

Godina XIV

2012.

Broj 1.

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

prof. dr Radovan D. VUKADINOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač

Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Redakcija

Miloš Baltić, Aleksandar Ćirić, Duško Lopandić, Miroslav Paunović, Vuk Radović,
Maja Stanivuković, Mirko Vasiljević, Slobodan Samardžić, Radovan D.
Vukadinović.

Međunarodna redakcija

Steven Blockmans (Holandija), Rajko Knez (Slovenija), Nevenko Misita (Bosna i
Hercegovina), Vitomir Popović (Republika Srpska), Dragan Radonjić (Crna Gora),
Oliver Remien (Nemačka), Siniša Rodin (Hrvatska), Allan Tatham (Engleska),
Darko Samardžić (Nemačka), Takis Tridimas (Engleska).

Glavni i odgovorni urednik

Radovan D. Vukadinović, e-mail: radevuk@jura.kg.ac.rs

Zamenik glavnog urednika: Jelena Perović

Urednik: dr Mina Zirojević

Radovi podležu anonimnoj recenziji. Radovi svrstani u rubriku "članci" se tretiraju
kao izvorni naučni radovi, a oni svrstani u rubriku "prilozi", kao stručni radovi.

Časopis izlazi periodično

Tiraž: 300

Štampa: Interprint, Kragujevac.

Predlog za citiranje: REP., XIV(2012)1. U elektronskom formatu Revija je
dostupna na: <http://www.pravoeu.org/revija-za-evropsko-pravo.html>

Na osnovu mišljenja Ministarstva za nauku i tehnologiju broj 413-00-435/99-01, od
13. 01. 2000. godine, Revija je oslobođena poreza.

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XIV	2012.	Broj 1.
------------	-------	---------

SADRŽAJ

ČLANCI

Zlatan Meškić	Ograničenje stranačke autonomije u evropskom kolizionom pravu	5
Dejan Mickovik	Savremene tendencije u razvoju porodičnog prava u sistemima evropskih zemalja i harmonizacija porodičnog prava u Evropskoj uniji	35
Angel Ristov	Harmonizacija naslednog prava u Evropskoj uniji	53
Duško Lopandić	Pravo konkurencije Evropske unije i javna preduzeća	71
Darko Samardžić	Nadzor osiguranja i upravljanje rizicima prema devetom amandmanu Zakona o nadzoru osiguranja – pogled na Solvency II	83

PRIKAZI KNJIGA

Radovan Vukadinović	Nevenko Misita: Osnovi prava Evropske unije	103
	Uputstvo za autore	107

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XIV

2012

No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Zlatan Meškić	Die Beschränkungen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht	5
Dejan Mickovik	Contemporary Tendencies and the Development of the Family Law Systems and Harmonization of Family Law in the European Union	35
Angle Ristov	Harmonization of Inheritance Law in the European Union	53
Duško Lopandić	Competition Law and Public Companies in the European Union	71
Darko Samardžić	Versicherungsaufsicht und Risikomanagement nach der 9. VAG-Novelle im Hinblick auf Solvency II	83

BOOK REVIEWS

Radovan Vukadinović	Nevenko Misita: Osnovi prava Evropske unije	103
---------------------	---	-----

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 oćaja.¹⁵ Naime, u prilog autonomiji volje kao tački vezivanja govore praktićni razlozi poput kraćeg parničnog postupka, veće pravne sigurnosti u trgovaćkom pravu i prikladnijeg prava za slućaje sa posebnim okolnostima koje unaprijed definisane generalne kolizione norme ne mogu predvidjeti.¹⁶ Moće se i jednostavnije argumentovati da se kolizione norme konaćno usklaćuju sa dispozitivnim propisima materijalnog prava. S obzirom na cilj EU da se u većoj mjeri nego što je to do sada bio slućaj priblići svojim graćanima, mogao bi se povećanoj primjeni načela autonomije volje pripisati i prethodno osporeni politićki kontekst. Njenim uvoćdenjem u poroćićnopravne i nasljednopravne odnose slabi se do sada dominantni princip drćžavljanstva, pa se graćani odvajaju od drćžave 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 prućila mogućnost da svoj kulturoloćki 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 nadrećdenim općtim 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. Knećević, *Mećunarodno 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 podlijegati 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 neravNOPravne strane. NeravNOPravnost 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 neravnopravan 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 nepravедnih 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 svojevrijedno 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 problemu 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 kolizionne 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.

Dejan MICKOVIK*

UDK: 347.61/.64(4-672EU)
str. 35-51.

SAVREMENE TENDENCIJE U RAZVOJU PORODIČNOPRAVNIH SISTEMA EVROPSKIH ZEMALJA I HARMONIZACIJA PORODIČNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

U ovom radu autor analizira osnovne dileme povezane sa procesom harmonizacije i kodifikacije evropskih zakonodavstava u oblasti porodičnog prava. Autor daje pregled najnovijih aktivnosti evropskih institucija u ovoj oblasti, kao i istorijski pregled pravnog regulisanja bračnih i porodičnih odnosa u evropskim zemljama. Zbog specifičnosti porodičnog prava, koje u velikoj meri zavisi od istorijskog razvoja, kulture, tradicija i običaja u pojedinim zemljama, autor smatra da je u ovoj fazi razvoja evropskih integracija najbolji pristup postupna harmonizacija porodičnopravnih normi u evropskim zemljama, a ne stvaranje jedinstvene evropske kodifikacije koja bi na uniforman način regulisala porodične odnose u svim evropskim zemljama.

Ključne reči: Porodično pravo, bračno pravo, harmonizacija i unifikacija porodičnog prava u EU.

Ideja kodifikacije građanskog prava i stvaranja Evropskog građanskog zakonika je prisutna u poslednjih dvadesetak godina. Evropski parlament je u više navrata,

* Vanredni profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi," Skopje.

(1989, 1994 i 2000 godine), postavio zahtev za donošenje Evropskog građanskog zakonika. Najveći napredak kodifikacije građanskog prava je napravljen u ugovornom pravu, posle formiranja Komisije za evropsko ugovorno pravo, 1982 godine. Ova Komisija je pripremila i objavila Principe evropskog ugovornog prava, koji jednoga dana mogu predstavljati sastavni dio Evropskog građanskog zakonika. Evropska komisija je 2003. godine objavila Akcioni plan stvaranja koherentnijeg evropskog ugovornog prava, a očekuje se početkom sledeće dekade realizacija stvaranja jedinstvenog evropskog ugovornog prava. Osim ugovornog prava, u evropskim zemljama postoje inicijative i za kodifikaciju drugih delova građanskog prava, uključujući tu i porodično pravo.

Harmonizacija, unifikacija, ili kodifikovanje porodičnog prava u evropskim zemljama je tema koja dobija sve veći značaj u kontekstu građenja ujedinjene Evrope. U tom smislu, kao što dobija ubrzanje proces integrisanja u svim sferama socijalnog, kulturnog, ekonomskog i pravnog života, pitanje stvaranja jednog "evropskog" porodičnog prava dobija sve veću aktuelnost, zbog toga što veća uniformnost pravnih normi koje regulišu "osnovnu celiju društva" predstavlja deo generalnog projekta evropskog ujedinjenja. Ipak, ovaj projekat približavanja, pa čak i izjednačavanja pravnih normi koje regulišu bračne i porodične odnose u evropskih zemljama je povezan sa brojnim dilemama, koje dovode u pitanje samu ideju harmonizacije porodičnih pravnih normi, zbog specifičnog karaktera odnosa koje regulišu. Treba istaći da ove dileme nisu uopšte nove; još 1900 godine, na Pariskom kongresu uporednog prava (gde je praktično bilo inaugurisano moderno uporedno pravo), francuski pravnik Lambert, glavni uvodničar Kongresa, je iskazao veliku rezervu u pogledu mogućnosti da se unifikuje porodično pravo, zbog njegovog specifičnog karaktera. U tom smislu Lambert je, u svom uvodnom izlaganju na Kongresu, istakao da: "Porodični zakoni predstavljaju poseban domen prava nacionalne posebnosti i zauvek će ostati najjobezbedeniji azil pravnog partikularizma."¹ Sedamdeset godina kasnije, jedan od najpoznatijih evropskih stručnjaka u oblasti porodičnog prava, Kan Frojnd, na seminaru posvećenom novim perspektivama zajedničkog prava Evrope, daje ocenu da inicijative za stvaranje evropskog porodičnog prava predstavljaju "samo bezuspešan pokušaj", i da projekti ovog tipa "u većoj meri predstavljaju rad Sizifa, a ne rad Herkula". Ovaj autor ne samo što smatra da je nemoguće napraviti jedan pan-evropski porodični kodeks, nego se suprotstavlja i razvoju zajedničkih

¹ Citirano prema D. Bradley, A note on Comparative Family Law, Problems, Perspectives, Issues and Politics, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2005.

projekata privatnoga prava koji nisu neophodni za funkcionisanje Evropske ekonomske zajednice. Prema ovom autoru, snaga Evrope je u diverzitetu nacionalnih država, a problemi koji se javljaju zbog različitih zakonskih rešenja prilikom regulisanja bračnih i porodičnih odnosa u evropskim zemljama treba rešavati primenom normi međunarodnog privatnog prava.² Ipak, i pored ovih skeptičnih stavova koji su i nadalje široko prisutni, osobito kod pretstavnika akademske zajednice i kod nacionalnih parlamenata država članica Evropske unije, u poslednjih nekoliko godina, na više nivoa, postoje tendencije za približavanje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja. Ovde posebno treba pomenuti sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, koji je doneo veći broj odluka koje su imale uticaj za proces aproksimacije evropskih zakonodavstava, polazeći od člana 8. Evropske konvencije o pravima čoveka, u kome je predviđeno da svaki čovek ima pravo zaštite njegovog privatnog i porodičnog života.³ Značajna aktivnost u pogledu harmonizacije evropskog porodičnog prava odvija se i u okvirima Saveta Evrope. Prema oceni Saveta Evrope: "Poslednjih trideset godina bile su period intenzivne legislativne aktivnosti na polju porodičnog prava u svim zemljama članicama Saveta Evrope. Savet je posvetio veliku pažnju ovim reformama i doneo je velik broj međunarodnih instrumenata (Konvencija i preporaka) u ovoj oblasti."⁴ Haška konferencija međunarodnog privatnog prava, isto kao i Savet Evrope, ima veoma aktivnu ulogu u sferi porodičnog prava. U poslednjih tridesetak godina usvojeno je više Konvencija, u sferi priznanja razvoda

² Opširnije videti D. Bradley, *Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation*, *Global Jurist Frontiers*, Vol.4, Issue 1, 2004, str. 1.

³ Detaljnije o sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na pitanje poštovanja prava porodičnog života videti kod: Marie-Thérèse Meldeurs-Klein, *La personne, la famille et le droit*, 1968-1988, trois décennies de mutations en Occident, Bruylant, Bruxelles, 1999, str. 467-493. Osobito su značajni slučajevi *Marckx v. Belgium*, iz 1979 godine, u kojoj sud smatra da na osnovu člana 8 Konvencije države članice imaju pozitivnu obavezu da predvide u svom zakonodavstvu „pravnu zaštitu koja će obezbediti još od samog rađanja integraciju deteta u svojoj porodici, bez obzira dali je dete rođeno u braku ili van braka, načinom kojim će omogućiti da imaju normalan život“ (nakon ove presude Belgija je izvršila reformu svog porodičnog zakonodavstva). Značajna je i presuda u slučaju *Keegan v. Ireland*, u kojoj sud smatra da neovisno dali je porodica deteta bračna ili vanbračna, dete se u njoj integriše u momenta njegovog rađanja. Opširnije o sudskoj praksi Evropskog Suda u vezi poštovanja prava porodičnog života predviđenog u članu 8 Evropske konvencije o pravima čoveka videti: Д. Мицковиќ, Концептот за семејството во Европската конвенција за правата на човекот, *Евродијалог* бр. 4, Студентски збор, Скопје, 2003, str. 75-89.

⁴ Council of Europe Achievements in the Field of Law: Family Law and the Protection of Children DIR/JUR (2002) 9, str. 9.

i sudskog razdvajanja i sključivanja i priznanja valjanosti brakova, priznavanja i izvršavanja odluka za izdržavanje, međunarodnog oduzimanja dece i usvojenja, gde su usvojioci i usvojenici iz različitih država. Evropska unije je do nedavno imala samo periferan interes o porodičnom pravu.⁵ Ipak, u poslednje vreme, i tu se dešavaju značajne promene koje dovode do veće legislativne aktivnosti Evropske Unije. U tom smislu, Marela navodi da ih je "povećana savest institucija Zajednice o ključnoj važnosti porodičnog prava ohrabrila da preduzmu značajniju aktivnost u pravcu harmonizacije."⁶ Evropski Savet 2000 - te godine je doneo Brisel 2 regulativu (u 2003. godinu zamenjena sa Brisel-II bis), koja se odnosi na jurisdikciju i priznavanje i izvršavanje sudskih odluka koje se odnose na poništenje braka, na razvod braka i na roditeljsku odgovornost u zemljama članica Evropske Unije. Konačno, 2001. godine bila je formirana Komisija za evropsko porodično pravo, sastavljena od profesora porodičnog prava iz većeg broja evropskih zemalja, čiji je cilj da identifikuje "zajedničko jezgro" pravnih pravila i rešenja koje postoje u evropskim zemljama za svako pitanje iz sfere porodičnog prava. Ova Komisija je postavila i ambiciozni cilj - da izabere "najbolje pravo" iz postojećih evropskih porodičnopravnih sistema, što bi predstavljalo osnovu budućeg Evropskog građanskog zakonika u kome bi se regulisalo porodično pravo.⁷

Ipak, ako se zadržimo samo na aktuelnim pitanjima koja su povezana sa pokušajima harmonizacije porodičnog prava u evropskim zemljama, verovatno ne bismo mogli odgovoriti na osnovnu dilemu: da li je harmonizovanje, ili kao što neki autori traže - unificiranje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja moguće i, što je još značajnije, da li je to potrebno. Zbog toga je potrebno napraviti kratak prikaz istorijskog razvoja pravnog regulisanja bračnih i porodičnih odnosa u evropskim zemljama, kako bi se uvidelo odakle proizlaze sadašnje razlike, koliko su one duboke i da li su nekad u evropskoj istoriji postojala unificirana rešenja za regulisanje porodičnih odnosa. Prema Vilekens i Šajve, današnje razlike između porodičnih zakonodavstava u jednom delu su rezultat istorijski različitih razvojnih puteva; bez proučavanja ovih razlika naša analiza savremenih tendencija u sferi porodičnih odnosa biće površna, zbog toga što, kao i u mnogim

⁵ Videti Hamilton, C., Stanley, K., *Family Law in Europe*, str. 580-597.

⁶ M. R. Marella, The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 1, January 2006, str. 83

⁷ O ciljevima koji je postavila Komisija evropskog porodičnog prava opširnije videti: K. Boele - Woelki, The principles of European family law: its aims and prospects, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 2, December 2005, str. 160-168.

drugim oblastima, tako i u sferi porodičnog prava, ne možemo shvatiti sadašnjost bez proučavanja prošlosti.⁸

1. ISTORIJSKI RAZVOJ PORODIČNOG PRAVA U EVROPSKIM ZEMLJAMA

Dva osnovna stuba svih evropskih porodičnopravnih sistema su rimsko pravo i kanonsko pravo katoličke crkve.⁹ U poslednja dva milenijuma, porodično pravo u Evropi nije se razvijalo linearno, pre svega zbog dominantnog uticaja kanonskog prava katoličke crkve u regulisanju bračnih i porodičnih odnosa u srednjem veku. Otuda postoji jedna naizgled paradoksalna situacija, da prehršćansko porodično pravo, sa svojom koncepcijom neformalnog karaktera sključivanje braka, liberalnim brakorazvodnim režimom, tolerancijom vanbračnih zajednica i prihvatanjem vanbračne dece – ima mnogo više sličnosti sa modernim porodičnom pravom nego što je to slučaj sa srednjovekovnim pravom.¹⁰ Najznačajniji uticaj na savremeno pravo svakako ima rimsko pravo, koje vrši uticaj i na prve građanske kodifikacije u Evropi u XIX veku.¹¹ Osnovna razlika između rimskog i savremenog prava je patrijarhalni karakter porodičnih odnosa u rimskom društvu, gde je apsolutnu dominaciju imao rimski *pater familias*, čijom vlašću su bili podređeni svi članovi porodice. U početku se brak sklapao *cum manu*, u čijim okvirima se žena nalazila pod vlasti njenog muža ili njegovog šefa porodice, a kasnije preovlađuje brak *sine manu*, u kome je žena ostajala pod vlašću svoga *patera familiasa*. Tokom cele rimske istorije razvod braka je bio slobodan, a postojala su određena ograničenja koja su se povećavala krajem carstva, kada je hrišćanstvo postalo oficijalna religija Rimske imperije. U Rimskoj državi određena

⁸ Više o ovom videti: Willekens, H., Scheiwe, K., The Deep roots, Stirring Present and Uncertain Future of Family Law, *Journal of Family History*, Vol. 28, No. 1, January 2003, str. 5-14.

⁹ Videti više kod: Д. Мицковиќ, Од црковните кон световните норми: еволуција на брачното право во Европа, *Зборник во чест на Панта Марина*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2007, str. 616-632.

¹⁰ Videti: M. V. Antokolskaia, Development of Family Law in Western and Eastern Europe: Origins, Common Driving Forces, Common Tendencies, *Journal of Family history*, Vol. 28 No. 1, January 2003, str. 56.

¹¹ Videti: F. Boulanger, *Droit civil de la famille*, Aspects comparatives et internationaux, Economica, Paris, 1997 str. 55. O pravnom regulisanju porodice u Rimu videti: P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire de droit privé*, Tome 3, *Droit familial*, P.U.F. Paris, 1968. Brundage, J. A., *Law, Sex and Christian Society in the Medieval Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1987; И. Пухан, *Римско право*, Култура, Скопје, 1973. Eisner, B., Horvat, M., *Rimsko pravo*, Nakladni Zavod Hrvatske, Zagreb, 1948. Д. Мицковиќ, Бракот и разводот на брак во римското право, *Зборник во чест на Иво Пухан*, Правен факултет, Скопје, 1996.

ograničenja za razvod braka uvode imperatori pod uticajem crkve. Prema tome, ne samo u Rimu, nego i kod varvarskih naroda koji su se doselili na teritoriju Evrope, brak u osnovi nije bio pravna institucija, nego se regulisao pre svega običajnim pravilama. Da bi se videlo kako je brak postao formalna neraskidiva veza, koja je predmet ekstenzivne regulacije od strane oficijelnih organa, treba dati pregled formiranja i uticaja kanonskog prava katoličke crkve.¹²

Hrišćanska koncepcija braka i porodice, koja je konačno izgrađena tokom XII i XIII veka, zasniva se na Starom i Novom zavetu, koji su bili osnova za građenje stavova ranohrišćanskih autora o braku i porodici. Crkvena koncepcija bračnih i porodičnih odnosa i crkvena pravila njihovog regulisanja u velikoj meri su se razlikovali od pravila rimskog prava, kao i od običajnih pravila varvarskih naroda. Najveća novina je zabrana razvoda braka, zato što se u Jevanđelju po Marku (10,49) kaže da "čovjek ne može razdvojiti ono što je Bog sjedinio". Nova ideja da je brak neraskidiv, kao i nastojanje Crkve da stekne potpunu nadležnost za regulisanje bračnih i porodičnih odnosa, a crkveni sudovi da budu nadležni za rešavanja porodičnih sporova, temelji se na hrišćanskoj koncepciji da brak nije samo prirodna zajednica, već da on istovremeno predstavlja "svetu tajnu", neraskidivu zajednicu koja simbolizuje vezu između Isusa i Crkve. Kao što je ova veza neraskidiva, prema stavovima ranohrišćanskih autora, tako se i bračna veza ne može raskinuti. Ipak, za stvaranje kanonskog prava kao koherentnog sistema normi za regulisanje porodičnih odnosa, kao za i sticanje isključive nadležnosti Crkve u ovoj oblasti bilo je potrebno dugo vremena.¹³ U IX veku Crkva još nije imala nadležnost za regulisanje braka, ali crkvena doktrina je predstavljala inspiraciju za kraljevska zakonodavstva.¹⁴ U ovom periodu, Crkva je postepeno preuzimala nadležnost od države za regulisanje porodičnih odnosa, a crkveni sudovi su zamenili svetovne prilikom rešavanja bračnih i porodičnih sporova.¹⁵ Ključnu ulogu u ovom procesu preuzimanja nadležnosti za regulisanje bračnih i porodičnih odnosa je imao proces stvaranja sveobuhvatnog sistema kanonskih pravila o braku i porodici, koji je završen 1234. godine kada je bio donet Dekret

¹² Videti: M. A. Glendon, *The Transformation of Family law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1989, str. 23.

¹³ Videti više kod Glendon, *n. delo*, str. 23-25.

¹⁴ Detaljnije videti kod: Petot, P., *Histoire du droit privé français, La famille*, Éditions Loysel, Paris, 1992.

¹⁵ Ova transformacija je rezultat velike moći Crkve, ali i dezorganizacije koja je nastala putem slabljenja srednjevekovnih država i dezorganizacije kraljevskih sudova. Videti više kod: Ourliac, P., Malafosse, J., *n. delo*, str. 185-186.

Gregorij - a IX, koji je zajedno sa tri druga teksta sačinjavao kanonsko pravo Katoličke crkve (*corpus iuris canonici*).¹⁶ Kodifikacija kanonskog prava je imala izuzetno veliki značaj; kodifikovano kanonsko pravo je predstavljalo osnovni izvor za regulisanje porodičnih i bračnih odnosa sve do protestantske Reformacije, a u katoličkim zemljama sve do XX veka.¹⁷ Kanonsko pravo se u velikoj meri razlikuje od zakonskih i običajnih normi koje su regulisale porodične odnose u srednjovekovnom periodu. Njegove osnovne karakteristike su konsensualni karakter braka, zabrana razvoda braka, zabrana vanbračnih veza, proširenje stepena srodstva kao bračne smetnje i isključiva nadležnost crkvenih sudova za rešavanje bračnih i porodičnih sporova.¹⁸

Kanonsko pravo je skoro pet vekova bilo jedini izvor za regulisanje bračnih i porodičnih odnosa u svim evropskim zemljama.¹⁹ Dominacija kanonskog prava bila je dovedena u pitanje protestantskom reformacijom, koja je dovela do rušenja religioznog jedinstva hrišćanskog sveta u Zapadnoj Evropi i do stvaranja različitih, dijametralno suprotstavljenih porodičnopravnih modela. Pravni partikularizam i diverzitet u sferi porodičnog prava direktno je povezan napuštanjem osnovnih odredaba kanonskog prava kojima se regulišu odnosi u porodici i građenjem različitih modela u podeljenim protestantskim crkvama, kao i donošenjem zakona od strane svetovnih vlasti, što je dovelo do narušavanja jedinstva u regulisanju odnosa u sferi bračnih i porodičnih odnosa. Protestanti su umali različitu koncepciju za regulisanje braka i porodice od one što je bila prihvaćena u kanonskom pravu. Protestanti su kritikovali teoriju neraskidivosti braka i predviđali su mogućnost, u određenim slučajevima, za razvod braka. Osim toga,

¹⁶ Nadležnost crkvenih sudova za rešavanje porodičnih i bračnih sporova je opšta, i ona ne obuhvata samo kontinentalni Evropu, već i Veliku Britaniju, gde odlukom Vilijama Osvajača iz 1085 godine, crkveni sudovi stiču isključivu nadležnost za rešavanje ovih sporova. Videti više: Boulanger, *n. delo*, str. 58.

¹⁷ Značenje kanonskog prava je u tome što crkvena pravila za bračne i porodične odnose predstavljaju model prema kome su se gradila i savremena zakonodavstva. Tako na primer, umesto da grade novi zakonski model za regulisanje razvoda braka, sekularna zakonodavstva iz XIX i XX veka preuzela su kanonske norme koje su regulisale pitanje razdvajanja bračnih drugova. Prema kanonskom pravu, brak ne može da se razvede, ali u određenim slučajevima, odlukom crkvenog suda, bračni drugovi mogu živeti odvojeno. Videti više kod: Glendon, *n. delo*, str. 31.

¹⁸ O kanonskom pravu o braku i porodici videti više: Мицковић, Д., *n. delo*, str. 620-629, Goody, J., *L'evolution de la famille et du mariage en Europe*, Armand Colin, Paris, 1985, Herlihy, D., *Medieval Households*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.

¹⁹ Kanonsko pravo je bilo jedan vid *ius commune* porodičnog prava, i to služi kao argument onim autorima koji smatraju da se u Evropi i danas može unificirati porodično pravo.

protestanti su osporavali nadležnost Crkve u sferi porodičnih odnosa i smatrali su da svetovni, a ne crkveni sudovi treba da sude u porodičnim i bračnim sporovima. Jedinstvena ideologija o braku i porodici i njihovom pravnom regulisanju, koja je bila karakteristična za srednjevekovni period, bila je nepovratno narušena. Bazični koncepti kanonske doktrine – kao što je isključiva nadležnost Crkve za regulisanje porodičnih odnosa, koncept braka kao doživotne i neraskidive zajednice, neprihvatanje vanbračne zajednice i izuzimanje vanbračne dece iz porodice, bile su napuštene.²⁰ Osim protestantske reformacije, veliku ulogu u stvaranju savremenog porodičnog prava imala je škola prirodnog prava. Ključna uloga predstavnika prirodnopravne škole je bila u tome što su doprineli da se promeni shvatanje prirode i suštine braka. Prirodnopravna škola je imala dijametralno suprotni stav od onog koji je vekovima prihvatila Crkva, a njeni predstavnici su smatrali da brak nije sveta tajna, već da predstavlja građanski ugovor. Prihvatanje laičkog karaktera braka i isključivu nadležnost svetovne vlasti za njegovo regulisanje, kao i prihvatanje ugovorne prirode braka i uvođenje razvoda braka su osnovne karakteristike modernog bračnog prava, čije osnove su postavili protestantska reformacija, prirodnopravna škola i galikanski pokret u Francuskoj. Ova moderna koncepcija braka doživljava punu afirmaciju nakon Francuske revolucije iz 1789 godine.²¹

Nakon Revolucije, francuski Ustav iz 1791. godine predviđa "da se brak smatra građanskim ugovorom". Ovo je dokaz da je država izvojevala pobjedu u dugoj borbi sa Crkvom u pogledu uspostavljanja kontrole za regulisanje bračnih i porodičnih odnosa.²² Jedna od najznačajnijih posledica prihvatanja ugovornog karaktera braka je uvođenje razvoda braka. Ova nova, ugovorna koncepcija braka, polazi iz činjenice da se brak zaključuje slobodnom izjavom volje bračnih drugova (to znači da on više ne predstavlja svetu tajnu), a suprotnom izjavom volje bračnih drugova brak može prestati da postoji.²³ Francusko revolucionarno zakonodavstvo

²⁰ Videti više kod: Antokolskaia, *n. delo*, str. 57.

²¹ Više o uticaju prirodnopravne škole u građenju moderne koncepcije braka i porodice videti kod: Dufour, A., *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995. Prema ovom autoru, koncepcije ugovorne teorije i jednakosti, koje su na teoriskom planu razrađivali pripadnici prirodnopravne škole za prvi put na legislativnom planu biće realizovane nakon Francuske revolucije.

²² Više o konfliktu između država i Crkve oko nadležnosti u sferi porodičnih odnosa videti kod: Lefebvre-Teillard, A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, P.U.F., Paris, 1996.

²³ U ovom smislu je diskusija poslanika Sedije na Zakonodavnoj Skupštini u septembru 1792. godine, za vreme rasprave o zakonu kojim se uvodi razvod braka u Francuskoj. Sedije kaže: "Brak je

imalo je velik uticaj i u drugim evropskim zemljama, gde se prihvata sekularizacija porodičnog zakono-davstva, građanska forma braka, i nadležnost državnih, a ne crkvenih sudova u porodičnim odnosima.²⁴

Osobođenje srednjovekovnog nasleđa u sferi regulisanja porodičnih odnosa dešava se u svim evropskim zemljama, pod uticajem istih liberalnih ideja, kao što su zahtevi za ličnu slobodu, autonomija i jednakost muškaraca i žena.²⁵ Početak XX veka karakteriše ubrzavanje procesa liberalizacije porodičnog prava, a dinamika liberalizacije porodičnog prava dolazi do izražaja sredinom šezdesetih godina dvadesetog veka. U ovom periodu u svim evropskim zemljama dešavaju se iste promene – prihvata se sekularni karakter porodičnog zakonodavstva, dolazi do liberalizacije razvoda braka, prihvataju se i pravno se regulišu vanbračne zajednice, dolazi do izjednačenja pravnog položaja vanbračne dece i dece koja su rođena u braku. Reforme porodičnog prava se ne sprovode istovremeno u svim zemljama Evrope. Ove promene se sprovode brže u skandinavskim zemljama, Sovjetskom Savezu i zemljama Istočne Evrope. Zemlje južne Evrope najsporije prihvataju promene, a zemlje Zapadne Evrope bile su u sredini.²⁶

2. STVARANJE JEDINSTVENOG EVROPSKOG PORODIČNOG PRAVA: UTOPIJA ILI STVARNOST

Imajući u vidu karakteristike istorijskog razvoja porodičnog prava evropskih zemalja, danas se postavlja pitanje da li je moguće izvršiti približavanje zakonskih rešenja u sferi porodičnog prava, sa ciljem da se stvori jedan novi, unificirani model, kakav je postojao u srednjem veku, kada su norme kanonskog prava bile primenjivane u svim evropskim zemljama. U ovom kontekstu aktuelno je pitanje da li je potrebno da se u budućem evropskom Građanskom zakoniku obuhvate i porodičnopravne norme. Dilema koja se nameće nije samo da li je ovakva kodifikacija moguća, s obzirom na razlike koje postoje u porodičnopravnim

građanski ugovor. Po svojoj prirodi ugovori se raskidaju na isti način na koji su i zaključeni. Brak je zaključen izjavom volja dva lica, i zbog toga prirodno je da on prestane suprotnim izjavama njihove volje. Dufour, A., *n. delo*, str. 39.

²⁴ Više o uticaju francuskog zakonodavstva nakon revolucije, kao i o uticaju francuskog Građanskog zakonika u drugim evropskim zemljama videti kod: Boulanger, *n. delo*, str. 78-81.

²⁵ Prema Antokolskaia, pravac reforme svih evropskih zemalja je bio isti – stvaranje porodičnog prava orijentisanog prema ličnosti i oslobođenog od uticaja religije, ali ovaj se proces odvijao različitom dinamikom u pojedinim državama, *n. delo*, str. 59.

²⁶ *Ibidem*.

sistemima, nego da li je ona neophodna. Osnovno pitanje je da li je potrebno da postoje identične norme kojima bi se regulisali bračni i porodični odnosi od Lisabona do Rige i od Londona do Atine. Pitanje je da li bi se ovom unifikacijom građanima Evrope nametnula veštačka rešenja u tako osetljivim oblastima kao što su bračni i porodični odnosi u ime stvaranja nekakvog veštačkog "evropskog identiteta."

U pogledu pitanja harmonizacije i kodifikacije porodičnog prava evropskih zemalja generalno se mogu identifikovati dve dijametralno suprotstavljene koncepcije. Prema prvoj, porodično pravo je, u mnogo većoj meri od drugih grana prava, pod uticajem istorije, religije, politike i kulture u svakoj zemlji. Zbog toga mnogo je teže, prema nekim autorima čak i nemoguće, realizovati unificiranje porodičnopravnih sistema evropskih zemalja.²⁷ Ovaj stav ne zastupaju samo određeni autori, nego to pretstavlja i oficijalni stav Evropske Unije. U jednom svom dokumentu, Evropski Savet navodi: "Porodično pravo je u velikoj meri pod uticajem kulture i tradicije nacionalnih pravnih sistema, što može dovesti do velikih poteškoća u kontekstu njegove harmonizacije."²⁸ Suština ove koncepcije se sastoji u tome da je harmonizacija porodičnog prava nemoguća, zbog njegovog specifičnog karaktera, zato što je ono u velikoj meri proizvod specifičnog razvoja svake evropske zemlje. Prema Meldeurs-Klajn, danas ne postoji nijedan dokaz da evropski građani traže evropski porodični zakonik koji bi na identičan način regulisao bračne i porodične odnose u svim evropskim zemljama. Meldeurs-Klajn postavlja i pitanje demokratičnosti, zbog toga što bi se građani Evrope suočili sa zakonom koji nosi jedan centralni autoritet, pri čemu postoji realna opasnost da ovakva evropska kodifikacija nema ništa zajedničko sa pravnim pluralizmom, nacionalnom kulturom i identitetom pojedinih evropskih naroda. Osim toga, kao što navodi ovaj autor, demokratičnost bi bila dovedena u opasnost zato što bi evropski građanski zakonik bio u nadležnost evropskih institucija, a ne nacionalnih parlamenata.²⁹

²⁷ U ovom smislu videti: David Bradley, *A note on Comparative Family Law, Problems, Perspectives, Issues and Politics*, Oxford University Comparative Law Forum, 2005.

²⁸ Izveštaj Evropskog Saveta o potrebi aproksimacije legislative zemalja članica u građanskoj materiji, 13017/01.

²⁹ Videti M. T. Medeurs-Klein, *Towards a European Civil Code on Family Law? Ends and Means, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, K. Boele-Woelki (ed), Intersentia, CEFL, 2002, str. 115.

Nasuprot ovakvom rezervisanom stavu o mogućnosti harmonizacije porodičnog prava, privrženici harmonizacije i kodifikacije porodičnog prava smatraju da već i sada postoji spontana konvergencija evropskih porodično-pravnih sistema. U svim zemljama Evrope se odvijaju iste ili slične pravne reforme, kojima se obezbeđuje jednakost bračnih drugova (napušta se vekovna dominacija muža u braku i u porodici), liberalizuje se razvod braka, regulišu se vanbračne zajednice (u poslednje vreme regulišu se i istopolne zajednice), izjednačuju se prava vanbračne deca sa decom rođenom u braku, a u okviru roditeljskog prava u prvi plan se postavlja obaveza i odgovornost roditelja da se brinu o pravima i interesima dece.³⁰ Analizirajući razvoj porodičnog prava u evropskim zemljama u poslednjih 200 godina, Willekens navodi da se "promene u različnim pravnim sistemima ne dešavaju istovremeno, ali je pravac promena u svim zemljama isti."³¹ Više autora koji se zalažu za harmonizaciju porodičnog prava na evropskom nivou ukazuju na neophodnost da se porodično pravo razmatra u okviru društvenog i kulturnog konteksta svake države. Prema ovom mišljenju, porodično pravo se ne može u potpunosti razumeti ukoliko se zanemare norme i vrednosti koje su kulturno oblikovane u svakom društvu. Ipak, po njihovom mišljenju, ovo ne bi trebalo da bude prepreka harmonizaciji porodičnog prava, zbog toga što u sferi pravnog regulisanja porodice postoje religiozne, istorijske i kulturne osnove koje su zajedničke svim evropskim državama, kao što je regulisanje braka i porodice normama kanonskog srednjovekovnog prava.³² Pristalice harmonizacije porodičnog prava na evropskom nivou navode da je ona moguća zbog identičnih društvenih i demografskih promena koje se odvijaju u svim evropskim zemljama. U poslednjih nekoliko decenija, u sferi braka i porodice u Evropi se dešavaju radikalne promene. Ove transformacije u bračnom i porodičnom životu, prema jednom poznatom francuskom sociologu i demografu predstavljaju "pravo iznenađenje za demografe", zbog toga što su ranije smatrali da je za ovakve radikalne promene potrebno nekoliko vekova, a ne nekoliko decenija.³³ U svim evropskim zemljama dešavaju se iste promene: smanjuje se natalitet, smanjuje se broj zaključenih brakova, povećava se broj razvoda, povećava se broj vanbračnih

³⁰ Videti više: Marella, *n. delo*, str. 84.

³¹ Videti: H. Willekens, *The Changing Family, Family Forms & Family Law*, John Eekelaar nad Thandabantu Nhlapo (ed) Hart Publishing, Oxford, UK, 1998.

³² Videti više: N. Detlhof, *Arguments for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, u: *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, K. Boele-Woelki (ed), Intersentia, CEFL, 2002, str. 59-64.

³³ Vidi više kod Rousell, L., *La famille incertaine*, Editions Odile Jacob, Paris, 1999.

zajednica i dece rođene van braka, a zbog velike stope razvoda stalno se povećava broj monoroditeljskih i rekonponovanih porodica. Smanjivanje stope nataliteta je prisutna u svim evropskim zemljama, a ova tendencija suočava evropske države sa tzv. "belom smrću", odnosno sa smanjivanjem broja stanovništva. U Italiji na primer, samo za 10 godina (od 1985. do 1995. godine) broj dece koje je rađala jedna žena smanjuje se sa 1,42 na 1,22, a u istom periodu broj dece koje rađa jedna žena u Španiji smanjuje se sa 1,63 na 1,22.³⁴ Ako se zna da jedna žena u svome fertilnom periodu treba da rodi više od dvoje dece kako bi se obezbedila prosta reprodukcija stanovništva, jasno je da će pad nataliteta dugoročno predstavljati jedan od najvećih problema u Evropi. Porast broja razvoda je fenomen koji je u drugoj polovini XX veka zahvatio sve zemlje Evrope. U Engleskoj broj razvoda povećao se sa 45.000 u 1968. godini na više od 145.000 trideset godina kasnije. Slična je situacija i u drugim zemljama; samo za dve decenije, od 1970. godine do 1990. godine, broj razvoda se povećao za tri puta u Francuskoj i Holandiji i za dva puta u Belgiji.³⁵ Kao rezultat ovakvog dramatičnog porasta broja razvedenih brakova, stalno se povećava broj monoroditeljskih porodica, gde deca žive samo sa jednim roditeljem. U Engleskoj broj monoroditeljskih porodica povećao se od 570.000 u 1971. godini na više od 1.600.000 1996. godine, a u Francuskoj ovaj broj se povećao od 750.000 u 1966. na više od 1.200.000 u 1990. godini.³⁶ Stalno se povećava i procenat vanbračne dece, tako da u 1994. godini u Švedskoj procenat vanbračno rođene dece je iznosio 51,4, što znači da su se više dece rađala u vanbračnim vezama nego u braku.³⁷ Sve ove promene, koje su slične u svim evropskim zemljama, zastupnici unifikacije porodičnog prava navode kao jedan od glavnih argumenata u prilog potrebe da se stvori jedno "evropsko porodično pravo", koje bi bilo kodifikovano u jedan zakonik. Oni navode da je glavni razlog za to činjenica da se u svim zemljama, sa određenim razlikama u intenzitetu i dinamici, dešavaju iste socijalne i demografske promene u braku i porodici, koje traže sličan pristup zakonodavaca. Zbog toga se potreba unifikacije obrazlaže ne samo identičnim istorijskim korenima porodičnog prava u Evropi, nego i sličnošću socijalnih problema sa kojima se suočavaju svi porodični sistemi evropskih zemalja početkom XXI veka.

³⁴ Videti kod: Leridon, Villeneuve-Gokalp, u: Thery, I., Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.

³⁵ Videti više kod G. A. Hawker, S., Crow, G., Family diversity and Change in Britain and Western Europe, *Journal of Family Issues*, Vol.22 No.7, October 2001.

³⁶ *Ibid*, str. 821.

³⁷ Leridon, Villeneuve-Gokalp, *n. delo*, str. 270.

Kad se govori o približivanju porodičnih zakonodavstava evropskih zemalja potrebno je napraviti razgraničenje određenih pojmova, što se ponekad upotrebljavaju kao sinonimi. Kada se govori o harmonizaciji, misli se pre svega na pomirenje suprotnosti različitih sistema preko dobre volje i dijaloga, kao i poštovanje specifičnih pravnih, istorijskih i društvenih prilika u svakoj zemlji. Unifikacija je nešto više – to je dobrovoljno ili čak i nametnuto prihvatanje uniformnih, identičnih rešenja u različnim pravnim sistemima. Ipak, najviši nivo približavanju različitih pravnih sistem je stvaranje jednog jedinstvenog zakonika. Kodifikacijom je moguće da se izvrši kompilacija, sakupljanje i sistematizovanje u jedan dokumenat svih postojećih pravnih normi i propisa (takav je primer Justinijanova kodifikacija). Sa druge strane kodifikacija, ukoliko bi se prihvatio jedinstveni evropski Građanski zakonik, može dovesti do "stvaranje koherentnog i strukturisanog kodeksa, što je rezultat celovito novog legislativnog procesa usmerenog prema tehničkom i simboličkom unificiranju prava različitih država".³⁸ U ovom smislu, kada se govori o približivanju evropskih porodičnih zakonodavstava, treba da se opredeli stupanj i dubina tog procesa – da li je reč o harmonizaciji, što predstavlja "meko" približivanje, ili je reč o nečemu više – kodifikaciji porodičnog prava u jedan jedini kodeks.

Jedno od osnovnih pitanja koje se postavlja kad se govori o harmonizaciji ili o unifikaciji evropskog porodičnog prava povezano je sa motivima i ciljem koji se trebaju postići ovakvim približivanjem evropskih porodičnopravnih sistema. U ovom smislu mogu se navesti praktični razlozi. U Evropskoj uniji u poslednjih nekoliko decenija se povećava broj binacionalnih porodica, i danas 15% od evropskih građana zaključuje brak sa državljanima drugih zemalja (najčešće sa državljanima zemalja članica EU), a zbog mobilnosti stanovništva u Evropskoj Uniji, 5% građana Unije danas nemaju državljanstvo zemlje u kojoj žive.³⁹ Cilj harmonizacije porodičnog zakonodavstva bio bi da olakša pravne i druge probleme sa kojima se suočavaju ove porodice putem približavanja ili unificiranja materijalnopravnih i procesnopravnih normi kojima se regulišu porodični odnosi. Drugi mogući cilj unifikacije evropskog porodičnog zakonodavstva bi bio politički – učvrstiti "evropski identitet" građana zemalja članice Evropske unije. Ovo nije nepoznato u prošlosti; jedan od ciljeva Napoleona tokom donošenja Francuskog građanskog zakonika iz 1804. godine bio je učvrstiti jedinstvo francuske nacije. I Bizmark je imao sličan cilj kada je počela primena Građanskog zakonika Nemačke

³⁸ Meldeurs-Klein, *n. delo*, str. 106.

³⁹ Videti više kod: Nina Detlhof, *n. delo*, str. 37.

1900. godine. Pored ovih ciljeva, unificiranje zakonodavstava u sferi pravnog regulisanja porodice može biti motivisano i filozofskim, moralnim ili ideološkim razlozima i može imati za cilj da se promoviše ili čak i nametne jedan porodičan model, koji bi bio najbolji za savremena evropska društva.⁴⁰

I pored toga što su neki od navedenih motiva za unificiranje evropskih zakonodavstava prihvatljivi i logični, ne može se zanemariti činjenica da će ovaj proces biti povezan sa brojnim, ponekad čak i nepremostivim teškoćama u ovoj fazi razvoja evropskih pravnih sistema. Normama prodičnog prava se ne regušu obični odnosi, već se njima postavljaju temelji svakog ljudskog društva i kulture. Sve dok porodica predstavlja osnovnu ćeliju društva, porodično pravo je "*hard core*" svake pravne kulture. Već smo naveli da se porodično pravo u evropskim zemljama karakteriše diverzitetom i pluralizmom, koji su rezultat različitih kultura, tradicija i običaja pojedinih naroda i koji se ne menjaju preko noći. I pored određene tendencije približavanja, i dalje postoje veoma velike razlike između pojedinih pravnih sistema, i to ne samo na liniji podele kontinentalno-anglosaksonsko pravo, nego razlike postoje i između bliskih zemalja, kao što su Holandija i Nemačka, pa čak i među nordijskim zemljama, u kojima je u velikoj meri izvršena harmonizacija normi porodičnog prava.

Danas je teško opredeliti jedno "zajedničko jezgro" rešenja koje bi predstavljalo osnovu pravnog regulisanja porodice u svim evropskim zemalja. Uzmimo na primer razvod braka. Opšta tendencija, prisutna u svim zemljama Evrope, je liberalizacija razvoda braka, što se odvija paralelno sa smanjivanjem uticaja crkvenih normi u regulisanju porodičnih odnosa. Međutim, ne može se reći da su rešenja u odnosu na pravno regulisanje razvoda identična u svim evropskim zemljama. Postoje zemlje, kao na primer Danska i Švedska, gde je razvod braka bio uveden još u XVI veku, nakon protestantske reformacije, ali ima i takvih gde je razvod braka bio uveden tek krajem XX veka, zbog snažnog uticaja Katoličke crkve.⁴¹ Osim toga, u nekim zemljama potpuno je napušten koncept razvoda zbog

⁴⁰ Meldeurs-Klein, *n. delo*, str. 108.

⁴¹ U Italiji na primer, razvod braka je bio prihvaćen ne referendumu i to čak 1970. godine, nakon žestokih rasprava u javnosti i sukobima na ulicama između privrženika i protivnika razvoda braka; u Irskoj, poslednjoj zemlji u Evropi koja je uvela razvod u svoj pravni sistem, prihvaćen je referendumom, sa veoma malom većinom, i to čak 1995. godine. Više o razlikama u evropskim zakonodavstvima u odnosu na pravno regulisanje razvoda braka videti kod: Ancel, M., *Le divorce a l'etranger*, Centre Français de droit compare, La documentation Française, Paris, 1975, Мицковић Д., Бракоразводните системи во земјите на Европската Унија, *Евродијалог*, списание за европски прашања, бр 2, Студентски збор, Скопје, 2002.

krivice jednog bračnog druga, ali u drugim (kao na primer u Francuskoj) još postoji ovaj vid razvoda braka. Velike razlike postoje i u pogledu regulisanja postupka za razvod braka, rokova u kojima brak može biti razveden, kao i u pogledu regulisanja posledica razvoda braka. Osim toga, treba istaći da razvod braka nije jedina oblast gde postoje velike razlike u evropskim porodičnopravnim sistemima; zaključivanje braka takođe teško može biti unificirano u ovom momentu, zbog toga što u najvećem broju država postoji samo građanska forma braka, a u nekim drugim, kao što je Italija, a od nedavno i Češka i Litvanija, pored građanskog postoji i crkveni brak. Kako u ovoj situaciji naći "zajedničko jezgro", koje bi bilo prihvatljivo za sve zemlje Evrope? Očekivati da će Francuska napustiti svoju sekularnu tradiciju, koja sačinjava samu osnovu francuske države nakon Francuske revolucije iz 1789. godine, i ponovo prihvatiti crkveni brak je apsolutno nerealno. Sa druge strane, nerealno je i tražiti od Italije, kolevke katolicizma, da ukinе Konkordat iz 1929. godine, zaključen između države i Katoličke crkve, kojim se predviđa da će i crkveni brak proizvoditi pravna dejstva.⁴² Kad govorimo o zaključivanju braka, svakako moramo pomenuti i pitanje stepena rodbinske veze kao bračne smetnje, zbog toga što je u odnosu na ovo pitanja veoma teško očekivati da se u doglednom vremenu može postići bilo kakav zajednički stav u evropskim zemljama. Razlike su velike, ako se ima u vidu da se u nekim zemljama (kao Švedska) dozvoljava brak između polubrata i polusestre, kao i usvojenika i usvojioaca. Ova rešenja su apsolutno neprihvatljiva u većem broju evropskih zemalja.⁴³

U evropskim zemljama postoje još puno dijametralno suprotstavljenih rešenja u sferi pravnog regulisanja porodice, koja ne mogu biti prevaziđena bez ozbiljnih političkih i društvenih problema; možemo pomenuti pitanje pravnog regulisanja istopolnih zajednica (veoma osetljivo pitanje, oko koga se u poslednje vreme vodi žestoka debata u mnogim evropskim zemljama), kao i pitanje novih reproduktivnih tehnologija. U poslednjih nekoliko godina, u nekim evropskim zemljama, kao u Holandiji, Španiji i Belgiji, lica istog pola dobijaju pravo da zakluče punovažan brak, a imaju pravo i da usvajaju decu. U većem broju drugih zemalja, istopolne zajednice pravno su regulisane (Francuska, Velika Britanija, Danska,

⁴² U članu 34. Konkordata zaključenog 1929. godine ističe se: "italijanska država, sa ciljem da se vrati dostojanstvo braka koji je osnova porodice, i u saglasnošću sa katoličkom tradicijom svoga naroda, priznaje da sveti brak zaključen prema kanonskim pravilima proizvodi građansko dejstvo."

⁴³ Videti više kod: Bradley, *n. delo*, str. 30.

Nemačka, Hrvatska), ali parovi istog pola ne mogu zaključivati punovažni brak, a osim toga nemaju pravo da usvajaju decu. U drugim evropskim zemljama, kao što je i Republika Makedonija, istopolne zajednice uopšte nisu pravno regulisane i ne prizivaju pravna dejstva. Imajući u vidu razlike u sadašnjem nivou pravnog regulisanja ovih zajednica, teško je pretpostaviti da se u kraćem vremenskom periodu može naći "zajedničko jezgro" u odnosu na ovo pitanje.⁴⁴ Primenom novih reproduktivnih tehnologija javljaju se dileme u odnosu prirodu materinjstva, očinstva i roditeljskih prava i obaveza. I u odnosu na pravno regulisanje novih reproduktivnih tehnologija postoje veoma velike razlike između pojedinih evropskih zemalja. Tako je na primer, u Velikoj Britaniji i Rusiji surogat-materinstvo dozvoljeno i regulisano zakonom; nasuprot tome, surogat-materinstvo nije dozvoljeno u većem broju drugih evropskih zemalja. Imajući u vidu ozbiljne dileme koje su povezane sa novim reproduktivnim tehnologijama (dovodi se u pitanje i sami koncept majke u našoj civilizaciji), ne postoji realna mogućnost da se postigne saglasnost u pravnom regulisanju ove oblasti.⁴⁵

Ukoliko se uzme u obzir specifičnost porodičnog prava, njegova duboka povezanost sa kulturom, istorijom, religijom, tradicijama i običajima svake zemlje, u ovoj fazi razvoja evropske integracije najadekvatnije bi bilo da se radi na harmonizaciji evropskih porodičnih zakonodavstava.⁴⁶ To bi bilo produženje procesa o kome smo već govorili, kao što su aktivnosti Saveta Evrope u odnosu na pitanje približavanja zakonodavstava država članica, implementaciju sudske prakse Evropskog suda o pravima čoveka, rešavanje spornih situacija iz sfere

⁴⁴ Više o pravnom regulisanju istopolnih zajednica videti kod: K. Waaldijk, Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries, *New England Law Review*, 38:3, str. 2004, M. Digoix, Paths towards equality, Digoix, Marie&Festy, Patrik (eds), *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages: A focus on cross-national differentials*, Documents de travail No 124, Ined, 2004, str. 1-15.

⁴⁵ O etičkim, moralnim, filozofskim, religioznim i pravnim dilemama povezanim sa surogat-materinjstvom videti kod: B. Williams-Jones, Commercial Surrogacy and the redefinition of Motherhood, *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Volume 2, February 2002, Nakash, A., Herdman, J., Surrogacy, *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, April 2007, str. 146-251, Kindregan Charles, *Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology*, Research Paper 08-01, December 2007, Suffolk University Law School.

⁴⁶ U ovom smislu i Meldeurs-Klajn kaže: "smatram da najbolji demokratski put aproksimacije nacionalnih zakonodavstava koje se odnose na porodične odnose nije doneti Građanski zakonik, nego prihvatiti razumni, pluralistički i fleksibilniji pristup otvorenog demokratskog dijaloga i slobodnog prihvatanja dobrih rešenja koje poštuju vrednosti i kulturne razlike evropskih građana," *n. delo*, str. 116.

porodičnog prava gde postoji međunarodni element (legislatura Brisel II Evropske Unije), kao i postupnom implementacijom preporuka Evropske komisije u oblasti porodičnog prava, koje su usmerene prema stvaranju zajedničkih osnova regulisanja pojedinih pitanja iz sfere porodičnih odnosa. Nasuprot pokušajima uniformiranja evropske porodice, umereni, tolerantni i realistični pristup u ovoj sferi može dati veoma dobre rezultate u dužem roku, u uslovima kada su pluralizam, poštovanje različitih kultura i tradicija i poštovanje osnovnih ljudskih prava najviše vrednosti ujedinjene Evrope.

Dejan Micković, PhD

Faculty of Law "Iustinianus Primus" Skopje

Contemporary Tendencies and the Development of the Family Law Systems and Harmonization of Family Law in European Union

Summary

In this paper the author analysis the basic dilemmas related to the process of harmonization and codification of European legislatures in the area of family law. He offers a review of the most recent activities of the European institutions in this area as well as a short historical review of the legal regulations of marital and family relations in European countries. The author believes that, due to the specificity of family law, which largely depends on the historical development, culture, traditions and customs of different countries, the most appropriate approach at this stage of European integration would be to gradually harmonize all European systems of family law, and not to seek creation of a single European codification in the area of family law that would uniformly regulate family relations in all European countries.

Angel RISTOV*

UDK: 347.65(4-672EU)

str. 53-70.

HARMONIZACIJA NASLEDNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Apstrakt

U tekstu autor analizira osnovne dileme i pitanja povezana sa procesom harmonizacije naslednog prava u Evropskoj uniji. Autor konstatuje da je u akademskoj sredini, kao i u organima EU opšte prihvaćeno stajalište da nasledno pravo ne može biti unifikovano u Evropskoj uniji zbog njegovih specifičnosti povezanih tradicijom, kulturom i običajima. Zbog toga se smatra da nasledno pravo treba i dalje da ostane u nadležnosti nacionalnih zakonodavstava. Ipak, imajući u vidu da se broj transnacionalnih ostavina konstantno povećava, u EU je prisutan proces harmonizacije određenih pravila u sferi nasleđivanja. Zbog efikasnijeg ostvarivanja naslednih prava građana država članice EU, predlaže se pre svega harmonizacija pravila međunarodnog privatnog prava u vezi jurisdikcije nasleđivanja, priznanja i izvršenja ostavinskih odluka, uvođenje Evropskog sertifikata o nasleđivanju kao i Evropskog registra testamenata.

Ključne reči: nasledno pravo, harmonizacija naslednog prava, Evropski sertifikat o nasleđivanju, Evropski registar testamenata.

Kao rezultat mobilnosti i slobode kretanja u Evropskoj uniji sve veći broj građana žive i rade u drugim državama članice Evropske unije.¹ Masovne migracije

* Asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi," Skopje.

doprinosu da građani poseduju imovinu u nekoliko država članica Evropske unije.² U porastu je i broj brakova između građana različitih država.³ Zbog ovih razloga, broj ostavina sa stranim elementom je u konstantnom porastu, što otežava nasleđivanje imovine.⁴ Naime, naslednici transnacionalnih ostavina susreću se sa brojnim problemima koji su u vezi sa sukobom zakona, sukobom nadležnosti organa, dugim trajanjem naslednog procesa, činjenici da li je ostavilac ostavio testament i gde se on nalazi, zbog toga što naslednici imaju finansijske i advokatske troškove, ne poznaju strano pravo i dr.⁵ Osobito se ističu problemi u vezi dokazivanja statusa naslednika, s obzirom da se dokumenti automatski ne priznaju u drugim državama članicama EU. Zbog ovih problema naslednici se ponekad i odriču od nasleđa koje se nalazi u drugoj državi. U cilju efikasnijeg ostvarivanja naslednih prava građana u EU predlaže se harmonizacija u

¹ U 2009 godinu potvrđeno je da otprilike 8 miliona Evropljana žive u drugoj državi članici Evropske unije. Prema statističkim podacima više od milion Italijana žive i rade u drugim državama članica Evropske unije. 12% od irske populacije, takođe žive u drugim državama članica EU. Ovaj procenat je veći kod novih država članica EU (Poljska, Bugarska, Rumunija i dr.). U Nemačkoj postoje podatak da više od dva miliona državljana drugih država članice EU žive u ovoj zemlji. 20% populacije Luksemburga je sačinjena od građana drugih država članica EU. Videti: <http://www.europeanvoice.com>; Europa-Justice and Home affairs-Succession and Wills study. Prema podacima Eurostata o rezidentima iz drugih država članica EU 1996 godine u Španjolskoj su živeli 500.000, u Italiji 750.000, u Velikoj Britaniji 2.000.000. U 2007 godini ovaj broj se znatno povećava u Španjolskoj na 4.500.000, u Italiji na 3.000.000 dok u Velikoj Britaniji na 3.600.000. Eurostat statistic „Population par citoyen neté“. Prema Aaronu Schwabachu danas u Evropi žive preko deset miliona građana van svojih nacionalnih država. Videti *Of Charities and Clawbacks: The European Union Proposal on Successions and Wills as a Threat to Charitable Giving*, January 25, 2011, str. 20.

² Nemačke banke procenjuju da oko jedan milion Nemaca poseduju nekretnine u drugim državama članica EU. Približan je i broj Britanaca i danaca koji takođe poseduju nekretnine u drugim državama članice EU.

³ U Evropskoj uniji procenjuje se da postoje 16 miliona brakova između partnera različitih nacionalnosti. Videti opširnije: *EU countries restrict „divorce shopping“* <http://www.eulaws.eu/>

⁴ Slobodno kretanje ljudi i imovine do Mاستriškog ugovora doprinelo je da u Evropskoj uniji 2009. godine broj transnacionalnih ostavina dostigne približno pola miliona. U sledećim godinama logično se očekuje porast ovog broja. Charlemagne, *When there is a Will There's a Row*, *The Economist*, Oct. 15, 2009, str. 65.

⁵ Ugovor o nasleđivanju kao osnov nasleđivanja, pored zakona i testamenata, je predviđen u Austriji, Nemačkoj, Danskoj, Turskoj, Grčkoj, određenim regionima Španjolske i Velikoj Britaniji. Ugovorno nasleđivanje, odnosno poklon budućih stvari je prihvaćen u Francuskoj, Belgiji, Portugalu, Nizozemskoj i Luksemburgu.

određenim pitanjima, pre svega pravila međunarodnog privatnog prava koja se tiču transnacionalnih ostavina.⁶

1. DA LI JE MOGUĆA UNIFIKACIJA NASLEDNOG PRAVA U EU

Nasledno pravo, za razliku od drugih oblasti u kojima se velike promene dešavaju veoma često, kao što su obligaciono i porodično pravo, razvija se sporije i manje radikalnim koracima. Ipak, to ne znači da se uloga i značaj naslednog prava u savremenim društvima nije promenila.⁷ Naime, "uobičajeno nasledna prava evoluiraju koracima deteta" zbog čega je, da bi nastale određene promene u ovoj oblasti, potrebno da prođe duže vremena.⁸ Razlog tome je činjenica da "njegovi koreni prodiru duboko u osnovne fundamentalne koncepte pravde, morala i društva."⁹ I pored ovih specifičnosti, u poslednjim decenijama prošlog i ovog veka došlo je do značajnih reformi u sferi nasleđivanja u velikom broju država u Evropi.¹⁰ Međutim, i dalje su ostale razlike i specifičnosti u pogledu slobode testiranja, veličina nužnog dela, vraćanje poklona, naslednih redova, naslednih delova, naslednih prava vanbračnih partnera i drugih insituta.¹¹ Ovaj period je značajan

⁶ V. Pop, EU to easy inheritance procedures among member states, <http://euobserver.com/>

⁷ Godišnji transfer nasleđenog blaga u SAD procenjuje se da iznosi između 600 i 900 milijardi dolara, dok u Nemačkoj između 150 i 300 milijardi dolara. Videti više kod J. Beckert, *Inherited Wealth*, Princeton University Press, 2008.

⁸ U. Liin, Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading, *Juridica International*, VI/2001, str. 114.

⁹ U. Spellenberg et al., *Recent developments in succession law – Law in motion*, Antwerp: Kluwer, 1997, str. 713.

¹⁰ Opširnije o savremenim tendencijama i reformima naslednog prava videti kod: B. E. Reinhartz, Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands - On the Road towards a European Law of Succession? *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 11, 1, May, 2007; M. van Pateghen, *Succession Law Reform in France*, <http://www.anglofrenchlaw.co.uk>; T. Rauscher, *Recent Developments in German Succession Law*, Institute for Foreign and European Private and Procedural Law, University of Leipzig; Muller-Freinfels, Family Law and the Law of Succession in Germany, *The international and Comparative Law Quarterly*, Vol. 16, No. 2 1967; S. Cámara Lapuente, New Developments in the Spanish Law of Succession, *Indret revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2007. R. J. Scalise, New Developments in United States Succession Law, *The American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, Vol. 54, 2006. U. Spellenberg et al., *Recent Developments in Succession Law*, *Law in Motion*, Antwerp Kluwer, 1997, str. 713. U. Kangas, The Functions and the Order of Inheritance, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 29, Almquist & Wiksell International, 1985, str. 93.

¹¹ U Engleskoj i Velsu ljudi mogu ostaviti svoju imovinu putem testamenta kome žele. Međutim prema odredbama o porodici sadržane u *Inheritance Act-u* iz 1975 godine, naslednici mogu tražiti

po tome što dolazi do povećanja naslednih prava bračnih drugova, kao i do izjednačavanja prava vanbračne dece sa decom koja su rođena u braku.¹² Osnovni argument zbog kojeg su izjednačena prava vanbračne dece sa decom rođenom u braku je "da ona nisu dužna da snose posledice odluka svojih roditelja."¹³ Osim toga, u poslednjih nekoliko godina pravo nasleđivanja u nekim evropskim zemljama je predviđeno i istopolnim partnerima (Danska, Norveška, Švedska, Island, Nizozemska, Nemačka i dr).¹⁴ Zasad veoma mali broj država predviđa mogućnost sklapanje braka između lica istog pola (Nizozemska, Belgija, Španija, Norveška, Švedska i Portugal).¹⁵ Samim tim, bez ikakve promene u naslednopravnim zakonodavstvima promene u porodičnim propisima indirektno utiču na nasledna prava ovih lica.¹⁶ Ipak, savremene tendencije ne utiču podjednako u svim državama članice EU. U određenom broju država, gde dominiraju konzervativne vrednosti, ova pitanja nisu predmet pravne regulacije (Bugarska, Rumunija, Poljska i dr.). Ove činjenice kao i šarenolikost u pogledu naslednopravne regulative doprinose potvrđivanju opšte prihvaćenog stava da je unifikacija naslednog prava u EU nemoguća.¹⁷ U tom smeru ističe se da je "nemoguće ni u sadašnjem momentu, ni u bližoj budućnosti, govoriti o unifikaciji

redukciju ili poništenje testamena kojim testator nije ostavio razumno finansijsko obezbeđenje za određene kategorije rodbine. U drugim evropskim zemljama predviđeno je pravo nužnog naslednog dela koje pripada određenim bliskim naslednicima, i time se ograničava sloboda testiranja ostavilaca. Videti više kod C. Fairbairn, *Draft EU legislation on succession and wills*, 2010, str. 2; L. Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004. O pravu Velike Britanije opširnije videti kod R. Kerridge, *The Law of Succession*, 12 Edition, Sweet & Maxwell, 2009.

¹² U pogledu ovog pitanja najdramatičnije promene predviđene su i Finskoj, Švedskoj, Belgiji, Luksemburgu i Nizozemskoj gde u odsustvu potomaka preživeli bračni drug dobija celokupnu ostavinu, isključujući ostale naslednike. U. Liin, *Laws of Succession in Europe and Estonia: How We Got to Where We Are and Where We Should Be Heading...*, str. 122.

¹³ *Ibid*, str. 116.

¹⁴ Više o ovome videti kod: Љ. Спиrowиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследувањето во Европа*, Блесок, Скопје, 2011, стр. 203-212

¹⁵ *Ibid*, str. 164-169.

¹⁶ Više o promenama u porodici u Evropi videti kod: Д. Мицковиќ, *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Културна установа Блесок, Скопје, 2008; Љ. Спиrowиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Блесок, Скопје, 2010, str. 16-22.

¹⁷ Više videti kod F. Zoll, *Do we need the European Law of Succession? Between unification of the substantive law and the international private law.* www.turiba.lv/uploaded_files/Konference_M.../04%20F_Zoll.ppt

naslednog prava EU, koje bi bilo zajedničko za sve države članice."¹⁸ To je razlog zbog koga nasledno pravo, kao i porodično pravo, nije obuhvaćeno u ideji i konceptu stvaranja Evropskog građanskog zakonika.¹⁹

Sticanje nekretnina u nekoliko zemalja članica EU je glavni razlog koji je prouzrokovao komplikovane situacije u oblasti nasleđivanja.²⁰ U tom smislu, sve je veći broj građana koji poseduju imovinu u nekoliko država, zbog rada, odmora, odlaska u mirovinu i slično. Tako na primer engleski ostavilac može posedovati bankarske račune u Nizozemskoj i Danskoj, apartman u Francuskoj gde je i živio sa svojom porodicom, kuću u Engleskoj, hotel u Španiji, vikendicu u Sloveniji, akcije u BMW i dr. Kako raspodeliti njegovu ostavinu? Koje pravo i koji organ će biti nadležni za podelu ostavine?²¹ Situacije se komplikuje činjenicom da svaka od 27 država članice EU naslednopravne odnose uređuje vlastitim nacionalnim propisima.²² Sa druge strane, u pogledu nekretnina opšteprihvaćeno pravilo je *lex*

¹⁸ U. Liin, *n.delo*, str. 117.

¹⁹ Razvoj Evropskog građanskog zakonika (EGZ) pre svega se fokusirao na stvaranje unificiranog ugovornog prava. Glavne oblasti koje bi trebalo urediti su ugovorno pravo, nanošenje štete, svojina i kompanijsko pravo. Porodično i nasledno pravo zbog njihove tesne povezanosti sa nacionalnom kulturom i identitetom nisu obuhvaćeni u sadržini EGZ. Opširnije o EGZ i njegovoj strukturi videti kod: C. Von Bar, *A European Civil Code, international agreements and European directives* (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vonbar1.html>); C. U. Schmid, Florence/Munich, *Legitimacy for a European Civil Code*; A. Pinna, *Drafting a Civil Code for Europe, Aims and Methods*; M.W. Hesselink, The politics of a European Civil Code, *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November, 2004, str. 675-697; P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>); A. Vezyrtzi, *The way towards the unification of Civil Law in the European Union: Reflections and questions raised* (<http://www.cjel.net/online/>). P. Legrand, *Against a European Civil Code* (<http://www.jstor.org/pss/>); A. Ristov, *Evropski građanski zakonik – realnost ili utopija*, *Pravni život*, br.10/2011, str. 429-449.

²⁰ O potrebi harmonizacije međunarodnih privatnih pravila o nasleđivanju videti kod: D. Hyton, *Topicality in view of the European Commission Green Paper*.

²¹ Prema D. Hytonu moguća su sledeća rešenja: 1. Pravo domicila u momentu smrti ostavioca; 2. Pravo nacionalnosti; 3. Pravo habitual residence u momentu smrti; 4. Pravo *lex rei sitae*; 5. Pravo nacionalnosti ukoliko je to izričito predviđeno testamentom (dozvoljeno u Švicarskoj, Italiji, Finski, Nizozemskoj) i 6. Pravo habitual residence ukoliko je to predviđeno testamentom (Nizozemska i Švicarska). *European Succession Laws*, 2 Edition, Jordan Publishing Ltd.

²² Nacionalnost kao tačka vezivanja je predviđena u Austriji, Nemačkoj, Španjolskoj, Grčkoj, Mađarskoj, Italiji, Poljskoj, Portugalu, Rumunskoj, Sloveniji, Švedskoj i u Češkoj Republici. Habitual residence, kao tačka vezivanja za podvižne stvari je predviđena je u Belgiji, Bugarskoj, Kipru, Danskoj, Estoniji, Finskoj, Francuskoj, Luksemburgu, Irskoj, Litvaniji, Nizozemskoj i Velikoj Britaniji.

rei sitae.²³ Manji je broj država članica koje dozvoljavaju izbor jurisdikcije strankama u slučaju spora između potencijalnih nasljednika.²⁴ Zbog toga, ukoliko ostavilac ima nekretnine u nekoliko država, nasljednici treba da vode ostavinski postupak u svakoj državi gde se nekretnina nalazi. Osim ovog, postoje i velike konceptualne razlike naslednog prava između određenih država, kao što je to primer sa Engleskom i Velsom u kojima postoji neograničena sloboda testamentalnog raspolaganja.²⁵ Nasuprot njima, ostale države članice ograničavaju slobodu testiranja pravom nužnog naslednog dela i predviđaju mogućnost redukcije testamentalnih raspolaganja i vraćanja poklona u slučaju povrede nužnog dela.²⁶ Međutim, ne postoje unifikovana rešenja u vezi ograničenja slobode testiranja i među državama koja prihvataju pravo nužnog dela. Ta ograničenja su različita od države do države.²⁷

Imajući u vidu različita i specifična rešenja naslednih prava, u međunarodnim okvirima, zbog harmonizacije međunarodnog privatnog prava i lakšeg razrešenja transnacionalnih ostavina doneto je nekoliko konvencija: Haška konvencija o sukobu zakona povezanih formom testamentalnih dispozicija iz 1961. godine, Vašingtonska konvencija o jednoobraznom zakonu o formi međunarodnog testamenta iz 1973. godine i Bazelska konvencija o registraciji testamenta iz 1972. godine.²⁸ Međutim, njihov značaj je minimalan zbog toga što ove konvencije nisu

²³ Sedamnaeset od država članice imaju unitaran sistem na osnovi koga celokupna ostavina (pokretne i nepokretne stvari) bez ogleda gde je locirana podležu jednom i jedinom pravu. U deset država članica pokretne i nepokretne stvari podležu različitim zakonima ukoliko su locirane u različitim državama.

²⁴ Veći broj država članica ne dozvoljavaju izbor ostavioca prava koje će se primenjivati na njegovu ostavinu. U ovo grupu spadaju: Austrija, Kipar, Francuska, Grčka, Irska, Latvija, Litvanija, Luksemburg, Poljska, Portugal, Slovačka, Slovenija, Španjolska, Švedska, i Češka Republika. Videti Commission Staff Working Dokument, *Impact assessment*, COM(2009) 410 final, Brussels, 14.10.2009., str.13.

²⁵ Opširnije videti: H. Hilary, *New developments in UK Succession Law*, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2006; Љ. Спировиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследувањето во Европа*, Скопје, 2011, str. 225-226.

²⁶ *Isto*, str. 216-222.

²⁷ Opširnije videti kod L. Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004; Marie-Hélène Place, P. Cauchois le Mière, *Guide pratique dela transmission du patrimoine en Europe*, Editions, Litec, Paris, 1993.

²⁸ U 2009. godini 22 države članice su ustanovili registar testamenata na nacionalnom i na regionalnom nivou, dok su Bugarska i Latvija u procesu njegovog ustanovljivanja.

ratifikovane od strane svih zemalja članica Evropske unije.²⁹ Ovu situaciju pokušala je razrešiti Haška konferencija 1989. godine koja je tražila donošenje Konvencije o nadležnom pravu nasleđivanja ostavine umrlih lica "*Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased People*". Osnovni cilj ove Konvencije je bio opredeljenje jedinog prava koje će se primenjivati na celukupnu ostavinu.³⁰ U Konvenciji je kao osnovna tačka vezivanja predviđen koncept "*habitual residence*" ostavioca (čl. 3), koji je stvorio dileme i kontraverze u akademskim krugovima. Takođe, predviđeno je i pravo izbora nadležnog prava određene države koje će se primenjivati na celu ostavinu, ukoliko je ostavilac državljanin te države ili je imao stalno mesto boravka i ako je to predvideo u formi testamenta (čl. 5). Konvencija čak omogućuje da ostavilac odabere različita nadležna prava za različitu imovinu (čl. 6). I pored savremenih rešenja, ova Konvencija nije još na snazi jer je ratifikovana samo u Nizozemskoj.³¹

Imajući u vidu navedene činjenice i probleme, Evropska komisija je 2002. godine naložila Nemačkom notarskom institutu da pripremi izveštaj o broju transnacionalnih ostavina u okvirima EU.³² Prema izveštaju koji je izradio ovaj Institut, svake godine u EU otvaraju se između 50000 i 100000 transnacionalnih sukcesija.³³ Tokom 2009. godine, za razliku od 2002. godine, broj transnacionalnih ostavinskih postupaka povećan je na 450000, dok se njihova vrednost, prema Evropskoj komisiji, procenjuje na više od 120 milijardi eura.³⁴ Navedene radikalne promene i veliki porast broja transnacionalnih sukcesija, nastale kao rezultat evropske integracije, doprinele su da se pažnja fokusira ne samo na funkcionisanje zajedničkog tržišta i ugovornih odnosa, već i na pitanja povezana sa nasleđivanjem. Upravo zbog toga, u poslednje vreme pitanje harmonizacije

²⁹ Videti više T. Szöcs, *Formal validity of dispositions od property upon death*, Cross-border Successions within the EU, 2010.

³⁰ Opširnije o ovome videti kod: B. R. Hauser, *European Harmonisation. Will Brussels IV succeed?* Trust & Estates, 2010.

³¹ *Ibidem*.

³² „Study on Conflict of Law of Succession in the European Union“ dostupno na adresi: http://ec.europa.eu-justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

³³ O preporukama Evropskog Parlamenta u sferi nasleđivanja videti Izveštaj na adresi: <http://www.Europarl.europa.eu/sides/>

³⁴ V. Pop, *n.delo*, str. 1.

naslednog prava je privuklo interes ne samo akademske zajednice, već i organa Evropske unije.³⁵

2. RAZVOJ IDEJE HARMONIZACIJE NASLEDNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

U akademskim krugovima dominira stajalište da je u ovom trenutku nemoguće realizovati ideju o unifikaciji naslednog prava EU. U osnovi ove koncepcije je uverenje da je osnovni *raison d'être* postojanja Evropske zajednice da promoviše zajedničko tržište i da doprinosi intenziviranju privredne saradnje. Zbog toga ideja unifikacije naslednog prava nije bila u fokusu interesa akademske sredine, kao i organa EU. U prilog stajališta da nije potrebna unifikacija naslednog prava u zemljama EU se navode dva dopunska argumenta.³⁶ Prema *prvom*, u većini saveznih država porodično i nasledno pravo su u nadležnosti federalnih jedinica. Veoma je mali broj zemalja u kojima su porodično i nasledno pravo u saveznoj nadležnosti. *Drugi*, češće zastupljeni argument, polazi od činjenice da su porodično i nasledno pravo "duboko ukorenjeni u našoj kulturi i da su odraz našeg načina života."³⁷ U tom smislu, očuvanjem i zaštitom nacionalnih zakona štiti se kulturno nasleđe svake zemlje, koje bi moglo biti ugroženo unifikacijom porodičnopravnih i naslednopravnih normi. Imajući u vidu da je u ovom trenutku unifikacija naslednog prava nemoguća, prisutna je ideja o harmonizaciji određenih pitanja iz naslednog prava. Tako se u poslednje vreme javljaju mišljenja da postoji potreba harmonizacije naslednog prava država članice EU.³⁸ Naime, i pored "argumenata očuvanja nacionalnog identiteta naslednog prava, zbog daljeg razvoja EU smatra se da je potrebna harmonizacija naslednog prava država

³⁵ Nedavna EU legislativa u sferi porodičnog i naslednog prava je limitirana na međunarodno privatno i na procesno pravo. Ove mere smatraju se kao prvi iskorak prema harmonizaciji porodičnog i naslednog prava u EU. Opširnije videti *The Prospects of European Private law 2006-2011*.

³⁶ U. Liin, *n.delo*, str. 117.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ A. Verbeke, Y.-H. Leleu, *Harmonisation of the Law of Succession in Europe, Towards a European Civil Code*, The Hague, Kluwer, 1998, str. 187. U sadašnjem trenutku postoje tri glavne opcije koje se tiče unifikaciji i harmonizaciji materijalnog porodičnog i naslednog prava u Evropi: 1. Izrada unificiranog porodičnog i naslednog zakona u EU (*European Code of Family and Inheritance Law*), 2. Izrada modela zakona, i 3. Izrada Principa Evropskog porodičnog i naslednog prava. Pritom, smatra se da je treća opcija izvodljivo i praktično rešenje. Videti opširnije *The Prospects of European Private Law 2006-2011*, str. 8.

članica."³⁹ Imajući u vidu ovo, "nasledno pravo (...) postaje sve češća tema diskusije međunarodnih foruma, pre svega zbog rastuće mobilnosti ljudi i imovine."⁴⁰ Zbog ovog razloga, harmonizacija međunarodnog naslednog prava je postala i tačka na agendi Evropske legislative još donošenjem Bečkog akcionog plana iz 1998. godine.⁴¹ U tom smislu je 2005. godine Komisija konstatovala da je unifikacija materijalnog naslednog prava u EU neostvariva, i da se treba fokusirati na pitanje sukoba zakona, zbog činjenice da ne može biti progresa u sferi nasleđivanja ukoliko se pre toga ne razreši pitanje nadležnog prava. Od posebnog značaja za harmonizaciju naslednog prava u Evropi je i preporuka Saveta Evrope od 16. oktobra 1981. No. R (81) 15, kojom se države članice pozivaju da predvide u svojim nacionalnim zakonodavstvima odredbe koje bi omogućile preživlom bračnom drugu da nastavi da živi u zajedničkom domu nakon smrti drugog bračnog druga.⁴² Kao posledica rastuće nezaposlenosti u EU, preporukom od 7. decembra 1994. godine, Evropska komisija je zatražila od država članica da preduzmu mere kojima bi se omogućila sukcesija manjih i srednjih preduzeća, kako bi se izbegla njihova likvidacija u ostavinskom postupku. Sa takvim merama, očekivanja su da će se u značajnoj meri sprečiti gubitak radnih mesta u manjim i srednjim preduzećima kao posledica smrti njihovog vlasnika.

4. AKTIVNOSTI U EVROPSKOJ UNIJI U PRAVCU HARMONIZACIJE NASLEDNOG PRAVA

U poslednjih nekoliko godina, problemi koji su nastali u sferi nasleđivanja povezani ostvarivanjem naslednih prava u transnacionalnim ostavinskim postupcima doprineli su da nasleđivanje postane predmet interesa i pravnog regulisanja u okvirima Evropske unije.⁴³ Nedavni predlog EU u "vezi postizanja

³⁹ U. Liin, *n.delo*, str. 118.

⁴⁰ M. Anderson, E. Arroyo, E. Amayuelas, *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, 2011.

⁴¹ Max Planck Institute for Comparative and International Law, *European Law of Succession: The Institute's Comments on the European Commission Proposal*. Dostupno na adresi: <http://www.mpipriv.de/www/en/pub/news/content/>

⁴² Naime, zajednički dom je od velikog značaja za bračnog druga, pošto u najvećem broju slučajeva njegova vrednost sačinjava veći deo nasleđa. Sa druge strane, mogućnost da nastavi da živi u zajedničkom domu je od velike važnosti za preživelog bračnog druga, jer mu to omogućava da zadrži iste životne i prostorne uslove kao i pre smrti ostavioca, i obezbeđuje mu finansijsku i emotivnu sigurnost.

⁴³ U ne tako davnoj prošlosti, krajem prošlog i početkom ovog milenijuma, u akademskim sredinama bio je generalno prihvaćen stav da uređenje naslednog i porodičnog prava treba prepustiti

uniformnog prava u odnosu izbora prava i pitanja transnacionalnih ostavina, je možda nužni odgovor globalizaciji, koja obuhvata i EU, njene stanovnike i njihovu imovinu."⁴⁴ Tako su testamenti i nasleđivanje postali sledeći cilj prava EU.⁴⁵

Prihvatanje Evropskog instrumenta u oblasti nasleđivanja bio je jedan od prioriteta Akcionog plana u Beču 1998. godine (OJ C 19, 23.1.1999). U tom smislu je na sastanku Evropskog saveta u Tampereu 15. i 16. oktobra 1999. godine usvojen princip međusobnog priznavanja sudskih i drugih odluka, kao osnovni preduslov za pravosudnu saradnju u građanskim stvarima. Krajem 2000. godine, od strane Saveta i Komisije je prihvaćen Nacrt programa preduzimanja mera za sprovođenja principa uzajamnog priznavanja presuda i drugih odluka pravosudnih organa u građanskim i komercijalnim poslovima (OJ C 12, 15.1.2001). Program obuhvata mere koje se odnose na sukob zakona i olakšavanje uzajamnog priznavanja sudskih odluka. On takođe predviđa pripremu instrumenta koji će važiti za zaveštanja i nasleđe, koji nije bio uključen u Uredbi Saveta (EC) No. 44 2001. o jurisdikciji, priznavanju i izvršivanju odluka u građanskim i trgovačkim poslovima (OJ L 12, 16.1.2001).

Na sastanku Evropskog saveta održanog u Briselu 4. i 5. novembra 2004. godine, prihvaćen je novi program, pod nazivom "Haški program" za jačanje slobode, bezbednosti i pravde u EU. Program je istakao neophodnost prihvatanja instrumenta naslednog prava do 2011. godine, koji će se, između ostalog, odnositi na pitanja sukoba zakona, uzajamnog priznavanja i izvršivanja odluka, evropski sertifikat o nasleđivanju i na mehanizam koji omogućava da se utvrdi dali je ostavilac sastavio testament – registar testamenata.⁴⁶

nacionalnim zakonodavstvima. Glavni razlog tome je što su ove dve pravne oblasti usko povezane sa nacionalnim identitetom, pravnim tradicijama i običajima svake zemlje, zbog čega su one veoma specifične i veoma je teško ostvariti harmonizaciju pravnih normi u sferi naslednog i porodičnog prava.

⁴⁴ A. Schwabach, *n.delo*, str. 1.

⁴⁵ Blake Lapthorn Solicitors, *EU Wills and Inheritance Law Reform*, Protsmouth, London, 2009.

⁴⁶ Kao rezultat zaključaka Saveta Evrope iz 2004 godine, pozivana je Komisija da sastavi dokumenat pod nazivom *Zelena knjiga*, koji će obuhvatiti većinu važnih pitanja u vezi sa nasleđivanjem, kao što su utvrđivanje nadležnog prava, nadležnosti i priznavanje sudskih odluka, administrativnih i drugih mera u sferi nasleđivanja.

U 2005. godini Evropska komisija je usvojila Zelenu knjigu o nasleđivanju i zaveštanju (*Green paper "Succession and Wills"*).⁴⁷ Ona sadrži rešenja kojima se olakšavaju administrativni aspekti sukcesije uvođenjem Evropskog sertifikata o nasleđivanju (*European certificat of inheritance*). Ovaj sertifikat obezbeđuje dokazivanje statusa naslednika i registar zaveštanja, što će olakšati njihovu primenu u svim državama.⁴⁸ Evropska komisija je aktuelizovala i pitanje ukidanja formalnosti o legalizaciji javnih dokumenata koji su povezani sa nasleđivanjem u državama članica. Uz objavljivanje Zelene knjige o nasleđivanju i zaveštanju od 2005. godine, Evropska komisija je otvorila proces konsultacija u oblasti nasleđivanja sa međunarodnim elementom, i to ne samo sa državama članica, nego i sa ostalim državama Evrope.⁴⁹

Glavni razlog ovih napora Komisije je činjenica da su zaveštanja i nasleđivanja eksplicitno isključena, odnosno nisu sastavni deo Briselske konvencije o nadležnosti i izvršavanju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim poslovima (čl. 1).⁵⁰ Ovaj trend isključenja zaveštanja i nasleđivanja nastavlja se i donošenjem Uredbe Saveta No. 44 iz 2001. godine, kojom je bila zamenjena pomenuta Konvencija. Polazeći od toga, Savet i Komisija procenili su da u oblasti naslednog prava ne može biti napretka bez harmonizacije međunarodno-privatnopravnih pravila kojima se uređuje nasleđivanje.⁵¹

U tom pogledu EU je finansijski pomogla konferenciju održanu 10. i 11. maja 2004. godine u Briselu na kojoj je razmatrana komparativno pravna studija o pravilima kojima se uređuje sukob jurisdikcije i sukob zakona o zaveštanju i nasleđivanju u okviru EU, koju je pripremio Nemački notarski institut. Nakon neuspele Haške konvencije o sukcesiji imovine umrlih lica iz 1989. godine, ova studija predlaže rezervna (supsidijarna) pravila zasnovana na činjenici prebivališta ostavioca u trenutku njegove smrti, ako on nije ostavio testament ili ukoliko u njemu nije

⁴⁷ Termin „*Succession and Wills*“ obuhvata sva pitanja koja se odnose na testamentalno ili zakonsko nasleđivanje. On uključuje i pitanja punovažnosti i interpretaciji uslova testamenata i ustanovljivanje trusta. David Hyton, *op. cit.*, str. 3.

⁴⁸ Više o ovome videti na adresi http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/; <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi>

⁴⁹ Opširnije videti kod D. Hayton, *The Need for Harmonisation of Private Law International Law Rules on Succession*, str. 1.

⁵⁰ Testamenti i nasleđivanje su takođe isključeni i u Konvenciju iz Lugana koja se primenjuje u Švicarskoj, Islandu, Norveške i Poljske. David Hyton, *n.delo*, str. 1.

⁵¹ *Ibidem*.

napravio punovažan izbor prava koje će se primenjivati na njegovu ostavinu.⁵² Nakon objavljivanja studije Nemačkog instituta o notarijatu 2002. godine i Zelene knige o nasleđivanju i zaveštanju iz 2005. godine, u martu 2006. godine Komisija je imenovala grupu eksperata, poznata kao "PRM III/IV" koja je u periodu od 2006. do 2008. godine održala sedam sastanaka posvećenim naslednopravnim odnosima. Najzad, 30. juna 2008. godine, Komisija je organizovala susret nacionalnih eksperata iz oblasti nasleđivanja.

Navedene aktivnosti su rezultirale potvrdom potrebe za donošenje instrumenta Zajednice iz oblasti nasleđivanja, koji bi se, između ostalog, odnosio i na pitanja povezana sa utvrđivanjem nadležnog prava, jurisdikcije, priznanje i izvršenje odluka i prihvatanja Evropskog sertifikata o nasleđivanju.⁵³ Prihvatanje i usvajanje Evropskog sertifikata o nasleđivanju je podržano i od Evropskog parlamenta i Evropskog ekonomskog i socijalnog komiteta.

5. ZELENA KNIGA O NASLEĐIVANJU I ZAVEŠTANJU

Za proces harmonizacije naslednog prava u Evropskoj uniji od velikog značaja je objavljivanje takozvane Zelene knige o nasleđivanju i zaveštanju (*Green Paper "Succession and Wills"*).⁵⁴ U Zelenoj knjizi su postavljena 39 pitanja iz oblasti naslednog prava, na koja su trebale da odgovore države članice EU najkasnije do 30. septembra 2005. godine. Sa ovim projektom, Komisija je pokrenula opširnije razgovore u odnosu na mogućnost unifikacije pravnih rešenja u vezi sa transnacionalnim ostavinama.

Pitanja iz Zelene knige, *inter alia*, imala su za cilj da upoznaju Komisiju sa praktičnim problemima sa kojima se suočavaju građani u naslednopravnim odnosima, koja proizlaze iz različitih materijalnih i proceduralnih pravila i sukoba zakona između država članica. Zelenom knjigom Komisija nije planirala punu harmonizaciju naslednih prava država članica, već je njen cilj bio usmeren ka rešavanja sukoba zakona i utvrđivanje zakona koji će se primeniti, tačke vezivanja,

⁵² *Ibid*, str. 2.

⁵³ U Velikoj Britaniji Zelena knjiga je bila razmatrana od strane Evropskog istražnog odbora. U izveštaju koji je objavljen 14. aprila 2005. godine, Odbor je izvestio da Laburistička vlada podržava predloge poboljšanja administracije imovine sa međunarodnim elemenatom. Ipak Vlada neće dozvoliti da harmonizacija preovlada u značajnim aspektima domaćeg materijalnog naslednog prava, kao što je princip slobode testiranja, pravila intestatskog nasleđivanja i mogućnost korišćenja trusta u odnosu na svojinu i nasleđivanje. C.Fairbairn, *n.delo*, str. 3.

⁵⁴ Dostupna na adresi: http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/doc/com

nadležnost sudova i mogućnost stvaranja zajedničkog instrumenta u oblasti nasleđivanja. U tom smislu, prvi korak koji treba napraviti u sferi nasleđivanja je svakako usklađivanje pravila međunarodnog privatnog prava, zbog toga što je nasleđivanje izuzeto iz pravila međunarodnog privatnog prava Zajednice koja su dosad prihvaćena. Glavni cilj u ovoj fazi je pojednostavljivanje postupaka koji su povezani sa transnacionalnim ostavinama i prevazilaženje i ublažavanje praktičnih problema građana u oblasti naslednog prava sa stranim elementom.

Zelenom knjigom o nasleđivanju i zaveštanju pravi se napor da se pronađe odgovor na značajna pitanja povezana sa nasleđivanjem i da se reše problemi koji proističu iz sukoba zakona u sferi nasleđivanja. U transnacionalnim ostavinskim postupcima tačke vezivanja u konkretnim slučajevima su predmet posebne pažnje. U vezi s tim, postavlja se pitanje da li nacionalnost treba i dalje da ostane jedna od privilegovanih tačaka vezivanja ili to treba da bude mesto poslednjeg stalnog boravka ostavioca. Dalje, Zelena kniga razmatra i pitanje koje pravo će biti primenjeno na testamentima i ugovorima o nasleđivanju, kao i pitanje testamentalne sposobnosti i punovažnosti testamenta.

Od velike važnosti je i pitanje o jurisdikciji.⁵⁵ Imajući u vidu da u većini država članica EU nije dozvoljena mogućnost ostavioca ili njegovih naslednika da odaberu nadležno pravo koje će se primenjivati na nasleđe, Komisija se zalaže za određenu fleksibilnost u odnosu na tačke vezivanja u pogledu ovog pitanja. Pored toga, Komisija otvara raspravu i o pitanjima nužnog dela, trustova, instituta *renvoi* ili upućivanja na pravo treće zemlje.

U odnosu prava izbora nadležnog suda, Komisija uzima u obzir mogućnost utvrđivanja jednog suda koji bi bio nadležan za celu ostavinu, bez razlike da li je reč o pokretnim ili nepokretnim stvarima. Imajući u vidu da prenos vlasništva zahteva upis u zemljišne knjige različitih država članica, Komisija smatra da je neophodno da se omogući upis promene titulara prava svojine na osnovu dokumenata izdatih u drugoj državi članici. S obzirom na činjenicu da u nekim državama članicama i vansudski organi imaju kompetencije u oblasti naslednog prava, Komisija smatra da je potrebno da se dozvoli naslednicima da određene

⁵⁵ U državama članica EU postoje različiti kriterijumi na osnovu kojih se određuje jurisdikcija u odnosu na nasleđivanje. U tom smislu je, u nekim zemljama ključni faktor poslednje boravište ostavioca, u drugima je sedište utuženog ili tužioca ili mesto gde se nalazi nekretnina. Imajući ovo u vidu, Komisija se zalaže za uspostavljanje mogućnosti: 1) izbora nadležnog suda; 2) da se olakša postupak prenosa imovine; 3) nadležnost vansudskih tela; 4) sukcesija trust-a i 5) egzekvarure odluke država članice.

formalnosti postupka sprovode i ovi organi (na primer notari). U pogledu nasleđivanja trust-a, ne postoje pravila jer su isključene iz delokruga Uredbe (EZ) br. 44/2001. godine. Što se tiče pravila o priznavanju i izvršivanju stranih sudskih odluka, Komisija nastoji da se pojednostavi procedura oko priznanja i izvršivanja dokumenata neophodnih za priznanje naslednog prava naslednicima. To znači da bi trebalo prihvatiti automatsko priznavanje i izvršivanje sudskih odluka i ugovora u svim državama članicama EU. U tom smislu, Komisija predlaže uvođenje posebnog instrumenta – Evropskog sertifikata o nasleđivanju. Njegov cilj je da olakša dokazivanje statusa naslednika bez posebnih formalnosti. Prihvatanje evropskog instrumenta u vezi nasleđivanja bio je jedan od prioriteta Akcionog plana u Beču 1998. godine (OJ C 23.1.1999). Kao dokaz o postojanju statusa naslednika on je od velikog značaja za naslednike prilikom ostvarivanja njihovih naslednih prava. Pored toga, Komisija smatra da je neophodno omogućiti registraciju testamenata u svim zemljama članicama kako bi se olakšala njihova primena.⁵⁶

6. ULOGA EVROPSKOG PARLAMENTA I EVROPSKE KOMISIJE U SFERI NASLEĐIVANJA

U ostvarivanju harmonizacije naslednog prava u EU, između ostalog, značajnu ulogu imaju Evropski parlament i Evropska komisija.⁵⁷ U Izveštaju o nasleđivanju i testamentima, koji je donet 2006. godine, Evropski parlament daje više preporuka u smeru harmonizacije naslednog prava.⁵⁸ Imajući u vidu navedene preporuke, mogućnost ustanovljavanja instrumenta Zajednice postaje sve izvesnija, imajući u vidu potrebu da se prevaziđu teškoće i prepreke sa kojima se suočavaju naslednici, a koje proizilaze od različitih koncepata pravila međunarodnog privatnog prava u odnosu na nasleđivanje.

⁵⁶ Sa namerom da se olakša razmena informacija o postojanju testamenata razvijen je sistem povezivanja registra testamenata od strane Asocijacije evropske mreže registra testamenata *European Network of Registers of Wills Association* (ENRWA). Skoro sve države članice su se priključile ovoj mreži.

⁵⁷ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, Oct. 14, 2010 dostupno na adresi: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st14/st14722.en09.pdf>

⁵⁸ Opširnije o ovome videti kod: Љ. Спировиќ Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследувањето во Европа...*, str. 487-491.

Najefikasnije rešenje za prevazilaženje ovih problema sa kojima se suočavaju evropski građani u ostavinskim postupcima je unifikacija naslednog materijalnog prava. Međutim, imajući u vidu iskustva u odnosu na unifikaciju građanskog prava u Evropi, ostvarenje ovog cilja je veoma teško, pa čak i neizvodljivo, s obzirom na činjenicu da Zajednica nema nadležnosti u ovoj oblasti. Ipak imajući u vidu izloženo, može se zaključiti da budući zakonski instrumenat treba da ustanovi jednostavna i jasna pravila međunarodnog privatnog prava u smeru harmonizacije kriterijuma opredeljenja nadležnosti u pogledu nasleđivanja.

U okvirima EU, u pogledu harmonizacije naslednog prava, od značaja je i uloga Evropske komisije. Programa rada Komisije za 2008. godinu⁵⁹ je sadržao prihvatanje predloga o regulisanju nasleđa i testamenata, kao prioritetnu inicijativu. Nakon objavljivanja Zelene knjige, Komisija je 14. oktobra 2009. godine objavila Predlog uredbe čiji je osnovni cilj pojednostavljenje pravila za rešavanje ostavina sa stranim elementom.⁶⁰ Rešenja sadržana u Predlogu imaju za cilj da se obezbedi predvidljivost i konzistentnost pravila koja će se primenjivati u sferi nasleđivanja, kao i da se omogući građanima da sami opredele pravo kojim će biti regulisan prenos njihove zaostavštine. Pored toga, ovim dokumentom se predlaže i stvaranje Evropskog sertifikata o nasleđivanju, sa ciljem da se omogući naslednicima da dokažu svoj status u državama članica Evropske unije.⁶¹

Predložena nasledno-pravna regulativa zalaže se za ustanovljivanje jedinstvenog naslednog prava, koje će se primenjivati na transnacionalnim sukcesijama, na osnovu kriterijuma zadnjeg mesta stalnog boravka ostavioca. Pored ovoga, predlaže se i jedan nadležni organ za raspredeljivanje ostavine, koji će biti opredeljen u zavisnosti od poslednjeg mesta stalnog življenja ostavioca. Pravilo *lex loci rei sitae*, može se primenjivati sa izuzetkom, kade su nadležni organi države u kojoj se nalazi nekretnina. Prema predloženim pravilima, pravo stalnog mesta stanovanja (*habitual residence*), će se primenjivati supsidijarno, u slučaju kada ostavilac nije napravio planiranje nasleđa. Drugim rečima, ostavilac će moći da odabere, svojom voljom, nasledno pravo svoje države (*lex nationalis*) za

⁵⁹ http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/clwp2008_en.pdf.

⁶⁰ Predlog EU uredbe uređuje pitanja koja se odnose na jurisdikciju, izbora prava i međusebnog priznanja i izvršenje odluke i instrumenata iz oblasti naslednog prava.

⁶¹ Ovaj sertifikat biće priznat u svim članicama EU omogućujući ljudima da lakše dokažu status naslednika ili administratora ostavini ili testamenta čime bi se pojednostavila procedura. Videti više kod Blake Lapthorn Solicitors, *n.delo*, str. 1.

raspodeljivanje njegove ostavine, a samim tim i unapred da isplanira nasleđe svoje ostavine.⁶²

Osnovni cilj ovog predloga je da omogući građanima koji žive u državama članicama EU, da unapred efikasno isplaniraju i organizuju raspodelu svoga nasleđa, obezbeđujući kako prava naslednika i legataru, tako i prava poverioca. Ostvarenje ovakvog cilja je neophodno, imajući u vidu diverzitet pravila materijalnog naslednog prava, pravila jurisdikcije i nadležnog prava u transnacionalnim ostavinama. Predlog uredbe sadrži šest delova. Prvi deo se odnosi na opseg primene odredaba i definisanje pojmova koji se upotrebljavaju u okviru Predloga. Drugi deo je posvećen pitanjima koja su povezana pravilima jurisdikcije o nasleđivanju. Treći deo je posvećen pitanju nadležnog prava, u okviru koga se predlaže da kao tačka vezivanja bude prihvaćeno pravo poslednjeg mesta stalnog boravka ostavioca. Četvrti deo se odnosi na priznavanje i izvršivanje sudskih odluka. Peti deo je posvećen autentičnim instrumentima koji se odnose na pitanja iz oblasti nasleđivanja. Poslednji, šesti deo, odnosi se na Evropski sertifikat o nasleđivanju. Osnovno pravilo da ostavina treba da bude uređena predvidljivim pravom sa kojim je ona najbliže povezana. Princip pravne sigurnosti traži da ovo pravo bude nadležno za celu ostavinu. Uredba uvodi uniformni model Evropskog sertifikata o nasleđivanju i opredeljuje organ koji je nadležan za njegovo izdavanje.

Da li je ideja harmonizacije naslednog prava državama članice EU u pogledu transnacionalne ostavine ostvariva? Imajući u vidu da je prošlo nekoliko godina od kada su Zelena kniga (1 mart 2005) i Predlog uredbe (14. oktobar 2009) publikovane, kao i to da do danas još nema nikakvih konkretnih rezultata oko ovog pitanja, može se konstatovati da postizanje ovog cilja u EU neće biti tako lako.⁶³ Osnovni razlog je protivljenje Vlade Velike Britanije prema čijem odgovoru će "harmonizacija naslednih prava biti fundamentalno mešanje u unutrašnjih

⁶² Osnov preduzetih mera od strane Komisije u sferi nasleđivanja proizlazi iz člana 62. Ugovora o Evropskoj zajednici, kojim se ustanovljava zajednička oblast u slobodi, bezbednosti i pravdi, preko prihvatanja mera u oblasti sudske saradnje u građanskim predmetima. Ove mere preciznije opredeljuje član 65. Ugovora, čiji je cilj usmeren prema "pojednostavljenju priznanja i izvršivanja odluka u sferi građanskih i trgovačkih poslova, uključujući i odluke iz vansudskih slučajeva" i prema "promovisanju usaglašenosti pravila koja se odnose na sukob zakona i jurisdikcije između država članica."

⁶³ Nakon objavljivanja, Komisije je Predlog uredbe poslala na javnu raspravu 21. oktobra 2009. godine svim državama članicama. Ova publikacija je trebala prezentovati moguće benefite i probleme povezane sa ovim pitanjem.

poslova država članica, koje mogu prouzrokovati neželjene i nepotrebne socijalne i kulturne potrese."⁶⁴ U tom smislu Vlada Velike Britanije "čvrsto veruje da bilo kakva evropska legislativa u oblasti transnacionalnih ostavina ne sme negativno uticati na domaće nasledno pravo Velike Britanije."⁶⁵ Posledica prihvatanje Predlog uredbe bila bi uvođenje instituta *colatio bonnorum* (*clawback*), vraćanje poklona koji ne postoji u pravnom sistemu Velike Britanije i kojim bi se dovela u pitanje pravna sigurnost. Ovim bi se narušila i vekovna britanska filozofija individualne slobode raspolaganje imovine za vreme života. Sledeći notirani problem je vraćanje imovine deponovane u formi trusta, kojim bi se, ukoliko se prihvati *colatio bonnorum*, dovela u pitanje trustova industrija. Kao rezultat ovoga 16. decembra 2009. godine Velika Britanija je objavila da je odlučila da ne prihvata predloženu uredbu o nasleđivanju i testamenatima od strane Evropske komisije i da Velika Britanija neće biti obavezana njome.⁶⁶ Imajući u vidu navedene probleme Predlog uredbe je blokiran pred Komitetom o pravnim pitanjima Evropskog parlamenta. Zasad još nema indikacije kad će Komitet podneti svoj izveštaj. Dopunski razlog zastoja harmonizacije naslednog prava u EU je finansijska kriza sa kojom se suočavaju države članice. Da li, i pored svih navedenih problema, može doći do realizacije ideje o harmonizaciji naslednog prava u EU će pokazati budućnost.

⁶⁴ C. Fairbairn, *n.delo*, str. 3.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Prema viđenju Vlade Velike Britanije različitost pravnih tradicija država članice mora biti u potpunosti ispoštovana. Razlog ovoga je da su razlike u konceptu prenosa svojine *mortis causa* u državama članice suštinske. Određene države, kao što je to primer sa Velikom Britanijom, favoriziraju slobodu testiranja, dok druge predviđaju pravo nužnog dela kao ograničenje testamentalnog raspolaganja. Dok u drugim evropskim državama ostavina silom zakona u momentu smrti prelazi na naslednike, u Velikoj Britaniji ostavina prelazi u *trust* trećeg lica koje je dužno distribuirati nasleđe korisnicima. Prema pravu Velike Britanije u ostavinu ulazi imovina koja ostaje po smrti ostavioca. U državama evropskog kontinentalnog prava u koncept ostavine ulaze i pokloni koje su naslednici primili od ostavioca za vreme njegovog života.

Angel Ristov, PhD

Lecturer at the Faculty of Law "Iustinianus Primus" -Skopje

Harmonization of Inheritance Law in the European Union

Summary

In this paper author primary analyzes the dilemmas and issues connected with the harmonization of inheritance law in the European Union. Author notes that in the academic environment and EU institutions is widely accepted view that hereditary rights can not be unified in the European Union because of its specifics related traditions, culture and customs. To that inheritance law should remain in the jurisdiction of national legislation. However, the evident fact that number of trans-national inheritance, from year to year, is constantly increasing in the EU the question of harmonization process is present in the area of specific rules of inheritance. Due to the efficient execution of hereditary rights of citizens of EU member states, it is suggested primarily harmonization of rules of private international law concerning the jurisdiction of inheritance, probate recognition and enforcement of decisions, the introduction of the European certificate of inheritance and the European register of wills. With these the main aim will be achieved and that is possibility of the citizens to plan and to organise their succession with a limited choice of the competent inheritance law in their last will. Harmonisation of the specific rules that are proposed in the area of inheritance law will be very useful for the citizens of the EU. That's why, beyond the obstacles form UK it is desirable this idea to be realised for the other member states of EU, that belong to the european-continental system of law.

Duško LOPANDIĆ *

UDK: 341.176:339.1(4-672EU)

str. 71-81.

PRAVO KONKURENCIJE EVROPSKE UNIJE I JAVNA PREDUZEĆA

Sažetak

Pravila o konkurenciji u Ugovoru o EU se primenjuju ne samo na privatni sektor, nego i na javni sektor, odnosno na državna preduzeća. U pravu EU se pod državnim preduzećem podrazumeva preduzeće nad kojim organi javne vlasti imaju direktno ili indirektno glavni uticaj na osnovu vlasništva, finansijskog učešća ili pravila kojim se uređuje rad preduzeća.

S obzirom da su u pitanju preduzeća koja obavljaju funkciju od opšteg ekonomskog interesa za zajednicu, na njih se pravila o konkurenciji primenjuju vodeći računa o specifičnoj misiji koja im je poverena, odnosno imajući u vidu da izvršenje te misije ima prioritet u odnosu na očuvanje konkurencije, što se ceni u svakom posebnom slučaju. Razvoj trgovinskog prometa ne sme biti ugrožen u meri koja bi bila protivna interesima Evropske unije.

Ključne reči: pravo konkurencije, javna preduzeća, Evropska unija, privatni sektor, javni sektor, ekonomski interes, trgovinski promet.

Pravila o konkurenciji u Ugovoru o EU se primenjuju ne samo na privatni sektor, nego i na javni sektor, odnosno na državne kompanije. Ovo je jasno potvrđeno u

* Pomoćnik ministra spoljnih poslova. Doktor prava na Univerzitetu Paris I. Naučni saradnik.

članu 106. (nekadašnjem članu 86) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije¹ (UFEU) u kome se izričito kaže da "u slučaju javnih preduzeća ili preduzeća kojima je država odobrila specijalna ili isključiva prava, države članice neće primenjivati ili zadržati na snazi nikakve mere koje su suprotne propisima iz Ugovora, posebno onim koja su navedena u članovima 18. i članovima 101-109."² Na preduzeća kojima je povereno vršenje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola primenjuju se odredbe ugovora ili propisi o konkurenciji, *ako primena tih pravila pravno ili faktički ne sprečava izvršenje zadatka koji su im povereni*. Razvoj trgovinskog promenta ne sme biti ugrožen u meri koja bi bila protivna interesima Unije.³

DEFINICIJA JAVNIH PREDUZEĆA

Preduzeća koja se pominju u članu 106. Ugovora o funkcionisanju EU nisu preciznije definisana u samom Ugovoru. Međutim, imajući u vidu Direktivu 80/723⁴ o transparentnosti finansijskih odnosa između država članica i javnih preduzeća, pod javnim preduzećima se podrazumevaju ona na koja "države članice mogu da vrše dominantan uticaj".⁵ Pod javnim preduzećem se, dakle, u pravu EU podrazumeva preduzeće nad kojim javna vlast ima direktno ili indirektno glavni uticaj na osnovu vlasništva, finansijskog učešća ili pravila koja se uređuje rad preduzeća⁶. Sud pravde EU ne smatra svojstvo pravnog lica neophodnim uslovom pri određivanju da li je neki ekonomski subjekt javno preduzeće. Dovoljno je da država ima preovlađujući uticaj na odluke subjekta i da on obavlja ekonomsku aktivnost trgovačkog ili industrijskog karaktera⁷.

Osim javnih preduzeća, Ugovorom o funkcionisanju EU predviđena su još dva oblika preduzeća na koja se primenjuju odredbe člana 86/106: preduzeća kojima

¹ Konsolidovani tekst Ugovor o funkcionisanju EU videti u *Official Journal of the EU* C 83, vol. 53, 30.03.2010.

² Bivši članovi 12 i 81-89. Ugovora o EZ.

³ Vidi član 106, stav 2. (bivši član 86).

⁴ SLEZ, L 195/35.

⁵ Vidi Između ostalog A. Evans, *Public undertakings in EEC Law: Commission Directive on Transparency of Financial Relations*, *JWTL* (1983), str. 445. Direktiva je menjana 1985. i 1993. godine.

⁶ Direktiva Evropske komisije nr. 80/723 od 25. juna 1980.

⁷ V. Evropski sud, slučaj *Decoster*, 69/91, 27. oktobar 1993, v. takođe K. Damjanović, A. Knežević, D. Popović, *Unutrašnje tržište, Osnovi poslovnog prava EU*, ESPI, Beograd 2006.

su države članice dale posebna ili isključiva prava i preduzeća kojima je povereno vršenje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola (stav 2 člana 106). Posebna (specijalna) prava mogu biti data u bilo kojoj formi i mogu poticati iz različitih akata javnih vlasti, kao što su ovlašćenja, odricanja, dozvole itd. Kao primer preduzeća kojima država članica daje posebna ili isključiva prava, a koje Ugovor o funkcionisanju EU pominje zajedno sa javnim preduzećima, mogu se navesti koncesionari javnih radova ili javnih službi, poput npr. RAI u Italiji.⁸

Osim u Ugovoru, pravila konkurencije za javna preduzeća su sadržana i u brojnim sekundarnim aktima (uredbe, direktive), uključujući i odredbe o osnivanju i funkcionisanju javnih kompanija u pojedinim sektorima⁹. Najzad, neformalni "ali uticajni izvor prava predstavlja i praksa Suda pravde EU, a kasnije i Prvostepenog suda".¹⁰

Iako je načelo primene prava konkurencije na javna preduzeća na prvi pogled jasno, u praksi, kako se to ističe u stručnoj literaturi "ograničavanje uticaja na konkurenciju na neophodni minimum koje proizilazi iz delovanja javnih preduzeća predstavlja vrlo osetljiv zadatak."¹¹ S obzirom da je reč o preduzećima koja obavljaju funkciju od opšteg ekonomskog interesa za zajednicu, na njih se pravila o konkurenciji primenjuju vodeći računa o specifičnoj misiji koja im je poverena, odnosno imajući u vidu da izvršenje te misije ima prioritet u odnosu na očuvanje konkurencije, što se ceni u svakom posebnom slučaju. Ipak, to ne znači da javno preduzeće može da se ponaša nezavisno od pravila o konkurenciji.¹²

DRŽAVNE OPERACIJE JAVNIH PREDUZEĆA

Odredbe člana 106. Ugovora o funkcionisanju EU predstavljaju odredbu opšteg karaktera kojima se utvrđuje da države članice moraju poštovati Ugovor kada se radi o funkcionisanju javnih preduzeća. U tom smislu, one se mogu smatrati za *lex specialis* u odnosu na opšte obaveze iz Ugovora, a posebno u odnosu na obavezu da države članice međusobno sarađuju kako bi se ostvarili ciljevi Ugovora i da se

⁸ Slučaj *Sači* 155/73, 30.04.1974.

⁹ Vidi R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac 2008, str. 372.

¹⁰ *Ibid*, str. 372.

¹¹ Vidi A. Evans, Competition and other Economic Provisions u: A. Ott and K. Inglis, *Handbook on European Enlargement, A Commenatary*, the Asser Press, The Hague, 2002, str. 591.

¹² Videti Međak V, Ateljević V, *Vodič kroz politike EU – Trgovina*, EPUS, Beograd, 2011, str. 88.

uzdrže od bilo kakve aktivnosti koja bi mogla da ugrozi realizaciju ugovora. Izraz „mere“ iz člana 106. se tumači široko. On ne podrazumeva samo obavezujuće propise i mere koje preuzima javna vlast, nego i neobavezujuće „zahteve“ koje vlasti upućuju javnim preduzećima, na način koji je suprotan pravilima o poštovanju konkurencije (članovi 101. raniji 81. i 102. raniji 82). Ipak, u slučaju *Macrotron*¹³ Evropski sud pravde je doneo presudu iz koje proizilazi da država članica ne krši Ugovor u slučaju da samo toleriše ponašanje koje je suprotno zahtevima o konkurenciji. Ova presuda se odnosila na delovanje nemačke firme za zapošljavanje koje je tolerisano od strane Saveznog ureda za zapošljavanje SRN što je predstavljalo derogaciju od ekskluzivnog prava na traženje zaposlenja koje je imao Savezni ured. U ovom slučaju, generalni pravobranilac pri Sudu je istakao da će odredbe „člana 86. (sada član 106) biti prekršene samo u slučaju da država članica utiče na pojavu ponašanja suprotnom propisima iz članova 81. i 82“. Sa svoje strane, Sud pravde je na nešto složeniji način istakao da su pravila Ugovora prekršena ukoliko država članica stvori takvu situaciju u kojoj javno preduzeće ne može da se ponaša drugačije, osim da prekrši pravila o konkurenciji¹⁴. To se, na primer može desiti u situaciji kada jedna firma ima ekskluzivno pravo da upućuje radnike na rad u luku, pri čemu istovremeno konkuriše u pružanju lučkih usluga. U istom smislu, doći će do kršenja pravila konkurencije kada država članica donese takva pravila, propise i slično, kojima se omogućava jednom preduzeću kome su dodeljena posebna prava, da „zlopotrebi dominantan položaj“, odnosno da bude „dovedeno“ u situaciju da se tako ponaša. Kako se navodi u literaturi, država može da usvoji propise koji samim svojim sadržajem nameću titularu monopola „zloupotrebu dominantnog položaja“ ili koji „nužno navode titulara monopola da zloupotrebi dominantan položaj.“¹⁵

Kršenje prava konkurencije od strane javnih preduzeća se najčešće događa u oblastima gde javna preduzeća pored obavljanja delatnosti od javnog značaja istovremeno obavljaju i komercijalnu delatnost u oblasti u kojoj postoje drugi učesnici na tržištu koji konkurišu tom preduzeću. Česti su slučajevi gde javno preduzeće upravlja nacionalnom infrastrukturom u određenom sektoru gde je ta infrastruktura neophodna za obavljanje komercijalne delatnosti, daje privilegovan pristup domaćim preduzećima u odnosu na strana. To se, na primer dešava u slučajevima gde takva infrastruktura predstavlja monopol (luke, aerodromi,

¹³ ECJ, Case C41/90, ECR 1-1979.

¹⁴ *Ibid*, I-2017.

¹⁵ K. Damjanović i dr, *n.delo*, str. 80-81.

telekomunikacije, železnice, dalekovodna mreža). U takvim slučajevima Evropska komisija posebno prati ponašanje takvih preduzeća u cilju obezbeđenja nesmetanog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta.¹⁶

DRŽAVNA POMOĆ I JAVNA PREDUZEĆA

Član 345. Ugovora o funkcionisanju EU (bivši član 295) potvrđuje da Ugovor "*ni na koji način ne utiče na pravni režim svojine koji postoji u državama članicama*". Ovo podrazumeva da državne investicije kao takve nisu zabranjene Ugovorom, za razliku od državne pomoći, koja je precizno regulisana. Direktiva 93/84¹⁷ predviđa obavezu informisanja Evropske komisije u pogledu finansijskih odnosa između javnih vlasti i javnih firmi čiji je godišnji obrt veći od 250 miliona evra. Komisija smatra da državne investicije mogu da predstavljaju državnu pomoć i da bi u tom slučaju mogle biti zabranjene u slučajevima u kojima pod normalnim tržišnim uslovima to ne bi bilo opravdano za privatne investitore. Na primer, državna investicija ne bi bila opravdana u slučajevima kada je finansijska situacija kompanije takva da ne bi garantovala normalan povraćaj kapitala (u vidu dividendi ili porasta kapitala) u jednom razumnom periodu. Ukoliko kompanija ima gubitke, investicija koja obuhvata plaćanje gubitaka i povećanje kapitala podrazumeva i mere restrukturacije firme i usklađenost između visine kapitala i predviđenih mera racionalizacije i restrukturacije kompanije. Za procenu opravdanosti investicije bitna činjenica je i sektor u kome se investicija obavlja.¹⁸

Očigledno je da je za svaku investiciju nepophodno izvršiti analizu rizika, koja podrazumeva i neke aspekte koje proizilaze iz slobodne procene ekonomske situacije za investitora. Nekada i privatni investitori svoje investicije baziraju, ne na neposrednom profitu, nego na dalekosežnijim koristima (posebno kada se radi o velikim multinacionalama ili o finansijskim fondovima) ili "nesebičnoj" podršci između kompanija koje pripadaju istoj poslovnoj grupaciji. Ovo je još očiglednije kod državnih investicija o čemu Evropska komisija vodi računa prilikom ocene da li se radi o "investiciji" ili pak o "državnoj pomoći". U nekim slučajevima investicija koje imaju regionalni efekt (konverzija operacija, preraspodela radnika i sl) i koje

¹⁶ Vidi Međak, Ateljević, *Trgovina, n.delo*, str. 89.

¹⁷ OJEC L 254/16. Ovom direktivom uspostavljeni su amandmani na direktivu 80/723 o transparentnosti finansijskih odnosa između država članica i javnih preduzeća.

¹⁸ Communication to the member States – Application of Articles 92 and 93 and of Art. 5 of Commission Directive 80/723 to Public Undertakings in the Manufacturing Sector (OJEC 1991 C 273).

se obavljaju i od strane privatnog i od strane javnog sektora nisu tretirane kao "pomoć" u smislu Ugovora o EU, iako su u načelu aktivnosti "regionalnog razvoja" od strane javnih vlasti tretirane kao državna pomoć. Prema jednom komentaru pravobranioca Suda pravde (u slučaju *Italija v. Komisija*)¹⁹ koji se odnosio na dokapitalizaciju italijanske tekstilne firme, odnosi "između javnog i privatnog sektora su nekada tako bliski da privatni preduzetnik ne može ignorisati socijalne i regionalne posledice" svojih aktivnosti. Međutim, u takvom slučaju, preduzetnik ne bi odgovorio svojim obavezama prema akcionarima, kreditorima i zaposlenima ukoliko nastavi da podržava kompaniju koja ima gubitke u sektoru sa prevelikim kapacitetom i ukoliko ne donese plan o restrukturaciji. Prema mišljenju Suda pravde, postoji "pomoć" u slučaju da se investicija ostvaruje bez ikakvog razmatranja pitanja povratka kapitala, bar i na duži rok.²⁰

Najзад, Evropska komisija prihvata razlike u poslovnom pristupu u slučajevima kada privatni investitor, s jedne strane poseduje manjinski deo akcija, od slučaja kada se radi o punoj kontroli kompanije, s druge strane. U prvom slučaju, najčešće se može zapaziti ponašanje u kom ima špekulativnih i kratkoročnih interesa. U drugom slučaju, u pitanju su dugoročniji interesi koji se zapažaju i u pogledu investiranja. Ovo ponašanje se poredi sa delovanjem javnih vlasti koje kontrolišu neku kompaniju. U načelu, trebalo bi da postoje razlike u odnosu javnih vlasti u slučajevima kada one većinski poseduju neku privrednu grupu, od slučaja kada su u posedu samo jednog procenta akcija određene kompanije. Drugim rečima, u svojim procenama postojanja državne pomoći Evropska komisija se zasniva na modelu "idealnog investitora" ili razumnog investitora koji prilikom investiranja vodi računa i o dugoročnim efektima profita imajući u vidu i globalniju ili sektorsku politiku.²¹

UPRAVLJANJE JAVNIM PREDUZEĆIMA

Ukoliko imaju "ekonomske ciljeve" javna preduzeća predstavljaju "normalne" kompanije u smislu članova 101. i 102. (tj. ranijih članova 81 i 82) Ugovora o funkcionisanju EU. Kao takve, te firme su obavezne da poštuju pravila o konkurenciji. Pojam "ekonomski" bi se mogao definisati imajući u vidu članove 3. i 4. UFEU koji govore o carinskoj uniji i o unutrašnjem tržištu. Drugim rečima, termin nema samo usko, tehničko značenje. Zbog toga javno preduzeće, čak i u

¹⁹ ECJ, case 303/88, ECR I-1433.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Videti detaljnije kod A. Evans, Competition and other Economic Provisions, *n.delo*, str. 594-595.

slučaju kada je zakonom ovlašćeno da naplaćuje takse ili određuje uslove za pružanje usluga potrošačima, smatra se da se bavi "poslovnim aktivnostima" u smislu člana 102 (82) UFEU. Članovi 101 i 102. UFEU se primenjuju na ponašanje javnog preduzeća kada posredstvom takvog entiteta država realizuje ekonomske aktivnosti industrijskog ili komercijalnog karaktera putem prodaje roba ili pružanja usluga na tržištu.²² Dakle, preduzeće mora da vodi računa o odredbama prava konkurencije. Ovo čak i u slučaju da je ono "integrisano u državnu administraciju" odnosno čini deo uprave u pravnom smislu. Samo državni entitet koji "obavlja nadležnosti koje tipično pripadaju javnim vlastima" ne potpada pod odredbe članova 101. i 102.²³

Treba naglasiti da se pravo konkurencije EU primenjuje na aktivnosti koje su povezane sa pitanjem "integracije tržišta" u najširem smislu, odnosno na aktivnosti koje su deo privrednog sistema. Ovo drugim rečima znači da pravo konkurencije ne važi u slučajevima kada se radi o delatnostima i odnosima koji nemaju tržišno-ekonomski karakter, nego su u pitanju nadležnosti ili aktivnosti kulturnog ili obrazovnog tipa. U istom smislu članovi 101. i 102 UFEU se ne primenjuju na aktivnosti autonomnog javnog tela ukoliko ono deluje u javnom interesu i koje nema komercijalno-privredni karakter.

U skladu sa gornjim napomenama, ponašanje javnih preduzeća u načelu mora biti u skladu sa odredbama o konkurenciji Ugovora EU. Tako je, na primer konstatovano da je *British Telecom* prekršio odredbe člana 102. (ranijeg 82) UFEU tako što je nametnuo ograničenja u korišćenju telefona i teleksa u pogledu usluga koje pružaju neke druge kompanije. Slično tome, *British Leyland* je prekršio pravila time što je nametnuo ograničenja za davanje tipskih odobrenja sertifikata za svoje proizvode.²⁴

Kada se radi o ponašanju javnih preduzeća iz trećih zemalja, za njih takođe važe pravila o konkurenciji (članovi 101. i 102) iako se u praksi ovakvi slučajevi ređe pojavljuju.

²² U ovom smislu videti Commission Decision 95/513, OJEC 1998, L 252.

²³ ECE, Case 364, ECR I-43.

²⁴ Odluke Komisije 82/861 (OJEC 1982 L 360) i 84/379 (OJEC 1984 L 207).

IZUZECI OD PRIMENE PRAVILA KONKURENCIJE EU NA JAVNA
PREDUZEĆA

Član 106, stav 2. se odnosi na preduzeća kojima su dodeljene nadležnosti koje imaju opšti ekonomski interes ili koje imaju karakter (fiskalnih) monopola koji ostvaruje profit.²⁵ U tom članu se kaže da se odredbe ovog Ugovora, a posebno pravila o konkurenciji primenjuju samo ukoliko primena tih pravila pravno ili faktički ne sprečava izvršavanje zadataka koji su im povereni. Istovremeno, razvoj trgovinskog prometa ne sme biti ugrožen u meri koja bi bila protivna interesima Zajednice (Unije). Imajući u vidu ove odredbe, jasno je da se odredbe o konkurenciji, kao i državne mere ocenjuju na drugačiji način kada se radi o kompanijama iz člana 106(2).

Na primer, to se odnosi na slučaj isključivog prava nabavki (snabdevanja), kao i isključivo pravo za skupljanje, prenos i distribuciju pošte ili odredbe o opštim uslugama u lukama i slično. To može da obuhvati i državnu pomoć. Jedini razlog državne pomoći u ovom slučaju bi mogao biti povezan sa potrebom da se pokriju dodatni troškovi kompaniji koja je zadužena sa aktivnostima opštog ekonomskog interesa. U tom slučaju, državna pomoć bi trebalo da omogući kompaniji da obavlja zadatke opštog ekonomskog interesa u uslovima ekonomske ravnoteže. Tada bi bila moguća pomoć kojom bi se pokrili troškovi, npr. regionalnog razvoja.²⁶

U načelu, Sud pravde EU se drži striktno interpretacije člana 106.2 (bivši 86.2) imajući u vidu da se radi o izuzetku od osnovnih odredbi Ugovora o EU. Tako, na primer Sud pravde striktno tumači da se obaveza mora izričito odnositi na aktivnosti preduzeća koje je u pitanju i da bi primena opštih odredbi Ugovora u tom slučaju mogla da poremeti obaveze od opštog ekonomskog interesa.²⁷ Dakle, zadaci moraju da budu povezani sa konkretnom kompanijom, a ne samo da proizilaze iz primene opštih odredbi. Sud izričito naglašava da je izuzimanje od opštih odredbi konkurencije naophodno kako bi se ostvarili ciljevi i zadaci koje je dobila konkretna kompanija.²⁸ U isto vreme, aktivnost javnog preduzeća koja predstavlja izvršenje njenih zadataka je striktno tumačena. Na primer, u slučaju entiteta stvorenog u cilju promocije naučnih istraživanja, član 106 (86) stav 2. se ne

²⁵ Vidi R. Vukadinović, *n.delo*, str. 598.

²⁶ Videti, na primer ECJ Case T-106 (1979 ECR II 229).

²⁷ ECJ Case 7/82 (1983 ECR 483).

²⁸ ECJ case C 203/96 (1998 ECR I 4075).

primenjuje na njegove marketinške aranžmane.²⁹ U drugom slučaju, ako se stvaranje javnog monopola može tumačiti potrebom za angažovanjem državne pomoći (subvencija) član 106 (86) stav. 2. se ne primenjuje na specifične usluge koje se mogu odvojiti od usluga koje imaju opšti interes. Prema Komisiji, član 106 (86) stav 2. se ne primenjuje na ponašanje koje nije "proisteklo" od države članice, nego je posledica "samostalne odluke same javne kompanije."³⁰

Procedura

Član 106 (86) stav 3. predviđa da će Komisija obezbediti primenu tog člana putem usvajanja odgovarajućih direktiva ili odluka upućenih državama članicama. U tom smislu, direktiva 80/723 kojom se obezbeđuje transparentnost finansijskih odnosa između država članica i njihovih javnih preduzeća je usvojena na osnovu člana 86. stav 3. Ugovora (sada član 106, stav 3). Direktiva je usvojena imajući u vidu teškoće koje proizilaze za pitanja primene državne pomoći na kompleksne finansijske odnose koji postoje između javnih preduzeća i javnih vlasti.

Treba naglasiti da u ovom slučaju direktive Komisije nemaju tzv. *direktan efekat*, tj. odnose se samo na države, a ne i na pravna ili fizička lica. Pored toga, Evropska komisija je nadležna da odlučuje i o eventualnom ukidanju posebnih ili isključivih prava koje su države dodelile određenim preduzećima. Obavljajući ove nadležnosti, Komisija je na primer usvojila nekoliko direktiva kojima je ukinula monopole u oblasti telekomunikacija.³¹

PRAVILA O KONKURENCIJI U DOMAĆEM PRAVU I PROPISI EU

U sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju Srbije sa EU (koji još nije u potpunosti stupio na snagu³²) kaže se (član 74. "javna preduzeća") da će istekom roka od 3 godine nakon stupanja na snagu sporazuma³³, Srbija primenjivati na javna preduzeća i preduzeća kojima su dodeljena posebna prava, „načela koja su

²⁹ ECJ Case 258/78 (1982 ECR 2015).

³⁰ Commission Decision 98/190 (OJEC 1998 L 72).

³¹ K. Damjanović i dr. *n.delo*, str. 82.

³² Do februara 2012. SSP je ratifikovala većina država članica, sa izuzetkom Rumunije, Litvanije i Beglije.

³³ Tj. od 1.1.2012.

urtvrđena u Ugovoru o EZ, sa posebnim upućivanjem na član 86" (sada član 106)³⁴. Iste odredbe sadrži i prelazni sporazum³⁵ (član 39 tzv. "Prelaznog sporazuma").

U pogledu pravila o poštovanju konkurencije, u Srbiji se primenjuju Zakon o zaštiti konkurencije³⁶ i Zakon o kontroli državne pomoći.³⁷

Srbija je na osnovu SSP preuzela obavezu da će odredbe o javnim preduzećima, kao i o pravu konkurencije, uskladiti sa pravilima EU. Ove obaveze sadrži poglavlje VI SSP pod nazivom "Usklađivanje zakona i pravila o zaštiti konkurencije" (članovi 73. i 74). Obaveza usklađivanja takođe obuhvata i pravila o državnoj pomoći. Evropska komisija je u "Mišljenju o zahtevu Srbije za članstvo u EU"³⁸ od 12. oktobra 2011. istakla da postoje "svi osnovni aspekti pravnog i institucionalnog okvira" u Srbiji utvđeni sa pravnim tekovinama EU po pitanju borbe protiv monopola i koncentracija. Takođe se ističe da je "uspostavljen pravni i institucionalni okvir u oblasti kontrole državne pomoći". Šeme za dodelu državne pomoći moraju se uskladiti sa pravnim tekovinama EU do januara 2013. godine. Takođe se ukazuje da niz preduzeća u Srbiji uživa *de facto* ili *de iure* specijalna ili ekskluzivna prava prvenstveno u oblastima energetike, transporta, infrastrukture, poštanskih usluga, telekomunikacija, emitovanja, poljoprivrede i životne sredine³⁹. U zaključku, ističe se da će Srbija "morati da uloži dodatne napore radi usaglašavanja sa pravnim tekovinama EU u oblastima konkurencije, kao i da ih delotvorno sporvede u srednjem roku."⁴⁰

³⁴ Za tekst SSP videti: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_parafirani_sa_aneksima_sr.pdf, kao i Sl. glasnik RS br. 83/08, 10/09/2008.

³⁵ Prelazni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između EZ, s jedne strane i Republike Srbije, s druge strane. Zakon o ratifikaciji Prelaznog sporazuma, Sl. glasnik RS br. 83/08, 10. septembar 2008. godine. Prelazni sporazum sadrži materiju SSP koja se nalazi u isključivoj nadležnosti EU i za njega nije potrebna ratifikacija država članica. Prelazni sporazum je stupio na snagu 1.1.2009. Prestaje da važi stupanjem SSP.

³⁶ Sl. Glasnik RS 51/2009. ovim Zakonom koji se primenjuje od 1.11.2009. zamenjen je Zakon o zaštiti konkurencije iz 2005. O primeni Zakona i uredbama koje je Vlada RS donela v. Međak, Ateljević, *Trgovina, op. cit.*, str. 106-107.

³⁷ Sl. glasnik, RS 51/2009.

³⁸ COM 2001/668 od 12/10/2011.

³⁹ *Ibid.*, str. 87-88.

⁴⁰ *Ibid.*

Duško Lopandić *

Competition Law and Public Companies in European Union

Summary

Rules of the competition in Treaty on European Union are applied not only on private sector, but also on public sector- i.e. on public companies. Under EU regulation the public company is a company on which public authorities have direct or indirect influence based on ownership, financial participation or principles that regulates work of the company.

This kind of companies perform the functions of general economic interest for community. Rules of competition are applied on them having in mind their specific mission, and having in mind that fulfilment of that mission has a priority compared to preservation of competition, which is appreciated in every single case. Development of trade should not be endangered to an extent which would be contrary to the interests of the European Union.

Keywords: competition law, public companies, European Union, private sector, public sector, economic interest, trade.

* Assistant of Minister of Foreign Affairs. Phd at the University of Paris I. Research Associate.

Darko SAMARDŽIĆ*

UDK: 005.334:368

str. 83-102.

VERSICHERUNGSAUFSICHT UND RISIKOMANAGEMENT NACH DER 9. VAG-NOVELLE¹ IM HINBLICK AUF SOLVENCY II²

Abstract

In diesem Artikel sollen die nationale und europäischen finanzaufsichtsrechtliche Entwicklung und ihre Korrelationen zum deutschen VAG mit Blick auf ein neues europäisches Finanzaufsichtssystem dargestellt werden. Zugleich wird aufgezeigt, dass die Unternehmen mit einem erhöhten (Kosten- und Arbeits-) Aufwand zu rechnen haben sowie einem sich wandelnden (Haftungs-) Risikoverständnis.

Nach der weltweiten Finanzkrise 2009 ist bei den nationalen Gesetzgebern genauso wie beim europäischen Gesetzgeber die Sorge um ein funktionierendes, langfristig stabiles Finanzsystem und einen wirksamen Verbraucherschutz angewachsen. Um diese Ziele zu erreichen, werden in Einschränkung eines rein liberalen Marktwirtschaftsverständnisses zunehmend eigenkapitalsichernde und aufsichtsrechtliche Regelungen auf nationaler und europäischer Ebene erlassen. Die Europäische Union (EU) hat mit der normativen Verwirklichung dieser

* Rechtsanwalt, Hamburg.

¹ Versicherungsaufsichtsgesetz, BGBl (Bundesgesetzblatt) 2004 I 3416; weiterführend Bähr, Gunne W./Fahr, Ulrich/Kaulbach, Detlef, VAG-Kommentar, 2007; Weber-Rey in AG 2008, 356ff.

² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit, 2007/361, 2008/119, 2009/138; einführend im Zusammenhang mit der Versicherungswirtschaft Siegmund ZfV 2006, 15ff.

Ziele bereits vor der Finanzkrise 2009 begonnen, indem in Anlehnung an Basel II die Eigenkapitalbasis- und Aufsichtsanforderungen mit der Solvency I³- und II-Richtlinie 2002 und 2007 verstärkt worden sind. Solvency II wird offiziell erst am 01.11.2012⁴ rechtlich verbindlich. Zusätzlich ist im Januar 2011 eine Verordnung zur Versicherungsaufsicht⁵ in Kraft getreten, mit der die EIOPA⁶ gegründet worden ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat auf nationaler Ebene mit der 9. VAG-Novelle und dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsufsicht⁷ gehandelt. Versicherungsaufsichtsrechtlich sind hier die §§ 7 a und 64 a VAG⁸ hervorzuheben. Damit setzt der deutsche Gesetzgeber Solvency II in Teilen vor Ablauf der Richtlinienfrist am 31.10.2012 um. Zum einen sollen so die deutschen Unternehmen an sich, der Binnenmarkt und der Verbraucherschutz weiter stabilisiert und zum anderen die Wettbewerbsstellung deutscher Unternehmen gegenüber ausländischen Unternehmen gestärkt werden. Bemerkenswert sind hierbei trotz ihrer umstrittenen Rechtsnatur und Verbindlichkeit die untergesetzlichen Regelungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht⁹, die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen¹⁰.

Schlüsselwörter: Solvency II, VAG, Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Solvabilität, (Eigen-) Kapital, prinzipienbasierter Ansatz, Prinzipien der Materialität, Proportionalität und Rechtssicherheit, Unbestimmte Rechtsbegriffe, angemessenes Risikomanagement.

³ Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über Lebensversicherungen, Kommission (KOM) 2002/13, 2002/83.

⁴ Art. 309ff. Solvency II-Richtlinie.

⁵ KOM 2009/502, EU Verordnung 1094/2010.

⁶ European Insurance and Occupational Pensions Authority, <https://eiopa.europa.eu> (27.02.2011).

⁷ BGBl 2009 I 2305; erläuternd im Zusammenhang mit der Versicherungswirtschaft Berger in VersR 2010, 422ff.

⁸ BGBl 2010 I 2309.

⁹ BaFin, www.bafin.de.

¹⁰ MaRisk VA, BaFin Rundschreiben 3/2009.

1. ENTWICKLUNG DES VAG

1.1. EU-rechtliche Kapital- und Finanzaufsichtsanforderungen

Vor Erlass der Solvency II-Richtlinie war das Finanzaufsichtsrecht für Versicherer auf europäischer Ebene in 14 verschiedenen Richtlinien erfasst und Solvency I speziell nur für den Lebens- und Schadensversicherungsbereich erlassen worden. Die Konkretisierung der Richtlinienvorgaben blieb wesentlich den nationalen Gesetzgebern überlassen. 2003 wurde mit der Ausarbeitung von Solvency II begonnen. 2007 hat die Kommission den Richtlinienentwurf für Solvency II ausgearbeitet.¹¹ Dieser Richtlinienentwurf wurde 2009 als Solvency II-Richtlinie verabschiedet. Um den Erlass der Solvency II-Richtlinie zu beschleunigen, wurde das Lamfalussy-Verfahren angewendet.¹² Dieses Verfahren ist nach seinem Vorsitzenden Barone Alexandre Lamfalussy benannt, der 2000 vom Rat beauftragt wurde, ein verbessertes Gesetzgebungsverfahren für das Wertpapier-, Banken- und Versicherungswesen zu entwickeln, um die Integration des Binnenmarktes weiter voran zu bringen. Trotz teilweiser Kritik, hat sich das beschleunigte Gesetzgebungsverfahren etabliert.¹³

Solvency II ist inzwischen gemeinsam mit der neu eingerichteten Behörde für die Versicherungsaufsicht, der EIOPA, zu betrachten.¹⁴ Nach der weltweiten Finanzkrise 2009 haben die Forderungen nach einer umfassenderen Finanzaufsicht zugenommen. Der europäische Gesetzgeber verdeutlicht in den Erwägungsgründen zur Verordnung für EIOPA seine Bedenken. Die Finanzkrise habe erhebliche Schwachstellen bei der Finanzaufsicht, sowohl in Einzelfällen als auch hinsichtlich des Finanzsystems insgesamt, offenbart. Aufsichtsmodelle auf nationaler Ebene haben mit der Globalisierung des Finanzsektors sowie mit der Realität der Integration und Verknüpfung der europäischen Finanzmärkte mit vielen grenzüberschreitend tätigen Finanzinstituten nicht länger Schritt halten können. Die Krise habe Mängel bei der Zusammenarbeit, Koordinierung,

¹¹ Gödeke in VersR 2010, 10f.

¹² www.europaRichtlinie.europa.eu/ftu/pdf/de/FTU_3.4.3.pdf (27.02.20011); Schmolke in NZG 2005, 912; v. Fürstenwerth/Gause (Hg: M. Wandt/P. Reiff/D. Looschelders/W. Bayer) in *Festschrift für Egon Lorenz, Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts*, 2004, „Die Erweiterung des Lamfalussy-Verfahrens auf den Versicherungssektor,“ str. 253.

¹³ Rittner/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht* 2008, § 32 Rn. 7f.; Wandt in VW 2007, 474; Präve in VW 2007, 1380.

¹⁴ Verordnung EU 1094/2010; Erwägungsgründe 1f.

kohärenten Anwendung des Rechts der Europäischen Union und einen Mangel an Vertrauen zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden zutage getragen. Der Handlungsdruck auch auf die Europäische Union hat derart zugenommen, dass die Kommission bereits 2009 zusätzlich zur Solvency II-Richtlinie einen Verordnungsentwurf für EIOPA¹⁵ erlassen hat.

Die Europäische Union strebt ein einheitliches Finanzaufsichtssystem an, das European System of Financial Supervisions.¹⁶ Den Erwägungsgründen der Verordnung EIOPA zufolge hat die Europäische Union die Grenzen dessen erreicht, was im Rahmen der gegenwärtig bestehenden europäischen Ausschüsse der Finanzaufsicht geschehen kann. Die Europäische Union dürfe sich nicht damit abfinden, dass es keinen Mechanismus gibt, der sicherstellt, dass die nationalen Aufsichtsbehörden bei Aufsichtsentscheidungen für grenzübergreifend tätige Finanzinstitute zur bestmöglichen Lösung gelangen, dass Zusammenarbeit und Informationsaustausch zwischen den nationalen Aufsehern unzureichend sind, dass ein gemeinsames Vorgehen der nationalen Behörden komplizierte Vereinbarungen erfordert, um den sehr unterschiedlichen Regulierungs- und Aufsichtsanforderungen Rechnung zu tragen, dass die nationalen Lösungen in den meisten Fällen die einzig vertretbare Antwort zu Problemen auf Ebene der Europäischen Union sind und dass ein und derselbe Rechtstext von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ausgelegt wird. European System of Financial Supervisions sollte so konzipiert sein, dass es diese Mängel überwindet und ein System schafft, das dem Ziel eines stabilen und einheitlichen Finanzmarkts der Europäischen Union für Finanzdienstleistungen entspricht und die nationalen Aufsichtsbehörden innerhalb eines starken Netzwerks der Europäischen Union verbindet.

Das Ziel von Solvency II ist nach eigenem Bekunden des europäischen Gesetzgebers die Stärkung des Binnenmarktes, des Versicherungswesens und der Interessen der Versicherungsnehmer.¹⁷ Solvency II konzentriert sich auf die Stärkung der Eigenkapitalbasis, Solvabilität und das Risikomanagement der Versicherer. Spiegelbildlich hierzu wird eine erhöhte Transparenz und Berichterstattung an die Finanzaufsichtsbehörden gefordert. Den Finanzaufsichtsbehörden werden stärkere Kontroll- und Eingriffsbefugnisse

¹⁵ KOM 2009, 502.

¹⁶ Erwägungsgrund 7 Verordnung EU 1094/2010.

¹⁷ Solvency II-Richtlinie Erwägungsgründe 1ff. und Art. 27.

zugestanden, womit ein institutioneller Ausbau und die Zusammenarbeit der Finanzdienstaufsichtsbehörden auf europäischer und nationaler Ebene einher geht. Solvency II beruht auf einem 3-Säulen-Konzept. Damit ist Solvency II wie auch Basel II auf einem Eigenkapitalkonzept von sich drei gegenseitig ergänzenden Säulen aufgebaut.¹⁸ Basel II zielte genauso auf eine Kapitalstärkung des Bankensystems ab wie Solvency II auf die Stabilität des Versicherungswesens. Die erste Säule bestimmt quantitative Kriterien und Bewertungsanforderungen. Hierzu zählen Mindest- und Solvabilitätsanforderungen, die Bestimmung der Eigenmittel und die Bewertung versicherungstechnischer Rückstellungen. Die zweite Säule schreibt qualitative und aufsichtsrechtliche Anforderungen vor. Entschieden ist hier die Ausgestaltung der internen Steuerung und Kontrollen sowie des Risikomanagements. Die dritte Säule regelt die Offenlegung, also Berichterstattungspflichten an Aufsichtsbehörden und Öffentlichkeit. In der Solvency II-Richtlinie ist das Risikomanagement essentiell in Art. 41-49 geregelt. Dem Risikoprofil entsprechend haben die Versicherer Risikomodelle zu erstellen und ihre Kapitaldeckung anzupassen. Hierzu hat die Europäische Union in Art. 103ff. Solvency II-Richtlinie ein Standardmodell für die Kapitaldeckungsrechnung vorgegeben. Die Richtlinie belässt den Versicherern jedoch einen Entscheidungsfreiraum. Versicherer können entsprechend der Art. 110ff. Solvency II-Richtlinie eigenständige Risiko- und Kapitaldeckungsmodelle entwickeln.

1.2. Das VAG nach der 9. Novelle – §§ 64a, 104s, 55c VAG und die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen¹⁹

Diese Zielsetzungen des deutschen Gesetzgebers gehen einher mit den Zielen der Solvency II-Richtlinie. Dies kommt in der Novellierung des VAG und dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht zum Ausdruck.²⁰ Die Eigenkapital- und Solvabilitätsanforderungen einschließlich des Risikomanagements und der Aufsicht werden angehoben.²¹ Dabei ist das

¹⁸ Richtlinie EG 2006/48, 2009/49; zu Basel II Schwennicke, Abdreas/Auerbach, Dirk/ Bocker, Till/Döser, Achim/Eicke, Christian, *KWG-Kommentar*, 2009; Boos, Karl-Heinz/Schulte-Mattler, Hermann, *KWG-Kommentar*, 2008; Bieg, Hartmut/Krämer, Gregor/Waschbusch, Gerd, *Bankenaufsicht in Theorie und Praxis*, 2009.

¹⁹ Wehling/Winter in VW 2008, 1082.

²⁰ BGBl 2009 I 2305; Armbrüster in VersR 2009, 1293ff; Eilert in VersR 2009, 709ff.

²¹ Art. 27 II Solvency II, Erwägungsgründe 10, 13-16.

Bestreben erkennbar, die finanzaufsichtsrechtlichen Regelungen zu vereinheitlichen. Dies drückt sich auf formell gesetzlicher Ebene in der Parallelität der Regelungen des VAG und Gesetzes über das Kreditwesen²² aus sowie auf untergesetzlicher behördlicher Ebene in der Parallelität der Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement im Bankenwesen²³ und Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen aus. Die 9. Novelle des VAG dient der Stärkung des Versicherungssektors insgesamt und des Versicherungsstandortes Deutschland an sich.²⁴ Die Reputation und das Rating von Unternehmen stellen im Hinblick auf die Kapitalbedarfe und Solvabilität von Unternehmen ein entscheidendes Marktrisiko dar.²⁵ Die Rating-Agenturen selbst berücksichtigen das Risikomanagement der Unternehmen bei ihrer Rating-Bewertung. Daher rücken zunehmend auch die Ratingagenturen mit der Macht, die sie durch ihre Ratings setzen können, in den Blickpunkt der Finanzaufsicht.²⁶ Obwohl die Umsetzung von Solvency II erst zum November 2012 zu erfolgen hat, entschied sich der deutsche Gesetzgeber die 9. VAG-Novelle bereits zum 01.01.2008 in Kraft zu setzen. Den finanzaufsichtsrechtlichen Handlungsbedarf bestätigt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die nach der Novellierung des Gesetzes über das Kreditwesen²⁷ und dem Erlass der Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement für den Bankensektor reagiert hat und für den Versicherungssektor in Konkretisierung des § 64 a VAG die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen erlassen hat.

Organisations- und Risikomanagementregelungen waren dem VAG bisher eher mittelbar zu entnehmen.²⁸ Durch die 9. VAG-Novelle ist in § 64 a VAG ein 4-

²² KWG, BGBl 1998 I 2776.

²³ MaRisk BA, BaFin Rundschreiben 18/2005, 5/2007, 11/2010; erläuternd Wimmer in BKR 2006, 164; Löff in WM 2009, 780.

²⁴ Wehling/Treber in VW 2008, 178; Bürkle in VW 2008, 212.

²⁵ Keitsch, Detlef, Risikomanagement, Grundlage für das Rating, 2004; Achleitner, Ann-Kristin/von Gabler, Everling, Rechtsfragen im Rating, 2005.

²⁶ Ziegler in Versicherungsrundschau 12/2007, 24.

²⁷ Schwennicke, Abdeas/Auerbach, Dirk/Brockner, Till/Döser, Achim/Eicke, Christian, KWG-Kommentar, 2009; Boos, Karl-Heinz/Schulte-Mattler, Hermann, KWG-Kommentar, 2008; Bieg, Hartmut/Krämer, Gregor/Waschbusch, Gerd, Bankenaufsicht in Theorie und Praxis, 2009

²⁸ Vgl. speziell §§ 81ff. VAG.

Säulen-Konzept mit konkreteren Anforderungen eingefügt worden. Weiterer Handlungsbedarf ist durch den Erlass der Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen entstanden.²⁹ Die Rechtsnatur und -verbindlichkeit dieses Rundschreibens ist jedoch umstritten.³⁰ Es handelt es sich bei den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen um das Rundschreiben einer Finanzaufsichtsbehörde, also einer untergesetzlichen Norm, die aber ähnlich einer Verordnung als materielle Durchführungsbestimmung angesehen wird. Dennoch ist es weder ein formelles noch ein materielles Gesetz. Ein materielles Gesetz wie eine Verordnung muss rechtstaatliche Mindestanforderungen wie sie beispielsweise durch Art. 80 GG für Verordnung gesetzt werden erfüllen.³¹ Die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen können als rechtlich unverbindliche Auslegungsregeln angesehen werden.³² Zu Recht verbleibt wegen des weiten Auslegungsspielraums ein (Haftungs-) Risiko für die Unternehmen, das durch die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen nicht aufgehoben worden ist, da diese keine deutliche Planungs- und Rechtssicherheit geschaffen hat. Dies insoweit besonders zu berücksichtigen, wie die Rechtsprechung die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen als Entscheidungsgrundlage heran zieht. Deshalb wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen nicht lediglich um norminterpretierende, sondern normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift handelt.³³ Es sei eine Verwaltungsvorschrift mit atypischer faktischer Außenwirkung, durch die Standards gesetzt werden. Die

²⁹ Einführend Korte, Thomas/Romeike, Frank, *MaRisk VA erfolgreich umsetzen: Praxisleitfaden für das Risikomanagement in Versicherungen*, 2010; Bennemann, Christoph/Oehlenberg, Lutz/Stahl, Gerhard, *Handbuch Solvency II: Von der Standardformel zum Internen Modell, vom Governance-System zu den MaRisk VA*, 2011.

³⁰ Bürkle in *VersR* 2009, 866.

³¹ Dreher in *ZVersWiss* 2009, 216; vgl. zur Umsetzung verbindlichen EU-Rechts durch Verwaltungsvorschriften EuGH Rs C-361/88; zu den Anforderungen des Art. 80 GG Brenner, Michael in *GG Kommentar Band II* Art. 20-82 (Hg: Starck, Christian), 2010, Art. 80 Rn. 1ff; Sannwald in *GG Kommentar* (Hg: Hofmann, Hans/Hopfau, Klaus), 2011, Art. 80 Rn. 1ff.

³² Bürkle in *VersR* 2009, 866ff.

³³ Michael in *VersR* 2010, 142ff.

Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen sorgen aber auch wegen ihrer unbestimmten Rechtsbegriffe und ihrer Prinzipien für Auslegungsbedarf.³⁴ Daher tragen die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen nicht derart klärend zur Rechtssicherheit bei, wie dies von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht durch die ausführlichen Rundschreiben vorgegeben wird. Doch gerade versicherungsaufsichtsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen stellen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht als Grundrechtseingriffe dar.

Einen Eindruck vom Aufwand für die Unternehmen gibt das VAG in Verbindung mit den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen. Während im VAG lediglich die 4 Säulen eines Risikomanagements dargestellt werden, beschreiben die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen, wie diese Säulen konkret auszugestalten sind. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht statuiert mit diesen Regelungen eine Pflicht zur Durchführung eines umfassenderen Risikomanagements. Es ist ein Gesamtrisikoprofil zu erstellen, an dessen Anfang ein Risikobericht steht, der mit der Geschäftsstrategie abzustimmen ist. Die Risiken sind nach Kategorien und ihrer Materialität zu analysieren und zu bewerten. Die Bewertung hat unter anderem anhand Art, Umfang und geographischen Herkunft zu erfolgen. Wenn die Bewertung ausgeführt ist, besteht die Pflicht ein angemessenes Management der Risiken sicher zu stellen. Hierzu ist ein Zeithorizont der Risikoverwirklichung zu erstellen und Sonder- sowie Notfallpläne für bestimmte Risiken zu entwerfen.

Um dieses Risikomanagement durchführen zu können, sind gemäß der Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen bestimmte Funktionen einzurichten und Funktionsträger mit Qualifikationen zu benennen. Neben der Geschäftsleitung ist ein unabhängiges Risikocontrolling, eine Compliance und eine interne Revision einzurichten. Die Mitglieder der Geschäftsleitung selbst und des Aufsichtsrates müssen fachlich geeignet sein und eine Sachkunde aufweisen. Um die internen Risikomanagementprozesse zu regeln sind innerbetriebliche Leitlinien zu entwerfen. Zudem sind regelmäßig Risikoberichte, durchgeführte Stresstest und

³⁴ Dreher/Schaaf in VersR 2009, 1151ff; Weber/Rey in AG 2008, 345; Barndt/Basting/Engelshove/Horbach in 2008, 672; Spengler in VW 2007, 1628; Faber-Graw in Der Aktuar 2007, 162; Bürkle in VersR 2009, 866.

Revisionsberichte an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zu versenden.

Die Finanzaufsicht ist stets am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beurteilen.³⁵ Dies hat auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht anerkannt, indem sie die Grundsätze der Materialität und Proportionalität beim Risikomanagement und der Berichterstattung in den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungs-unternehmen berücksichtigt. Der Staat verlangt einen zusätzlichen (Kosten- und Arbeits-) Aufwand von den Unternehmen.³⁶ Alleine die Veröffentlichungspflichten an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sind (kosten- und arbeits-) aufwändig.³⁷ Neben die Rechtsfragen, Kosten- und Arbeitsbelastung treten weitere Risikofaktoren hinzu. Hier sind vorrangig die IT-Systeme, ihre Funktionsfähigkeit und Aussagekraft zu berücksichtigen. Das gesamte Risikomanagement einschließlich der Stresstests und Berichterstattung sind transparent und effektiv auszuführen. Genau dies wirft aber die Frage auf, inwieweit dies in der Rechtspraxis verhältnismäßig ist. Eine der ersten Benchmark-Studien in Deutschland hat gezeigt, dass die Umsetzung von Solvency II in der Versicherungspraxis Schwächen in der Datenkonsistenz aufzeigt und es an qualifizierten Arbeitskräften mangelt.³⁸ Daten würden demnach unstrukturiert gesammelt und bewertet. Es mangle an erfahrenen Risikoanalysten, die mit angemessenen Risikosystemen vertraut seien.

2. PRINZIPIEN DER FINANZAUFSCHT

Das VAG konkretisiert im Hinblick auf das Versicherungsaufsichtsrecht die allgemeinen Geschäftsleitungs- und Aufsichtsanforderungen wie sie beispielsweise im Aktien- oder GmbH- Recht bestehen.³⁹ Während § 91 II Aktiengesetz⁴⁰ nur von geeigneten Maßnahmen der Geschäftsleitung spricht,

³⁵ MaRisk VA 4.

³⁶ Wandt in *VW* 2007, 473f.; Weber-Rey in *AG* 2007, 396ff.

³⁷ Dreher in *ZVersWiss* 2009, 187.

³⁸ Frank Romeike/Matthias Müller-Reichart, *Solvency II: Status Quo und Erwartungen*, 2006.

³⁹ Vgl. §§ 7 a, 64 a VAG gegenüber § 91 II AktG, § 35 GmbHG.

⁴⁰ Zum umfassenden Verständnis des § 91 II AktG (auch im Hinblick auf § 76 AktG) Hüfer, *AktG Kommentar*, 2010, § 91 Rn. 4ff.; Spindler in *Aktiengesetz Münchener Kommentar* (Hg: Goette, Wulf/Habersack, Matthias/Kalss, Susanne), 2008, § 91 Rn. 15ff; s. auch zum umfassenden Verständnis des § 35 GmbHG Zöllner/Noack in *GmbHG Kommentar* (Hg: Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred), 2010, § 35 Rn. 33; Altmeyen in *GmbHG Kommentar* (Hg: Altmeyen, Holger/Roth, Günther), 2009, § 41 Rn.15, § 43 Rn. 17.

fordert § 64 a VAG ein angemessenes Risikomanagement. Die scheinbare Konkretisierung des § 64 a VAG erweist sich bei genauerem Hinsehen aber eher als eine Darstellung von Mindestanforderungen und Prinzipien.⁴¹ Die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen selbst sprechen davon, dass es sich lediglich um Mindestanforderungen an das Risikomanagement handelt.⁴² Der Gesetzgeber hat sich bei der Versicherungsaufsicht am Risikomanagement orientiert, das er bereits für das Kreditwesen verabschiedet hat. § 64 a VAG ist an die Leitlinien des § 25 a Gesetz über das Kreditwesen angelehnt.⁴³ Um ein einheitliches Finanzaufsichtssystem zu schaffen, war der Gesetzgeber bestrebt, eine gemeinsame Architektur zu schaffen. Die Einheitlichkeit des gemeinsamen Finanzaufsichtssystems lässt sich auch am prinzipienbasierten Ansatz erkennen, der in seiner Abstraktion sowohl Vor- als auch Nachteile birgt.⁴⁴ Tatsächlich lassen sich derart flexibel Sachverhalte erfassen und Forderungen aufstellen. Andererseits birgt die Unbestimmtheit Unsicherheiten und kann verfassungsrechtliche Zweifel hervorrufen. Dies gilt vor allem deshalb, weil dieser prinzipienorientierte Ansatz geprägt ist von unbestimmten Rechtsbegriffen.⁴⁵ § 64 a VAG spricht von „wesentlichen Risiken“, einem „angemessenen Risikomanagementsystem“ oder „geeigneten internen Steuerungs- und Kontrollsystemen“. Diese Unbestimmtheit steht in einem Widerspruch zum Prinzip der Rechtssicherheit.⁴⁶ Beim Grundsatz der Rechtssicherheit handelt es sich um einen tragenden Wert des Rechtsstaatsprinzips. Daher bedarf es stets seiner Berücksichtigung bei der Auslegung.

Die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen selbst schreiben die Berücksichtigung des

⁴¹ Dreher in VersR 2008, 998ff.

⁴² MaRisk VA 1.

⁴³ Hingst/Himmelreich/Krawinkel in WM 2009, 2016; Bähr in VW 2009, 1401.

⁴⁴ MaRisk VA 1; Ritter/Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht* 2008, § 31 Rn. 44ff.

⁴⁵ Zu unbestimmten Rechtsbegriffen Sommermann, Karl-Peter in *GG Kommentar Band II* Art. 20-82 (Hg: Starck, Christian), 2010, Art. 20 Rn. 289; Hofmann in *GG Kommentar* (Hg: Hofmann, Hans/Hopfauf, Klaus), 2011, Art. 20 Rn. 86f.

⁴⁶ Sommermann, Karl-Peter in *GG Kommentar Band II* Art. 20-82 (Hg: Starck, Christian), 2010, Art. 20 Rn. 239, 288ff; Hofmann in *GG Kommentar* (Hg: Hofmann, Hans/Hopfauf, Klaus), 2011, Art. 20 Rn. 89ff.

Proportionalitäts- und Materialitätsgrundsatzes vor.⁴⁷ Im Gegensatz zum alles umfassenden Prinzip der Proportionalität werden mit dem Materialitätsgrundsatz die einzelnen Risiken in ihrem Bedeutungsgehalt in den Blickpunkt gestellt. Der Grundsatz der Materialität besagt, dass die Risikomanagementanforderungen abhängig sind von der Wesentlichkeit der Risiken. Die Geschäftsleitung kann sich somit auf die wesentlichen Risiken konzentrieren, ohne gegen das Erfordernis eines angemessenen Risikomanagements gem. § 64 a VAG zu verstoßen. Jedoch eröffnet auch der Grundsatz der Materialität wie auch der Verhältnismäßigkeit Auslegungsspielräume und Abwägungserfordernisse.⁴⁸ Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hat in den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen den Versuch unternommen, wesentliche Risiken zu definieren. Wesentlich sind demnach Risiken, die sich nachhaltig negativ auf die Wirtschafts-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens auswirken können.⁴⁹ Diese perspektivische Betrachtung selbst bedingt jedoch Einschätzungen und Abwägungen.

3. DAS 4-SÄULENKONZEPT DES VAG-RISIKOMANAGEMENTS, § 64 A VAG

Der Gesetzgeber hat sich in § 64 a I 4 VAG entschlossen, ein 4-Säulenkonzept für das Risikomanagement zu statuieren.⁵⁰ Hierbei setzt der Gesetzgeber bei der Geschäfts- und Risikostrategie in Nr. 1⁵¹ sowie der Geschäftsorganisation und den Geschäftsprozessen in Nr. 2⁵² an. Danach folgen Anforderungen an ein internes Steuerungs- und Kontrollsystem in Nr. 3⁵³ und zum Abschluss die Kontrolle durch eine interne Revision gem. Nr. 4⁵⁴ in Verbindung mit § 55 c VAG. Als Gesamtmaßstab verlangt der Gesetzgeber in § 64 a I VAG eine angemessene Geschäftsorganisation und Risikomanagement. Die Angemessenheit erfordert eine

⁴⁷ MaRisk VA 1-4; vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf europäischer Ebene Solovency II-Richtlinie Erwägungsgrund 19ff., 133, Art. 29 III, IV, 141.

⁴⁸ Sommermann, Karl-Peter in *GG Kommentar Band II* Art. 20-82 (Hg: Starck, Christian), 2010, Art. 20 Rn. 314; Hofmann in *GG Kommentar* (Hg: Hofmann, Hans/Hopfau, Klaus), 2011, Art. 20 Rn. 74.

⁴⁹ MaRisk VA 5.

⁵⁰ Zum Risikomanagement Wolf, Klaus/Runzheimer, Bodo, *Risikomanagement und KontraG*, 2009; Denk, Frobert/Exner-Merkelt, Karin, *Corporate Risk Management*, 2008; Brühwiller, Bruno, *Risikomanagement als Führungsaufgabe*, 2007.

⁵¹ Vgl. zusätzlich die MaRisk VA 7.1.

⁵² Vgl. zusätzlich die MaRisk VA 7.2.

⁵³ Vgl. zusätzlich die MaRisk VA 7.3.

⁵⁴ Vgl. zusätzlich die MaRisk VA 7.4.

Abwägung gemäß einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn.⁵⁵ Gem. § 55 c VAG haben Versicherungsunternehmen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht jährlich einen Risiko- und Revisionsbericht zu übergeben. Hinzu kommt die Abgabe von Stresstests und eines Prüfungsplans für einen Dreijahreszeitraum.

Über das Risikomanagementsystem im engeren Sinne gemäß Absatz 1 statuiert § 64 a VAG eine weiter aufgestellte Struktur. Absatz 2 verpflichtet auch Unternehmensgruppen⁵⁶ zur Durchführung eines angemessenen Risikomanagements. Dies ist zum einen bedeutsam, da in der Versicherungsbranche Organisationen oft anhand von Versicherungssparten diversifiziert sind. Zudem wird gerade beim Kauf und Verkauf von Unternehmen, oder Teilen davon, sowie Organisationsumstrukturierungen deutlich, wie bedeutsam die Einhaltung einheitlicher Maßstäbe in verbundenen Unternehmen ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn Unternehmensteile mit unterschiedlichen Kulturen unter einer Unternehmensleitung stehen.

3.1. Risikostrategie

Der Gesetzgeber möchte das präventive Risikomanagement weiter ausbauen. Es ist eine Risikostrategie zu erstellen, die an der Geschäftsstrategie auszurichten ist.⁵⁷ Zwischen diesen beiden Strategien ist eine Konsistenz sicher zu stellen. Die Risiken sind nach Kategorien und Materialität zu bewerten. Zu den Kategorien zählen das versicherungstechnische, operationelle und strategische Risiko, das Markt-, Kredit-, Länder-, Liquiditäts-, Konzentrations- und Reputationsrisiko. Im Sinne des Materialitätsgrundsatzes sind alle wesentlichen Risiken zu erfassen. Das operative Risikomanagement ist anhand der festgelegten Strategien auszuüben. Hierzu ist ein Zeithorizont der Risikoverwirklichung, Sonder- und Notfallpläne für Risiken zu bestimmen. Diese Strategien sind von der Geschäftsleitung mindestens einmal jährlich zu überprüfen und mit dem Aufsichtsorgan zu erörtern.

⁵⁵ Sommermann, Karl-Peter in *GG Kommentar Band II* Art. 20-82 (Hg: Starck, Christian), 2010, Art. 20 Rn. 314; Hofmann in *GG Kommentar* (Hg: Hofmann, Hans/Hopfau, Klaus), 2011, Art. 20 Rn. 74.

⁵⁶ Vgl. zum Konzernbegriff § 15 AktG.

⁵⁷ Gödeke in *VersR* 2010, 12ff; Wagner, *Risk Management im Erstversicherungsunternehmen* 2000, 483f; Nguyen/Scholz in *ZfV* 2007, 630.

3.2. Geschäftsorganisation und Geschäftsprozesse

3.2.1. Personelle Struktur und Qualifikationen

§ 7 a VAG erhöht die Anforderungen an die Geschäftsorganisation. Änderungen sind sowohl in Absatz 1 zur Regelung der Geschäftsleitung als auch in Absatz 4 zur Regelung des Aufsichtsrates ergangen. § 7 a VAG ist anwendbar auf (Rück-⁵⁸) Versicherer, Versicherungsholdinggesellschaften⁵⁹, gemischte Finanzholdinggesellschaften (sog. Finanzkonglomerate)⁶⁰ und Pensionsfonds.⁶¹

Gesamtverantwortlich für das Risikomanagement ist die Geschäftsleitung.⁶² Innerhalb der Geschäftsleitung ist eine Aufteilung nach operativen Zuständigkeiten erlaubt.⁶³ Weiter funktionale oder organisatorische Aufgliederungen sind teilweise erforderlich oder sinnvoll. Dennoch ist die Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung nicht delegierbar. Im Folgenden sollen von der operativen Ausführung bis zur Aufsicht in einem Versicherungsunternehmen die wesentlichen Funktionen (Geschäftsleitung, Aufsichtsrat, Controlling, Compliance und interne Revision) aus finanzaufsichtsrechtlicher Sicht dargestellt werden. Die Anforderungen an die Geschäftsleitungsmitglieder sind in § 7 a I VAG neu geregelt worden. § 7 a I VAG ist genauso als Vergleichsnorm zu § 36 III Gesetz über das Kreditwesen anzusehen wie § 64 a VAG zu § 25 a Gesetz über das Kreditwesen.⁶⁴ Die Eignungs- und Zuverlässigkeitsanforderungen des VAG zielen bereits auf Solvency II ab. Zurück zu führen ist diese schon erfolgte Neuregelung auf das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht.⁶⁵ Der Richtlinienentwurf Solvency II hatte für die Geschäftsleiter noch vorgesehen gehabt, dass diese über die Eignung

⁵⁸ Über den Verweis in § 121 a I VAG.

⁵⁹ § 104 a II Nr. 4 VAG.

⁶⁰ § 104 k Nr. 3 VAG.

⁶¹ Vgl. auch MaRisk VA 2; erläuternd Hasse in VersR 2010, 19.

⁶² MaRisk VA 6; vgl. so auch §§ 76, 91 AktG, Hüfer, *AktG Kommentar*, 2010, § 76 Rn. 1ff., § 91 Rn. 3; Spindler in *Aktiengesetz Münchener Kommentar* (Hg: Goette, Wulf/Habersack, Matthias/Kalss, Susanne), 2008, § 76 Rn. 7ff., § 91 Rn. 2.

⁶³ MaRisk VA 7.2; Dreher/Schaaf in WM 2008, 1768f.

⁶⁴ Mielk in BI 2009, 70.

⁶⁵ Berger in VersR 2010, 422ff.

und Zuverlässigkeit hinaus höchstes Ansehen und Integrität aufweisen müssten.⁶⁶ Dieser Zusatz hat sich in der finalen Richtlinie nicht durchgesetzt.

Parallel zu § 7 a I VAG für die Geschäftsleitung ist § 7 a IV VAG für Aufsichtsräte gestaltet worden. Mit dieser ausdrücklichen Regelung ist die bisherige Diskussion obsolet geworden, ob die persönlichen Qualifikationsanforderungen an die Geschäftsleitung auch für Aufsichtsorgane eines Versicherungsunternehmens gelten.⁶⁷ Entscheidende Tatbestandsvoraussetzung nach § 7 a IV VAG sind das Kriterium der Zuverlässigkeit und Sachkunde.⁶⁸ Bei diesen beiden Tatbestandskriterien handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Der Begriff der Zuverlässigkeit ist aus dem öffentlichen Recht, dort dem Verwaltungsrecht wie der Gewerbeordnung oder dem Gaststättenrecht bekannt. Dies hat scheinbar auch der Gesetzgeber angenommen, da hierzu keine präzise Definition erfolgt ist. Den im deutschen Recht weniger gebräuchlichen Begriff der Sachkunde hat der Gesetzgeber – wie den Gesetzesbegründungen zu entnehmen ist – näher umschrieben.⁶⁹ Aufsichtsratsmitglieder sollen ein Geschäftsverständnis und eine Risikobeurteilungskennntnis haben und im Zweifel Geschäftsleitungsänderungen bewirken können. Die Forderung nach Geschäftsleitungsänderungen vornehmen zu dürfen ist bemerkenswert, da das deutsche Gesellschaftsrecht charakterisiert ist von einer Trennung der Geschäftsleitung und Aufsicht, also dem dualistischen Organisationssystem folgt.⁷⁰ Zudem bleibt offen, in wie weit derart persönliche Kriterien messbar sind. Beim Sachkundeerfordernis handelt es sich auf Grund der Abhängigkeit der jeweils gegenwärtigen Umstände um einen dynamischen Auslegungsbegriff.

Welche Befürchtungen die Finanzkrise beim Gesetzgeber erzeugt, ist an der weitflächigen Regelung des § 7 a II VAG erkennbar. Parallel zu § 7 a I und IV VAG für die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat werden in § 7 II VAG auch an Inhaber bedeutender Beteiligungen an Versicherungsunternehmen persönliche Qualifikationsanforderungen gestellt.

⁶⁶ Richtlinienentwurf Solvency II, KOM, 10.07.2007.

⁶⁷ Dafür auch schon zuvor Präve in Prölss, *VAG Kommentar*, 2005, § 7 a Rn. 5ff.; dagegen Wittmann in DB 2007, 2581.

⁶⁸ Ausführlicher Bürkle in VersR 2010, 1005ff.

⁶⁹ Berger in VersR 2010, 423ff.

⁷⁰ Habersack in *Aktiengesetz Münchener Kommentar* (Hg: Goette, Wulf/Habersack, Matthias/Kalss, Susanne), 2008, § 105 Rn. 1.

Unterhalb der Geschäftsleitung sind ein unabhängiges Risikocontrolling⁷¹, eine Compliance⁷² und interne Revision⁷³ einzurichten. Diese drei Funktionsbereiche überschneiden sich, haben jedoch eigenständige Kernfunktionen und Zielsetzungen. Das Controlling ist von operativ tätigen Geschäftseinheiten zu trennen, damit kein Widerspruch zwischen Exekutive und Kontrolle entsteht. Wie beim Risikocontrolling lässt sich § 64 a VAG entnehmen, dass nicht zwingend eine eigene Compliance-Organisation einzurichten ist. Die Anforderungen an eine angemessene Geschäftsorganisation fordern aber die Errichtung einer funktionierenden Compliance-Funktion.⁷⁴ Sowohl das Risikocontrolling als auch die Compliance-Funktion müssen ihre Tätigkeit trotz ihrer disziplinarischen Unterordnung unter die Geschäftsleitung unabhängig ausüben. § 64 a VAG stellt weitreichender Anforderungen auf als § 91 II Aktiengesetz. § 64 a VAG ist angelehnt an die bereits fortgeschrittenen bankenaufsichtsrechtlichen Regelungen. Ein Vergleich zu § 25 a Gesetz über das Kreditwesen zeigt, dass eine funktionierende Compliance-Funktion ausdrücklich im Gesetzeswortlaut gefordert wird.⁷⁵ Die Compliance-Funktion ist sowohl vom Risikocontrolling als auch von der internen Revision getrennt zu sehen.⁷⁶ Die Compliance bewertet sämtliche Risiken, auch rechtliche. Das Risikocontrolling hingegen bildet einen operativen Bestandteil der gesamten Risikoprüfung. Der Compliance kommt insofern eine Gesamtprüfungsobligation zu, die auch das Risikocontrolling erfasst. Trotz der Diversifizierung des Risikomanagements in verschiedene Funktionen

⁷¹ Stressemreuter, Björn, Die Anforderungen an der MaRisk VA an das Risikocontrolling, 2011.

⁷² Grundlegend Jäger, Axel/Rödl, Christian/Nave, Jose A. Campos, *Praxishandbuch Corporate Compliance*, 2009; Banneberg, Britta/Bauer, Silvia C./Beste, Christoph/von Müller, Class de Boer, *Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche*, 2010; speziell im Versicherungssektor Schaaf, Martin/Wandt, Manfred/Laux, Christian (Hg.), *Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen - aufsichtsrechtliche Verantwortung und Organverantwortung*, 2010.

⁷³ Zur internen Revision im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit dem Risikocontrolling und Compliance Arbeitskreis „Interne Revision in der Versicherungswirtschaft“, Hg: DIIR (Deutsches Institut für interne Revision e.V.), „Zusammenarbeit der Internen Revision mit Risikocontrolling und Compliance: Empfehlungen auf Basis der MaRisk VA“, 2010; Grundlegend zur internen Revision Peemöller, Volker/von Schmidt, Joachim Kregel, *Grundlagen der internen Revision: Standards, Aufbau und Führung*.

⁷⁴ Gehringer in *Compliance in Versicherungsunternehmen*, 2009 (Hg: Bürkle), § 6; Dreher/Kling, *Kartell- und Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen*, 2007, § 21 Rn. 592; Dreher in *VersR* 2008, 1004; Bürkle in *VW* 2008, 212; *VW* 2004, 830.

⁷⁵ Braun in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *KWG*, 2008, § 25a, Rn. 26ff.

⁷⁶ Dreher/Schaaf in *VersR* 2009, 1151ff.

wie die Geschäftsleitung und das Risikocontrolling sieht der Gesetzgeber in § 64 a I 4 Nr. 4 VAG die Einrichtung einer internen Revision vor. Diese soll unabhängig von einer operativen Verantwortung sämtliche Geschäftsprozesse prüfen. Alle drei vorgenannten Funktionen können auch ausgelagert werden (Outsourcing)⁷⁷. Die Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung bleibt hiervon unberührt. Zusätzlich ist bei einem Outsourcing zu berücksichtigen, dass eine angemessene Steuerung und Kontrolle erhalten bleibt.⁷⁸

3.2.2. Geschäftsprozesse

Die internen Geschäftsabläufe müssen in Einklang mit der Risikostrategie stehen und in internen Leitlinien erfasst sein.⁷⁹ Damit soll eine Nachvollziehbarkeit von Geschäftsentscheidungen gewährleistet werden.⁸⁰ Die Nachvollziehbarkeit ist sowohl positiv als auch negativ sicher zu stellen. Zum einen sind die internen Leitlinien zu befolgen und zum anderen Abweichungen davon zu dokumentieren. Wesentliche Risiken sind vollständig abzusichern, soweit erforderlich rück zu versichern. Somit kann im Sinne des Proportionalitätsgrundsatzes die Rückversicherung ein erforderliches Mittel sein.

3.3. Internes Steuerungs- und Kontrollsystem

§ 64 a I 4 Nr. 3 VAG fordert die Errichtung eines internen Steuerungs- und Kontrollsystems. Es ist sicher zu stellen, dass der gesamte Risikoprozess abgedeckt wird. Hierzu zählt zuerst die Risikoidentifikation und -bewertung, dann die Risikosteuerung und schließlich die Risikoüberwachung.⁸¹ Die Risikosteuerung muss gerade von der Geschäftsleitung verantwortet werden. Entsprechend der Risikostrategie soll ein Risikotragfähigkeitskonzept mit einem Limitsystem (Maximalgrenzen) erstellt werden.⁸² Hierbei sind zum einen die tatsächliche Risikoabdeckung und zum anderen ein Delta zu anderen

⁷⁷ S. bspw. Zu Aktiengesellschaften Spindler in *Aktiengesetz Münchener Kommentar* (Hg: Goette, Wulf/Habersack, Matthias/Kalss, Susanne), 2008, § 76 Rn. 19ff.

⁷⁸ §§ 5 III Nr. 4, 64 a VAG, MaRisk VA 8.

⁷⁹ MaRisk VA 7.2.

⁸⁰ Spengler in VW 2007, 1630.

⁸¹ Bitz, *Risikomanagement nach KonTrag 2000*, 25ff., 40ff.; Müller-Reichart/Romeike (Hg.), *Risikomanagement in Versicherungsunternehmen*, 2008, 75ff.

⁸² Wagner, *Risk Management im Erstversicherungsunternehmen*, 2000, 397ff.

Verwirklichungsmöglichkeiten aufzuzeigen.⁸³ Das (Eigen-) Kapital ist auf die Deckungsfähigkeit der wesentlichen Risiken zu überprüfen. Im Risikotragfähigkeitskonzept sind auch Maximalgrenzen festzusetzen.⁸⁴ Damit sich ein Risiko nicht in einer unbeherrschbaren Folge verwirklicht, ist eine Handlungsgrenze zu bestimmen. Um angemessene Grenzen festzulegen, werden für die Begrenzung von Marktrisiken vorhandene Marktindizes wie der Aktienkurs vorgeschlagen.⁸⁵

Gemäß den §§ 64 a I Nr. 3 d, 55 c I Nr. 1 VAG haben die Versicherer einen Risikobericht zu erstellen, welcher der Geschäftsleitung zu übergeben ist.⁸⁶ Das VAG lässt offen, ob die Übergabe an ein zuständiges Geschäftsleitungsmitglied genügt oder die gesamte Geschäftsleitung zu adressieren ist. Hier sind die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen konkreter. Demnach ist der Bericht jeweils jedem Geschäftsleiter zuzusenden.⁸⁷ Der Risikobericht ist gemäß §§ 64 a, 55 c I Nr. 1 VAG spätestens einen Monat nach Einreichung bei der Geschäftsleitung der Aufsichtsbehörde zu übergeben.⁸⁸ (Gemäß § 64 a V 1 VAG sind kleine Versicherungsvereine mit einer Bilanzsumme von weniger als Mio. 125 im vorausgegangenen Geschäftsjahr von der Erstellung eines Risikoberichts befreit.) Der Risikobericht ist mindestens einmal jährlich vorzulegen. Mit dem Risikobericht hat eine angemessene Risikoberichterstattung an die Geschäftsleitung zu erfolgen.⁸⁹ Jährlich hat die Berichterstattung mindestens einmal zu erfolgen. Wegen sich verändernder Risikoumstände kann eine unterjährige oder ad hoc Berichterstattung erforderlich sein. Die Finanzaufsichtsbehörden scheinen dieses Angemessenheitsverständnis zu teilen. Denn in den neuen Finanzaufsichtsregelungen zum Bankenwesen – die nach den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen 2010 novelliert wurden – wird eine regelmäßige

⁸³ Rautenburger/Winter in *VW* 2009, 234f; Meyborn in *ZfV* 2008, 629.

⁸⁴ Spengler in *VW* 2007, 1631; Rautenberg/Winter in *VW* 2009, 234.

⁸⁵ Frey/Kaschner/Dotterweich in *VW* 2009, 349; Röhl/Brandt in *VW* 2009, 613.

⁸⁶ Vgl. zur internen Risikoberichterstattung auf EU-Ebene Art. 43 Solvency II-Richtlinie; in Deutschland §§ 64 a, 55c VAG.

⁸⁷ MaRisk VA 7.2.

⁸⁸ Vgl. zur aufsichtsrechtlichen (externen) Risikoberichterstattung auf EU-Ebene Art. 35 Solvency II-Richtlinie; in Deutschland §§ 64 a, 55c VAG.

⁸⁹ MaRisk VA 7.3.

unterjährige Berichterstattung gefordert. Im Sinne des Materialitätsgrundsatzes sind wesentliche Risiken quartalsweise zu berichten.

Der deutsche Gesetzgeber hat die interne und aufsichtsrechtliche Risikoberichterstattung gleichläufig geregelt. Art. 43 und 35 Solvency II-Richtlinie hingegen zeigen unterschiedliche Anforderungen an die Risikoberichterstattung. Während gegenüber der Aufsichtsbehörde mehrere Bedingungen zu erfüllen sind, werden an die interne Risikoberichterstattung kaum Anforderungen gestellt. Der europäische Gesetzgeber überlässt diese Entscheidung im Rahmen der Richtlinienumsetzung den einzelnen Mitgliedstaaten. Damit werden in der Europäischen Union unterschiedliche Maßstäbe an die Selbst- und Fremdüberwachung von Versicherungsunternehmen eröffnet.⁹⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat sich für einheitliche Anforderungen entschieden. Der interne Risikobericht soll in derselben Form sowohl an der Geschäftsleitung als auch der Aufsichtsbehörde ergehen.⁹¹ Dieses Verständnis wird in der Literatur zum Teil verwundert aufgenommen, da die Geschäftsleitung einen anderen Wissenstand und eine andere Funktion inne hat als die Aufsichtsbehörde.⁹² Zum einen sollen die Aufsichtsbehörden keine operativen Risikoentscheidungen treffen, zum anderen haben die Aufsichtsbehörden mit ihren Ressourcen ca. 600 Versicherer zu beaufsichtigen.

Der Inhalt des Risikoberichts ist nicht detailliert oder enumerativ aufgeführt, weder im VAG noch in den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen. In den Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen findet sich ein verständliches, aber allgemeingültig formuliertes Ziel wieder. Demnach ist im Risikobericht in übersichtlicher und nachvollziehbarer Weise eine Risikoeinschätzung abzugeben.⁹³ Die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen selbst geben eine Struktur von Risikokategorien vor.⁹⁴ Ansonsten wird der Inhalt des Risikoberichts von den bereits erwähnten versicherungsaufsichtsrechtlichen Prinzipien bestimmt. Im Sinne des Grundsatzes der Materialität sind alle wesentlichen

⁹⁰ Ausführlicher Dreher/Schaaf in *VersR* 2009, 1151ff.

⁹¹ BT-Drks. (Bundestag Drucksache) 16/6518, 15.

⁹² So Dreher/Schaaf in *VersR* 2009, 1152f. zum Primat der Selbstüberwachung.

⁹³ MaRisk VA 7.3.4.

⁹⁴ MaRisk VA 5.

Risiken darzustellen.⁹⁵ Die Aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an das Risikomanagement in Versicherungsunternehmen unternehmen den Versuch, den Begriff der wesentlichen Risiken zu definieren. Als wesentlich sind Risiken anzusehen, wenn sie sich nachhaltig negativ auf die Finanz-, Wirtschafts- oder Ertragslage eines Unternehmens auswirken.⁹⁶ Diese Definition enthält zum einen unbestimmte Rechtsbegriffe und zum anderen basiert sie auf Prognosen. So wird ein weiter Auslegungsspielraum eröffnet. Um einen Risikobericht verstehen zu können, wird es entscheidend darauf ankommen ob sich sowohl die Kennzahlen nachvollziehen lassen als auch die Steuerungsmöglichkeiten und die ihnen zu Grunde gelegten Methoden.⁹⁷ Um einer Willkür vorzubeugen müssten auch Änderungen der Methoden und Begründungen hierfür angeführt werden.

Zum Abschluss erfolgt die Risikoüberwachung. Die Überwachung sollte nicht von den operativ Verantwortlichen ausgeübt werden.⁹⁸ Gemäß § 64 a I 4 Nr. 3 d VAG ist eine Risikokommunikationsstruktur zu etablieren, die transparent und effektiv ist. Im Sinne einer Best Practice können Vertrauenspersonen benannt werden.⁹⁹ Bei diesen sollten risikorelevante Aspekte anonym gemeldet werden können, um den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Effektivität gerecht zu werden.

3.4. Interne Revision

Die interne Revision hat als wesentlichen Bestandteil das Risikomanagementsystem zu prüfen und die Prüfungsergebnisse in einem Revisionsbericht zusammenzufassen.¹⁰⁰ Gemäß §§ 64 a, 55 c I Nr. 2 VAG ist der Revisionsbericht an die Aufsichtsbehörde weiterzuleiten.¹⁰¹ Der Prüfungsplan ist vorab von der Geschäftsleitung frei zu geben, da die interne Revision trotz ihrer fachlichen

⁹⁵ Meyborn in *ZfV* 2008, 628.

⁹⁶ MaRisk VA 5.

⁹⁷ Nguyen, *Handbuch der wert- und risikoorientierten Steuerung von Versicherungsunternehmen*, 2008, 82f; Auer, *Operationelles Risikomanagement bei Finanzinstituten*, 2008, 132f.

⁹⁸ MaRisk VA 2 – 7.3.2.

⁹⁹ MaRisk VA 2 – 7.3.3.

¹⁰⁰ Vgl. zur internen Revisionsberichterstattung auf EU-Ebene Art. 46 Solvency II-Richtlinie; in Deutschland §§ 64 a, 55c VAG.

¹⁰¹ Vgl. zur aufsichtsrechtlichen (externen) Revisionsberichterstattung auf EU-Ebene Art. 36 Solvency II-Richtlinie; in Deutschland §§ 64 a, 55c VAG.

Unabhängigkeit disziplinarisch der Geschäftsleitung untergeordnet ist.¹⁰² Entsprechend dem Materialitäts-grundsatz müssen im Revisionsbericht die wesentlichen Risiken dargestellt werden.

4. Resümee

Die Entscheidung für ein strengeres Finanzaufsichtssystem schränkt das liberale Marktwirtschaftsverständnis ein. Es besteht jedoch überwiegend Einigkeit, dass eine langfristige Stabilität nicht alleine den Marktkräften überlassen werden kann. Das Regelungsverhalten des deutschen Gesetzgebers und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zielen neben der allgemeinen Stabilisierung des Finanzmarktes darauf hin, die Stellung der deutschen Versicherer und ihre Ratings gegenüber den Wettbewerbern zu stärken. Die erlassenen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen zeigen auf, dass der prinzipienorientierte Regelungsansatz und die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein auslegungsfähiges Aufsichtssystem geschaffen hat. Für Unternehmen entsteht dadurch ein weiter Gestaltungsspielraum, zugleich jedoch das Risiko der Nichterfüllung aufsichtsbehördlicher Anforderungen. In jedem Fall wird den Unternehmen ein erhöhter Arbeits- und Kostenaufwand abgefordert. Um ein professionelles, konsistentes Risikomanagementsystem einzurichten bedarf es qualifizierter Leitungskräfte und leistungsfähiger IT-Systeme. Bei den finanzaufsichtsrechtlichen Regelungen findet ein ineinandergreifen zivil- und wirtschaftsrechtlicher mit verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Regelungen statt. Dies wird bereits durch die eingeführten Termini wie die der Sachkunde als persönliche Qualifikationsmerkmale an die Geschäftsleitung und den Aufsichtsrat bekundet.

¹⁰² MaRisk VA 2 - 7.4; Hannemann/Schneider/Hanenberg, Mindestanforderungen an das Risikomanagement, 2006, 559f.

PRIKAZI KNJIGA

Str. 103-105.

Nevenko Misita: *Osnovi prava Evropske unije, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Sarajevo, 2007, str. LXXXV, + 952 stranice, bibliografija 911-942, registar pojmova.

Iako je staro pravilo da se prikazi pišu još dok se štamparska slova nisu osušila, i ovo pravilo trpi izuzetke, ako za to postoje valjani razlozi. Autor ovog prikaza je uveren da taj (valjani ili opravdavajući) razlog leži u činjenici da je knjiga Nevenka Misite, profesora Pravnog fakulteta iz Sarajeva, pod naslovom *Osnovi prava Evropske unije*, i pored toga što je objavljena 2007. godine, i dalje aktuelna i da joj protek vremena ni u kom smislu nije umanjio značaj. Naprotiv, vreme proteklo od štampanja ne samo što je potvrdilo narodnu mudrost da je "dan stariji (i mudriji) od noći", nego i da su i događaji koji su u ovom intervalu usledili ukazali na značaj poznavanja osnova na kojima se temelji EU, a samim tim i iz nje izvedeno pravo EU.

Reč je o knjizi koja svojom sadržinom, sistematikom i načinom analize i prezentacije odabranih pitanja predstavlja značajan doprinos teoriji prava EU i praksi EU, ne samo u BiH, nego i na prostorima prethodne Jugoslavije. Iako je namenjena da služi kao udžebenik, knjiga "Osnovi prava Evropske unije" je mnogo više od toga. To se može pouzdano zaključiti ako se ima u vidu da ovo nije prva knjiga na prostoru prethodne Jugoslavije od kojih su neke "proklamovane" kao udžbenici ili su tome namenjene, i nakon što se njen sadržaj uporedi ne samo sa "ponudom" koja postoji na domaćem, nego i na stranom tržištu, pre svega u državama članicama EU.

Iz pregleda postojeće ponude stiče se utisak, koji kao i svi površni utisci često varaju, da je bavljenje pravom (i politikom) EU za jedan broj evropejaca "po zanimanju" postao ne samo naučni izazov, nego i profesija. Rezultat takve vrste

"zanimanja" su brojne knjige, rasprave, članci i studije koje karakteriše "nepodnošljiva lakoća pisanja (i prepisivanja)", apologetski stav kojim se brani sve što je "evropsko" ili dolazi iz EU, iako to EU nije od njih tražila, često i površnost, a najčešće nekritičnost i neažurnost. Otuda su retke, i svakog pomena vredne, one knjige u kojima je ponuđen ili novi pristup obradi klasičnih pitanja, ili su odabrana pitanja svestrano analizirana: ne samo u kontekstu novog pravnog poretka EZ/EU, već i u poređenju sa nacionalnim pravima i međunarodnim pravom.

Knjiga profesora Misite upravo to nudi: i originalnu sistematiku i naučni pristup i produbljenu analizu odabranih pitanja. Originalnost se može videti iz odabranih naslova i podnaslova, dok se u pogledu sadržine, njen autor opredelio uglavnom na obradu onih pitanja koja se tradicionalno označavaju kao institucionalno ili ustavno pravo. S obzirom da su pitanja tzv. materijalnog prava (*substantive law*) EU, koja se odnose na uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta i pravo konkurencije, obrađena samo kao "elementi ekonomsko ustavnog ustrojstva", ova knjiga predstavlja sveobuhvatnu i produbljenu analizu institucija na kojima počiva EU i preko kojih ostvaruje dogovorene ciljeve kao posebni oblik *sui generis* zajednice zasnovane na vladavini prava.

Navedenim institucionalnim pitanjima koja se, nedovoljno upućenima čine lakšim za analizu, se može u osnovi pristupiti na dva načina: deskriptivno i na analitički i problemski način. Autor se, naravno, opredelio za drugi metod čime su čitaoci umesto dosadnih brojki i zamarajućih faktografskih podataka dobili istančanu analizu razloga i korena kako se došlo do takvih brojki. S obzirom da se i države sa prostora eufimistično nazvanog Zapadni balkan (eufimizam zbog prideva zapadni), nadaju da će u dogledno vreme biti primljene u EU, ova pitanja su od prevashdnog značaja za državne (političke) strukture koje o tome odlučuju, ali i za obične građane. Za pridružene države je to od značaja da bi unapred znale u kakvo društvo žele da uđu, koja pravila igre važe u takvoj zajednici, kako će i u kom organu biti predstavljene, na koji način mogu dati svoj glas i koliko će se taj glas "čuti" u Brislu, Strasburu ili u Luksemburgu. Za građane, osim kao političkih subjekata koji će srazmerno značaju svojih država u svemu tome učestvovati, ova pitanja su važna pre svega da bi saznali koji će ih propisi obavezivati ili im davati subjektivna prava, kao i ko će i po kom postupku štititi njihova prava. Tako bi trebalo razumeti sistematiku ove knjige koja prirodnom logikom vodi čitaoca od rasprave o nastanku i razvoju Evropskih zajednica (prvi deo), do analize delovanja Evropskog suda (sedmi deo) u kome je posebna pažnja posvećena zaštiti interesa pojedinaca, preko tumačenja i izvršenja odluka koje donosi Sud.

U ostalih pet delova knjige analizirana su sledeće pitanja: pravna priroda Evropske unije (drugi deo); ustavni okvir Evropske unije (treći deo); komunitarno

pravo (četvrti deo); institucije (peti deo) i zakonodavni postupak, koji je analiziran u šestom delu.

Sa navedenom sadržinom, a posebno načinom na koji su interpretirana odabrana pitanja, ova knjiga se odvaja od sličnih što je čini referentnom i nezaobilaznom literaturom ne samo za one koji se bave pravom EU na redovnim, poslediplomskim i drugim oblicima produbljenog izučavanja prava EU, već i ostalim čitaocima koji se bave politikom EU. Ono što ovu knjigu preporučuje jeste i bogata i ažurna sudska praksa koju autor navodi kod obrade gotovo svih pitanja, kao i raznovrsni teorijski stavovi koji su na pravno korektan način i sa punim uvažavanjem njihovih autora interpretirani, analizirani ili podvrgnuti kritičkoj oceni. Iz tih razloga se može očekivati da će knjiga služiti ne samo kao obavezna građa za spremanje ispita, jer uveliko prevazilazi te svrhe, nego i kao pouzdani izvor stavova i informacija i kao inspiracija za nove ideje i pristupe u analizi i interpretiranju izuzetno složenog društvenog, političkog i pravnog fenomena nazvanog Evropska unija. Sa druge strane, ovom knjgom njen autor dokazuje da se pravom EU može na vrlo ozbiljan način baviti i van Evropske unije, što čini čast ne samo autoru nego i pravnoj teoriji sa ovih prostora.

Prof. dr Radovan D. Vukadinović

UPUTSTVO ZA AUTORE

Revija za evropsko pravo objavljuje radove (tekstove) pisane na srpskom, engleskom, nemačkom i francuskom jeziku.

Radovi namenjeni za rubriku "Članci", na početku rada sadrže rezime na srpskom jeziku, obima do 250 reči, i pet do deset ključnih reči, a na kraju rada rezime na jednom od stranih jezika, i iste ključne reči na engleskom jeziku.

Za radove na stranim jezicima, autori su dužni da rezime i ključne reči na kraju rada napišu na srpskom jeziku. Ako autori nisu u mogućnosti da to sami učine, prevod rezimea i ključnih reči na srpski jezik obezbeđuje Redakcija časopisa.

Numerička struktura rada. Duže članke je potrebno podeliti na naslove i podnaslove na sledeći način:

Naslov rada i naslovi osnovnih delova prvog nivoa ne označavati numerički.

Naslove drugog nivoa numerisati jednim arapskim brojem, počev od 1 pa dalje.

Naslove trećeg numerisati sa dva arapska broja, od 1.1. pa dalje

Primer:

PRIMARNO PRAVO EU

1. Osnivački ugovori

1.1. Predmet

1.2. Izmena Osnivačkih ugovora

1.2.1. Opšti režim

Radovi dostavljati u WORD-u, Times New Roman, font 11, prored 1,5, a za fusnote: font 9.

"Revija za evropsko pravo" objavljuje članke koji nisu objavljivani u drugim časopisima i publikacijama. Dostavljeni članci podležu anonimnoj recenziji. Autor, čiji je članak prihvaćen za objavljivanje ili je već objavljen u „Reviji za evropsko pravo“, može objaviti isti rad u drugoj publikaciji samo uz dopuštenje Redakcije i uz jasnu naznaku o njegovom objavljivanju u „Reviji za evropsko pravo“.

Članak se predaje u elektronskom obliku, a redakcija zadržava pravo da ga prilagodi standardima uređivanja i pravopisnim pravilima.

PRAVILA CITIRANJA

1. Knjige

Prvo slovo imena, prezime autora, naslov knjige u italiku, mesto i godina izdanja, broj stranice. Primer: R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, Kragujevac 2002, str. 22.

Ako je u pitanju knjiga sa više izdanja i ako se u knjizi pominje više mesta izdanja, navodi se broj izdanja, a u pogledu mesta, navode se prva dva mesta razdvojena crticom. Primer: K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin-Heidelberg 1991.

Stranice se navode skraćeno kao "str. " bez obzira da li se citira rad sa stranog jezika ili iz stranog izvora.

2. Časopisi (članci)

Radovi iz časopisa se navode na sledeći način: Prvo slovo imena, prezime autora, naslov članka, naziv časopisa u italiku, broj i godina časopisa, broj stranice. Ukoliko je naziv časopisa dug, prilikom prvog citiranja u zagradi se navodi skraćena pod kojom će se nadalje navoditi. Primer: M. Vasiljević, Korporativno upravljanje i agencijski problemi (I deo), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (Anali PFB)* 1/2009, str. 5.

3. Tekstovi iz zbornika radova

Prvo slovo imena, prezime autora, naslov teksta, u: naslov zbornika u italiku, (ur., ed., Hrsg. - ime urednika), ime izdavača (nije obavezno), mesto i godina izdanja, broj stranice. Primer: M. Stanivuković, Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, sa posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava, u: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. R. Vukadinović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2001, str. 29.

Ukoliko zbornik radova ima više mesta izdanja, navode se prva dva razdvojena crticom.

4. Zajednička pravila za knjige, časopise i zbornike radova

1. Ukoliko postoji više autora, njihova imena se razdvajaju zarezom. Primer: K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011.

2. Kad knjiga ima više od tri autora, navodi se prvo slovo imena i prezime prvog autora, uz dodavanje skraćene i dr. ili *et al.* (*et alia*, za strane naslove). Primer, T. Varadi i dr. Ili T. Varadi *et al.*, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, str. 75.

3. Navođenje imena izdavača nije obavezno.

4. Ako se citira samo jedan tekst određenog autora, kod ponovljenog citiranja tog teksta, posle prvog slova imena i prezimena autora, piše se *n. delo*, i broj stranice teksta. Primer: R. Vukadinović, *n. delo*, str. 55.

5. Ukoliko se citira više radova (bilo knjiga ili članaka) jednog istog autora, a već je jednom naveden naziv svakog od ovih radova u punom obliku, posle prvog slova imena i prezimena autora, stavlja se u zagradi godina izdanja knjige ili članka (ili broj napomene u kojoj je prvi put naveden rad), posle čega sledi broj stranice. Primer: V. Popović (2002), str. 22. ili (kao u napomeni br. 2), str. 22.

6. Ukoliko iste godine autor ima više objavljenih radova koji su citirani, uz godinu se dodaju latinična slova a, b, c itd., posle čega sledi broj stranice. Primer: R. Vukadinović (2002a), str. 17.

7. Kada se citira više tačno određenih stranica, one se razdvajaju crticom, a kada se citira više strana koje se ne određuju tačno, posle navođenja broja prve stranice dodaju se reči „i dalje“.

8. Ako se citira isto delo i ista stranica kao i u prethodnoj fusnoti (uzastopno) koristi se samo skraćunica *Isto*. Ako je reče o tekstu na stranom jeziku, staviti *Ibid*. Ako se citira tekst dela, navedenog u prethodnoj fusnoti, koji se nalazi na različitoj stranici, posle, *Isto*, *Ibid*. naznačuje se broj stranice (primer: *Ibid*., str. 55).

9. U samom članku (koji je dostavljen na srpskom jeziku) inostrana imena se transkribuju na srpski jezik onako kako se izgovaraju. Prilikom prvog pominjanja njihovo ime i/ili prezime se navodi u zagradi u izvornom obliku na stranom jeziku. Primer: Gerhard Daneman (Gerhard Dannemann)

10. Za "videti" se koristi skraćunica „Vid.“, a za „Uporediti" skraćunica „up.“

5. Elektronski tekstovi

Ime i prezime autora (ili naziv institucije koja objavljuje tekst), naslov teksta (veb stranice), URL, datum posete (dan, mesec i godina).

Primer 1: K. Boele-Woelki, Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?, <http://cui.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED1.HTM>, posećena: 14.02.2002.

Primer 2: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)-004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)-004-e.asp), posećena 01.06.2007.

Ako na internet stranici nije naveden autor teksta, navodi se samo naslov teksta, URL i datum posete.

Primer: A Brief History of Internet, <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, posećena 15.10.2005.

6. Normativni akti

Naziv pravnog akta, naziv glasila u kome je objavljen, broj i godina objavljivanja. Ako će se navedeni propis citirati i kasnije, prilikom prvog pominjanja u zagradi se navodi njegova skraćena pod kojom će se dalje pojavljivati.

Primer: Zakon o parničnim postupku (ZPP), *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, od (datum).

7. Sudska praksa

Vrsta odluke i naziv suda, broj odluke, datum (dan, mesec, godina) donošenja, naziv publikacije u kojoj je objavljena, i broj stranice u publikaciji

Primer: Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 1782/04, *Izbor sudske prakse*, 2/2005, str. 62.

Ako odluka nije objavljena, potrebno je to i naznačiti (primer: Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 1782/04, neobjavljeno).

Sudska praksa Suda pravde EU se navodi na sledeći način: predmet broj, tužilac v. tuženi, godina gde je objavljena odluka u uglastim zagradama naslov Zbirke presuda i broj stranice.

Primer: predmet 6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585. Ako se citira i tačka iz presude, dodati: tač. 12.

Autor treba da dostavi pored prezimena i imena i zvanje (ili zanimanje), naziv i mesto institucije gde je zaposlen, svoju ličnu adresu ili e-mail adresu.

Priloge u elektronskom obliku treba dostavljati na E-mail adresu: radevuk2010@gmail.com.