

ČLANCI - ARTICLES

Zlatan MEŠKIĆ*

UDK: 340.132(4-672EU)

str. 5-34.

OGRANIČENJE STRANAČKE AUTONOMIJE U EVROPSKOM KOLIZIONOM PRAVU

Apstrakt

Na naslov "Slobodni izbor prava", nailazimo u oblastima u kojima sa aspekta domaćeg MPP-a to nije uobičajeno, na primer, u svim aktima EU koji regulišu pitanja mjerodavnog prava, od kojih su najvažniji doneseni u obliku uredbi ili (za sada) prijedloga uredbi. Može se s pravom govoriti o autonomiji volje kao opštem načelu Evropskog kolizionog prava. Razlozi za stalni rast njegove uloge u rješavanju problema sa elementom inostranosti prema Jayme-u se trebaju tražiti u osnovnim ljudskim pravima i slobodama i Mancinijevoj individualnoj slobodi volje ili, kako moderno shvatanje to nalaže, legitimnim očekivanjima stranaka kojima se pružanjem slobode izbora mjerodavnog prava najbolje udovoljava.

UVOD

Na samom početku rada želim da ukažem na dio zaključka. Iako je tema postavljena kao ograničenje stranačke autonomije u Evropskom kolizionom pravu

* Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

(EKP) u okviru propisa o mjerodavnom pravu, najsnažniji utisak ostaviće značajno proširenje autonomije volje u odnosu na Zakon o Međunarodnom privatnom pravu (ZMPP)¹. U svim aktima EU koji regulišu pitanja mjerodavnog prava, od kojih su najvažniji doneseni u obliku uredbi ili (za sada) prijedloga uredbi, nailazimo na naslov "Slobodni izbor prava", u oblastima u kojima sa aspekta domaćeg MPP-a to nije uobičajeno.

Autonomija volje do sada je kako u domaćem tako i u EKP-u dominirala kao tačka vezivanja u oblasti ugovornih odnosa.² Sada se autonomija volje u EKP-u kao primarna tačka vezivanja osim u Uredbi Rim I,³ koja reguliše mjerodavno pravo za ugovorne odnose, dodatno može naći u vanugovornim odnosima regulisanim Uredbom Rim II.⁴ Snažno je zastupljena i u mjerodavnom pravu za bračne predmete kako u pogledu razvoda braka u prvobitnom Prijedlogu Uredbe Rim III iz 2006. godine,⁵ odnosno sada u okviru pojačane saradnje između 14 država članica usvojene Uredbe Rim III iz 2010,⁶ tako i u pogledu imovinskih dejstava braka u prijedlogu Uredbe Rim V iz 2011. godine,⁷ ili kako je neki nazivaju Rim III-

¹ Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima, *Sl. list SFRJ* br. 43. iz 1982. U BiH je preuzet Uredbom sa zakonskom snagom br. 2 iz 1992. godine. Zakon i dalje vrijedi u Hrvatskoj, Crnoj Gori i Srbiji, iako su sve tri navedene države kao i Bosna i Hercegovina počele sa radom na novom Zakonu o MPP-u. U Makedoniji vrijedi novi Zakon za Međunarodno privatno pravo, *Sl. Vesnik na R. Makedonija*, br. 87/07 od 12.7.2007. U Sloveniji od 1999. godine vrijedi novi Zakon o Međunarodnom privatnom pravu i postupku, *U. l. R. Slovenije*, br. 56/99.

² Autonomija volje bila je primarna tačka vezivanja u dugo vremena jedinom izvoru EKP-a u oblasti mjerodavnog prava, u Rimskoj konvenciji o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980, *Sl. list EU*, L 266/1.

³ Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Vijeća od 17.6.2008. o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze, *Sl. list EU* 2008, 177/6.

⁴ Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Vijeća od 11.7.2007. o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze, *Sl. list EU* 2007, L 199/40 i dalje.

⁵ Komisija, Prijedlog Uredbe Vijeća za izmjenu Uredbe (EZ) br. 2201/2003 u pogledu nadležnosti u bračnim stvarima i za uvođenje propisa koji se tiču mjerodavnog prava u ovoj oblasti, KOM (2006) 399 konačno.

⁶ Uredba (EU) Vijeća od 20. 12. 2010. o provođenju pojačane saradnje u oblasti mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka, *Sl. list EU* 2010, L 343/10. Pojačanu saradnju u ovoj oblasti zasnovalo je za sada 14 država članica EU: Austrija, Belgija Bugarska, Francuska, Italija, Latvija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Njemačka, Portugal, Rumunija, Slovenija i Španija.

⁷ Komisija: Prijedlog Uredbe Vijeća od 16. 3. 2011. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka u bračno-imovinskom pravu, KOM (2011) 126 konačno. Prijedlogu je prethodila odgovarajuća zelena knjiga; Komisija: Zelena knjiga o kolizionim normama u

2. dio, zatim u pogledu nasljednopravnih odnosa u Prijedlogu Uredbe Rim IV. iz 2009. godine⁸, i konačno u pogledu obaveza izdržavanja u Uredbi iz 2008. godine⁹ i odgovarajućeg Haškog protokola koji uređuje mjerodavno pravo za obaveze izdržavanja iz 2007.¹⁰

Može se s pravom govoriti o autonomiji volje kao opštem načelu Evropskog kolizionog prava. Razlozi za stalni rast njegove uloge u rješavanju problema sa elementom inostranosti prema *Jayme*-u se trebaju tražiti u osnovnim ljudskim pravima i slobodama¹¹ i *Mancinijevoj* individualnoj slobodi volje¹² ili, kako moderno shvatanje to nalaže, legitimnim očekivanjima stranaka kojima se pružanjem slobode izbora mjerodavnog prava najbolje udovoljava.¹³ Tako argumentuje i *Basedow* koji u autonomiji volje vidi preddržavno subjektivno pravo

bračno-imovinskom pravu s posebnim osvrtom na nadležnost i međusobno priznanje, KOM (2006) 400. Istovremeno doneti Prijedlog Uredbe o mjerodavnom pravu za imovinske odnose registrovanih partnerstva predstavlja izuzetak od predstavljenog razvoja, jer u pogledu imovinskih dejstava registrovanog partnerstva u čl. 15. Prijedloga Uredbe kao jedino moguće mjerodavno pravo predviđa pravo mjesta registracije partnerstva, bez mogućnosti izbora mjerodavnog prava. Izuzetak se pravda razlikama između nacionalnih prava država članica koja poznaju institut registrovanog partnerstva. Komisija: Prijedlog Uredbe Vijeća od 16. 3. 2011. godine o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka u imovinskom pravu registrovanih partnerstva, KOM (2011) 127 konačno.

⁸ Komisija: Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i javnih isprava u nasljednim stvarima kao i o uvođenju Evropske isprave o nasljedstvu, KOM (2009) 154 konačno.

⁹ Uredba (EZ) br. 4/2009 Vijeća od 18.12.2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i saradnji u pogledu obaveza izdržavanja, Sl. list EU 2009, L 7/1.

¹⁰ Protokol o mjerodavnom pravu u pogledu obaveza izdržavanja, zaključen u Hagu 23.11.2007.

¹¹ Vidi E. Jayme, *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport definitive, Annuaire de l'Institut de droit international, session de Bâle*, vol. 64-I, 1991, 65.

¹² Vidi npr. K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009, 146; Vidi E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008, 219; E. Jayme, *Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie*, u: B. Jus/W. Rechberger/G. Reichelt (ed.), *Kollisionsrecht in der EU – Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts*, Jan Sramek Verlag, Wien 2008, str. 65.

¹³ Legitimna očekivanja stranaka u EKP-u uzimaju u obzir u svom izvještaju već 1980. M. Giuliano/P. Lagarde, *Izvještaj o Rimskoj konvenciji*, Sl. list EU 1980, C 282/1 o čl. 14. Kao primjer porasta uticaja načela legitimnih očekivanja stranaka u EKP-u može se navesti čl. 5. st. 1. Uredbe Rim II, gdje evropski zakonodavac načelo najbliže veze konkretizuje na takav način da se može odstupiti od prethodno utvrđenog mjerodavnog prava ukoliko ono ne odgovara legitimnom očekivanju proizvođača.

pojedinaца da se slobodnom izjavom volje podrede određenom pravom poretku. U slučajevima sa elementom inostranosti, pozitivno pravo upravo ne pruža pravnu sigurnost koju pojedinac opravdano očekuje, pa su stranke te koje pravnu sigurnost tek trebaju da stvore izjavom volje kao odrazom svoje predrđžavne individualne slobode.¹⁴ Ne smije se zanemariti da se u često teškom i dugotrajnom zakonodavnom postupku EU manja politička obojenost ove tačke vezivanja rado prihvata kao kompromisno rješenje kada se zakonodavni organi EU ne mogu dogovoriti oko objektivne tačke vezivanja. Ipak se ovakav odraz načela "*in dubio libertas*" ne smije shvatiti kao rješenje iz očajja.¹⁵ Naime, u prilog autonomiji volje kao tački vezivanja govore praktični razlozi poput kraćeg parničnog postupka, veće pravne sigurnosti u trgovačkom pravu i prikladnijeg prava za slučaje sa posebnim okolnostima koje unaprijed definisane generalne kolizione norme ne mogu predvidjeti.¹⁶ Može se i jednostavnije argumentovati da se kolizione norme konačno usklađuju sa dispozitivnim propisima materijalnog prava. S obzirom na cilj EU da se u većoj mjeri nego što je to do sada bio slučaj približi svojim građanima, mogao bi se povećanoj primjeni načela autonomije volje pripisati i prethodno osporeni politički kontekst. Njenim uvođenjem u porodičnopravne i nasljednopravne odnose slabi se do sada dominantni princip državljanstva, pa se građani odvajaju od države kojoj pripadaju u korist entiteta koji im ovu slobodu nudi, a to je EU. Tako se u ovim oblastima u EKP-u umjesto samog objektivnog vezivanja, objektivno vezivanje kombinuje sa subjektivnim da bi se pojedincima pružila mogućnost da svoj kulturološki identitet izraze i pravno.¹⁷ Nasuprot tome, u obligacionim odnosima subjektivno vezivanje je pravilo, a objektivno vezivanje je izuzetak koji se mora opravdati interesima trećih ili nadređenim opštim interesima.¹⁸

¹⁴ Vidi J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1/2011, str. 57.

¹⁵ Vidi J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Auflage, Tübingen 2001, str. 289.

¹⁶ Vidi npr. T. Varadi/B. Bordaš/K. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad 2005, str. 364, J. Kropholler, *n. delo*, str. 289.

¹⁷ Vidi S. Leible, *Der Beitrag der Rom II-Verordnung zu einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, u: G. Reichelt (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR-Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, Manz, Wien 2007, str. 46.

¹⁸ Vidi S. Leible, *Rom I und Rom II-Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Heft 173, Universität Bonn 2009, str. 26.

Ovako široko zastupljeno načelo autonomije volje u EKP-u podliježe ograničenjima koja su nam poznata iz domaće teorije, ali i novim ograničenjima koja su vezana za prirodu oblasti na koje je prošireno. Ograničenja autonomije biće predstavljena sa aspekta njihove zastupljenosti u svim oblastima, karakterišući autonomiju volje kao opštevažeće načelo EKP-a.

NAČIN IZBORA MJERODAVNOG PRAVA

Izbor mjerodavnog prava stranke u ugovornim i vanugovornim odnosima mogu izvršiti izričito ili prećutno. Hipotetički izbor mjerodavnog prava neovisno o oblasti nije moguć u EKP-u. Prećutna autonomija volje za ugovorne odnose mora nedvojbeno proizilaziti iz odredbi ugovora ili okolnosti slučaja (čl. 3. st. 1. Rim I), a u vanugovornim obavezama mora sa razumnom sigurnošću proizilaziti iz slučaja (čl. 14. st. 1. Rim II). Razlika se može objasniti tako što je Uredba Rim II po uzoru na Rimsku konvenciju (čl. 3. st. 1.) koristila po mnogima nedovoljno snažnu formulaciju "razumne sigurnost" zbog čega je u kasnije donesenoj Uredbi Rim I korišten izraz "nedvojbeno" (eng. *clearly demonstrated*; njem. *eindeutig*).¹⁹ Izbor mjerodavnog prava za razvod, nasljednopravne i pravo izdržavanja odnose mora biti izričit.²⁰

Prema većinskom stajalištu nauke ugovor o izboru mjerodavnog prava predstavlja zaseban ugovor koji ne slijedi sudbinu glavnog ugovora.²¹ Zahtjevi za formu ugovora o izboru mjerodavnog prava za glavni ugovor služe pravnoj sigurnosti i zaštiti od prebrzog donošenja odluke.²² Navedeni ciljevi ostvaruju se pisanom

¹⁹ Vidi E. Jayme, *n. delo*, str. 70; S. Leible/M. Lehmann, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom I), *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), Heft 8/2008, str. 532.

²⁰ U pogledu mjerodavnog prava za naslijeđivanje prijedlog Uredbe Rim IV koristi izraz „izričito“ (čl. 17. st. 2.) kao što to radi i čl. 7. Haškog protokola koji vrijedi samo za potrebe pojedinačnog postupka u nekoj državi, kada stranke biraju *lex fori* kao mjerodavno pravo. Nasuprot tome, zakonodavac EU u čl. 20a st. 2. prijedloga Uredbe Rim III u pogledu razvoda braka i čl. 8. st. 2. Haškog protokola iz 2007. u pogledu obaveza izdržavanja ne navodi uslov izričitog izbora, ali putem propisa o formi izbora, zahtijevajući najmanje pismenu formu i potpis obe strane, želi da stranke budu svjesne odluke koju donose. Stoga bi se ovi propisi morali tumačiti u smislu izričitog izbora kao jedinog dozvoljenog oblika izbora u ovim oblastima. Prijedlozi Uredbi bi u tom pravcu trebali biti korigovani u konačnim verzijama.

²¹ Vidi T. Varadi/B. Bordaš/K. Knežević, *n. delo*, str. 376.

²² Vidi npr. A. Bonomi, Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations-Explanatory Report, *Hague Conference on Private International Law*, 2009, str. 30. Dostupno na: www.hcch.net/upload/wop/expl39e.pdf (posljednja posjeta 5. februar 2011.)

formom, gdje se za izbor mjerodavnog prava za razvod braka (u čl. 7. Uredbe Rim III)²³ i obavezu izdržavanja (čl. 7. st. 2. Haškog protokola) dodatno zahtijeva potpis obe strane, dok se za nasljednopravne odnose mora ispuniti forma raspolaganja za slučaj smrti (čl. 17. st. 2. Prijedloga Uredbe Rim IV). Nasuprot tome u ugovornim odnosima evropski zakonodavac se pobrinuo da alternativnim kolizionim normama, koje u nekim slučajevima pružaju mogućnost primjene više od pet pravnih poredaka²⁴, osigura da izbor prava neće biti osporen iz formalnih razloga (čl. 11. Rim I). Ovo opravdano ne vrijedi u slučaju potrošačkih ugovora odnosno za zasnivanje stvarnih prava na nekretnini, njenom najmu ili zakupu, gdje je mjerodavno pravo redovnog boravišta potrošača odnosno mjesto nalaženja stvari (čl. 11. st. 4. i 5. Rim I). Uredba Rim II ne uređuje formu izbora prava²⁵, tako da za nju vrijede propisi Uredbe Rim I.²⁶ Ovdje propisi Uredbe Rim I o mjerodavnom pravu za formu ugovora o izboru mjerodavnog prava imaju funkciju općih propisa EKP-a, pa vrijede ukoliko propisi iz date oblasti kao *lex specialis* ne određuju drugačije.

Stranačka autonomija volje u EKP-u u pogledu načina na koji može biti izvršena podliježe i određenim vremenskim ograničenjima. U uporednom MPP-u se najčešće ograničenja postavljaju u pogledu izbora prava nakon početka postupka pred nadležnim organom, kao i u pogledu mogućnosti izmjene već učinjenog izbora mjerodavnog prava. Najliberalnije propise nalazimo u oblasti ugovornih odnosa, gdje čl. 3. st. 2. Rim I izričito dozvoljava izbor prava „u bilo koje vrijeme” kao i mogućnost promjene već izabranog prava, s tim što promjena ne utiče na validnost ugovora ili prava trećih lica. Vremenski neograničen izbor predviđaju samo još čl. 7. i 8. Haškog protokola, iako vrijeme izbora uslovljava određenu

²³ Uredba Rim III iz 2010. godine, doneta u okviru pojačane saradnje, u čl. 7. st. 2 zahtijeva strožu formu ukoliko to predviđa pravo države u kojoj su bračni drugovi imali zajedničko redovno boravište u vrijeme sklapanja sporazuma. Nadalje, prema čl. 7. st. 3. Uredbe Rim III, ukoliko bračni drugovi u vrijeme izbora prava imaju redovno boravište u različitim državama dovoljno je da su alternativno ispunjeni uslovi prava jedne od tih država. Konačno, prema čl. 7. st. 4. ukoliko samo jedan bračni drug ima redovno boravište u jednoj od država koje učestvuju u pojačanoj saradnji u okviru Uredbe Rim III, a pravo te države postavlja dodatne uslove za formu sporazuma o izboru prava, forma sklopljenog sporazuma u vrijeme izbora mora ispuniti uslove prava te države učesnice.

²⁴ Vidi S. Leible/M. Lehmann, *n. delo*, str. 540.

²⁵ U tački 31. preambule Uredbe Rim II zakonodavac samo navodi da se pri odlučivanju o tome da li je došlo do sporazumnog određenja mjerodavnog prava treba poštovati volja stranaka. Ova napomena treba se tumačiti u smislu odredbi Uredbe Rim I.

²⁶ Vidi K. Sajko, *n. delo*, str. 432.

formu. U vanugovornim obavezama mjerodavno pravo se u pravilu može birati nakon nastanka štetnog događaja prema čl. 14. st. 1. Rim II, a *ex ante* izbor je dozvoljen samo osobama koje se bave trgovačkom djelatnošću, što služi zaštiti slabijih strana pa će biti opširnije opisano u tom poglavlju. Naknadna izmjena prava nije tretirana, ali se treba smatrati mogućom kako prema Haškom protokolu tako i prema Rim II. U oblasti razvoda braka prijedlog Uredbe Rim III iz 2006. u čl. 20a. st. 2. kao i usvojena verzija u okviru pojačane saradnje iz 2010. u njenom čl. 5. st. 2. saglasni su da izbor mjerodavnog prava mora biti učinjen najkasnije na početku postupka. Međutim, usvojena Uredba Rim III iz 2010. u čl. 5. st. 3. ostavlja mogućnost izbora prava i u toku postupka ako to dozvoljava pravo države foruma, što nije predviđeno u prijedlogu Rim III iz 2006. U nasljednopravnim odnosima vrijeme izbora predodređeno je prirodnim slijedom događaja.

Dok su razlike u pogledu vremenskog ograničenja izbora prava zavisno od oblasti o kojoj je riječ u određenom obimu opravdane, postoji istinska potreba za usklađivanjem formulacija i detaljnosti regulacije pojedinih aspekata ovog problema u EKP-u. Bespotrebno je nadležne organe dovoditi u poziciju da zavisno od oblasti moraju različito tumačiti vremenske odrednice izbora prava, naročito uzimajući u obzir da one nerijetko uslovljavaju formu u kojoj izbor mora biti učinjen, a time i samu validnost izbora i primjenu izabranog prava.

AUTONOMIJA VOLJE U SLUČAJEVIMA BEZ ELEMENTA INOSTRANOSTI

U pravnoj nauci kojoj je ZMPP domaći zakon nemogućnost kolizionopravne autonomije volje u slučajevima koji nemaju element inostranosti se podrazumijeva. Prema stavu tako definisane domaće nauke, u domaćem slučaju bez elemenata inostranosti izbor stranog mjerodavnog prava smatra se materijalnopravom autonomijom volje sa efektima koje ova vrsta stranačke autonomije podrazumijeva.²⁷ Ovakav stav uslovljen je područjem primjene ZMPP, koji u svom čl. 1. zahtijeva "međunarodni element" da bi stranke došle do prava izbora koje im daje čl. 19. ZMPP. Sam izbor stranog prava pri tome ne može čisto domaći slučaj učiniti međunarodnim, niti u domaćem MPP-u²⁸ niti u EKP-u.²⁹

²⁷ Vidi npr. M. Dika/G. Knežević/S. Stojanović, *Komentar Zakona o Međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd 1991, str. 74; M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 2000, str. 430.

²⁸ Vidi M. Dika/G. Knežević/S. Stojanović, *n. delo*, str. 11.

²⁹ Vidi U. Magnus, *Die Rom I-Verordnung, Praxis des Internationales Privat- und Zivilverfahrensrechts*, 1/2010, str. 34.

Izbor stranog mjerodavnog prava bez elementa inostranosti u EKP-u veliki dio nauke također smatra materijalnopравnim.³⁰ Ovakav zaključak zasnovan je na činjenici da Rim I i Rim II u svom prvom članu također ograničavaju područje primjene samo na (van)ugovorne odnose koji imaju vezu sa pravom više država, te da čl. 3. st. 3. Rim I i čl. 14. st. 2. Rim II za takve slučaje propisuju da izbor prava ne utiče na primjenu prinudnih propisa države sa kojom je slučaj isključivo povezan. Međutim, upravo posljednje navedeni propisi jasno pokazuju da se u EKP-u u čisto domaćim slučajevima radi o kolizionopravnoj autonomiji volje. Naime, izabrano strano pravo ne postaje samo sadržaj ugovora kao što bi to bio slučaj kod materijalnopравne autonomije volje, nego je riječ o kolizionopravnom upućivanju na pravo strane države, kome je dejstvo ograničeno eventualnim prinudnim propisima države u kojoj se nalaze svi elementi slučaja.³¹ Stoga su mogući slučajevi u kojima izbor prava dovodi do kumulativne primjene prinudnih propisa domaće države i stranog prava, pa uzrokuje pretjeranu zaštitu jedne od stranaka i zahtijeva korigovanje rezultata prilagođavanjem. Primjenom materijalnopравne autonomije volje ova situacija mnogo bi se jednostavnije riješila tumačenjem ugovora čije je strano pravo postalo sadržaj.³² Bez obzira na kritiku, kolizionopravno upućivanje sadržano u predstavljenim normama ne može se pretvoriti u materijalnopравno samim time što mu je ograničeno dejstvo.³³ Ovdje bi bilo značajno ispitati kada slučaj postaje međunarodni u takvom smislu da stranke mogu izbjeći prinudne propise koji se primjenjuju prema čl. 3. st. 3. Rim I i 14. st. 2. Rim II, ali takvo ispitivanje prevazilazi okvire ovog rada.

Iz perspektive država kojima je cilj članstvo u EU, zanimljiva je tzv. "klauzula unutrašnjeg tržišta"³⁴ iz čl. 3. st. 4. Rim I i čl. 13. st. 4. Rim II³⁵ prema kojoj u

³⁰ Vidi S. Leible/M. Lehmann, *n. delo*, str. 534; K. Sajko, *n. delo*, str. 432; B. V. Hoffman/K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, Beck, München 2005, str. 433; vidi D. P. Henry, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl-Eine Untersuchung ihrer Wirkungen und Grenzen*, Dike, Zürich 2009, str. 146; I. Kunda, Uredba Rim II-Ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obaveze u Europskoj uniji, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2/2007, str. 1283.

³¹ Vidi D. Martiny, *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch-Internationales Privatrecht*, čl. 27. EGBGB, Beck, München 2006, str. 1711.

³² Npr. u pogledu sadržajne kontrole opštih uslova poslovanja; Vidi F. Maultsch, *Rechtswahl und ius cogens im Internationales Schuldvertragsrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Vertragsrecht* (RabelsZ), 1/2011, str. 68.

³³ Vidi H. Heiss, *Party Autonomy*, u S. Leible/F. Ferrari (ed.), *Rome I Regulation*, Sellier, München 2009, str. 2; A. Dickinson, *The Rome II Regulation-The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford Private International Law Series, 2008, str. 557.

³⁴ Njem. Binnenmarktklausel.

obligacionim odnosima kada se svi elementi slučaja nalaze na teritoriji EU, pri čemu ne moraju biti na teritoriji samo jedne države članice pa ovdje EU očigledno treba shvatiti kao buduću državu, stranački izbor prava države nečlanice ne derogira prinudne propise države foruma kojima su transponovane materijalnopravne norme EU. Razumljivo je da EU uz sva nastojanja za kodifikacijom materijalnog prava na nivou EU i njenim najvećim uspjesima u oblastima potrošačkog i radnog prava gdje su prinudni propisi naročito česti, ne želi dozvoliti da se napor za harmonizacijom poništi tako što će elementi slučaja biti raspoređeni na najmanje dvije države članice a pri tome izabrano pravo treće države. Dejstvo klauzule slično je zaštiti koja vrijedi u čisto domaćim slučajevima, samo ovoga puta dejstvo izabranog stranog prava ograničavaju prinudni propisi nacionalnih akata kojima se implementira pravo EU. Ukoliko država svojim implementacionim aktom proširi područje primjene u odnosu na propis EU koji želi implementirati, u obimu proširenog dijela pravo treće države primjenjuje se neovisno o nacionalnim prinudnim propisima *lex fori*.³⁶ Ostaje nerazumljivo zašto se ne primjenjuju transponovani prinudni propisi objektivno utvrđenog mjerodavnog prava, umjesto neopravdanog upućivanja na propise *lex fori*.³⁷

PRAVA KOJA MOGU BITI IZABRANA

Ograničenje autonomije volje na određeni krug prava koja mogu biti izabrana zapravo pretpostavlja odgovor na dva različita pitanja: da li je moguće izabrati nedržavno pravo i mora li postojati koneksitet između činjeničnog stanja i izabranog prava.

Izbor nedržavnog prava

Mogućnost izbora nedržavnog prava izazvalo je opširnu diskusiju u pravnoj nauci, naročito zbog velikih projekata kodifikacije materijalnog privatnog prava na nivou EU u obliku Zajedničkog referentnog okvira ili opcionalnog instrumenta.³⁸

³⁵ Čl. 14. st. 3. Rim II ukazivanje na *lex fori* ublažava izrazom "kada je to primjereno" (njem. "gegebenenfalls", engl. "where appropriate"), ali praktični značaj ovog dodatka nije potpuno jasan i ostao je gotov ne primjećen u literaturi.

³⁶ Vidi U. Magnus, *n. delo*, str. 34.

³⁷ Vidi Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *RabelsZ*, 1/2003, str. 36; Th. Thiede, Die Rechtswahl in den Römischen Verordnungen, u B. Verschraegen (ed.), *Rechtswahl-Grenzen und Chancen*, Jan Sramek, Wien 2010, str. 58.

³⁸ Vidi Z. Meškić, *n. delo*, str. 3 i dalje.

U oblasti ugovornog prava ovakva mogućnost otvorila bi put za primjenu visoko cijenjenih UNIDROIT-trgovačkih principa,³⁹ Landovih načela,⁴⁰ *lex mercatoria*, u oblasti elektronskog poslovanja kodeksa ponašanja nedržavnog karaktera, međunarodnih ugovora koje država foruma nije potpisala itd,⁴¹ dok su u oblasti vanugovornog prava to prije svega *Principles of European Tort Law*.⁴² Evropski zakonodavac se uprkos prijedlogu Komisije za Uredbu Rim I koji je dozvoljavao izbor nedržavnog prava odlučio protiv ovakve mogućnosti, te sada u tački 13. obrazloženja Rim I navodi samo da stranke nisu spriječene da u svom ugovoru ukažu na nedržavnu regulaciju ili međunarodni ugovor. Ovo se može shvatiti kao dozvola materijalnopravne autonomije gdje izabrane odredbe postaju dio ugovora i ne derogiraju nacionalne prinudne propise mjerodavnog prava.⁴³ Ipak nema razloga za brigu za buduće projekte unifikacije privatnog prava na nivou EU, jer 14. tačka obrazloženja Uredbe Rim I za regulacije materijalnog ugovornog prava na nivou EU predviđa da se u samim aktima koje EU želi donijeti može dozvoliti strankama da ih izaberu kao mjerodavno pravo. Stoga će Zajednički referentni okvir ili opcionalni instrument morati uvrstiti odredbu koja strankama omogućava tzv. „opt in”. Tada će ovo uniformno pravo kao *lex specialis* imati prednost pred primjenom Rim I i neće podlijeći kontroli čl. 3. Ili 6. Rim I.⁴⁴ Iz navedenog je vidljivo da se diskusija o mogućnosti kolizionopravnog izbora nedržavnog prava za sada postavlja samo u oblasti ugovornog prava, dok je u ostalim oblastima ograničena na one norme koje utvrđeno mjerodavno pravo smatra dispozitivnim.⁴⁵

³⁹ UNIDROIT (ed.), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 2004, 2004 ; Vidi M. J. Bonell, UNIDROIT Principles 2004- The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, *Uniform Law Review*, 1/2004, str. 5; www.unilex.info.

⁴⁰ O. Lando/H. Beale (ed.), *The Principles of European Contract Law I und II*, Kluwer Law International, The Hague 1999; O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (ed.), *The Principles of European Contract Law III*, Kluwer Law International, Dordrecht 2003.

⁴¹ Vidi E. Jayme, Die Vergemeinschaftung des Europäischen Vertragsübereinkommens (Rom I), u G. Reichelt/W. Rechberger (ed.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Manz, Wien 2004, str. 5.

⁴² European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Springer, Wien/New York 2005.

⁴³ Vidi S. Leible/M. Lehmann, *n. delo*, str. 533.

⁴⁴ Vidi P. Mankowski, CFR und Rechtswahl, u M. Schmidt-Kessel, *Der Gemeinsame Referenzrahmen- Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Sellier, München 2009, str. 418, 420.

⁴⁵ S. Leible vidi mogućnost primjene budućeg Zajedničkog referentnog okvira i na vanugovorne obaveze, ukoliko konačni akt bude regulisao ovu oblast, jednostavnim ubacivanjem "opt in" klauzule u sam Zajednički referentni okvir. S. Leible, *Rechtswahl im IPR der außervertraglichen*

Koneksitet

Zahtjev koneksiteta predmeta za izabranim mjerodavnim pravom postavlja se u međunarodnom porodičnom i nasljednom pravu, dok je u EKP-u za obligacione odnose strankama prepušteno da izaberu pravni poredak za koji smatraju da najbolje reguliše njihova pitanja. Kriterij koneksiteta konačno ograničava krug država čije pravo može biti izabrano, jer je općeprihvaćeno da autonomija volje neposredno upućuje na materijalno pravo, ne uzimajući u obzir kolizione norme države na koju je upućeno. Tako u oblastima u kojima EKP zahtijeva koneksitet prilikom izbora prava, nije dozvoljen izbor stranog kolizionog prava, jer bi se time otvorila vrata izbjegavanju koneksiteta. Izbor stranog kolizionog prava ostvario bi svrhu izbjegavanja koneksiteta samo ukoliko bi stranke izabrale pravo treće države, jer bi izborom kolizionog prava države članice bilo mjerodavno pravo države čije bi pravo bilo mjerodavno i bez izbora prava. S obzirom da je EU u oblastima porodičnog i nasljednog prava još uvijek daleko od harmonizacije svog materijalnog pravog u onom obliku u kojem je to već nagoviješteno u kolizionom pravu, jasno je da u ovim oblastima nije uvedena „klauzula unutrašnjeg tržišta“, pa bi dozvolom izbora kolizionog prava treće države stranke nesmetano izbjegle uslove EKP-a.⁴⁶

Uslovi koneksiteta najstrožije su postavljeni u prijedlogu za Rim IV koja reguliše nasljedno pravo gdje je izbor ograničen samo na državu čije državljanstvo ima ostavioc. Tako osim u slučaju više državljanstava, ostavioc uopšte ima mogućnost izbora mjerodavnog prava samo ako u trenutku njegove smrti njegovo redovno boravište kao jedina objektivna tačka vezivanja (vidi čl. 16. Rim IV), nije na teritoriji države čije ima državljanstvo. Prijedlog Rim IV ne definiše da li se radi o državljanstvu koje ima u vrijeme smrti ili u vrijeme izbora. *Dorner/Lagarde* zastupaju mišljenje da bi trebalo dozvoliti ostaviocu da bira kako između državljanstva koje će imati u vrijeme smrti tako i trenutnog državljanstva, pa čak i redovnog boravišta u vrijeme izbora, da bi se odgovorilo interesima ostavioca da

Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 5/2008, str. 261.

⁴⁶ Generalno isključenje renvoi u EKP-u neposredno onemogućava kolizionopravno preupućivanje neovisno o oblasti o kojoj se radi. Međutim, u oblasti obligacionih odnosa bilo bi prestrogo nepriznati strački izbor stranih kolizionih normi, uzimajući u obzir da nije ograničen krug država čije pravo mogu izabrati, bilo to neposrednim izborom materijalnog prava ili posredno putem izbora kolizionih normi određene države. Bitno je ne igubiti iz vida konačno pravo na koje upućuju kolizione norme koje su izabrane, jer tako određeno mjerodavno pravo može biti dergirano "klauzulom unutrašnjeg tržišta".

osigura kontinuitet stavljanjem ostavštine pod dotadašnjim državljanstvom ili da ga podvrgne pravu države u kojoj se nastoji asimilirati.⁴⁷ Evropski zakonodavac se odlučio da ostavioc može izabrati samo državljanstvo koje „ima“ ostavio koristeći sadašnje vrijeme, a u objašnjenju čl. 17. Prijedloga Rim IV navodi da se treba osigurati da imovina ostane pod dosadašnjim režimom, bez obzira što je koristio slobodu kretanja u EU. Stoga se mogućnost izbora može tumačiti samo u smislu državljanstva koje ostavioc ima u vrijeme izbora, iako bi naravno bilo mnogo bolje izbjeći razmatranja mobilnog sukoba zakona i vremenski fiksirati pravo izbora u samoj Uredbi. Osim toga, izričito navođenje bilo bi dosljedno s obzirom da Uredbi Rim III iz 2010. i u Haškom protokolu stranka može birati pravo državljanstva ili redovnog boravišta koje je jedna od stranaka imala u vrijeme izbora.⁴⁸ Može se reći da je prijedlog uz navedeni nedostatak putem autonomije volje uspješno pomirio redovno boravište i državljanstvo, i strogim uslovom koneksiteta istovremeno pružio i pravnu sigurnost nužnim nasljednicima.⁴⁹

U oblasti razvoda braka i prava izdržavanja zahtjevi koneksiteta su u mnogome blaži i pružaju najmanje tri mogućnosti zasnovane na načelu najbliže veze i dodatno pravo države foruma, gdje je očigledno pojednostavljeno postupka prevagnulo nad pravednim određenjem mjerodavnog prava. U pogledu obaveza izdržavanja prema čl. 7. st. 1. moguće je izabrati *lex fori* samo za konkretan postupak, dok u pogledu razvoda braka takvo ograničenje ne postoji u prijedlogu Rim III od 2006. i usvojenoj Uredbi Rim III iz 2010. Pored već navedenih mogućnosti izbora koje su slično uređene za razvod braka i obaveze izdržavanja, čl. 8. st. 1.c. i d. Haškog protokola pružaju mogućnost primjene prava koje je izabrano za imovinski režim/razvod braka ili objektivno utvrđenog prava za imovinski režim/razvod braka. Prijedlog Uredbe Rim V u čl. 16. za imovinski režim braka dozvoljava izbor prava države zajedničkog redovnog boravišta, redovnog boravišta jednog od bračnih drugova ili državljanstva jednog od bračnih drugova u vrijeme izbora, bez mogućnosti izbora prava *lex fori*. Ukoliko izbor prava za imovinski režim/razvod braka nije dozvoljen prema *lex fori*, ništavost ovog izbora povlači i ništavost izbora za obaveze izdržavanja.⁵⁰ U pogledu

⁴⁷ Vidi H. Dörner/P. Lagarde, *Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechts und Internationalen Privatrechts der Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, Deutsches Notarinstitut, 2002, str. 267.

⁴⁸ Vidi čl. 8. st. 1.a Haškog protokola i čl. 5. st. 1.b. i c. Uredbe Rim III.

⁴⁹ Vidi R. Auricchio, *Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, *Iurratio*, 2/2008, str. 47.

⁵⁰ Vidi A. Bonomi, 33.

objektivno utvrđenog imovinskog režima/razvoda braka, stranke se mogu odlučiti da izaberu isto pravo na obaveze izdržavanja u toku postupka i nakon što je mjerodavno pravo za imovinski režim/razvod braka već utvrđeno.⁵¹ Ukoliko se na ovaj način izabere *lex fori*, onda se ne radi o pravu izabranom samo za ovaj postupak u skladu sa čl. 7. Haškog protokola, nego o generalnom izboru prava u skladu sa čl. 8. st.1.c i d. Haškog protokola. Značajno je napomenuti da izbor mjerodavnog prava za razvod braka u skladu sa prijedlogom Uredbe Rim III od 2006. i usvojenom Uredbom Rim III od 2010. godine u okviru pojačane saradnje, ne obuhvata mjerodavno pravo za ništavost braka, s obzirom da je ono u neodvojivoj vezi sa punovažnosti braka gdje preovladavaju *lex loci celebrationis* i *lex patriae*.⁵²

Dépeçage

Poseban problem predstavlja mogućnost izbora više pravnih poredaka na isti pravni odnos istovremeno, tj. mogućnost cijepanja prava što izričito dozvoljava samo Uredba Rim I. Za ostale Uredbe postavlja se pitanje da li analogijom primjeniti odredbu čl. 3. Rim I uz obrazloženje da je to sastavni dio stranačke autonomije volje kao opšteg načela EKP-a⁵³ ili ipak odustati od ove mogućnosti u svim drugim oblastima uzimajući u obzir sve negativne posljedice fragmentacije prava. U pogledu vanugovornih obaveza neograničen krug izberivih prava, zasebna zaštita slabijih stranaka i isključenje mogućnosti ograničavanja prava trećih (čl. 4. St. 1. Rim II) govore u korist dozvole *dépeçage*.⁵⁴ U oblastima imovinskog porodičnog i nasljednog prava u teoriji se pravi razlika između cijepanja izbora prava u pogledu pojedinih dijelova imovine, naročito različitim izborom prava za pokretnu i nepokretnu imovinu, i podvrgavanja pojedinih pitanja iste oblasti različitim pravima. Dok se posljednje navedeno gotovo

⁵¹ Ibid.

⁵² Vidi I. P. Tomićić, Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union-Jurisdiction, Recognition and Applicable Law, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4-5 2007, str. 874.

⁵³ Vidi K. Sajko, *n. delo*, str. 432; Vidi E. Jayme, *n. delo*, str. 74.

⁵⁴ Suprotnog mišljenja su A. Dickinson i K. Thorn, koji snažno vrednuju argument da Rim I izričito dozvoljava cijepanje prava, što Rim II ne čini. K. Thorn uzima u obzir i da čl. 14. Rim II ne reguliše iscrpno autonomju volje, pa priznaje da bi se praznine koje su nastale mogle popunjavati preko čl. 3. Rim I. Obojica dolaze do jednakog zaključka da *dépeçage* treba dozvoliti samo u pogledu više različitih vanugovornih obaveza ; Vidi A. Dickinson, 552; Vidi K. Thorn, u Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, München 2011, str. 2674.

jednoglasno odbija,⁵⁵ izbor različitog prava prije svega za nepokretnu imovinu može se naći kao rješenje u komparativnom MPP-u.⁵⁶ Tako je Komisija cijepanje prava u pogledu nekretnina stavila na diskusiju u zelenoj knjizi o imovinskim dejstvima braka iz 2006., a kao ishod diskusije nastao je čl. 15. Prijedloga Uredbe Rim V, koji pod naslovom „jedinstvo mjerodavnog prava“ isključuje mogućnost cijepanja prava. U oblasti nasljednopravnih odnosa ovaj problem je privremeno riješen time što čl. 17. Prijedloga Rim IV govori o izboru prava za "cjelokupnu zaostavštinu" (njem. "*gesamten Nachlass*", eng. "*succession as a whole*"), što neminovno isključuje mogućnost cijepanja prava.⁵⁷ Dozvola *dépeçage* ovdje bi ugrozila mukotrпно očuvani princip jedinstvene zaostavštine. Jednako vrijedi i za bračno-imovinski režim, jer brže rješavanje imovinskog pitanja u pogledu pojedinog predmeta ne može prevagnuti nad dodatnim problemima koje takvo cijepanje prava uzrokuje za ostatak imovine.⁵⁸

NERAVNOPRAVNOST STRANAKA I SADRŽAJNA KONTROLA IZABRANOG PRAVA

Načelo autonomije volje kao sredstvo osiguranja slobode stranaka prilikom uređivanja svojih ličnih i privrednih odnosa, dolazi do svojih granica kada mjerodavno pravo sporazumno određuju neravnepravne strane. Neravnepravnost se očituje u lošijoj pregovaračkoj poziciji jedne strane, uzrokovane npr. ekonomskom nadmoći ili značajno većem iskustvu druge strane kao što je to slučaj u potrošačkim ugovorima ili radnopravnim odnosima u oblasti obligacionih odnosa, ili npr. prilikom ugovaranja mjerodavnog prava za bračno-imovinske odnose sa trudnicom⁵⁹ ili za obaveze izdržavanja sa maloljetnom osobom u međunarodnom porodičnom pravu. Za posljednje navedeni slučaj, Haški protokol iz 2007. isključuje mogućnost izbora prava za obavezu izdržavanja u pogledu maloljetne osobe ili odrasle osobe koja zbog smanjenih sposobnosti nije

⁵⁵ Vidi P. Kemp, *Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, str. 62.

⁵⁶ Vidi tako npr. čl. 15. st. 2. tačka 3. njemačkog EGBGB u pogledu bračne imovine i čl. 25. st. 2. EGBGB u okviru nasljedstva u pogledu nekretnina koje se nalaze na njemačkoj teritoriji.

⁵⁷ Vidi M. Petrović, Predlog Uredbe Evropske unije o nasljeđivanju-korak napred u procesu kodifikacije Međunarodnog privatnog prava EU, *Pravni život*, 12/2010, 544.

⁵⁸ Vidi P. Kemp, str. 70.

⁵⁹ E. Jayme, *n. delo*, str. 72.

u stanju štititi svoje interese (čl. 8. st. 3. Haškog protokola). Izbor prava nije moguć ni u pogledu odustajanja od prava na izdržavanje, gdje je uvijek mjerodavno pravo redovnog boravišta povjerioca (čl. 8. st. 4.). Konačno Haški protokol ostavlja mogućnost sudiji da ne primjeni izabrano pravo, ako bi njegova primjena očigledno vodila do nepoštenih i neprimjerenih posljedica, osim ako su stranke u momentu izbora prava bile sveobuhvatno informisane i time svjesne posljedica svog izbora (čl. 8. st. 5.).

Ovdje je materijalnoppravna tehnika poznata npr. u obliku sadržajne kontrole formularnih ugovora, prenesena na kolizionopravnu zaštitu slabije strane. Nemogućnost osiguranja slobodne volje prilikom izbora mjerodavnog prava, time što manje iskustvo i znanje jednu stranu dovodi u neravnotežan položaj, prenosi se na kontrolu sadržaja izabranog prava u svrhu ispitivanja valjanosti samog izbora prava. Pored toga što se na taj način, kao što je to slučaj i u materijalnom pravu, narušava načelo *pacta sunt servanda*,⁶⁰ poništava se učinak autonomije volje u EKP-u. Naime, autonomija volje u EKP-u kao i u domaćem MPP-u kolizionopravne je prirode, što znači da za razliku od materijalnoppravne autonomije volje, derogira i prinudne propise države čije bi pravo bilo mjerodavno prema objektivnim tačkama vezivanja.⁶¹ Naknadna kontrola sadržaja izabranog prava na osnovu cjelokupnog nacionalnog prava koje bi bez izbora bilo mjerodavno, znači ne samo njegovih prinudnih propisa, s jedne strane suprotno je svrsi zbog koje se strankama ostavlja mogućnost izbora prava, a s druge strane poništava njenu često istaknutu vrlinu najlakšeg određenja mjerodavnog prava. Naime, prilikom sadržajne kontrole sudija mora utvrditi izabrano materijalno pravo i materijalno pravo države čije bi pravo bilo mjerodavno da izbor nije učinjen i doći do zaključka o spojitosti njihovih rješenja po subjektivni interes nosioca prava na izdržavanje. Uzimajući u obzir da je u pogledu tipičnih slabijih stranaka u oblasti obaveza izdržavanja mogućnost izbora prava isključena, postavlja se pitanje da li se kontrola u ostalim slučajevima ne može prepustiti ustanovi javnog poretka ili međunarodnih normi neposredne primjene? Iz ovog ugla posmatrano čini se čak opravdanim da prema članu 7. Haškog protokola navedena ograničenja izbora mjerodavnog prava ne vrijede kada se u pogledu

⁶⁰ Vidi Z. Meškić/A. Brkić, Zaštita potrošača od nepravrednih ugovornih odredbi-usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 5, Zenica 2010, str. 69.

⁶¹ Vidi npr. M. Stanivuković/M. Živković, *Međunarodno privatno pravo - opšti deo*, Službeni glasnik, Novi Sad 2008, str. 139.

obaveze izdržavanja ugovori *lex fori*, čak i ako to uradi maloljetno lice.⁶² Ova mogućnost ipak ima ograničen značaj, s obzirom da čl. 4. Haškog protokola predviđa *lex fori* kao primarnu tačku vezivanja svaki put kada je nosioc prava izdržavanja mlađi od 21. godine i zahtjev podnosi u državi redovnog boravišta nosioca obaveze izdržavanja.⁶³

U ugovornim odnosima, Uredba Rim I pruža zaštitu potrošačima i radnicima putem instituta nacionalnih prinudnih propisa. Izbor mjerodavnog prava potrošača ili radnika u ugovornim odnosima ne smije voditi do pravnog poretka koji im pruža manju zaštitu nego što to čine prinudni propisi mjerodavnog prava utvrđenog na osnovu objektivnih tačaka vezivanja. Radi se o kolizionopravnoj autonomiji volje i u slučaju veće povoljnosti prinudnih propisa izabranog prava u odnosu na prinudne propise prava utvrđenog na osnovu objektivnih tačaka vezivanja ovi posljednji su derogirani. Tako dolazi do poređenja povoljnosti izabranog prava sa prinudnim propisima prava koje bi bilo mjerodavno da nije učinjen izbor. Ukoliko se prvo navedeni pokažu kao nepovoljniji, dolazi do cijepanja prava gdje se u onom obimu u kojem je izabrano pravo nepovoljnije primjenjuju prinudni propisi objektivno utvrđenog mjerodavnog prava, a na ostatak ugovora primjenjuje se odabrano pravo. Na ovaj način nastaje „law mix” između dva prava koji u obliku jedinstvenog pravnog sistema ne postoji nigdje u svijetu a formira se na slijedeći način: Učini se kvalifikacija propisa države redovnog boravišta potrošača (čl. 6. st. 1. Rim I) odnosno prava države redovnog obavljanja rada kod radnika (čl. 8. st. 2. Rim) u pogledu njihovog prinudnog ili dispozitivnog karaktera, pa se u okviru dispozitivnih normi primjenjuje pravo države koje su izabrale stranke bez sadržajne kontrole, a u okviru prinudnih propisa se vrši materijalnopravni test povoljnosti s ciljem primjene povoljnije prava po potrošača odnosno radnika. Kao što ističe Basedow,⁶⁴ još ne postoji dokaz da je zapravo ikada nacionalni sud na ovakav način odredio i primijenio mjerodavno pravo. U ovakvom slučaju nacionalni sudovi će pokušati da izbor mjerodavnog prava proglase ništavim i neposredno primjene pravo redovnog

⁶² Vidi J. Hirsch, Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, u D. Coester-Waltjen/ V. Lipp/ E. Schumann/B. Veit (ed.), *Europäisches Unterhaltsrecht*, 8. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2009, Göttingen 2010, str. 35.

⁶³ Vidi A. Bonomi, *n. delo*, str. 28.

⁶⁴ Vidi J. Basedow, Internationales Verbrauchervertragsrecht-Erfahrungen, Prinzipien und europäische Reform, u H-P Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/Ch. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München 2004, str. 16 i dalje.

boravišta potrošača, odnosno mjesto izvršenja obaveze radnika. Zbog toga je Komisija u prijedlogu Uredbe Rim I uvela potpunu zabranu izbora mjerodavnog prava za potrošača uzimajući u obzir da praktično neće nikada potrošač biti taj koji će zapravo odabrati neko pravo kao mjerodavno, ali to se nije našlo u konačnoj verziji člana 6. Uredbe Rim I.⁶⁵

Čl. 5. Rimske konvencije kojom se pružala kolizionopravna zaštita potrošača prije donošenja Rim I, pružala je identičnu zaštitu kakva je upravo objašnjena u pogledu Rim I, ali je zaštitu uživao samo tzv "pasivni potrošač", tj. onaj potrošač koji je u državi svog redovnog boravišta reagovao na marketinške strategije poduzetnika a nije aktivno, iz sopstvene volje, prešao granicu da bi u inostranstvu zaključivao ugovore. Tako su nastali poznati slučajevi "*Gran Canaria*" u kojima su njemački poduzetnici u Španiji osnivali kćerke firme, čija se glavna aktivnost sastojala u prodaji robe iz majke firme njemačkim turistima na Kanarskim ostrvima. Turistima se obraćalo na njemačkom, pozivani su na prezentacije na kojima im se nudila roba, koja je kasnije isporučena u Njemačkoj gdje je i plaćena. Ugovori su sklopljeni na njemačkom, ali je učinjen izbor u korist španskog prava koje u to vrijeme još nije implementiralo relevantne potrošačke direktive EU. Sva prava i obaveze su ubrzo nakon zaključenja ugovora prenesena na majku firmu u Njemačkoj.⁶⁶ Ovdje Rimska konvencija nije pružala zaštitu jer su se potrošači svojevolljno odlučili na prekograničnu kupovinu, dakle nisu ispunjavali kriterije pasivnog potrošača. Zbog toga se zakonodavac EU nespretno odlučio na zaštitu potrošača unošenjem kolizionih normi u potrošačke direktive EU.⁶⁷ Koliziona norma člana 6. stava 2. Direktive o nepravednim klauzulama⁶⁸ postala je uzor za kolizione norme u svim kasnijim potrošačkim direktivama, određujući da "zemlje

⁶⁵ Vidi opširno Z. Meškić, *Europäisches Verbraucherrecht – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und europäische Perspektiven*, Band 18 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, Manz, Wien 2008, str. 124 i dalje; M. Petrović, *Pravila o mjerodavnom pravu u funkciji zaštite potrošača: Uporedna analiza Prava EU i prava Srbije*, B. Bordaš/M. Stanivuković (ed.), *Zbornik radova sa sedme konferencije za međunarodno privatno pravo - Proširenje "Evropskog pravosudnog prostora"* na države članice CEFTA, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2010, str. 204 i dalje.

⁶⁶ Vidi J. Basedow, *n. delo*, str. 12.

⁶⁷ Vidi opširnije Z. Meškić, *Kolizione norme za zaštitu potrošača u direktivama Evropske zajednice i Uredbi Rim I-novi izazov za ZRSZ*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2/2009, str. 1013 i dalje.

⁶⁸ Direktiva 93/13/EZ o nepravednim klauzulama u potrošačkim ugovorima, Sl. list EU 1993, L 95/29.

članice donose nužne mjere da potrošač ne izgubi zaštitu pruženu direktivom, kada je pravo treće zemlje izabrano kao mjerodavno pravo za ugovor i ugovor stoji u bliskoj vezi sa prostorom (jedne ili više)⁶⁹ zemalja članica. Vidimo da se zaštita pruža samo u slučaju izbora prava države nečlanice i kada ugovor ima blisku vezu sa nekom državom članicom, pri čemu nigdje nije razjašnjeno kada je to slučaj. Problemi se ovdje ne završavaju, jer je naravno direktiva kao pravni akt koji nema horizontalno neposredno dejstvo morala biti implementirana, a države članice različito su implementirale termin „bliske veze.”⁷⁰ Pokušaj Španije da izbjegne dodatne izvore kolizionog prava, time što će kolizione norme direktive implementirati samo ukazivanjem na već postojeću zaštitu pruženu Rimskom konvencijom, Sud EU ocijenio je kao protupravnu.⁷¹ Dodatni problem predstavlja što kolizione norme potrošačkih direktiva samo neprecizno uređuju zabranu izbora prava države nečlanice ne određujući koje pravo će u konačnici biti mjerodavno. Situacija se značajno popravila u pogledu zaštite potrošača u čl. 6. Rim I koji sada pruža zaštitu i "aktivnim potrošačima" ukoliko poduzetnik usmjerava svoju trgovačku djelatnost prema državi redovnog boravišta potrošača.⁷² U većem dijelu Gran Canaria slučaja čl. 6. Rim I bi pružio zaštitu potrošačima, ali do toga neće doći, jer je čl. 23. Rim I dao primat u primjeni normama kojima se implementiraju potrošačke direktive u odnosu na Uredbu Rim I. Novu nadu donosi prijedlog horizontalne potrošačke direktive,⁷³ koja bar u

⁶⁹ Član 12. stav 2 Direktiva 97/7/EZ o zaštiti potrošača pri ugovorima na daljinu, Sl. list EU 1997, L 144/19.

⁷⁰ Uporedi o tome E. Jayme: Haos kojeg smo se bojali je nastupio. Svaka zemlja različito je implementirala član 6. stav 2. Direktive o nepoštenim klauzulama.; "Zum Stand des IPR in Europa", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 1/1996, str. 65.

⁷¹ Sud EU, 9.9.2004, C-70/03, *Komisija v. Španije*, Slg. 2004, I-7999, tačka 31.

⁷² Uredba Rim I u ovom pogledu je sada reformisana po uzoru na čl. 15. Uredbe Brisel I o sudskoj nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (Sl. List EU 2000, L 12). O nadležnosti za potrošačke sporove prema Brisel I vidi V. Tomljenović, Procesnopravni aspekti zaštite potrošačkih odnosa s međunarodnim obilježjem, u V. Tomljenović/E. Čulinović-Herc (ed.), *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu - Izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2005, str. 452.

⁷³ Komisija, 8.10.2008, Direktiva Evropskog Parlamenta i Vijeća o pravima potrošača, KOM (2008) 614 final; Vidi opširnije E. Čikara, Budućnost Potrošačkog ugovornog prava u Evropskoj uniji i zemljama učesnicama, u Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), *Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije*, Forum za Građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Beograd 2010, str. 716.

aktuelnoj verziji prijedloga ne sadrži kolizionne norme, a njenim donošenjem ukinule bi se dosadašnje najvažnije potrošačke direktive.⁷⁴

Na osnovu prethodne analize ponovo se postavlja pitanje, zar ne bi bilo jednostavnije ukinuti kolizionopravnu autonomiju volje kada u ugovorni odnos stupa slabija stranka i zaštitu prepustiti tehnici materijalnopravne autonomije volje? Jedini mogući slučaj kada bi potrošač ili radnik prema važećoj Rim I mogli doći u povoljniji položaj u odnosu na uvođenje potpune zabrane kolizionopravne autonomije volje, jeste kada propisi izabranog prava predviđaju veći nivo zaštite od prinudnih propisa objektivno utvrđenog mjerodavnog prava. Iracionalno je pretpostaviti da će potrošač ili radnik, kojima se zaštita pruža upravo zato što imaju manje informacija od svog ugovornog partnera, biti tako dobro obaviješteni o odnosu prinudnih propisa domaćeg prava i propisa druge države da će u pregovorima sa jačom ugovornom stranom insistirati na izboru njenog prava. Od ovako uređene kolizionopravne autonomije volje ne profitiraju ni poduzetnici/poslodavci, jer ne mogu isključiti prinudne propise redovnog boravišta potrošača odnosno redovnog obavljanja rada. Stoga i prema važećoj Rim I svoje opšte uslove poslovanja moraju usklađivati sa prinudnim propisima svake od ovih država ili odlučiti da naprave jedinstvene opšte uslove poslovanja koji ispunjavaju uslove najstrožijih prinudnih propisa od svih relevantnih država.⁷⁵

Za vanugovorne odnose, Uredba Rim II pruža zaštitu slabijim strankama time što generalno odobrava izbor prava tek nakon nastupa događaja koji je uzrokovao štetu. Time se izbjegava mogućnost da se slabijoj strani unaprijed nametne izbor mjerodavnog prava npr. formularnim ugovorima.⁷⁶ Izbor se može izvršiti unaprijed samo ako se sve stranke bave trgovačkom aktivnošću a sporazum o izboru prava rezultat je slobodnih pregovora. Uslov slobodnog pregovaranja treba shvatiti u smislu pojedinačnog ugovaranja u skladu sa čl. 3. st. 2. Direktive o nepravednim klauzulama u potrošačkim ugovorima⁷⁷, gdje se za odredbu smatra da o njoj nisu vođeni pojedinačni pregovori ako je unaprijed formulisana, pa potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, kao što je to npr. slučaj sa formularnim

⁷⁴ Vidi Z. Meškić, *Međunarodno privatno pravo u potrošačkim ugovorima*, u Ch. Jessel-Holst/G. Galev (ed.), *Potrošačko ugovorno pravo Evropske unije*, Forum za Građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Beograd 2010, str. 727.

⁷⁵ Vidi F. Maultsch, *Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht*, *RabelsZ*, 1/2011, str. 78.

⁷⁶ Vidi I. Kunda, *n. delo*, str. 1282.

⁷⁷ Vidi A. Dickinson, *n. delo*, str. 562.

ugovorima.⁷⁸ Tako klauzula o izboru mjerodavnog prava u opštim uslovima poslovanja mora biti pojedinačno potvrđena od ostalih trgovaca, osim ako sve stranke u svojim opštim uslovima poslovanja ne sadrže klauzulu o izboru jednakog prava, kada se ne vidi razlog zašto takav izbor ne bi bio dopušten.⁷⁹ Teško je pronaći obrazloženje zašto evropski zakonodavac izbor prava u trgovačkim ugovorima podvrgava kontroli slobodnog pregovaranja, dok isto ne radi kod naknadnog izbora prava u kojem učestvuju slabije stranke.⁸⁰ Bez obzira na ova ograničenja, mogućnost izbora *ex ante* smatra se jednim od navažnijih pomaka u Rim II.⁸¹

Vidljivo je da se slabija strana u EKP-u štiti na različite načine: Kolizionim normama u potrošačkim direktivama, što je već kritikovano, potpunim isključenjem autonomije volje i sveobuhvatnom sadržajnom kontrolom u oblasti obaveza izdržavanja, nacionalnim prinudnim propisima u oblasti potrošačkog i radnog ugovornog prava i zabranom *ex ante* izbora u pogledu vanugovornih obaveza. S jedne strane u oblasti vanugovornih obaveza zaštita se ne čini naročito izražena, jer će trgovci samo u ograničenom broju slučajeva imati motiv da unaprijed dogovore mjerodavno pravo, uzimajući u obzir da čl. 4. st. 3. Rim II u slučaju postojanja ugovornog odnosa predviđa akcesorno vezivanje za pravo države mjerodavno za ugovor.⁸² S druge strane isključenje autonomije volje za osobe kojima je zaštita nepotrebnija u kombinaciji sa sveobuhvatnom sadržajnom kontrolom za sve ostale kako je to učinjeno u čl. 8. Haškog protokola ide predaleko. Ako je velika razlika u stepenu zaštite slabije strane u pojedinim oblastima teže razumljiva, onda je metodološka nekonzistentnost neobjašnjiva. Mora se ponovo napomenuti da bi potpuno isključenje autonomije volje u pogledu

⁷⁸ Vidi Z. Meškić/A. Brkić, *n. delo*, str. 67.

⁷⁹ Vidi T. K. Graziano, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, *RabelsZ*, 1/2009, str. 8. Suprotnog mišljenja P. Mankowski, Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, internationales Kartellrecht, renvoi, Parteiautonomie, *Praxis des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts (IPRax)*, 5/2010, str. 401.

⁸⁰ Vidi A. Junker, Der Reformbedarf im Internationalen Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 5/2010, str. 267.

⁸¹ P. Mankowski, *n. delo*, str. 399.

⁸² Motiv može postojati u fazi pregovora, u slučaju primjene određenih konvencija na ugovorni odnos poput Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe ili u slučaju izbora pojedinih privatnih kodifikacija ugovornog prava pred arbitražnim sudom; Vidi T. K. Graziano, *n. delo*, str. 8.

slabijih strana manje metodološki narušilo autonomiju volje kao opšte načelo EKP-a, nego što to trenutno čine sredstva kojima se autonomija volje dosljedno dozvoljava u svim oblastima.

NORME NEPOSREDNE PRIMJENE

Stranačka autonomija nailazi na svoje granice u međunarodnim prinudnim propisima. Kao što je već prikazano, u ugovornim odnosima nacionalni prinudni propisi ograničavaju kolizionopravni izbor stranog prava ako su svi elementi slučaja na teritoriji jedne države ili izbor prava države nečlanice ako su svi elementi slučaja u EU. Za razliku od njih, međunarodni prinudni propisi uvijek zahtijevaju svoju primjenu na slučaj koji spada u njihovo područje primjene. Jedinu definiciju u cjelokupnom EKP-u sadrži čl. 9. st. 1 Uredbe Rim I: „Međunarodni prinudni propis je su onaj čiju primjena država smatra odlučujućom za očuvanje svog javnog interesa, naročito svoje političke, socijalne ili privredne organizacije, u takvoj mjeri da se primjenjuju na sve situacije koje ulaze u njihovo područje primjene bez obzira na pravo koje je mjerodavno po ovoj Uredbi". Definicija se naslanja na odluku *Arblade*,⁸³ gdje je Sud EU prilikom kvalifikacije spornih odredbi belgijskog prava kao policijskih i sigurnosnih propisa, utvrdio da se radi o nacionalnim propisima čije pridržavanje se smatra odlučujućom za očuvanje političke, socijalne ili privredne organizacije te države, u takvoj mjeri da je propisano za sve odnose koji su lokalizirani na njenoj teritoriji. Kao jedina definicija normi neposredne primjene u EKP-u, mora se uzeti kao opće važeća za sve oblasti. Zapravo samo još čl. 16. Rim II uopće reguliše primjenu normi neposredne primjene, bez davanja njihove definicije, ali se ne može osporiti da takve norme postoje u svim oblastima.

Kako čl. 9. st. 2. Rim I tako i čl. 16. Rim II osiguravaju primjenu normi neposredne primjene *lex fori*. Dodatno čl. 9. st. 3. Rim I daje pravo da se zaštite međunarodni prinudni propisi trećih država, dakle pravo države koje nije ni *lex fori* ni *lex causae*, ako se na teritoriji te države treba izvršiti ugovor a prinudni propisi izvršenje ugovora čine nezakonitim. Odluka o primjeni normi neposredne primjeni trećih država donosi se na osnovu prirode i svrhe propisa koji su u pitanju, kao i posljedice njihove primjene i neprimjene. Formulacija ovog propisa u namjeri da postavi što uže područje primjene uzrokovala je nekoliko problema od kojih su

⁸³ EuGH 23.11.1999, Rs C-369/96, *Arblade*, Slg 1999, I-8453, Rn 30.

najvažniji slijedeći: dvojbe oko tumačenja pojma mjesta izvršenja ugovora;⁸⁴ mnogi propisi npr. u oblastima radnog i socijalnog prava izvršenje ugovora ne čine nezakonitim ali modificiraju njegov sadržaj što otvara pitanje da li se mogu podvesti pod norme neposredne primjene u smislu čl. 9. st. 3. Rim I; normama neposredne primjene treće države treba „dati učinak“, što izaziva dilemu da li se radi o materijalnopравnom prilagođavanju ili o zasebnom vezivanju; s obzirom da se ovim normama može dati učinak pitanje je da li postoji *ex officio* obaveza za ispitavanjem kriterija u svrhu donošenja odluke o primjeni normi neposredne primjene treće države ili je i samo ispitivanje kriterija u diskrecionoj ocjeni nadležnog organa.⁸⁵ Odredba prijedloga Rim II koja dozvoljava davanje učinka normama neposredne primjene trećih država nije se našla u konačnoj verziji čl. 16. Rim II, a srodna norma kasnije donesenog čl. 9. st. 3. Rim I nakon snažne kritike, prije svih Velike Britanije⁸⁶ ali i drugih država članica, pretrpjela je velike izmjene u smjeru smanjenja područja primjene što je na kraju dovelo do ovako nesretne formulacije. Time ostaje pitanje da li je u okviru Rim I dozvoljeno uzeti u obzir norme neposredne primjene treće države izvan područja primjene čl. 9. st. 3. Rim I, kao i u ostalim oblastima, da li je uopće dozvoljeno uzimati u obzir norme neposredne primjene treće države ako čl. 16. Rim II primjenu tih normi izričito ograničava na *lex fori*, a ostale uredbe uopće ne spominju? U pogledu Rim I i II konačna volja zakonodavca mora se prihvatiti, naročito jer je u nacrtima uredbi postojala formulacija šireg područja primjene ovih normi što zakonodavac upravo

⁸⁴ Prethodnik ove odredbe, čl. 7. st. 1. Rimske konvencije o mjerodavnom pravu za ugovorne obveze (data na potpisivanje 19. juna 1980. u Rimu, Sl. List EU 1980, L 266), nije poznao ovakvo ograničenje, ali je zato bio predmet rezervacija od strane Njemačke, Velike Britanije, Irske, Latvije, Luksemburga, Portugala i Slovenije, tako da nije donio ujedinjenje pristupa ovom problem na nivou EU.

⁸⁵ Vidi J. Harris, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, u F. Ferrari/S. Leible (ed.), *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München 2009, 310; Vidi R. Freitag, *Die Kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9. Abs. 3 Rom I-VO*, *IPRax*, 2/2009, str. 112.

⁸⁶ Smatra se da čl. 9. st. 3. Rim I načelno odražava stav prakse sudova Velike Britanije uspostavljene prije donošenja Rim I u odluci *Ralli Bros v Compania Naviera Sota y Aznar* (1920, 2 KB 287), gdje se radilo o ugovoru zaključenom između španskog otpremnika i engleskog zakupca broda o prevozu stvari od Indije do Španije. Izabrano je englesko pravo kao mjerodavno. Troškovi prevoza su bili 50 funti po toni tovara. Dok je brod bio na putu, donet je zakon u Španiji prema kome cijena prevoza ne smije biti viša o 10 funti po toni tovara. Zahtjev prijevoznika za dodatnih 40 funti po toni odbijen je pred engleskim sudovima; Vidi J. Harris, *n. delo*, str. 303.

nije usvojio u takvom obliku.⁸⁷ Autori koji se ne mogu pomiriti sa ovako restriktivnim pristupom, smatraju da je moguće zaobilaznim putem uzeti u obzir norme neposredne primjene treće države putem javnog poretka *lex fori*.⁸⁸ Ovdje se mora podržati mišljenje Harris-a da se ovakvim tumačenjem poništava pozitivni efekt ujednačenja pristupa prema normama neposredne primjene trećih država u EU, bez obzira na žaljenje koje ovaj pristup izaziva, kao i da se nastoji posredno postići rezultat koji je neposredno zabranjen.⁸⁹ Tako se kao privremeni rezultat može konstatovati da je EKP konačno dobilo jedinstvenu definiciju normi neposredne primjene i da postoji jedinstveni stav o primjeni normi neposredne primjene *lex fori* neovisno o oblasti o kojoj se radi. Nasuprot tome, o uzimanju u obzir normi neposredne primjene trećih država trenutno ne postoji širi konsenzus koji se ovdje može predstaviti kao prikladan za generalizaciju.⁹⁰

Sud EU je u slučaju u kojem je izvršen izbor mjerodavnog prava u korist treće države, svjesno ili nesvjesno, donio proširenje definicije koja treba ujednačiti poimanje normi neposredne primjene u EU. Najvažnije proširenje tiče se ograničenja definicije čl. 9. st. 1. Rim I na javni interes, tj. interes koji je iznad individualnog. Naime, u već mnogo diskutovanoj odluci *Ingmar*⁹¹ od izabranog

⁸⁷ Tako i G. Wagner, *Die neue Rom II-Verordnung*, *IPRax* 1/2008, str. 15; vidi A. Dickinson, *n. delo*, str. 638; J. Harris, *n. delo*, str. 333.

⁸⁸ Vidi S. Leible, *Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 5/2008, str. 263; R. Freitag, *n. delo*, str. 115.

⁸⁹ Vidi J. Harris, *n. delo*, str. 333.

⁹⁰ Vidi K. Kreuzer, *Was gehört in einen Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes*, u B. Jud/ W. Rechberger/G. Reichelt (ed.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union- Neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts*, Jan Sramek, Wien 2008, str. 34.

⁹¹ Sud EU, 9.11.2000, predmet C-381/98, *Ingmar*, Slg. 2000, I-9305, tačka 25; Vidi Ph. Bardas, *Die gemeinschaftsrechtliche Auslegung der Handelsvertreter-Richtlinie durch den EuGH im Lichte der Rechtssache Ingmar*, disertacija, Wien 2003, str. 116; K. Nemeth/B. Rudisch, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 "Ingmar"- wichtige Klärung im europäischen IPR, *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2001, str. 182; A. Staudinger, *Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs und Produkthaftungs-richtlinie*, *Neue Juristische Wochenzeitschrift*, 28/2001, str. 1974; B. Lurger/S. Augenhöfer, *Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht*, Springer, Wien/New York 2005, str. 207; W. G. Paefgen, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Internationalen Vertragsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2/2003, str. 292; A. Summer, *Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs zur Rom I Verordnung*, disertacija, Universität Wien, 2004, str. 104; N. Reich, *Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2/2001, str. 50; I. Kunda, *Međunarodno prisilni propisi prema*

prava nije odstupljeno samo zbog poštenog tržišnog natjecanja nego i zbog zaštite individualnog interesa tržišnog zastupnika.⁹² Da podsjetim, u odluci *Ingmar* britanski trgovački zastupnik obavljao je poslove za preduzeće sa sjedištem u Kaliforniji, stranke su za mjerodavno izabrali pravo Kalifornije. Nakon otkaza ugovora trgovački zastupnik Ingmar potraživao je od preduzeća naknadu štete pretrpljenu zbog raskida ugovora. Takav zahtjev imao je osnov u engleskom pravu zbog implementacije Direktive iz 1986. godine (86/653/EWG Abl 1986 L 382/17), dok ga kalifornijsko ne poznaje. Sud EU dao je odgovarajućim odredbama Direktive prinudni karakter, koji se sa aspekta EKP-a može shvatiti samo kao međunarodno prinudni karakter u smislu čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I, iako ga sud nije tako nazvao i Direktiva ne sadrži nijednu kolizionu normu.⁹³ Za primjenu ovih odredbi Direktive samo se zahtijeva "snažna veza sa Unijom", što je Sud smatrao ispunjenim samom djelatnošću trgovačkog zastupnika na teritoriji EU. Odluka Ingmar je već više puta potvrđena, posljednji put u martu 2009. godine u slučaju *Semen*.⁹⁴ Smatra se da je odlukom *Ingmar* omogućeno da propisi koji imaju izraženu dualnu funkciju, javnopravnu i privatnopravnu, mogu predstavljati norme neposredne primjene pri čemu se prije svega misli na oblast potrošačkog i radnog prava, kao i na oblast zabrane diskriminacije.⁹⁵ Protivnici ove teze argumentuju da je se evropski zakonodavac u Rim I putem klauzule unutrašnjeg tržišta (čl. 3. st. 4.), povećane zaštite potrošača (čl. 3) i radnika (čl. 8) kao i davanjem prednosti kolizionim normama u direktivama (čl. 23.) opredijelio protiv ovakvog proširenja i diskusiji oduzeo prijašnji praktični značaj.⁹⁶ Osim toga, pitanje dualne funkcije propisa, prema ovom stavu, treba riješiti određenjem težišne funkcije za konkretan slučaj, odnosno utvrđivanjem li norma čiji međunarodnoprinudni karakter se ispituje u konkretnom slučaju ima za cilj

Europskom sudu pravde: C-381/98 *Ingmar GB LTD protiv Eaton Leonard Technologies Inc*, *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2004, Centar za pravo EU, Kragujevac, str. 55; E. Jayme *n. delo*, (2004), str. 10.

⁹² Tačke 20. i 26. predmeta *Ingmar*.

⁹³ Vidi Z. Meškić, *Osnove Evropskog kolizionog prava*, *Pravna misao*, br. 3-4, Sarajevo 2009, str. 22.

⁹⁴ Sud EU, 26.3.2009., C-348/07, *Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH (Semen)*, Slg. 2009, I-2341, tačka 17; Vidi i 23.3.2006, Rs C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tačka 22, 23.

⁹⁵ Vidi J. D. Lüttringhaus, *Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz-Das Internationale Privatrecht der Antidiskriminierung*, Mohr Siebeck, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 234, Tübingen 2010, str. 210. i dalje.

⁹⁶ Vidi R. Freitag, u Ch. Reithmann/D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht-Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Otto Schmidt, Köln 2010, str. 360.

zaštitu individualnog ili nadindividualnog interesa.⁹⁷ Ali upravo provođenje ovakvog testa pokazuje da je najkasnije nakon odluke *Ingmar* (čisto) javnopravni pojam normi neposredne primjene prevaziđen.⁹⁸

ORDRE PUBLIC

Zaštita javnog poretka države foruma, neovisno do toga da li do njegove primjene dolazi izborom mjerodavnog prava ili objektivnim tačkama vezivanja sastavni je dio svakog pravnog akta EKP-a.⁹⁹ Pitanje koje se odmah postavlja je da li je s obzirom na stepen evropeizacije pozivanje na nacionalni javni poredak još uvijek opravdan, tj. da li je *ordre public européen* zamijenio nacionalni? Stalna praksa Suda EU u pogledu Briselske konvencije pokazuje da se on neće miješati u određenje nacionalnog javnog poretka, ali da mora nadzirati njegove granice.¹⁰⁰ Pitanje evropizacije nacionalnog *ordre public* izazvalo je diskusije u pravnoj nauci zbog nadređenosti *ordre public européen* u odnosu na nacionalni *ordre public* i zbog posljedica takvog odnosa. Evropeizacija nacionalnog javnog poretka može se posmatrati kroz uticaj evropskih ljudskih prava na *ordre public* kao i kroz noviji pojam tzv. *ordre public économique*.¹⁰¹ Evropeizacija nacionalnog *ordre public* putem ljudskih prava počela je neovisno o EU putem Evropske konvencije o zaštiti temeljnih ljudskih prava. Najveću ulogu ima u Procesnom EKP-u na osnovu prava na fer postupak i putem zabrane diskriminacije. Tako je odredba čl. 3. prijedloga Rim III od 2010. u okviru pojačane saradnje ljudska prava izričito navodio kao moguće ograničenje stranačke autonomije, gdje pravo izabrano kao mjerodavno za razvod braka "ne smije povrijediti ljudska prava utemeljena u Ugovorima EU kao

⁹⁷Vidi P. Mankowski, *Verbraucherkreditverträge mit Auslandsbezug: Kollisionsrechtlicher Dienstleistungsbegriff und sachliche Abgrenzung von Eingriffsrecht*, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 5/2006, str. 329.

⁹⁸ Tako E. Jayme, *n. delo*, (2004), str. 10.

⁹⁹ Čl. 21. Rim I; čl. 26. Rim II; čl. 20e. prijedloga Rim III od 2006.; čl. 3. i 7. prijedloga Rim III od 2010.; čl. 13. Haškog protokola; čl. 27. prijedloga Rim IV.

¹⁰⁰ Sud EU, 28.3.2000., 7/98, Krombach, tačka 23; Sud EU 11.5.2000., 38/98, Renault, tačka 28; Vidi J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht-Kommentar zum EuGVO und Lugano Übereinkommen*, *Wirtschaft und Recht*, Heidelberg 2002, str. 392.

¹⁰¹ Vidi G. Reichelt, *Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts- am Beispiel des ordre public*, u G. Reichelt (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR-Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, Band 16 der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht, Manz, Wien 2007, str. 8 i dalje.

ni Povelju temeljnih prava EU ili *ordre public*".¹⁰² Ova odredba nije se našla u konačnoj verziji čl. 5. usvojene Uredbe Rim III iz 2010. godine, ali je u gotovo neizmijenjenom obliku uvrštena u tačku 16. obrazloženja konačne verzije Uredbe Rim III. Generalno je u pogledu ljudskih prava mnogo veća vjerovatnoća da će materijalnopравни rezultat biti u suprotnosti sa *ordre public* nego same kolizijske norme. Takvo nešto bi se moglo desiti samo ukoliko kolizijske norme koje uređuju stranačku autonomiju nisu u skladu sa načelom ravnopravnosti.¹⁰³ Opet neravnopravnost u EKP-u može proizaći samo iz evrocentrizma, tj. diskriminacije država nečlanica koju Sud EU vjerovatno ne bi prepoznao kao takvu.

Mnogo veći uticaj na utvrđivanje mjerodavnog prava, a naročito na kolizionopravnu stranačku autonomiju ima *ordre public économique*. On obuhvata tržišne principe EU, a najprije tržišne slobode utemeljene na načelu zabrane diskriminacije na osnovu državljanstva u skladu sa čl. 18 UFEU. Odredba člana 18. UFEU (bivšeg člana 12. UEU) otvorila je pitanje da li je državljanstvo kao tačka vezivanja uopšte u skladu sa primarnim pravom EU? Za temu ovog rada pitanje je relevantno u oblastima u kojima EKP ne dozvoljava autonomiju volje, a koju tada pruža neposredno primjenjivo primarno pravo EU. Da diskusija nije bespotrebna pokazalo se u odlukama *Centros*,¹⁰⁴ *Überseering*¹⁰⁵ i *Inspire Art*,¹⁰⁶ gdje je u pogledu pravnih lica značajno smanjena mogućnost vezivanja za stvarno sjedište u korist teorije osnivanja.¹⁰⁷ Mora se primjetiti da je ovdje *ordre public économique* nasuprot svojoj klasičnoj zaštitnoj i ograničavajućoj funkciji, putem tačke vezivanja mjesta osnivanja strankama pružio veću autonomiju volje. Za autonomiju volje u statusnim pitanjima od posebnog je značaja odluka *Garcia Avello*¹⁰⁸ u kojoj je bračni

¹⁰² Mora se na ovom mjestu dozvoliti opaska da će ljudska prava u pravilu spadati u *ordre public*. Prijedlog Uredbe (EU) Vijeća za zasnivanje pojačane saradnje u oblasti mjerodavnog prava za razvod i rastavu braka, KOM (2010) 105 konačno.

¹⁰³ Vidi K. Siehr, Vom universellen zum globalen IPR- Zur jüngsten Geschichte und Entwicklung des Internationales Privatrechts, u H-P Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/Ch. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München 2004, str. 878.

¹⁰⁴ Sud EU, 9.3.1999., C-212/97, *Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* (Centros) Slg. 1999, I-1459.

¹⁰⁵ Sud EU, 5.11.2002., C-208/00, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (Überseering), Slg. 2002, I-9919.

¹⁰⁶ Sud EU, 30.9.2003., C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155.

¹⁰⁷ Vidi V. Bouček, *Europsko Međunarodno privatno pravo- i harmonizacija hrvatskog međunarodnog privatnog prava*, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb 2009, str. 200.

¹⁰⁸ Sud EU, 2.10.2003., C-148/02, *M. Carlos Garcia Avello/Belgija* (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613.

par, belgijska državljanka i španski državljanin, sa svojom djecom koja imaju dvojno državljanstvo, želio da djeca u Belgiji kao mjestu svog domicila dobiju prezime kakvo je uobičajeno prema španskom pravu. Izmjena prezimena prema belgijskom MPP-u vrši se putem državljanstva djece, gdje je kod višestrukog državljanstva relevantno samo belgijsko. Sud EU odlučio je da je izjednačavanje državljana sa višestrukim državljanstvom sa državljanima Belgije koji imaju samo to državljanstvo u suprotnosti sa načelom zabrane diskriminacije. Ovo je naročito problematično sa aspekta MPP-a, jer bi se u navedenom slučaju uzimanjem u obzir domicila u svrhu određenja efektivnog državljanstva također došlo do primjene samo belgijskog prava.¹⁰⁹ Sud EU u kasnijoj odluci *Grunkin Paul*¹¹⁰ ovu sudsku praksu je proširio na sve slučaje u kojima se ime/prezime stečeno prema pravu jedne države članice želi koristiti u drugoj državi članici. U konkretnom slučaju njemački državljani, otac sa prezimenom Grunkin i majka sa prezimenom Paul, svom sinu Leonard Mathiasu koji je stekao samo njemačko državljanstvo a rođen je u Danskoj, gdje su svi zajedno imali domicil, izabrali su dvostruko prezime Grunkin Paul. To je dozvoljeno prema danskom zakonu, koji dolazi do primjene putem vezivanja za redovno boravište u danskom MPP-u.¹¹¹ Kada je brak propao, otac koji se vratio u Njemačku želio je upisati sina sa dvostrukim prezimenom, međutim njemačko pravo koje dolazi do primjene putem vezivanja za državljanstvo po čl. 10. njemačkog EGBGB, zahtijeva od roditelja da izaberu između prezimena jednog od roditelja. Sud EU je konačno odlučio da predstavlja diskriminaciju kada država članica čije državljanstvo posjeduje dijete odbije upis prezimena koje je dijete steklo u državi članici domicila.¹¹² Prvo je zanimljivo da Sud EU u oblasti koja je jako udaljena od tvrdog jezgra osnovnih sloboda EU vođenje različitih prezimena u dvije države članice i poteškoće koje na osnovu toga nastaju nije ocijenio kao suviše neizvjesne i posredne da bi na osnovu njih utvrdio ograničenje slobode građana.¹¹³ Drugi i najvažniji zaključak u okviru teme

¹⁰⁹ Vidi Ch. Kohler, Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschafts-recht und internationalem Privatrecht, u H-P Mansel/T. Pfeiffer/H. Kronke/Ch. Kohler/R. Hausmann (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, München 2004, str. 454 i dalje.

¹¹⁰ Sud EU, 14.10.2008., C-353/06, *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul* (Grunkin Paul), Slg. 2008, I-7639.

¹¹¹ Vidi J.-J. Kupiers, Cartesio and Grunkin-Paul: Mutual Recognition as a Vested Rights Theory Based on Party Autonomy in Private Law, *European Journal of Legal Studies*, 2/2009, str. 84.

¹¹² Vidi F. Sturm, EuGH Urteil vom 14.10.2008-Rs. C-353/06; Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul, EWS-Kommentar, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2009, str. 237.

¹¹³ Vidi Ch. Kohler, *n. delo*, str. 456.

ovog rada jeste da pravo na upis dvostrukog prezimena ne proizilazi iz *lex originis*, koji bi u ovom slučaju bilo njemačko pravo, jer je dijete steklo samo njemačko državljanstvo, nego iz orijetacije Suda EU ka pružanju autonomiji volje strankama kada koriste slobode EU. Da je njemačko pravo prezimena kojim slučajem liberalnije, danski organi bi također morali poštovati izbor stranaka.¹¹⁴ Konačno pravo izbora nije dato samo u slučaju dvojnog državljanstva, nego i u slučaju različitih tačaka vezivanja u pravu države u kojoj je ime stečeno i države u kojoj se traži unos stečenog imena. Za ograničenje autonomije volje to s jedne strane znači da ponestaje prostora koji je oslobođen od ekonomskog javnog poretka, ali i s druge strane, da se autonomija volje putem ekonomskog javnog poretka širi na područja poput prava imena, koje do sada u EKP-u nisu regulisane. Za regulaciju datih pitanja u domaćem kolizionom pravu mora se izvući zaključak, koji Sud EU izričito potvrđuje u *Cartesio*,¹¹⁵ novoj odluci iz oblasti slobode poslovnog nastanjivanja a koja je vremenski srodna *Grunkin Paul*, da praksa Suda EU ne želi mijenjati domaće kolizione norme niti uticati na njihov sadržaj.¹¹⁶ To međutim ne daje državama članicama imunitet od *ordre public economique*, osim ako rezultat do kojeg dolaze nije opravdan razlozima domaćeg javnog poretka priznatim u praksi Suda EU.¹¹⁷

ZAVRŠNE NAPOMENE

Jedinstvena regulacija MPP-a na nivou EU donosi ispunjenje sna o njenoj kodifikaciji, ali i oduzimanje mogućnosti nacionalnim državama da zasebnom regulacijom i tumačenjem utiču na dinamičnost razvoja MPP-a. Ova činjenica izazvala je strah da će monopol Suda EU u tumačenju EKP-a narušiti razvoj klasičnog MPP-a, ali već sada se pokazalo da dinamike neće nestati, nego će se odvijati na drugom nivou. Pluralizam pravnih izvora EU prijeti da naruši jedinstvo koje se nastoji postići, pa i tako praktična tačka vezivanja kao stranačka autonomija dovodi do nepredvidivih rješenja i može narušiti pravnu sigurnost. Tako se ograničenja i proširenja autonomije volje u EKP-u mogu naći na mjestima na kojima se najmanje očekuju: u načelu zabrane diskriminacije na osnovu

¹¹⁴ Vidi J.-J. Kupiers, *n. delo*, str. 84.

¹¹⁵ Vidi Sud EU, 16.12.2008., *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (Cartesio), Slg. 2008, I-9641, tačka 110.

¹¹⁶ Vidi J. Meeusen, *The Grunkin and Paul Judgment of the ECJ, or How to Strike a Delicate Balance between Conflict of Laws, Union Citizenship and Freedom of Movement in the EC*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2010, 197.

¹¹⁷ Vidi Sud EU, 16.12.2008., *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt* (Cartesio), Slg. 2008, I-9641, tačka 112.

državljanstva, u harmonizirajućim propisima sekundarnog prava sa ili bez kolizionih normi, pa čak i u oblastima koja opšte ne spadaju u nadležnost EU. Dodatne probleme uzrokuje međusobna neusklađenost propisa EKP-a, koja je naročito nerazumljiva s obzirom da su u pogledu mjerodavnog prava svi propisi nastali u periodu od tri godine.

Zbog toga ovaj rad ne treba shvatiti kao pledoaje u korist proširenja stranačke autonomije u domaćem MPP-u, jer to nalaže već samo EKP, nego kao prijedlog uvođenja autonomije volje u opšti dio reformisanih Zakona o MPP-u. Pri tome, pored određivanja načela stranačke autonomije kao opšteg načela MPP-a, treba unificirati njegova ograničenja. Stoga završno dajem prijedlog unifikacije slijedećih ograničenja stranačke autonomije:

- ograničenje na izričiti i prećutni izbor prava u obligacionim odnosima uz isključenje hipotetičkog izbora;
- izričiti izbor prava u porodičnim i nasljednim odnosima, gdje je on dozvoljen, uz minimalni uslov pisane forme i moguće dodatne uslove za formu propisane u posebnim odredbama za datu oblast;
- ograničenje izbora na državno pravo;
- isključenje autonomije volje u čisto domaćim slučajevima u svrhu normiranja materijalnopravne autonomije volje za takve slučajeve (izbjeci formulaciju čl. 3. st. 3. Rim I i čl. 14. st. 2. Rim II)
- isključenje *renvoi*;
- dozvolu *dépeçage* za obligacione odnose i njegovo isključenje u ostalim oblastima;
- isključenje autonomije volje u odnosima u kojima učestvuje slabija strana (u slučaju izbora drugačijeg pristupa, normirati jednaku vrstu zaštite slabije strane za sve odnose);
- vremensko ograničenje izbora normirati u posebnim odredbama za svaku oblast pojedinačno.

Zlatan MEŠKIĆ *

Die Beschränkungen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht Zusammenfassung

Die Überschrift "Freie Rechtswahl" findet man in jeder Regelung des Europäischen Kollisionsrechts unabhängig vom Rechtsgebiet. Für die Staaten von ex-Jugoslawien, die einen EU-Beitritt anstreben, stellt sich bei der Reform ihres IPR-Gesetzes die Frage, wie dieses Mehr an Parteiautonomie berücksichtigt werden soll. Die Entscheidung hängt einerseits mit der Antwort auf die allgemeine Frage zusammen, welcher Ansatz für eine eventuelle Übernahme der Regelungen des Europäischen Kollisionsrechts gewählt wird, angesichts der Tatsache, dass sich das Europäische Kollisionsrecht mehrheitlich aus Verordnungen oder Vorschlägen für eine Verordnung zusammensetzt. Die Möglichkeiten reichen von keinerlei Berücksichtigung, mit der Begründung, die Verordnungen würden im Falle eines Beitritts unmittelbar angewendet werden, bis zur Entscheidung über den Grad der Berücksichtigung, mit dem Zweck sich den EU-Vorgaben mit gewisser Geschwindigkeit zu nähern. In diesem Text wird nach Beschränkungen der Parteiautonomie gesucht, die im gesamten Europäischen Kollisionsrecht gelten und dem allgemeinen Grundsatz der Parteiautonomie Konturen verleihen. Abschließend wird ein Vorschlag für die Kodifizierung der Parteiautonomie im allgemeinen Teil der zu entstehenden nationalen IPR-Gesetze in der Region vorgenommen, der sich an bisherigen Regelungen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht orientiert und die diesbezügliche Kritik berücksichtigt.

* Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.