97 Max Planck Institute for Comparative and Private International Law Comments on the European Commission's Proposal for the Regulation of the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European Certificate of Succession. Comment on Article 27. 3, *RebelsZ*, 2010, 664.

С обзиром на то да јавни поредак има значајну улогу у тумачењу Уредбе, он мора да се посматра у контексту њеног либералног духа. Уредба фаворизује аутономију воље странака. То значи да нужни део не сме да се штити екцесивном применом клаузуле јавног поретка. Примена принципа правне државе не може да се сматра противном јавном поретку државе форума самом чињеницом да се одредбе о нужном делу меродавног права разликују од оних државе форума.⁹⁸ Формулација клаузуле јавног поретка не значи да се она нужно проширује и на институт нужног дела. С обзиром на изузетну примену клаузуле јавног поретка, повреда императивних норми државе форума мора да буде инвазивна, те да страно меродавно право потпуно лишава нужне наследнике њиховог дела, без икакве друге компензације. Незнатне разлике између меродавног права и права државе форума не смеју да имају за последицу примену клаузуле јавног поретка.⁹⁹

Нацрт Уредбе (члан 27) садржао је и одредбу према којој „не може да се сматра да је примена одредби права које је меродавно по овој Уредби противна јавном поретку само због тога што су модалитети института нужног наследног дела различити од решења која предвиђа право земље суда.“¹⁰⁰ Неки аутори су тумачили ову одредбу на начин да на јавни поредак не може да се позива, ако страно меродавно право не познаје институт нужног дела.¹⁰¹ Према другом схватању,¹⁰² не би могло да се позива на повреду домаћег јавног поретка када меродавно право признаје нужним наследницима нижи нужни део него што је то случај са правом форума, када му обезбеђује плодоуживање уместо наслеђивања у својину, када нужни наследник нема статус наследника, већ само повериоца заоставштине.

98 Walter Pintens, „Public policy in succession matters“, *Europa als Rechts- und Lebensraum. Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018* (Hrsg. Burkhard Hess, Erik Jayme, Heinz-Peter Mansel), Bileresdorf, 2018, 399: „their compulsory share does not reflect a fundamental principle of their law and a foreign law ignoring such a compulsory share cannot violate public policy.“ (*Ibid.*, 400).

99 Andrea Bonomi, Patrick Wautelet, *Le droit européen des successions: Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e éd., Bruxelles, 2016, 577; Alfonso-Louis Calvo Caravaca, Angelo Davi, Heinz-Peter Mansel, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016, 507–512.

100 Више о томе Tobias Pfundstein, *Pflichtteil und ordre public*, München, 2010, пара. 559 и даље.

101 Tako: Heinrich Dörner, „Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010, 227.

102 Michael Stürner, „Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO“, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014, 317–325.

Обрнуто, у немачкој судској пракси¹⁰³ и доктрини¹⁰⁴ из ове одредбе се извлачи закључак *a contrario*. Наиме, одбацивање члана 27 Нацрта Уредбе води ка закључку да различито третирање права на нужни део може да има за последицу повреду домаћег јавног поретка.

VII Теоретски основи наследног права у РС

Наследно право не сме да се посматра као скуп техничких правила која одређују начин расподеле заоставштине како она не би остала без власника.¹⁰⁵ Устав РС¹⁰⁶ јемчи мирно уживање права својине и других имовинских права стечених на основу закона (чл. 58 ст. 1), јемчи и право наслеђивања у складу са законом (чл. 59 с. 1).

Основни задатак наследног права сваке државе јесте да успостави правичан поредак расподеле имовине која је остала иза оставиоца.¹⁰⁷

Једно од основних начела наследног права јесте и слобода завештања.¹⁰⁸ Она, додуше, није експлицитно гарантована Уставом, али се може извести из аутономије воље странака,¹⁰⁹ тј. из норме члана 23 став 2 Устава која гарантује право на слободан развој личности.

Наследно право је дубоко укорењено у историјску и културолошку традицију сваког народа. Тако, неки сматрају да „наш народ нерадо гледа на завештање“, нарочито на селу.¹¹⁰ Јер, сукцесија подразумева равнотежу између воље оставиоца, који унапред планира пренос своје имовине, и очекивања оних који „чекају“ наслеђе. Они који очекују наслеђе јесу законски наследници. Њих чине чланови породице оставиоца, тако да српско наследно право почива на принципу породичног законског наслеђивања.¹¹¹

Отуда, наследно право има за циљ и пружи легалитет сукцесији сродника оставиоца. И то не само правни и економски, већ и духовни.

103 BGH, Urteil vom 29.06. 2022, IV ZR 110/21, openJur 2022, 14065.

104 Jessica Schmidt, „EuErbVO“, *Beck Online Grosskommentar*, пара. 22 за члан 35 (Stand: 1. Februar 2022); Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, *Erbrecht, EuErbVO*, 4. Auflage, München, 2022, пара. 2 за члан 35.

105 Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права*, 5. издање, Београд, 2012, 23.

106 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

107 Д. Ђурђевић, 23.

108 Д. Ђурђевић, 23.

109 Д. Ђурђевић, 207.

110 Оливер Антић, Зоран Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, 302.

111 Вид. ближе Д. Ђурђевић, 77.

С друге стране, и породично право је одраз историјског и културолошког наслеђа народа. С обзиром на то да су законски наследници оставиоца његови сродници, наследно и породично право су тесно испреплетани. Оба права су уско везана са представама које један правни систем има у вези са остварењем идеје хармоније у породици,¹¹² разумности у располагању имовином, правичности и морала.

Отуда, према праву Србије тестамент је ништав када је противан јавном поретку, принудним прописима и јавном моралу (члан 155 Закона о наслеђивању – ЗОН).¹¹³ Такође, оставилац тестаментом може располагати само расположивим, али не и нужним делом заоставштине (члан 40 ЗОН).¹¹⁴

По правилу, нужни наследници су блиски сродници и супруг-супруга оставиоца.¹¹⁵ Јер, ако се делација посматра из угла наследника, сродника оставиоца, који очекују наслеђе, тада је њихово очекивање сасвим легитимно ако се узме у обзир члан 66 став 1 Устава РС који прописује да породица, мајка, самохрани родитељ и деца уживају посебну заштиту у складу са законом.

Институт нужног дела одређеног круга оставиочевих сродника се заснива на идеји да оставилац не сме пословима *inter vivos* и *mortis causa* да угрози материјални положај нужних наследника.¹¹⁶ У суштини, круг нужних наследника би требало да се одреди према одредбама породичног права, у оквирима обавезе законског издржавања. Ако би оставилац по закону требало некога да издржава, и обрнуто, тада би такав правни субјект требало да припада кругу нужних наследника.¹¹⁷

У српском праву институт нужног дела је облигационоправног карактера (вид. члан 43 став 1 ЗОН).¹¹⁸ У случају повреде права на нужни део, нужни наследник има новчано потраживање према наследницима или легатарима. Такође, важно је нагласити да оставилац може ра разбаштини нужног наследника, и то путем искључења из права на нужни део (члан 61 став 1 ЗОН) или лишењем права на нужни део (члан 64 став 1 ЗОН).

112 Наследно право служи и заштити породице, као и континуитету приватне својине у породици након смрти оставиоца. Вид. ближе Д. Ђурђевић, 23, 24.

113 Закон о наслеђивању – ЗОН, *Службени гласник РС*, бр. 46/1996 и 101/2003.

114 О појму вид. Д. Ђурђевић, 210 и даље.

115 О лицима која могу да буду нужни наследницима оставиоца вид. члан 39 ЗОН; Д. Ђурђевић, 211; О. Антић, З. Балиновац, 210 и даље.

116 О. Антић, З. Балиновац, 210.

117 *Ibid.*, уз напомену да располагање нужним делом не би смело да погорша материјални положај лица које би оставилац требало да издржава.

118 О правној природи права на нужни део вид. Д. Ђурђевић, 218–223.

VIII Установа јавног поретка у МПП РС и право на нужни део

1. Обим примене

До примене института јавног поретка може да дође само у случају када се постави питање отклањања примене страног права, али и када се постави питање признања стране судске одлуке. Јер, у овом другом случају надлежност судова страних земаља да расправе заоставштину заснива се према месту налажења имовине или према последњем домицилу оставиоца.¹¹⁹

Међутим, ступањем на снагу Уредбе ЕУ о наслеђивању из 2012. надлежност судова држава чланица се занива на уобичајеном боравишту оставиоца у време смрти (члан 4). Позвани суд је надлежан да расправи читаву имовину оставиоца, без обзира на то где се она налази.

Отуда могуће је да се покретна имовина оставиоца налази у Србији. За расправљање овакве заоставштине није предвиђена искључива надлежност домаћег суда,¹²⁰ тако да није искључена могућност да се пред судом у Србији појави страна судска одлука којом је одлучено о подели покретности које се налазе у Србији. Држављанство оставиоца је ирелевантно, али би то најчешће могао да буде држављанин Србије са уобичајеним боравиштем у некој од држава ЕУ.

2. Бесмисленост колизионог права РС

Члан 30 став 1 Закона о решавању сукоба закона с прописима других земаља (ЗМПП) предвиђа да је за наслеђивање меродавно право државе чији је оставилац био држављанин у време смрти. Посебну

119 Члан 4 Уредбе ЕУ о наслеђивању (уобичајено боравиште оставиоца у моменту смрти); *forum rei sitae* за заоставштину која се налази у САД или Великој Британији, па чак и „*tag jurisdiction*“, (уручење тужбе туженом на територији државе или ван државе за тужбе *in personam* и *quasi in rem* (H. Flick, D. Piltz, 155, 236; S. Symeonides, пара. 31; P. North, J.J. Fawcett, 286 и даље). Последњи домицил оставиоца (члан 86 (1), или место налажења ствари ако је оставилац швајцарски држављанин или странац са домицилом у иностранству (чланови 87 (1) и 88 (1)) *IPRG*.

120 О непокретностима које се налазе у Србији страни суд не би требало да расправља, јер је за то предвиђена искључива надлежност домаћег суда (чланови 71–73 ЗМПП). У тој ситуацији суд у Србији би одбио да призна страну судску одлуку (члан 89 став 1 Закон о решавању сукоба закона с прописима других земаља). Закон о решавању сукоба закона с прописима других земаља – ЗМПП, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, 72/1982 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996 и *Службени листник РС*, бр. 46/2006.

колизиону норму садржи став 2 истог члана који нормира меродавно право за тестаментарну способност.

Дакле, ЗМПП не садржи посебну колизиону норму за садржину тестаamenta. Одатле произлази да норма члана 30 став 1 обухвата и законско и тестаментарно наслеђивање.¹²¹

Ово не би представљало проблем када би упућивање из члана 30 став 1 ЗМПП било супстанцијално. У резултату, на садржину тестаamenta би се применио *lex patriae* оставиоца. Међутим, с обзиром на то да је упућивање колизионоправно (вид. члан 6 ЗМПП), те да избор меродавног права за наслеђивање није дозвољен, примена института *renvoi* обесмишљава слободу тестирања.

На пример, ако би држављанин неке од држава англосаксонског права са последњим домицилом у Србији сачинио тестамент, члан 30 став 1 би упутио на примену права његовог држављанства (уз утврђење права нејединственог правног поретка – члан 10 ЗМПП), које би својим, макар и скривеним колизионим нормама, узвратило на примену права РС ако би се заоставштина странца састојала из непокретних и покретних ствари. На тај начин до примене *lex nationalis* оставиоца, за који законодавац сматра да је *in abstracto* најтешње повезан са наслеђивањем, уопште не би ни дошло.

До примене страног права могло би да дође једино у ситуацији у којој би домаћи суд расправљао заоставштину странаца чији је домицил или уобичајено боравиште у иностранству. Тако, ако би се радило о заоставштини држављанина САД који је најтешње повезан са правним поретком Калифорније (имао је последњи домицил у Калифорнији), тада би спорно да ли би право Калифорније прихватило упућивање, јер се у том праву институт *renvoi* у наследноправним односима арбитражно примењује.¹²² Компликованија би била ситуација ако би се радило о држављанину Велике Британије који је натешње повезан са енглеским

121 Тако читава доктрина. Маја Станивуковић, Петар Ђундић, Сања Ђајић, *Међународно приватно право, посебни део*, Београд, 2022, 6.11.; Т. Варади *et al.*, 346–347.

122 Наиме, у САД *Restatement I* није предвиђао *renvoi*. *Restatement II* (Section 8) га предвиђа, али под условом да је циљ колизионе норме да форум дође до истог резултата као и форум првоупућене државе, тада ће се применити и колизионе норме те друге државе, под условом да је то практично и изводљиво. Или, када држава форума нема суштинску везу са случајем у питању или са странкама, а све друге заинтересоване државе конкуришу да примене властито материјално право, тада ће суд државе форума да примени право стране државе (S. Symeonides, пара. 141–144; David E. Siedelson, „The Americanization of Renvoi“, *Duquesne Law Review*, Vol. 7, Nr. 2/1968, 201; Edwin W. Briggs, „Renvoi in the Succession of Tangibles: A False Issue Based on Falsy Analysis“, *The Yale Law Journal*, Vol. 64, Nr. 2/1954, 195. У суштини, у различитим државама судови примењују различите теорије приликом одређења

правним поретком са последњим домицилом у Енглеској.¹²³ Наиме, у том случају суд у Србији би према праву Енглеске морао да утврђује где се налазио последњи домицил оставиоца. Такође, суд би морао да примени и теорију страног суда о *renvoi* (члан 9 ЗМПП), коју примењују судови у Енглеској, што би могло да има за последицу било узвраћање или преупућивање на неко треће право, тако да, у резултату, до примене енглеског права не би морало да дође. На тај начин би се практично обесмислила садржина последње изјаве воље оставиоца.

Дакле, одређење меродавног права за садржину тестаментa без могућности избора меродавног права (када *renvoi* није искључен), има за последицу игнорисање последње воље оставиоца.¹²⁴

3. Установа јавног поретка

Установу јавног поретка у нашем МПП регулише члан 4 ЗМПП, и то генералном клаузулом која налаже искључење примене страног меродавног права уколико је његово дејство супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења РС.¹²⁵ Дакле, према општим правилима, норма члана 4 ЗМПП не одређује контролу садржине страног права *in abstracto*, већ је задатак суда, односно другог органа који примењује страно материјално право да утврди да ли је дејство нормe страног права *in concreto* супротно домаћем јавном поретку. Такође, ЗМПП установом јавног поретка контролише се и компатибилност стране судске одлуке са домаћим јавним поретком.¹²⁶

Даље, да би се отклонила примена страног меродавног права нужно је да правни поредак *lex fori* буде у довољној мери тангиран. Степен тангираности правног поретка РС мери се оценом везаности елемената иностраности за правни поредак Србије, као и степеном тежине повреде норми које чине домаћи јавни поредак.

С обзиром на то да је задатак МПП координација правних система, не њихова изолација, јавни поредак који се примењује у МПП је тзв. ублажени јавни поредак. Ово, пак, значи да је држава форума дужна да

меродавног права. Њихов циљ је коначна примена *lex fori*. Отуда је примена института *renvoi* потпуно неизвесна. Вид. ближе А. Јакшић (2017), пара. 988 и даље.

123 У Енглеској се *renvoi* примењује уз теорију „foreign court theory, double renvoi, total renvoi“, Р. М. North, J. J. Fawcett, 55.

124 Чланом 116 Нацрта Закона о МПП Србије из 2014. предвиђена је могућност избора меродавног права за наслеђивање, једнако као што је то нормирано и у Уредби ЕУ о наслеђивању из 2012.

125 Вид. ближе А. Јакшић (2017), пара. 2711.

126 Вид. ЗМПП, чл. 91.

пружи највиши могући степен толеранције према страном меродавном праву, као правним институтима који су непознати *lex fori*.

а) Конкретизација садржине јавног поретка у МПП РС

Законодавац је 1982. предвидео искључење примене страног права за случај да је његово дејство супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења РС. Како то правилно тврде Варади *et al.* синтагма „Уставом утврђени основи друштвеног уређења“ је неадекватна за одређење института јавног поретка у МПП.¹²⁷

У литератури¹²⁸ има схватања да би одредбу члана 4 ЗМПП требало тумачити на начин да се примена страног права може одбити само онда када оно колидира са основним начелима Устава. Други су, пак, схватања да су принципи којима се штите „политички и друштвени темељи државе“ садржани и у нижим општим правним актима (законима).¹²⁹ Трећи овоме додају и основна друштвена схватања о моралу, савесности и поштењу.¹³⁰ Најзад, Томић сматра да сви императивни прописи државе форума, укључујући и морал, спадају у јавни поредак.¹³¹

Конкретизација јавног поретка путем класификације правних норми и моралних начела је узалудан посао. На крају, суду је остављена оцена да ли дејство страног материјалног права подрива темељне интересе демократског друштва¹³² и правне државе.

Такође, ваља нагласити да је институт јавног поретка у МПП просторно и временски релативан. Када се посматра просторно, ваља имати на уму да се поводом домашаја примене Устава РС поставља питање његовог важења *rationae loci*. Устав Србије се не примењује екстериторијално, нити је, пак, конципиран да регулише грађанскоправне односе са елементом иностраности за које право Србије није меродавно. Ако колизиона норма упути на примену страног права, могло би да

127 Т. Варади *et al.*, 163.

128 Вид. ближе Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан Стојановић (ур.), *Коментар Закона о међународном приватном и грађанском процесном праву*, Београд, 1991, 16 са даљим наводима.

129 Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право – ошшии део*, Београд, 2021, 351; другачије Т. Варади *et al.*, 163 са даљим наводима.

130 Милан Пак, *Међународно приватно право*, Београд, 1986, 596.

131 З. Томић, 41. На овај начин примена страног меродавног права била би практично искључена. Јер, на пример, одредбе ЗОН о кругу законских наследника су императивног карактера (принцип *numerus clausus*, Д. Ђурђевић, 77). Отуда, свако страно право које би другојачије одређивало круг законских наследника или нужних наследника било би противно домаћем јавном поретку.

132 З. Томић, 42.

се тврди да оцена страног права применом уставних норми представља недозвољено задирање у суверенитет стране државе.¹³³

Оно што сигурно чини јавни поредак Србије¹³⁴ јесу људска и мањинска права које Устав јемчи (члан 18 став 1), али и иста таква права садржана у међународним уговорима, међународном обичајном праву, те нарочито *jus cogens* међународног права (члан 18 став 2). Ова јемства служе остварењу слободе и једнакости сваког појединца у демократском друштву, заснованом на владавини права (члан 19).

Најзад, вршење људских права не може се ограничити законом, већ само Уставом без задирања у суштину самог права (члан 20).

Дакле, и Устав РС има релативно дејство, као и сам јавни поредак. Видели смо из упоредноправне праксе да се норме Устава примењују ублажено (релативно)¹³⁵ чак и када је правни поредак *lex fori* високо тангиран.¹³⁶

У принципу, Устав Србије се примарно примењује на територији Србије, важи за грађане Србије. У правним односима са елементом иностраности он се примењује само у мери у којој је неопходно да се заштите основни принципи демократског друштва и правне државе. Према циљу и смислу норме утврђујемо да ли је могућа њена релативизација у грађанскоправним односима са елементом иностраности, тачније могућ степен толеранције у односу на дејство страног права.¹³⁷ Тиме се не каже да постоје прихватљиве и неприхватљиве повреде Устава,¹³⁸ већ само да постоји виши праг толеранције у односу на страно право, него што је то случај са правним односима који су искључиво домаће изражени. Тако, ако је уговор за који је меродавно право Србије ништав, јер је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима (члан

133 Markus Voltz, *Menschenrechte und ordre public im IPR*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002, 38; Petra Hammje, *Droits fondamentaux et ordre public*, *Revue critique de droit international privé*, 1997, 9.

134 За ближу конкретизацију структуре јавног поретка вид. З. Томић, 43; А. Јакшић (2017), пара. 2713 и даље.

135 Rainer Hofman, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Heidelberg, 1994, 138.

136 Постоје и схватања да би требало применити институт јавног поретка и када је домаћи правни поредак ниско тангиран, ако се ради о повреди уставом зајемчених права или људских права гарантованих међународним инструментима. Тако М. Voltz, 52; Juliane Kokott, "Grund- und Menschenrechte als Inhalt eines internationalen ordre public", *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 1998, 105.

137 Тако, и владајућа доктрина у Немачкој. Вид. G. Kegel, K. Schurig, 468; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Tübingen, 2006, 251; D. Looschelders, пара. 25 за члан 6 *EGBGB*; Andreas Spickhoff, *Der ordre public im IPR*, Frankfurt am Main, 1998, 129.

138 G. Kegel, K. Schurig, 470.

103 став 1 ЗОО), то не мора да значи да је уговор за који је меродавно страном право ништав, чак и када страном меродавно право прописује истоветну сентенцу за ништавост уговора. Јер, принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји *lex causae* не морају да буду идентични *lex fori*.

б) *Нужни део – део њрава на наслеђивање које гарантује Устав?*

Чини се да из одредбе Устава о наслеђивању (члан 59 став 1 – јемчи се право на наслеђивање) не може са сигурношћу да се утврди да је овом уставноправном гаранцијом обухваћено и право на нужни део. Оно што са сигурношћу може да се тврди јесте да Устав гарантује активно тестаментарно право (члан 23 (2) у вези са чланом 59 (1) Устава РС), као и право на интестатско наслеђивање у складу са законом.

Логика француског права да је право на нужни део *ordre public interne* тешко да може да нађе оправдање тумачењем члана 59 Устава, па чак и када се он тумачи у вези са чланом 66 Устава који гарантује посебну заштиту породице, мајке, самохраног родитеља и детета. Јер, тешко може да се закључи да је уставотворац овде имао у виду заштиту грађанскоправну заштиту, посебно у виду права на нужни део. Напротив, како се то истиче у литератури, држава благостања преузима многе функције које је некада вршила породица.¹³⁹

Отуда, под посебном заштитом породице, мајке, самохраног родитеља и детета треба разумети такву заштиту коју пружа држава интервенцијом својим управних органа (центар за социјални рад), као и посебну кривичноправну заштиту.¹⁴⁰

Такође, ако се право на нужни део схвати као одраз обавезе издржавања блиских сродника, члан 65 (1) Уставу предвиђа право и обавезу родитеља да издржавају своју децу. Међутим, обавеза издржавања свакако престаје, било смрћу повериоца или дужника издржавања.

Право на нужни део је одраз ограничење слободе тестирања.¹⁴¹ Међутим, оно није апсолутно, из следећих разлога:

- 1) тестамент којим је оставилац располагао преко расположивог дела заоставштине није ништав;
- 2) тастатор може да искључи или лиши наследника права на нужни део;
- 3) је право на нужни део облигационоправне природе;¹⁴²

139 Д. Ђурђевић, 24.

140 Вид. ближе Илија Бабић, *Коментар Породичног закона*, Београд, 2014, 35–36.

141 Вид. Д. Ђурђевић, 210.

142 Вид. о овоме ближе *Ibid.*, 218–241.

- 4) суд не пази по службеној дужности да ли је тестватор преко-
рачио расположиви део заоставштине. Напротив, наследник
који у оставинском поступку у коме је био учесник није поста-
вио захтев за нужни наследни део, не може остварити зашти-
ту и испуњење нужног дела тужбом у парничном поступку.¹⁴³
Нужни наследник је дужан да у оставинском поступку постави
захтев за нужни део, сходно одредби чл. 118 ст. 3 Закона о ван-
парничном поступку, а онај који такав захтев не постави, има
положај наследника који је прећутно примио законски наслед-
ни део, сходно чл. 219 став 1 и члану 220 ЗОН;
- 5) право на нужни део је лично право нужног наследника које се
гаси његовом смрћу, па и у случају када је нужни наследник
повео парницу ради остварења тог права. У том смислу, однос
између тестватора и нужног наследника је *intuitu personae*. Да је
уставотворац желео да нужни део спада под заштиту чланова
69 и 66 Устава, право на нужни део не би било непреносиво
субјективно право нужног наследника. Јер, ако је тестватор раз-
баштинио своју децу, а њихови потомци немају право на нуж-
ни део, тада се појам породице своди на нуклеарну породицу,
а не и на њихове потомке (унуке оставиоца), на које се, такође,
примењује обавеза издржавања за живота. Отуда, у оквиру
члана 66 став 1 Устава, уставотворац није без разлога издвојио
мајку, самохране родитеље и децу, дакле посебно осетљиве
категорије лица која, по правилу, не могу сама себи да обезбеде
материјалну егзистенцију. За то им је неопходна помоћ државе.
При томе, када је реч о деци мислимо на децу без родитељског
старања, јер деца над којима родитељи врше родитељско право
спадају под члан 65 став 1 Устава;
- 6) најзад, у српском праву је дозвољено закључење уговора о до-
животном издржавању.¹⁴⁴ Из вредности и права која су пред-
мет уговора о доживотном издржавању не може се намирити
нужни део нужних наследника примаоца издржавања.¹⁴⁵

Конечно, аналогија са Уставом СР Немачке или, на пример, са
Уставом Швајцарске не постоји. Јер, Устав Србије, у првом реду, има
у виду интервенцију у државе у социјални и економски положај мајке

143 Пресуда Основног суда у Краљеву, Судска јединица у Врњачкој Бањи, П. 83/10 од
13. 9. 2010; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. бр. 457/11 од 15. 12. 2011;
Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 275/12 од 9. 5. 2012. Све наведене пресуде
преузете су из система *IngPro*.

144 Вид. ближе Д. Ђурђевић, 243, 255 и даље.

145 *Ibid.*, 263.

којој се пружа заштита пре и после порођаја (члан 66 став 2). Такође, када је реч о деци, у фокусу су деца без родитељског старања и хендикепирана деца, као и њихова заштита на раду (члан 66 став 3 и 4). Отуда, из члана 66 Устава Србије не може да се закључи да Устав гарантује овим лицима и имовинскоправну заштиту у оквиру грађанског права. Она је сведена на право и обавезу издржавања (члан 65).

С друге стране, Устав СР Немачке¹⁴⁶ гарантује посебну заштиту браку и породици који су под заштитом државе (члан 6 (1)). Норма се тумачи широко, док, на пример, Устав Србије гарантује само слободу закључења брака (члан 61 став 1), док се односи у браку и породици уређују законом (члан 62 став 4). Исто важи и за члан 14 Устава Швајцарске који јемчи право на брак и породицу. Такође, сходно члану 11 Устава Швајцарске,¹⁴⁷ деца и млади уживају посебну заштиту њиховог интегритета и поспешивање њиховог развоја.

Одатле, видно је да се Устав Србије ограничава на гаранције дате деци без родитељског старања и деци ометеној у развоју.¹⁴⁸ Гаранције које пружају Устави Немачке и Швајцарске су далеко шире у односу на брак и породицу.

Отуда, у најширој интерпретацији члана 6 (1) Устава, немачки Уставни суд може да тумачи да Устав гарантује малолетној деци оставиоца минималну економску партиципацију у заоставштини, и то независно од њиховог имовинског положаја.¹⁴⁹ Следствено томе, у Немачкој може да се сматра да је примена страног меродавног права које не предвиђа никакву заштиту за малолетну децу оставиоца или је предвиђа,¹⁵⁰ или је везује за недостатак средстава за живот¹⁵¹ – супротна домаћем јавном поретку.

146 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* vom 23. 5. 1949, са последњом изменом од 19. децембра 2022.

147 *Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft* vom 18. April 1999, Stand 13. Februar 2022.

148 Под јавни поредак Србије спадају и норме Конвенције ОУН о правима детета из 1989, *Службени листи СФРЈ*, бр. 15/1990 и *Службени листи СРЈ*, бр. 4/1996 и 2/1997. Али, адресат ових норми је држава чланица Конвенције. Она производи вертикално, не и хоризонтално дејство. Дететом се сматра лице које није пунолетно (члан 1). Право детета на наслеђивање се не гарантује. Дете има право на одговарајући животни стандард, родитељи одговорност да обезбеде услове за нормалан развој детета, а држава обавезу да предузима мере ради помоћи родитељима (вид. чл. 27).

149 *BVerG*, 19. 4. 2005, *NJW*, 2005, 1561.

150 Tobias Pfundstein, *Pflichtteil und ordre public: Angehörigenschutz im internationalen Erbrecht*, München, 2010, 350; G. Hochloch, 1005.

151 Staudinger, Heinrich Dörner, *Internationales Erbrecht*, Otto Schmidt – De Gruyter, 2007, бр. 731 за члан 25 *EGBGB*.

Укратко, Уставни суд СР Немачке користи следећу аргументацију: слобода тестирања је централни део наследног права, део уставног права на слободан развој личности (члан 2 (1)) Устава СР Немачке, тј. део права тестатора да слободно располаже својом имовином, па и за случај смрти (члан 14 (1) Устава СР Немачке).¹⁵² Међутим ово право је ограничено правом наслеђивања које се уређује законом (члан 14 (1) Устава СР Немачке).

Према схватањима у Немачкој, право на законско наслеђивање односи се на супружника, као и на сроднике оставиоца у виду њиховог права да учествују у расподели заоставштине.¹⁵³ Дакле, под уставну гаранцију наслеђивања потпада како слобода тестирања, тако и право законских наследника.

У случају сукоба слободе тестирања и права законских наследника на наслеђивање, усклађивање ова два права врши се путем института нужног дела. Уставноправна заштита нужних наследника налази основ у Уставној гаранцији о посебној заштити породице (члан члан 6 (1) Устава СР Немачке).¹⁵⁴ Начелно, ова уставна гаранција примењује се и на грађанскоправне односе са елементом иностраности.¹⁵⁵

Најзад, ваља се осврнути и на члан 64 Устава РС који јемчи права детета. Она се уређују законом (став 4), док људска права уживају примерено својој душевној зрелости и узрасту (став 1).

Право на нужни део није људско право. У људска права не спада чак ни право на наслеђивање. Оно није обухваћено нити чланом 1 Првог додатног протокола уз Конвенцију, нити чланом 8 Конвенције који гарантује право на поштовање личног и породичног живота.¹⁵⁶

Међутим, члан 1 Првог додатног протокола гарантује право на тестаментарно располагање. Јер, тестатор слободно располаже својом имовином која ужива заштиту у оквиру члана Првог додатног прото-

152 Otto Depenheuer у Herman von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Auflage, Band I, München, 2005, пара. 516 за члан 14; Rudolf Wendt у Michael Sachs, *Kommentar zum Grundgesetz*, 8. Auflage, München, 2018, пара. 193 за члан 14.

153 O. Depenheuer, пара. 517 за члан 14; R. Wendt, пара. 195 и 198 за члан 14.

154 O. Depenheuer, пара. 518 за члан 14; R. Wendt, пара. 198 за члан 14.

155 Peter Scholz, „Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1“, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2010, 185–197; Peter Scholz, „Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 2 (Besonderer Teil)“, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2010, 334.

156 Jochen Frowein, Wolfgang Puckert, *Europäische Menschenrechtskonvention – Kommentar*, 3. Auflage, Kehl am Rhein, 2009, пара. 9 за Први додатни протокол; Ulrich Karpenstein, Franz C. Mayer, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, München, 2012, пара. 56 за члан 8.

кола.¹⁵⁷ С друге стране, пак, члан 1 не гарантује право на стицање права својине.¹⁵⁸ Отуда, имовинскоправни положај било тестаментарних или законских наследника није заштићен, све док не стекну право својине или док не докажу да им право на део заоставштине припада на основу националног права.¹⁵⁹ То свакако није случај у парници нужних против тестаментарних наследника или легатара.

в) *Искључење из њрава на нужни део и међународни јавни њоредак*

Анализом упоредноправних решења може се закључити следеће: страно меродавно право које не познаје институт нужног дела није само по себи нити у дејству супротно правном поретку *lex fori*, ако познаје неки институт који је функционално еквивалентан домаћем правном поретку.

Страно меродавно право може у дејству да буде супротно јавном поретку *lex fori*, ако нужни наследник након расподеле заоставштине остаје без материјалног минимума који је неопходан за егзистенцију, тј. ако његов егзистенцијални опстанак зависи од социјалне помоћи или ако је доведен у стање оскудице.

Страно меродавно материјално право може да буде у дејству супротно домаћем јавном поретку, само ако постоји висок степен тангираности правног поретка *lex fori*.

Када се питамо да ли повреда права на нужни део представља повреду домаћег међународног јавног поретка, треба поћи од анализе основних постулата МПП. Тако, јавни поредак не сме да изолује правне системе, већ, напротив, да их координира.¹⁶⁰ Ово значи да се меродавно страно право примењује са што је то могуће мањим захватом у његову садржину.

Друго, да је законодавац желео да заштити право на нужни део могао је да користи специјалну клаузулу јавног поретка у члану 30 или, пак, да предвиди посебно колизионоправно везивање за нужни део (*Sondernanknüpfung*).¹⁶¹

157 ECtHR, *The case of Marckx v. Belgium*, Пресуда од 13. 6. 1979, Series A, no. 31, § 50.

158 U. Karpenstein, F. Mayer, пара. 16 за члан 1 Првог додатног протокола; Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Auflage, Manz, 2012, 561.

159 ECtHR, *The case of Inze v. Austria*, Пресуда од 28. 10. 1987, Series A no. 110, § 38.

160 Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en dip*, Paris, 1959, 237.

161 Wilhelm Wengler, „Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public“, *Juristenzeitung*, 1979, 175–177. F.A. Mann, *Sondernanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht*, *Festschrift für Günther Beitzke* (Hrsg. Otto Sandrock), Berlin – Boston, 1979.

Треће, примена *lex causae* на садржину тестаментарног наслеђивања и примена *lex fori* на право на нужни део нужно доводи до непожељног *dépêçage*,¹⁶² премда је начело ЗМПП Србије принцип јединствене заоставштине. Дакле, на расподелу јединствене заоставштине једног оставиоца може да дође до примене више меродавних права чиме се, заправо, ништи последња воља оставиоца. Меродавно материјално право примењује се противно смислу и појмовима које садржи (члан 9 ЗМПП).

Ако се као мерило за примену права које гарантује право на нужни део узме критеријум материјалног положаја нужног наследника, тада примена института јавног поретка може да доведе до дискриминације једног или више заштићених наследника у односу на друге, у зависности од њиховог економског положаја.

Ако меродавно наследно право познаје било какав вид облигационоправне компензације у корист нужних наследника који би функционално био еквивалентан институту нужног дела *lex fori*, тада институт нужног дела не би требало применити кроз призму повреде домаћег јавног поретка. Јер, и у нашем праву, право на нужни део је ненаследиво и облигационоправног карактера.

Посматрано на овај начин, у правној доктрини¹⁶³ је наведено да у делокруг међународног јавног поретка не спадају: чињеница да нужни део предвиђен страним правом има другачију природу и обим од оног који регулише *lex fori*; чињеница да страно право признаје право плодуживања над делом заоставштине одређеном кругу наследника; чињеница да страно право обезбеђује новчано потраживање наследницима; чињеница да се методе обрачуна резервисаног дела и расположивог дела наслеђа разликују од оних утврђених у правном систему *lex fori*. Разлика у модалитетима обезбеђења нужних наследника не повлачи за собом примену клаузуле јавног поретка.¹⁶⁴

Позивање на јавни ред је такође искључено у ситуацијама када меродавно страно право не признаје статус нужног наследника за одређене наследнике као што су родитељи преминулог (као што је

162 Symeon C. Symeonides, „Issue-by-Issue Analysis and *Dépêçage* in Choice of Law: Cause and Effect“, *The University of Toledo Law Review*, Vol. 45, Nr. 4/2013: „(i)ssue-by-issue analysis means that, if a case (or, more precisely, a cause of action) comprises more than one issue on which the substantive laws of the involved states conflict, each issue should be subjected to a separate choice-of-law analysis. If such an analysis leads to the application of the substantive laws of different states to the different issues, then the resulting phenomenon is called *dépêçage*. Thus, *dépêçage* is the application of the substantive laws of different states to different issues of the same cause of action.“

163 A. Bonomi, P. Wautelet, 595–596.

164 *Ibid.*, 596.

случај у Аустрији).¹⁶⁵ Ако, међутим, страно наследно право не познаје институт нужног дела, онда се мора испитати конкретан ефекат његове примене у конкретном случају. Према томе, ако су блиски наследници (као што су деца и преживели супружник) разбаштињени, али важећи закон о наслеђивању обезбеђује алтернативне облике заштите за њих, са функцијама сличним онима у нужном делу (нпр. англосаксонско право на потраживање), питање позивања на међународни јавни поредак не настаје.

Очигледно, питање међународног јавног поретка се такође не поставља када страно право предвиђа другачији начин обрачуна заоставштине, као што је утврђивање различитих правила за умањење поклона које је покојник учинио за живота.

Најзад, из угла посматрања правног поретка *lex fori*, институт јавног поретка је, по својој правној природи једнострана колизиона норма.¹⁶⁶ Она нема наследноправну, већ само моралну корективну функцију, јер не припада домену наследног права, већ принципима морала и природног права. Примена *lex fori* је могућа факултативно и условно, али нипошто није обавезна за суд.

Примена *lex fori* право на нужни део није резултат воље домаћег законодавца, већ резултат процене судије који тиме постаје *ad hoc* законодавац.

Најзад, што се тиче примене Уредбе ЕУ о наслеђивању, чија решења могу, *mutandis mutandis*, да се примене и у нашем праву, Ева Лајн¹⁶⁷ констатује да се примена *lex successionis* који не познаје право на нужни део, за разлику од *lex fori*, не сматра супротном међународном јавном поретку. Да је творац Уредбе желео да посебно заштити нужни део, конституисао би то право као норму непосредне примене, као што је то предвиђено чланом 9 Регулативе Рим I или чланом 16 Регулативе Рим II.

На концу, МПП има за циљ да оствари МПП правичност. МПП правичност у наследноправим односима се остварује тако што законодавац одређује наследноправни статут тако да он буде најтешње повезан са правним поретком који је оставиоцу просторно и културолошки

165 Аустрија је искључила нужни део за родитеље оставиоца. Peter Bydlinki, *Das neue Erbrecht. Erbrechts-Änderungsgesetz* (2015), Wien, 2015, 71.

166 Или помоћна, несамостална колизиона норма. J. von Hein, пара. 4 за члан 6 EGBGB.

167 Eva Lein, „A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 2009, 125. У том смислу и Dominique Bureau, Horatia Muir-Watt, *Droit international privé*, vol. II, Paris, 2007, пара. 843; Marie Goré, *Droit patrimonial de la famille*, 3^é éd., Paris, 2011/2012, пара. 722–761.

близак. У нашем, па и у европским правним поретцима до доношења Уредбе ЕУ о наслеђивању, сматрало се да се овде ради о *lex nationalis* оставиоца. Право држављанства оставиоца је њему најближе, јер најбоље изражава његов културолошки идентитет који је иманентан наследном праву. Примена права последњег уобичајеног боравишта или домицила оставиоца овакав идентитет не одражава, али је легитимна, јер је то право просторно најближе повезано са центром животних интереса оставиоца и могуће са местом налажења заоставштине. Такође, и примена *lex rei sitae* на наслеђивање непокретности је потпуно легитимна, јер најбоље одражава МПП интересе правне сигурности и државе у којој се непокретност налази.

Међутим, у евроконтиненталној правној традицији је принцип јединствене заоставштине.

С друге стране, материјалноправна правичност у МПП се постиже посебним колизионоправним везивањем одређених правних питања (*Sondernanknüpfung*),¹⁶⁸ чега, видели смо, барем што се тиче права на нужни део – нема. Такође, материјалноправна правичност у МПП се остварује и применом норми непосредне примене које, у првој линији, служе очувању економског и социјалног устројства државе, што у случају наслеђивања са елементом иностраности није случај. Најзад, материјалноправна правичност може да се оствари и применом клаузуле јавног поретка која се користи изузетно уз испуњење веома строгих услова.

Ако је циљ наследног права правична расподела заоставштине, тада у МПП под правичном расподелом заоставштине треба разумети поделу заоставштине у складу са правом које је оставиоцу најближе; у складу са правом које је најподесније да оставилац може да оствари свој културолошки идентитет. То је, по правилу, право његовог држављанства које је дубоко укоренењено у традицију друштва из којег потиче.

Пре доношења Уредбе (ЕУ) бр. 650/2012 о наслеђивању и пре него што је француски Касациони суд донео напред наведене одлуке 2017. године, заступан је углавном „парохијални“ став да право на нужни део чини део француског јавног поретка.¹⁶⁹ У том смислу, Грималди (*Grimaldi*) наводи:¹⁷⁰ „нужни део садржи у себи суштинске вредности присутне у поретку породичног права, као што су солидарност, једнакост и слобода. Нужни део ефикасно штити наследника од правне

168 W. Wengler, 176.

169 Тако и М. Станивуковић, П. Ђундић, С. Ђајић, 249, уз могућност примене института *fraus legis*.

170 M. Grimaldi, 755.

моћи оставиоца да бестеретним правним пословима располаже својом имовином“.

Међутим, из свих горе наведених разлога овакав став је превазиђен. У нашем правном поретку одредбе о нужном делу *lex fori* не спадају у *ordre public international*. Ако би се схватило да одредбе ЗОН о нужном делу спадају у јавни поредак РС, не би требало применити нити једно страни право које не садржи одредбе о нужном делу.

То би, међутим, било противно слободи тестирања и уговарања (члан 23 (2) Устава РС; члан 1 Првог додатног протокола уз ЕКЉП). С друге стране, видели смо да из Уставом гарантованог права на наслеђивање и члана 66 не може да се закључи да наследници имају право на нужни део у наследном случају са елементом иностраности. Такође, цепање наследноправног статута на *lex successionis* и *lex fori* имало би за резултат искривљену примену наследног статута.

Разлике у упоредном наследном праву не морају само да буду између евроконтиненталних и англосаксонских правних система. Тако, на пример, ако је оставилац Швеђанин, тада се на наслеђивање примењује шведско право. Оно не познаје *renvoi*.¹⁷¹ у Шведској је на снази Законик о наслеђивању из 1958. године (*Ärvdabalk*) али и §§ 7, 9 Abs. 5 *Äktenskapsbalk*.¹⁷² У случају делације, најпре се регулише брачно имовински режим, тако да надживелом супружнику припада половина нето заоставштине. Према поглављу III одељак 1 Законика о наслеђивању, у случају да надживели супружник конкурише на наследство са заједничком децом супружника, целокупна имовина ће у потпуности припасти надживелом супружнику (*Vorerbe*). Заједничка деца ће наследити после смрти преживелог супружника, као преостали наследници (*Nacherbe*): „Ако је преминули био у браку, заоставштина ће припасти надживелом супружнику. Ако, међутим, преминули остави директног наследника који није директни наследник преживелог супружника, право супружника на заоставштину укључује само наследни део таквог наследника, ако се тај наследник одрекао свог права из члана 9.“ Дакле, ако је оставилац био у браку, а сви потомци су заједничка деца, они ће морати да сачекају смрт другог родитеља (надживелог супружника) да добију свој део наследства: „Ако супружници имају само заједничке директне наследнике они ће наследити тек након што су оба родитеља умрла.“ Уз то, надживелом супружнику је забрањено да наслеђем располаже тестаментарно или уговорима о поклону. Шведско право не познаје право на нужни део.

171 OLG Hamm, 06.03. 2014, Urteil 76/13 BecksRS (2014) 09489.

172 Louis Garb, Richard Norridge (eds.) *International Successions*, 5th ed., Oxford, 2020, 793; Ludwig Kroiß, Christoph Ann, Jörg Mayer, *BGB Erbrecht*, Band 5, 4. Auflage, Baden-Baden, 2014, пара. 31–32, 34–35.

Не види се разлог због чега би примена шведског наследног права које сматра правичним да се заоставштина подели на горе наведени начин била у дејству супротна јавном поретку Србије.¹⁷³ Јер, премда деци шведски законик не гарантује право на нужни део, надживели супружник је и даље у обавези да издржава властиту децу у складу са одредбама породичног права. Такође, шведско право не искључује у потпуности децу као наследнике. Ако је степен тангираности правног поретка *lex fori* низак (на пример, дете има пребивалиште у иностранству), што искључује обавезу интервенције српских управних органа у погледу заштите интереса детета (социјална помоћ), не види се разлог због чега би се детету оставиоца доделио нужни део према праву Србије.

У случају наслеђивања са елементом иностраности, јавни поредак се примењује изузетно, уз контролу да ли домаће гаранције о нужном делу, укључујући овде и чланове 58 и 66 Устава, допуштају или чак налажу разликовање између чисто унутрашњег и међународног наслеђивања.¹⁷⁴

Такође, увршћење нужног дела у међународни јавни поредак Србије изазвало би додатне компликације и поделу и даље цепање наследноправног статута када је нужни наследник надживели супружник. Тако, ако би супружници различитог држављанства имали последњи заједнички домицил у Србији и ако би се у Србији налазила заједничка имовина супружника, а оставилац, странац, на пример, последње уобичајено боравиште у Шведској од држава ЕУ у којој је сачинио тестамент и из њега искључио супругу, на наслеђивање би се применио *lex nationalis* оставиоца. Упућивање је колизионоправно. Право државе у којој је оставилац имао последње уобичајено боравиште би прихватило упућивање.

У овом случају би надживела супруга имала право да захтева половину заоставштине на основу брачно имовинског режима по праву Србије (члан 36 ЗМПП), док би по шведском праву које је меродавно на наслеђивање, али не познаје институт нужног дела, наследила читаву заоставштину оставиоца. Или, ако страно меродавно право не познаје институт нужног дела, а суд у Србији јој додели нужни део с позивом на јавни поредак уз примену *lex fori*, тада би надживелој супрузи припало из заоставштине далеко више него када би се на њену расподелу применило само право једне државе.

Овакви случајеви супознати као случајеви невољне дискриминације у МПП који захтевају примену института прилагођавања (*Anpassung*),¹⁷⁵

173 У том смислу и AG Rosenheim, AZ 62059/14. Beshchluss vom 20. 8. 2018.

174 Stephan Lorenz, *BeckOK BGB, EGBGB*, 46. Auflage, München, 2017, пара. 15 за члан 6.

175 Вид. о томе ближе Dirk Looschelders, *Die Anpassung im IPR*, Heidelberg, 1996, 296; D. Looschelders (2011), 266, 272. A. Dutta (пара. 136) у вези са проблемом који настаје

тј. редукцију било наследне квоте надживеле супруге, било редукцију висине учешћа супружника у заједничкој имовини. У начелу, ако наследник стиче право својине на делу заоставштине у моменту смрти оставиоца, као што је то код нас случај, тада би такав захват судије у имовинскоправну позицију оставиоца био недозвољен у оквирима члана 1 Првог додатног протокола уз ЕКЉП.¹⁷⁶

*і) Колизионој равни аспекти јавној поретку и јавни поредак
других земаља*

Начелно, домаћи судови нису дужни да воде рачуна о томе да ли је колизиона норма првоупућеног или преупућеног права противна домаћем јавном поретку. Ово произлази из члана 4 ЗМПП који предвиђа да под лупу јавног поретка спада само крајњи материјалноправни резултат меродавног страног права.

Такође, судови нису дужни да воде рачуна о јавном поретку првоупућене или преупућене државе.¹⁷⁷ Међутим, приликом узврћања, може се десити да је *lex fori* противан праву првоупућене државе или неке од преупућених држава. Такав случај могао би да буде ако би се у ланцу упућивања нашло немачко право са својим заједничким тестаментом или *Nacherbschaft* или неко од романских права са трајним извршиоцем тестаamenta: тада би се јавни поредак такве државе узео у обзир и остало би се при примени иницијалног наследноправног статута, без примене колизионе норме првоупућеног или преупућеног права.¹⁷⁸ Примена страног јавног поретка произлази из норме члана 9 ЗМПП која налаже да се страно право примени према свом смислу и појмовима које садржи, односно да се примени исто онако како би га применио суд државе којој правна норма припада.¹⁷⁹

Материјалноправни резултат до којег би се дошло на тај начин може опет да буде противан домаћем јавном поретку, што ће увек бити

цепањем меродавног права за наслеђивање када *lex fori* признаје нужни део. Сматра да је тај проблем тешко решити прилагођавањем. О прилагођавању у МПП вид. и А. Јакшић (2017), пара. 1855 и даље; Славко Ђурђевић, *Прилагођавање у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Београд, 2010.

176 Вид. ближе Aleksandar Jakšić, „The Execution of Final Judgments and Vested Rights“, *Russian Law Journal*, Nr. 3/2014, 62, 75.

177 A. Dutta, пара. 13.

178 Wolfgang Riering, „Der Erbverzicht im internationalen Erbrecht“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 1998, 248–249; BeckOK BGB, Stephan Lorenz, 66. Auflage, 1. 5. 2023, München, EGBGB пара. 19 за члан 6.

179 A. Spickhoff, 92; J. Kropholler, § 36 VII; Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, München, 2022, пара. 289; Sybille Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, 1997, 197.

случај када до узвраћања на право Србије не долази, јер је то противно јавном поретку првоупућене државе.¹⁸⁰ У оваквој ситуацији, српско материјално право не сме да буде примењено различито у ситуацији када на његову примену упућује колизиона норма *lex fori* или када до његове примене долази на основу заповести стране колизионе норме која узвраћа на српско право. Овде би унутрашња хармонија одлучивања требало да има примат над међународном.¹⁸¹

Што се тиче преупућивања, требало би узети да се међународна хармонија одлучивања остварује применом страних колизионих норми које се налазе у ланцу упућивања. Примена материјалног права на чију примену упућује преупућено право је резултат аутономне примене колизионе норме *lex fori* пред домаћим судом, а не резултат примене колизионе норме првоупућеног правног поретка.¹⁸² Према неким схватањима,¹⁸³ заповест да се страном материјално право примени на исти начин који би то учинио и судија државе којој првоупућена или преупућена колизиона норма припада, обавезује само судију *lex fori*, што не значи да би домаћи суд морао да примени страном преупућено право на начин на који би то учинио судија првоупућеног права.

Проблем у овом схватању настаје ако и првоупућено право предвиђа да се страном право примењује према смислу и појмовима које садржи. Тада, ако је *lex fori* супротан јавном поретку преупућеног права до даљег преупућивања или узвраћања на полазну колизиону право не би дошло, већ би се применио иницијални наследноправни статут.

У принципу, не сматра се да је упућивање англосаксонског права, које не познаје нужни део, на право држава које садрже одредбе о нужном делу супротно јавном поретку тих држава.¹⁸⁴ Проблем може да се јави приликом упућивања на примену права неке од држава у којима важи шеријатско право. Јавни поредак држава ових правних система је, начелно, супротан јавном поретку Србије,¹⁸⁵ тако да ће, у крајњој линији, на тестаментарна располагања учињена у складу са шеријатским правом бити примењен *lex fori*.¹⁸⁶

180 A. Spickhoff, 93; S. Lorenz, пара. 19 за члан 6.

181 Stephan Lorenz, „Renvoi und ausländischer ordre public“, *Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag* (Hrsg. Rolf A. Schütze), München, 2022, 555; Martin Gebauer, „Gesamtverweisung und ordre public“, *Festschrift für Erik Jayme* (Hrsg. Heinz-Peter Mansel, Rainer Hausmann, Christian Kohler, Herbert Kronke, Thomas Pfeiffer), Band I, München, 2004, 223–239.

182 S. Lorenz, пара. 19 за члан 6.

183 *Ibid.* Супротно J. von Hein, пара. 86 за члан 6.

184 S. Symeonides, пара. 149.

185 Karl Kreuzer, „Scharia-Staaten und universelle Menschenrechte“, *Revue héliénique de droit international*, 2008, 363–412; P. Scholtz (2010a), 185.

186 Проблематика која се односи на примену шеријатског наследног права је сложена и превазилази оквире ових излагања. У принципу, није лако одредити да ли

IX Закључак

Задатак МПП је, у првом реду остварење МПП правичности и координације (толеранције у различитостима) правних система. У наследноправним односима прави односи који настају поводом наслеђивања су, према схватањима нашег законодавца најтешње везани за право његовог држављанства које је најбољи одраз оставиоачевог културног идентитета и историјског наслеђа.

ЗМПП не садржи посебну колизиону норму у погледу садржине тестаментарног наслеђивања, нити, пак, посебну колизиону норму којом би се регулисало меродавно право на нужни део. Напротив, *lex nationalis* оставиоца у моменту смрти обухвата сва питања наследног права, укључујући и право на нужни део.

Примена права држављанства оставиоца на тестаментарно наслеђивање је лишена сваког смисла због практично неограничене примене института *renvoi* у МПП Србије које не познаје аутономију воље странака у овој области. Отуда, упућивање, на пример на примену права Енглеске, имаће за последицу било узвраћање на домаће право (наслеђивање непокретности) или преупућивање на право треће државе, већ у зависности од тога где се налазио последњи домицил оставиоца. Стога, примена института *renvoi* обесмишљава слободу тестирања и правну моћ оставиоца да заоставштину расподели на начин за који сматра да је најправичнији.

Норме о праву на нужни део су императивног карактера у евроконтиненталним правним поретцима. У англосаксонском праву такве норме не постоје. Отуда и питање како треба поступити са *lex causae* које не познаје право на нужни део, тј. да ли би требало користити клаузулу јавног поретка и одступити од принципа јединствене заоставштине, те уз *lex causae* применити и *lex fori* који се односи на заштиту нужних наследника.

Немачки Уставни суд је 2005. стао на становиште, додуше у чисто интерном случају наслеђивања, да је право на нужни део *ordre public*, да би судска пракса ово схватање проширила и на *ordre public international*. Став Уставног суда се базира на члановима 14 и 6 Устава СР Немачке,

расподела заоставштине према овом праву вређа домаћи јавни поредак. Јер, Устав и ЕК/БП гарантују и слободу вероисповести (члан 43 Устава РС; члан 9 ЕК/БП). Она се може ограничити законом, ако је то неопходно у демократском друштву. Спорно је да ли слобода вероисповести обухвата и право да се сачини тестамент према религиозном уверењу, те да ли је ограничење слободе вероисповести обухваћено клаузулом јавног поретка из члана 6 ЗМПП. Вид. о томе исцрпно Catherine J. Guthrie, „Scottish Limitations to Testamentary Freedom and Freedom of Religion under Article 9 ECHR“, *Aberdeen Student Law Review*, Vol. 78, Nr. 3/2012, 78–99.

при чему први гарантује право на наслеђивање, а други посебну заштиту брака и породице. Такође, овакве ставове срећемо и у другим државама, с тим да се граница за примену међународног јавног поретка снижава на питање било пунолетства и егзистенцијалне независности нужних наследнике, било на питање довођења нужних наследника у оскудицу.

Став може да буде заводљив, али сматрамо да не би требало, *mutantis mutandis*, да се примени у МПП Србије. Јер, Устав Србије нема екстериторијално дејство. Чланови 58 и 66 Устава Србије налаже на своје немачке пандане, али из јемства права на наслеђивање, као и карактера нужног дела у наследном праву Србије, не може да се изведе закључак да право на нужни део спада под наведене уставне гаранције и у случајевима када је за наслеђивање меродавно страно право.

Евентуална примена клаузуле јавног поретка могла би да се повеже са високим степеном тангираности правног поретка *lex fori*, тј. када се заоставштина налази у Србији, а нужни наследници имају српско држављанство и домицил у Србији, а ради се о малолетној деци којој ни надживели супружник није у могућности да обезбеди издржавање. Јер, у том случају лишење права на нужни део имало би за последицу оскудицу нужних наследника, те нужност да се деца ослоне на социјалну помоћ државе.

Дисторзивна примена страног меродавног права уз корекцију примене клаузуле јавног поретка је противна принципу остварења МПП интереса, па и материјалноправне правичности, тј. слободи тестирања коју Устав, али и ЕКЉП гарантују. С друге стране, ЕКЉП не гарантује право на наслеђивање, а још мање право на нужни део.

Коришћена литература

- Антић Оливер, „Слобода тестирања у англо-америчком праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985. (Antić Oliver, „Sloboda testiranja u anglo-američkom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/1985)
- Антић Оливер, „Право прелевмана“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 4/1989. (Antić Oliver, „Pravo prelevmana“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/1989)
- Антић Оливер, Балиновац Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996. (Antić Oliver, Balinovac Zoran, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996)
- Ancel Bertrand, „Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français“, *Revue critique de droit international privé*, Nr. 1/2018.

- Audit Bernard, d'Avout Louis, *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 2022.
- Ayazi Kianusch, „Das deutsche Pflichtteilrecht und der order public-Vorbehalt des Artikels 35 am Beispiel eines deutsch-südafrikanischen Erbfalles. EuErbVO“, *Neue juristische online Zeitschrift*, 2018.
- Бабић Илија, *Коментар Породичног закона*, Београд, 2014. (Babić Ilija, *Komentar Porodičnog zakona*, Beograd, 2014)
- Batiffol Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1959.
- Batiffol Henri, Lagarde Paul, *Droit international privé*, Tome I, Paris, 1983.
- Boden Didier, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance: recherches sur le pluralisme juridique*, Paris, 2022.
- Bonomi Andrea, Wautelet Patrick, *Le droit européen des successions: Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e éd., Bruxelles, 2016.
- Brashier Ralph C., „Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana stand Alone?“, *Loyola Law Review*, Vol. 57, Nr. 1/1996.
- Brashier Ralph C., *Inheritance Laws and the Evolving Family*, Philadelphia, 2004; Lawrence W. Waggoner, „The Uniform Probate Code's elective share: time for a reassessment“, *University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 208*, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1660641>, 10. 11. 2023.
- Briggs Edwin W., „Renvoi in the Succession of Tangibles: A False Issue Based on Falsy Analysis“, *The Yale Law Journal*, Vol. 64, Nr. 2/1954.
- Brüning Sybille, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, 1997.
- Burandt Wolfgang, Rojahn Dieter, *Erbrecht, EuErbVO*, 4. Auflage, München, 2022.
- Bureau Dominique, Muir-Watt Horatia, *Droit international privé*, vol. II, Paris, 2007.
- Bydlinski Peter, *Das neue Erbrecht. Erbrechts-Änderungsgesetz (2015)*, Wien, 2015.
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, 13. издање, Београд, 2012. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Pavić Vladimir, *Međunarodno privatno pravo*, 13. izdanje, Beograd, 2012)
- Vignal Tierri, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 2017.
- Voltz Markus, *Menschenrechte und ordre public im IPR*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002.
- von Hein Jan, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 13, 8. Auflage, München, 2021.

- Garb Louis, Norridge Richard (eds.) *International Successions*, 5th ed., Oxford, 2020.
- Gebauer Martin, „Gesamtverweisung und ordre public“, *Festschrift für Erik Jayme* (Hrsg. Heinz-Peter Mansel, Rainer Hausmann, Christian Kohler, Herbert Kronke, Thomas Pfeiffer), Band I, München, 2004.
- Godechot-Patris Sarah, „Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes“, *Revue critique de droit international privé*, Vol. 99, Nr. 2/2010.
- Godechot-Patris Sarah, *Conflit des lois, Successions internationales, Droit de prélèvement, Inconstitutionnalité, Contrainté au princip d'égalité garantie par la Constitution, Réserve d'interprétation*, Clunet, 2012.
- Goré Marie, *Droit patrimonial de la famille*, 3^e éd., Paris, 2011/2012.
- Grabenwarter Christoph, Pabel Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Auflage, Wien, 2012.
- Grimaldi Michel, „Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire“, *Defrénois*, Nr. 15–16/2012.
- Grimaldi Michel, „La réserve ne relève pas de l'ordre public international“, *Revue trimestrielle de droit civil*, Nr. 1/2018.
- Grüneberg, Thorn Karsten, *BGB*, 81. Aufl., München, 2021.
- Guthrie Catherine J., „Scottish Limitations to Testamentary Freedom and Freedom of Religion under Article 9 ECHR“, *Aberdeen Student Law Review*, Vol. 78, Nr. 3/2012.
- Deixler-Hübner Astrid, Schauer Martin (Hrsg.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, 2. Auflage, Wien, 2020.
- Dörner Heinrich, „Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2010.
- Dörner Heinrich, „Der Erbfall mit Auslandsberührung“, *IPRax*, 1994.
- Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан (ур.), *Коментар Закона о међународном приватном и грађанском процесном праву*, Београд, 1991. (Dika Mihajlo, Knežević Gašo, Stojanović Srđan (ur.), *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i građanskom procesnom pravu*, Beograd, 1991)
- de Geouffre de la Pradelle Géraud, Niboyet Marie, *Droit international privé*, Paris, 2007.
- Dutta Anatol, *Münchener Kommentar BGB, EuErbVO*, 8. Auflage, München, 2020.
- Dutta Anatol, Weber Johannes, *Internationales Erbrecht*, 2. Auflage, München, 2021.

- Ђурђевић Славко, *Прилагођавање у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Београд, 2010. (Ђурђевић Slavko, *Prilagođavanje u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Beograd, 2010)
- Ђурђевић Дејан Б., *Институције наследног права*, 5. издање, Београд, 2012. (Ђурђевић Dejan B., *Institucije naslednog prava*, 5. izdanje, Beograd, 2012)
- Esposito Ed, „Testamentary Freedom and Public Policy in Canada“, *Estate, Trust and Pensions Law Journal*, Vol. 37, Nr. 2/2018.
- Zaher Khalid, *Conflict de civilisations et droit international privé*, Paris, 2009.
- Јакшић Александар, *Коментар ЕКЛЈП*, Београд, 2006. (Jakšić Aleksandar, *Komentar EKLjP*, Beograd, 2006)
- Jakšić Aleksandar, „The Execution of Final Judgments and Vested Rights“, *Russian Law Journal*, Nr. 3/2014.
- Јакшић Александар, *Међународно приватно право – општа теорија*, Београд, 2017. (Jakšić Aleksandar, *Međunarodno privatno pravo – opšta teorija*, Beograd, 2017)
- Jayme Erik, *Methode der Konkretisierung des ordre public im IPR*, Heidelberg, 1989.
- Junker Abbo, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, München, 2022.
- Karpenstein Ulrich, Mayer Franz C., *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, München, 2012.
- Kegel Gerhard, „Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht“, *Festschrift für Hans Lewald*, Basel, 1953.
- Kegel Gerhard, Kronke Herbert, Schurig Klaus, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, Band 10, 12. Auflage, Stuttgart, 1996.
- Kegel Gerhard, Schurig Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, München, 2004.
- Kelly Daniel B., „Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante versus Ex Post Justifications“, *Fordham Law Review*, Vol. 82, Nr. 3/2013.
- Kreuzer Karl, „Clash of Civilizations and Conflict of Laws“, *Revue Hellénique de Droit International*, Vol. 62, Nr. 2/2009.
- Kroiß Ludwig, Ann Christoph, Mayer Jörg, *BGB Erbrecht*, Band 5, 4. Auflage, Baden-Baden, 2014.
- Kroiß Ludwig, Henrik Horn Klaus, NK-BGB, Band 5, 6. Auflage, Baden-Baden, 2021, Dirk Looschelders, „Art. 35 der Europäischen Erbrechtsverordnung“,
- Kropholler Jan, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage, Tübingen, 2006.

- Lagarde Paul, *Recherches sur l'ordre public en dip*, Paris, 1959.
- Lalivie Pierre, „Un anachronisme en droit international privé? L'ATF Hirsch c. Cohen Revisited“, *Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch* (éd. Anne Héritier Lachat, Laurent Hirsch, Alain Hirsch), Genève, 2004.
- Lehmann Karin, „Testamentary Freedom versus Testamentary Duty: In Search of a Better Balance“, *Acta Iuridica*, 2014.
- Lein Eva, „A Further Step towards a European Code of Private International Law. The Commission Proposal for a Regulation on Succession“, *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI, 2009.
- Lelouvier Aude, „Retour du droit de prélèvement? La réserve héréditaire d'ordre public international français!“, 2021, доступно на адреси: <https://www.lexbase.fr/article-juridique/72273611-textesretourdudroitdeprelevementlareservehereditairedordrepUBLICinternationalfrançais>, 5. 11. 2023.
- Löhnig Martin, Schwab Dieter, Henrich Dieter, Gottwald Peter, Grziwotz Herbert, Reimann Wolfgang, Dutta Anatol (Hrsg.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, 2014.
- Looschelders Dirk, „Anpassung und ordre public im internationalen Erbrecht“, *Festschrift von Hoffmann*, Bielefeld, 2011.
- Looschelders Dirk, *Internationales Privatrecht*, Springer Verlag, 2013.
- Lorenz Stephan, „Renvoi und ausländischer ordre public“, *Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag* (Hrsg. Rolf A. Schütze), München, 2022.
- Lorenz Stephan, *BeckOK BGB, EGBGB*, 46. Auflage, München, 2017.
- Mayer Pierre, „Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé Cours général de droit international privé“, *Cours général de droit international privé* (2003), Vol. 327, Leiden, 2007.
- Mayer Pierre, Heuzé Vincent, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, 2019.
- Michael Sachs, *Kommentar zum Grundgesetz*, 8. Auflage, München, 2018.
- Mills Alex, „The Dimensions of Public Policy in Private international Law“, *Journal of Private International Law*, Vol. 4, Nr. 2/2008.
- Myrphy Anthony, „On Family Protection and Testamentary Freedom in the Common Law Tradition“, *Studii, Europene si Relatii Internationale*, 2021.
- Nietner Sarah, *Internationaler Entscheidungseinklang im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, 2016.
- North Peter M., Fawcett J. J., *Chechire and North's Private International Law*, 13th ed., London, 1999.

- Ogposito Agbo Festus, „Implications on Statutory and Cultural Restrictions on Testamentary Freedom on Validity of Wills“, *International Review of Jurisprudence*, Vol. 1, Nr. 3/2019.
- Othenin-Girard Simon, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zürich, 1999.
- Пак Милан, *Међународно приватно право*, Београд, 1986. (Pak Milan, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1986)
- Pataut Etienne, *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (COM(2009)154), Bruxelles, 2010.
- Pfundstein Tobias, *Pflichtteil und ordre public*, München, 2010.
- Pintens Walter, „Einführung in die Grundprinzipien der Erbrechtsverordnung“, *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung* (Hrsg. Martin Löhnig, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald, Herbert Grziwotz, Wolfgang Reimann, Anatol Dutta), Band 15, Bielefeld, 2014.
- Pintens Walter, „Public policy in succession matters“, *Europa als Rechts- und Lebensraum. Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018* (Hrsg. Burkhard Hess, Erik Jayme, Heinz-Peter Mansel), Bileresdorf, 2018.
- Raape Leo, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Berlin – Frankfurt am Main, 1961.
- Revillard Mariel, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 6e éd., Paris, 2006.
- Riering Wolfgang, „Der Erbverzicht im internationalen Erbrecht“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 1998.
- Ристов Ангел, „Нужно наслеђивање: правда или узрок неправде у македонском наследном праву“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2021. (Ristov Angel, „Nužno nasleđivanje: pravda ili uzrok nepravde u makedonskom naslednom pravu“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2021)
- Roggendorf Hannah, „Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions on Testamentary Freedom“, *Edinburgh Law Review*, Vol. 22, Nr. 2/2018.
- Röthel Anne, „Englische Family Provision und ordre public“, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld, 2011.

- Savouré Bertrand, „Réflexions pratiques sur la loi successorale unique et la réserve héréditaire de droit français“, *La semaine juridique notariale et immobilière*, 2015.
- Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право – општи део*, Београд, 2021. (Stanivuković Maја, Živković Mirko, *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Београд, 2021)
- Станивуковић Маја, Ђундић Петар, Ђајић Сања, *Међународно приватно право, посебни део*, Београд, 2022. (Stanivuković Maја, Đundić Petar, Đajić Sanja, *Međunarodno privatno pravo, posebni deo*, Београд, 2022)
- Scalise Jr. Ronald J., „New developments in succession law: the US report“, *European Journal of Comparative Law*, 2010.
- Schlitt Gerhard, Müller Gabriele, *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Auflage, München, 2017.
- Schmidt Jessica, „EuErbVO“, *Beck Online Grosskommentar*.
- Scholz Peter, „Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 1“, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2010. (цитирано као P. Scholtz (2010a))
- Scholz Peter, „Ordre public-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht – Teil 2 (Besonderer Teil)“, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2010.
- Siedelson David E., „The Americanization of Renvoi“, *Duquesne Law Review*, Vol. 7, Nr. 2/1968.
- Siehr Kurt, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2001.
- Simon Ulrich, Buschbaum Markus, „Die neue EU-Erbrechtsverordnung“, *Neue juristische Wochenschrift*, 2012.
- Sloan Brian, „Testamentary Freedom Reaffirmed in the Supreme Court“, *Cambridge Law Journal*, .Vol. 76, Nr. 3/2017.
- Soutier Martin, *Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung (Schriftenreihe der notarrechtlichen Vereinigung (NotRV))*, Keln, 2015.
- Spickhoff Andreas, *Der ordre public im IPR*, Frankfurt am Main, 1998.
- Staudinger, Dörner Heinrich, *Internationales Erbrecht*, Otto Schmidt – De Gruyter, 2007.
- Staudinger, Dörner Heinrich, *Kommentar zum EGBGB – Internationales Erbrecht*, Otto Schmidt – De Gruyter, 2007.
- Stumpf Christoph, „Der Islam und die Menschenrechte“, *Universalität der Menschenrechte, kulturelle Pluralität* (Hrsg. Bernd von Hoffmann), Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2009.

- Stürner Michael, „Die Bedeutung des ordre public in der EuErbVO“, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014.
- Symeonides Symeon C., „Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect“, *The University of Toledo Law Review*, Vol. 45, Nr. 4/2013.
- Symeonides Symeon C., *American Private International Law*, Alphen aan den Rijn, 2008.
- Tate Joshua C., „Caregiving and the case for testamentary freedom“, *Davis Law Review*, Vol. 42, Nr. 1/2008.
- Томић Зоран, „Јавни поредак, појам и структура“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2019. (Tomić Zoran, „Javni poredak, pojam i struktura“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2019)
- Triki Salma, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, Paris, 2013.
- Flick Hans, Piltz Detlev J. (Hrsg.), *Der Internationale Erbfall*, 2. Auflage, München, 2008.
- Friedrich von Savigny Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band VIII, Berlin, 1849.
- Frowein Jochen, Puekert Wolfgang, *Europäische Menschenrechtskonvention – Kommentar*, 3. Auflage, Kehl am Rhein, 2009.
- Hammje Petra, *Droits fondamentaux et ordre public*, *Revue critique de droit international privé*, 1997.
- Hanisch Hans, „Professio juris, réserve légale und Pflichtteil“, *Mélanges Guy Flattet* (éd. Guy Flattet, Bernard Dutoit, Josef Hofstetter, Paul Piotet), Lausanne, 1985.
- Heini Anton, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3. Auflage, Zürich, 2018.
- Herman von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Auflage, Band I, München, 2005.
- Hofman Rainer, *Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, Heidelberg, 1994.
- Hohloch Gerhard, „Internationales Erbrecht und ordre public“, *Festschrift für Dieter Leibold*, Tübingen, 2009.
- Hördt Michael, *Pflichtteilsrecht und EU-ErbVO*, Berlin, 2019.
- Calvo Caravaca Alfonso-Louis, Davi Angelo, Mansel Heinz-Peter, *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, 2016.
- Csöndes Mónika, „The Public Policy (Ordre Public) Rule of the EU Succession Regulation and the Hungarian Inheritance Law“, *EU and Comparative Law Issues and Challenge Series*, Nr. 3/2019.

Wengler Wilhelm, „Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public“, *Juristenzeitung*, 1979.

Werkmüller Sandra, *Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002.

Wolff Lorenz, *Pflichtteilsrecht – Forced Heirship – Family Provision*, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2011.

Aleksandar JAKŠIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Dejan B. ĐURĐEVIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

PUBLIC ORDER AND STATUTORY PORTION

Summary

Testamentary freedom is one of the basic pillars of inheritance law in any legal system. In Eurocontinental law, it is limited, inter alia, by the right of the heir to a statutory portion (forced heirship). On the other hand, Anglo-Saxon law does not recognize the forced heirship. In Europe, there is a tendency to narrow the circle of mandatory heirs. Testamentary freedom is guaranteed in modern Constitutions, while, on the other hand, it is disputed whether the right to inheritance, guaranteed by the Constitutions, also includes the right of heirs to a mandatory portion. In German law, which is based on the decision of the Federal Constitutional Court from 2005 the right to a forced heirship is considered as a part of public order, even as a part of international public order. On the contrary, in France and Hungary, in situations of crossborder inheritance, the right to a forced heirship does not belong to the domain of international public order. Considering the language and aim of Articles 58, 59 and 66 of the Constitution of the Republic of Serbia, it is difficult to argue that the heir's right to a mandatory share is covered by the constitutional guarantees enshrined in Articles 59 and 66. On the contrary, Article 58, which guarantees peaceful enjoyment of property rights, and Article 23 (2), guarantee freedom of testamentary disposition. The same is the case with the European Convention on Human Rights, which guarantees freedom of testamentary disposition, but not the right to inherit.

A foreign law that does not recognize the right to a forced heirship is not contrary to domestic public order. It is possible that the foreign law contains some kind of functional equivalent that aims to financially secure the mandatory heirs which is the case in Anglo-Saxon legal systems. The application of the lex fori along with the application of the lex successionis is contrary to the principle of fairness in Private International Law. Also, it results in dépeçage which is undesirable in PIL and runs counter to the principle of the unity of inheritance property. The application of foreign law governing the inheritance in the Serbian PIL could be limited only in exceptional cases. For example, when the foreign applicable law does not recognize any functional equivalent to a mandatory portion or when the foreign applicable law does not recognize the decedent's minor children any claim to the inheritance property, so that they remain deprived of means necessary for life and, therefore, fall under the burden of state social assistance. Also, for the application of the part of lex fori, it would be necessary that the case of crossborder inheritance is closely related to domestic legal order. For example, that the mandatory heirs are citizens of Serbia with domicile in Serbia.

Key words: *Public Order. – Forced Heirship. – Testamentary Freedom. – Functional Characterization. – Maintenance.*

Датум пријема рада: 11. 12. 2023.

Датум прихватања рада: 10. 1. 2024.