



Mirela Župan ed.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE JURISPRUDENCE OF EUROPEAN COURTS – FAMILY AT FOCUS



**Private International Law in the
Jurisprudence of European Courts
- Family at Focus**

MIRELA ŽUPAN, ed.

**Međunarodno privatno pravo u
praksi europskih sudova
- obitelj u fokusu**

MIRELA ŽUPAN, ur.

Faculty of Law Osijek
Josip Juraj Strossmayer University of
Osijek
Osijek, 2015
© Copyright 2015
Mirela Župan (ed.)

Publisher
Faculty of Law Osijek Josip Juraj
Strossmayer University of Osijek
S. Radića 13, Osijek

Responsible for publishing
Boris Bakota, Phd,
Associate Professor, dean

Editor
Mirela Župan,
Associate Professor

Print
Gradska tiskara d.d.

Proofreading
English - SINONIM, Osijek
Croatian
Marica Liović, PhD, Assistant Professor

Copies
130

Family Law Library: 8

CIP record is available in the computer
catalogue of the City and University Library
Osijek number 140221013

ISBN 978-953-6072-96-5 (print)
ISBN 978-953-6072-97-2 (online)

www.pravos.unios.hr

Pravni fakultet Osijek
Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u
Osijeku
Osijek, 2015.
Copyright 2015
Mirela Župan (ur.)

Izdavač
Pravni fakultet Sveučilista Josipa Jurja
Strossmayera u Osijeku
S. Radića 13, Osijek

Za izdavača
Izv.prof.dr.sc. Boris Bakota,
dekan

Urednica
Izv. prof. dr. sc. Mirela Župan,
izvanredna profesorica

Tisak
Gradska tiskara d.d.

Lektura
Engleski jezik SINONIM, Osijek
Hrvatski jezik
doc. dr. sc. Marica Liović

Naklada
130

Obiteljskoppravna biblioteka: 8

CIP zapis dostupan je u računalnom katalogu
Gradske i sveučilišne knjižnice Osijek pod
brojem 140221013.

ISBN 978-953-6072-96-5 (tisak)
ISBN 978-953-6072-97-2 (online)

www.pravos.unios.hr



Mirela Župan, ed.

**Private
International Law
in the Jurisprudence
of European Courts
– Family at Focus**

Mirela Župan, ur.

**Međunarodno
privatno pravo
u praksi
europskih sudova
– obitelj u fokusu**

International Editorial Board

Vjekoslav Puljko, PhD, LL.M,
Associate Professor,
Faculty of Law, J.J. Strossmayer
University of Osijek

Jasmina Alihodžić, PhD, LL.M,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Tuzla

Davor Babić, PhD, LL.M,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Zagreb

Ivana Kunda, PhD, LL.M,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Rijeka

Marko Jovanović, PhD,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade

Tunjica Petrašević, PhD,
Assistant Professor,
Faculty of Law, J.J. Strossmayer
University of Osijek

Reviewers

Rajko Knez, PhD, LL.M,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Maribor

Szeibert Orsolya, PhD, Dr. habil.
Associate Professor,
ELTE University, Budapest

Robert G. Spector, PhD,
Glenn R. Watson Chair and Centennial
Professor of Law Emeritus,
University of Oklahoma

Mirko Živković, PhD, LL.M,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Međunarodni urednički odbor

Izv. prof. dr. sc. Vjekoslav Puljko,
izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilista Josipa Jurja
Strossmayera u Osijeku

Doc. dr. sc. Jasmina Alihodžić,
docentica,
Pravni fakultet Sveučilista u Tuzli

Izv. prof. dr. sc. Davor Babić,
izvanredni profesor,
Pravni fakultet Sveučilista u Zagrebu

Doc. dr. sc. Ivana Kunda,
docentica,
Pravni fakultet Sveučilista u Rijeci

Doc. dr. sc. Marko Jovanović,
docent,
Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu

Doc. dr. sc. Tunjica Petrašević
docent,
Pravni fakultet Sveučilista Josipa Jurja
Strossmayera u Osijeku

Recenzenti

Prof. dr. sc. Rajko Knez,
redoviti profesor,
Pravni fakultet Sveučilista u Mariboru

Doc.dr. sc. Orsolya Szeibert,
docentica,
Sveučiliste ELTE, Budimpešta

Prof. dr. sc. Robert G. Spector,
profesor emeritus na Glenn R. Watson
Chair and Centennial,
Pravni fakultet Sveučilista Oklahoma

Prof. dr. sc. Mirko Živković,
redoviti profesor,
Pravni fakultet Sveučilista u Nišu

CONTENTS

Authors	
Foreword	
Mirela Župan Introductory lines	

I. EU Private International Family Law

Paul Beaumont & Jayne Holliday Recent Developments on the Meaning of “Habitual Residence” in Alleged Child Abduction Cases	
Christa Jessel-Holst Dilemmas in application of EU international family law in most recent EU Member States	
Lilla Király The Hungarian court practice concerning the Brussels II bis Regulation	
Ines Medić International child relocation	

II. Hague Conference and International Family Law - Child Abduction at Focus

Philippe Lortie Direct Judicial Communications and the International Hague Network of Judges under the Hague 1980 Child Abduction Convention	
Anex Principles for Direct Judicial Communications in specific cases including commonly accepted safeguards (Principles 6-9)	
Tena Hoško Child Abduction in Croatia: Before and After the European Union Legislation	
Suzana Kraljić & Katja Drnovšek Elterliche Internationale Kindesentführung	

SADRŽAJ

Autori	11
Predgovor	13
Mirela Župan Uvodno slovo	17

I. Međunarodno privatno obiteljsko pravo EU-a

Paul Beaumont & Jayne Holliday Recentna tumačenja pojma “uobičajeno boravište“ u slučajevima navodnih otmica djece	39
Christa Jessel-Holst Dileme u primjeni međunarodnog privatnog obiteljskog prava EU-a u najnovijim državama članicama	50
Lilla Király Mađarska sudska praksa primjene Brussels II bis uredbe	71
Ines Medić Međunarodno preseljenje djeteta	111

II. Haška konferencija i međunarodno obiteljsko pravo - otmica djece u fokusu

Philippe Lortie Neposredna sudačka komunikacija i Međunarodna haška sudačka mreža prema Haškoj konvenciji o otmici djece iz 1980.	137
Anex Načela neposredne sudske komunikacije u konkretnim predmetima, uključujući zajednički prihvaćena jamstva (Načela 6-9) . . .	151
Tena Hoško Međunarodna otmica djece u Hrvatskoj: prije i poslije europskog zakonodavstva	159
Suzana Kraljić & Katja Drnovšek Međunarodne otmice djece od strane roditelja	185

National reports on operation of the Hague Child Abduction Convention in the Western Balkans Region

Questionnaire on the Operation of the Hague 1980 Child Abduction Convention in the SEE Region

Anita Duraković & Zlatan Meskić
Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention in Bosnia and Herzegovina

Mirela Župan & Tena Hoško
Operation of the Hague 1980 Child Abduction Convention in Croatia

Ilija Rumenov
Country report on application of the Hague Child Abduction Convention Macedonia

Maja Kostić-Mandić
Country Report on Application of the Hague Child Abduction Convention – Montenegro

Sanja Marjanović
Some open issues in the application of the 1980 Child Abduction Convention in the Republic of Serbia

Suzana Kraljić
Operation of the Hague 1980 Child Abduction Convention in Slovenia

III. Human Rights Considerations in Child Abduction Cases

Nina Vajić
The Interaction between the European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention

Vesna Lazić
Legal Framework for International Child Abduction in the European Union - the Need for Changes in the Light of Povse v. Austria

Nacionalni izvještaji o funkcioniranju Haške konvencije o otmici djece u regiji zapadnog Balkana

Upitnik o djelovanju Haške konvencije o otmici djece iz 1980. u jugoistočnoj Europi

Anita Duraković & Zlatan Meskić
Primjena Haške konvencije o otmici djece u Bosni i Hercegovini

Mirela Župan & Tena Hoško
Primjena Haške konvencije o otmici djece u Hrvatskoj

Ilija Rumenov
Primjena Haške konvencije o otmici djece u Makedoniji

Maja Kostić-Mandić
Nacionalni izvještaj o primjeni Haške konvencije o otmici djece -Crna Gora

Sanja Marjanović
Neka otvorena pitanja primjene Haške konvencije o otmici djece u Republici Srbiji

Suzana Kraljić
Primjena Haške konvencije o otmici djece u Sloveniji

III. Ljudska prava i međunarodna otmica djece

Nina Vajić
Interakcija Europskog suda za ljudska prava i Haške konvencije o otmici djece

Vesna Lazić
Pravni okvir za međunarodnu otmicu djece u Europskoj uniji - nužne promjene u svjetlu odluke Povse vs. Austrija

**IV. Status and Family Cross
Border Issues in Comparative
Family Private International
Law**

Anatol Dutta
Habitual residence versus nationality
-In search of the European personal
connecting factor in family matters

Csongor István Nagy
What functions may party autonomy
have in international family and
succession law? An EU perspective

Aida Gugu Bushati & Eniana Qarri
Albanian Private International Law in
Family Matters.....

Boriana Musseva
Application of Family Private
International Law in Bulgaria

Toni Deskoski & Vangel Dokovski
Connecting Factors, Party Autonomy
and Renvoi in Family Matters
in Macedonian and EU Private
International Law.....

Marija Krvavac & Jelena Belović
Family Matters - Jurisdiction of Domestic
Courts under the Draft PIL Code
of the Republic of Serbia

Zeynep Derya Tarman
International Divorce in Turkey:
Jurisdiction and Applicable Law

Ceyda Süral
Children in Turkish International
Family Law.....

**IV. Statusni i obiteljski
prekogranični odnosi u
usporednom međunarodnom
privatnom obiteljskom pravu** 317

Anatol Dutta
Uobičajeno boravište u odnosu na
državljanstvo - u potrazi za osobnom
poveznicom u europskom obiteljskom pravu ... 319

Csongor István Nagy
Koje su funkcije stranačke autonomije u
međunarodnom obiteljskom i nasljednom
pravu? Pogled iz EU-ove perspektive

Aida Bushati (Gugu) & Eniana Qarri
Albansko međunarodno privatno
pravo u obiteljskim stvarima

Boriana Musseva
Primjena obiteljskog međunarodnog
privatnog prava u Bugarskoj

Toni Deskoski & Vangel Dokovski
Poveznice, stranačka autonomija,
renvoi u obiteljskim stvarima
prema međunarodnom privatnom pravu
Makedonije i EU-a

Marija Krvavac & Jelena Belović
Obiteljske stvari - nadležnost domaćih
sudova prema Nacrtu Zakona o
međunarodnom privatnom pravu Srbije

Zeynep Derya Tarman
Međunarodni razvod u Turskoj:
nadležnost i mjerodavno pravo

Ceyda Süral
Djeca u turskom međunarodnom
obiteljskom pravu

KOJE SU FUNKCIJE STRANAČKE AUTONOMIJE U MEĐUNARODNOM OBITELJSKOM I NASLJEDNOM PRAVU? POGLED IZ EU-ove PERSPEKTIVE*

Csongor István Nagy**

I. Uvod

Članak, iz kritičke perspektive i usredotočen na pravo EU-a, razmatra teorijske i političke okolnosti koje mogu opravdati stranačku autonomiju u području međunarodnog obiteljskog i nasljednog prava, analizira moguće razloge za primjenu kolizijskopravne stranačke autonomije uopće te istražuje njihovu primjenjivost u kontekstu međunarodnog obiteljskog i nasljednog prava.

Iako se, ironično, stranačka autonomija prvi put pojavljuje u obiteljskom pravu (vidi Dumoulinov *Consilium* 53. od 1525)¹ dokazano je kako ona u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu, za razliku od ugovornog, ima prilično ograničenu funkciju. Članak ukazuje kako je mogućnost da stranke izbjegnju prisilne propise primjenjive u slučaju izostanka stranačke autonomije, manje prihvaćena u obiteljskom i nasljednom pravu zbog jačeg utjecaja javnog poretka.

Članak objašnjava kako je glavna funkcija stranačke autonomije u obiteljskom i nasljednom pravu otklanjanje neizvjesnosti mjerodavnog prava (osiguravanje predvidljivost), zaštita stečenih prava te osiguranje primjene načela zemlje porijekla. U brojnim slučajevima nacionalna prava koriste različite poveznice (koje dovode do primjene različitih prava), kada se stranke suočavaju s rizikom da će obiteljski ili nasljedno-pravni odnosi valjani u jednoj državi (npr. zakonito sklopljen brak) biti nevažeći ili nepostojeći u drugoj državi.

* Prijevod publiciranog rada: Cs. I. Nagy, "What function should and should not party autonomy have in family law? An EU perspective" 4 *Nederlands Internationaal Privaatrecht, Special Issue on Party Autonomy in International Family Law* (2012) pp. 576–586. Prijevod Martina Drventić.

** Izv. prof. dr. sc. Csongor István Nagy, izvanredni profesor i nositelj Katedre Međunarodnog privatnog prava, Sveučilište u Szegedu (Mađarska); izvanredni profesor, Sveučilište za tehnologiju i ekonomiju u Budimpešti (Mađarska), nositelj Katedre za Međunarodno i europsko pravo na Pravnom fakultetu "István Bibó" (Budimpešta); član udruge odvjetnika Budimpešta, Mađarska

1 Ch. Dumoulin, *Caroli Molinaei franciae et germaniae celeberrimi juris consulti et in supremo parisiorum senatu antiqui advocati, Omnia Quae Extant Opera* (Paris, 1681, II) str. 963.

Stranačka autonomija (izričit ili prešutan stranački izbor) može služiti kao alat za zaštitu tih stečenih prava. Svi ostali razlozi koji govore u prilog načela autonomije stranaka u području ugovornog prava (autonomija kao temeljno pravo, snažne praktične prednosti stranačkog izbora i dr.) nisu odgovarajuće primjenjivi u odnosu na realnost i politiku obiteljskog i nasljednog prava. Također se iznosi stav da je gore navedena uloga stranačke autonomije manje svrsishodna u stvarima vezanima za pravne sustave koji imaju ujednačeno kolizijsko pravo. Stranačka autonomija manje je opravdana u predmetima u kojima uključene države imaju ujednačena kolizijska pravila, kao što to imaju države članice EU-a.

U članku se također razmatra kako se stranačka autonomija u EU-u, posebice u obiteljskom i nasljednom pravu, može opravdati međusobnim priznavanjem nacionalnih kolizijskih pravila među državama članicama. Stranačka autonomija u međunarodnom privatnom pravu EU-a također je i zakonodavna metoda koja teži unifikaciji nacionalnih kolizijskih zakona na temelju načela sporazuma i uzajamnog priznanja, koja se pobrinula da kolizijska pravila EU-a zamijene sve ili većinu nacionalnih kolizijskih modela. Dok samo jedno od primjenjivanih nacionalnih kolizijskih načela može pobijediti u "borbi ideala", dodvoriti se europskom zakonodavcu i tako postati pravilo o mjerodavnom pravu u slučajevima izostanka stranačke autonomije, neuspješni se kandidati (*op. urednice*: ostale poveznice i kolizijska načela) obično pojavljuju u okviru pravila (*op. urednice*: ograničenoj) o stranačkoj autonomiji kojima se određuje raspon prava između kojih stranke mogu izabrati mjerodavno pravo.

II. Status stranačke autonomije u europskom međunarodnom privatnom pravu

Stranačka autonomija je na jednak način uvrštena u različite kolizijske instrumente EU-a. Izvedena je (barem djelomično) iz temeljnih sloboda zajamčenih europskim pravom (zabrana diskriminacije na temelju državljanstva, pravo slobode kretanja i dr.) i "postupno postaje osnovno načelo [u europskom međunarodnom privatnom obiteljskom pravu], a to joj uspijeva i na ustavnoj razini".² Nije iznenađujuće kako je ona u središtu kolizijskih pravila ugovornog prava (Uredba Rim I).³ Stranačka je autonomija u isto vrijeme stekla i

2 T. M. Yetano, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law" 6 *Journal of Private International Law* (2010) str. 155.–156.

3 Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu koje se primjenjuje na ugovorne obveze (Rim I) Sl. l. EU 2008 L 177, str. 6.–16.

važnu ulogu u području izvanugovornih obaveza (Uredba Rim II),⁴ razvoda (Uredba Rim III),⁵ uzdržavanja (Uredba o uzdržavanju),⁶ nasljeđivanja (Uredba o nasljeđivanju)⁷ te će vrlo vjerojatno postići sličan status i u pitanjima bračne imovine (Prijedlog Uredbe o bračnoj stečevini).⁸

U Uredbi Rim I pravo stranaka na izbor mjerodavnog prava prilično je neograničeno: mogu izabrati pravo bilo koje države te se mogu sporazumjeti o mjerodavnom pravu i prije i nakon nastanka spora. Uredba Rim II također strankama jamči pravo izbora mjerodavnog prava, međutim, ta je sloboda ograničena. U slučajevima kada stranke obavljaju poslovnu djelatnost izbor mjerodavnog prava nije vremenski ograničen, dok je u svim drugim slučajevima izbor prava moguć samo nakon događaja koji je prouzročio nastalu štetu. Sukladno tome, sporazumi o izboru prava općenito su dopušteni u odnosu stranaka u kojem obje obavljaju poslovnu djelatnost, dok je u odnosu *obavljač poslovne djelatnosti – potrošač* i odnosu *potrošač – potrošač* izbor prava moguć tek nakon događaja koji je prouzročio nastalu štetu.⁹

Uredba Rim III pitanje stranačke autonomije uređuje u čl. 5. određujući kako se bračni drugovi mogu usuglasiti oko određivanja mjerodavnog prava za razvod braka i zakonsku rastavu pod uvjetom da je to jedno od sljedećih prava: pravo države u kojoj bračni drugovi imaju uobičajeno boravište u trenutku sklapanja sporazuma; pravo države u kojoj su bračni drugovi imali zadnje

4 Uredba (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu koje se primjenjuje na izvanugovorne obveze (Rim II), Sl.I. EU 2008 L 199, str. 40.–49.

5 Uredba Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, Sl.I. EU 2010 L 343, str. 10.–16.

6 Uredbe Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka te suradnji u stvarima koje se odnose na obveze uzdržavanja, Sl.I. EU 2009 L 7, str. 1.–79.

7 Uredba (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka i prihvaćanju i izvršavanju javnih isprava u nasljednim stvarima i o uspostavi Europske potvrde o nasljeđivanju, Sl.I. EU 2012 L 201, str. 107.–134.

8 Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i izvršavanju odluka u stvarima o režimima bračne stečevine, COM(2011) 126 final; Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznavanju i ovrsi odluka o imovinskim posljedicama registriranog partnerstva, COM (2011), 127 final.

9 Čl. 14.(1) Uredbe Rim II. Za stranački autonomiju u Uredbi Rim II vidi: npr. Mo Zhang, “Party Autonomy in Non-contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law“ 39 *Seton Hall Law Review* (2009) str. 861.–917.; T. Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation“, u: J. Ahermand, W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers 2009) str. 113.–132.

uobičajeno boravište, ako jedan od njih i dalje u toj državi ima uobičajeno boravište u trenutku sklapanja sporazuma; pravo državljanstva bilo kojeg bračnog druga ili *lex fori*.

Uredba o uzdržavanju u čl. 15. propisuje određivanje mjerodavnog prava u skladu s Haškim protokolom o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja od 23. studenog 2007. godine, koji pak strankama pruža mogućnost odabira mjerodavnog prava. Stranke mogu odrediti *lex fori* kao mjerodavno pravo za određeni postupak (čl. 7. Haškog protokola iz 2007. godine)¹⁰ ili mogu sklopiti sporazum o izboru prava (čl. 8. Haškog protokola iz 2007. godine). Izabrati mogu pravo države čiji je bilo koja stranka državljanin, pravo države u kojoj bilo koja stranka ima uobičajeno boravište ili pravo države koje je mjerodavno za njihov imovinski režim ili njihov razvod braka ili rastavu.

U skladu s čl. 21. Uredbe o nasljeđivanju, *lex successionis* pravo je države u kojoj je umrli imao svoje uobičajeno boravište, međutim prema čl. 22. "Osoba može za pravo koje će urediti u cijelost njezino nasljeđivanje izabrati pravo države čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti."

Stranačka će autonomija vrlo vjerojatno biti dijelom europskog kolizijskog prava i u pitanjima bračne imovine. Čl. 16. Prijedloga Uredbe o bračnoj stečevini omogućuje supružnicima (ili budućim supružnicima) mogućnost birati između sljedećih prava: pravo države zajedničkog uobičajenog boravišta supružnika ili budućih supružnika, pravo države uobičajenog boravišta jednog od supružnika, pravo države čiji je državljanin jedan od supružnika ili budućih supružnika.

Gore prikazan sustav europskih kolizijskih instrumenata pokazatelj je kako stranačka autonomija predstavlja važan dio kolizijskih pravila, uključujući i područje obiteljskog i nasljednog prava. U isto vrijeme, on otkriva kako su prava između kojih stranke mogu birati odabrana na temelju poveznica koje zakonodavac koristi u slučaju izostanka stranačkog sporazuma o izboru prava (*op. urednice*: objektivne poveznice); riječ je o zakonskim rješenjima koja se pojavljuju u odredbama međunarodnog privatnog prava jedne ili više država.¹¹

10 "Vjerovnik uzdržavanja i dužnik uzdržavanja za potrebe isključivo određenog postupka u dotičnoj državi mogu izričito odrediti pravo te države kao mjerodavno pravo za obvezu uzdržavanja".

11 Naravno, ovdje nije sporno kako bi za tu svrhu prikladnije bile poveznice kojima se ograničava obujam stranačke autonomije.

III. Koje su funkcije stranačke autonomije u kolizijskom pravu?

Stranačka je autonomija (barem što se tiče ugovornog prava)¹² bila univerzalno načelo kolizijskog prava i u biti, globalno priznata.¹³ Nažalost, učenje o stranačkoj autonomiji više je usmjereno na zamršenost stranačkog izbora prava i većinom ignorira pitanja kao što su teorijski i politički temelji, kao i funkcije koje ta sloboda može imati.¹⁴ Pri razmatranju primjerenosti stranačke autonomije u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu, nužno je obratiti pozornost na ontološko pitanje o tome zašto je stranačka autonomija opravdana. U nastavku se istražuju i primjenjuju potencijalni argumenti u korist stranačke autonomije u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu. U prvom koraku analizirana je tradicionalna uloga stranačke autonomije. Dokazano je kako teoretski i praktični argumenti koji podupiru stranke na neograničenu autonomiju u ugovornom pravu, gube svoju uvjerljivost kada ih se stavi u

12 Valja napomenuti kako stranačka autonomije nije uvijek pobjeđivala. Na početku 20. stoljeća, u nekim državama čak i poslije, pravo stranaka na izbor mjerodavnog prava bilo je snažno osporavano. Vidi: G. Rühl, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", u: E. Gottschalk *et al.* (eds.), *Conflict of Laws in a Globalized World* (Cambridge, Cambridge University Press 2011), str. 155.–157., str. 153.; H. Muir Watt, "Party Autonomy' in International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance" 6 *European Review of Contract Law* (2010) str. 250.–254.

13 Vidi: Resolution of 1991/2 of the Institut de Droit international, usvojena u Basleu ("L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées"), dostupna na francuskom jeziku na www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1991_bal_02_fr.PDF; P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, (Oxford, Clarendon Press 1999), str. 13. ("Danas je općepriznato da stranke međunarodnog ugovora imaju slobodu izabrati mjerodavno pravo i kao posljedicu toga mogu izabrati forum, sudski i arbitražni, za rješavanje sporova koji mogu proizaći iz takvog ugovora."); R. J. Weintraub, "Functional Developments in Choice of Law for Contracts" 187 *Recueil des cours* (1984) str. 239.–271. ("[M]ožda je najšire prihvaćeno pravilo međunarodnog prava našeg vremena to da su ugovorne stranke slobodne ugovoriti koje će pravo urediti njihov odnos."); P. J. Borchers, "Choice of Law in the American Courts in 1992: Observation and Reflections" 42 *American Journal of Comparative Law* (1994), str. 125.–135.; Letter from Friedrich K. Juenger to Harry C. Sigman, Esq. (June 23, 1994), reprinted in 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1995), str. 445.–447. ("Diljem svijeta, na dohvata ruke, postoji univerzalni sporazum prema kojem stranke s otprilike jednakom pregovaračkom snagom trebaju biti slobodne pregovarati o tome koji će zakon urediti njihov ugovor.");

14 Vidi: M. Lehmann, "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws" 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2008) str. 381.–383. ("Autori konfliktnog prava previdjeli su ovu činjenicu te nisu uspjeli osigurati teorijsko objašnjenje zašto je strankama dopušteno izabrati mjerodavno pravo. Mogućnost klauzule o izboru prava uglavnom se smatra sporednim problemom ili onim koje je problematično. Iako je verbalno priznato kako je stranačka autonomija ostala prekršitelj unutar utvrde konfliktnih teorija.");

kontekst obiteljskog i nasljednog prava. U drugom su koraku te potencijalne funkcije stranačke autonomije ispitane s obzirom na pravo slobode kretanja pod okriljem unutarnjeg tržišta EU-a. Ističe se kako se te funkcije mogu poprilično pripisati stranačkoj autonomiji u području obiteljskog i nasljednog prava. Međutim, one opravdavaju samo ograničenu stranačku autonomiju (tj. kada zakon određuje popis prava između kojih stranke mogu birati) te ponešto gube na jačini u odnosima između država članica ako su pravila koja određuju mjerodavno pravo, u nedostatku stranačkog izbora (objektivne poveznice), ujednačene na razini EU-a.¹⁵

3.1. Tradicionalne funkcije stranačke autonomije: stranački izbor u ugovornom pravu

3.1.1. Kolizijskopravna stranačka autonomija kao kvazitemeljno pravo i zaštita autonomije koju daje materijalno pravo

Stranačka se autonomija u međunarodnom privatnom pravu može smatrati dijelom individualne opće autonomije. U ovom članku, stranačka autonomija (općenito, i posebno u međunarodnom privatnom pravu) samoj je sebi svrha. Pravo izbora mjerodavnog prava može biti viđenje materijalnopravne stranačke autonomije,¹⁶ ili ambicioznije, može biti izvedeno iz više općenitijih temeljnih prava individualne autonomije.¹⁷“Dok je izvorno [ugovor] viđen

15 Usp. Lehman, *op. cit.* bilj. 14., str. 392.–393. ([“P]redvidljivost može biti osigurana i na druge načine osim stranačkom autonomijom. Primjerice, ako sudovi diljem svijeta prihvate ista kolizijska pravila, stranke će također moći predvidjeti koji pravo će se primijeniti na njihov spor... Teorija koja ipak favorizira stranačku autonomiju, kao sredstvo koje osigurava predvidljivost, temelji se naravno na iskustvu.“)

16 Vidi: E. G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws” 30 *Yale Law Journal* (1921) str. 572.–575, str. 565.; Letter from Friedrich K. Juenger to Harry C. Sigman, *op. cit.* bilj. 13., str. 447. i 449. “[S]tranačka autonomija se na razini sukoba zakona ogleda u materijalnom načelu ugovorne slobode.“); Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 415. (“Na neki način, stranačka autonomija nalikuje na ulogu koju ima volja u nacionalnom ugovornom pravu.“); Muir Watt, *op. cit.* bilj. 12., str. 257. (“[U] skladu s tradicionalnim učenjem, osnaživanje privatnih sudionika na odabir prava koje će urediti njihov odnos prirodna je posljedica, i svakako se ogleda na slobodu ugovora u obiteljskom okruženju.“). Za opću stranačku autonomiju u Europi vidi: A. Colombi Ciacchi, “Party Autonomy As a Fundamental Right in the European Union” 6 *European Review of Contract Law* (2010) str. 303.–318. usp. čl. 1134.(1) Građanskog zakonika, propisuje kako (“[Z]akonito sklopljeni sporazumi pravno reguliraju odnos osoba koje su ih sklopile“) (“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“) (Prijevod dostupan na www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf).

17 Vidi: Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 417.–418. (Za dogmatsku vrijednost pristanka vidi: Yetano, *op. cit.* bilj. 12., str. 191.–192.)

kao obveza nametnuta strankama općim pravom koji proizlazi iz njihova poslovnog odnosa, on može biti viđen i kao obveza stvorena od strane samih stranaka.¹⁸ Kolizijskoppravna stranačka autonomija može se također poduprijeti argumentom kako ugovori s međunarodnim elementom "istupaju" iz nacionalnog prava i ulaze u stanje bez zakona.¹⁹ Nadalje, u ugovornom pravu, utjecaj treće strane obično je manje važan: ugovor se tiče stranaka i obično daje prava i obveze isključivo strankama. Izuzev nekih ugovora koji se vežu uz slabiju ugovornu stranu²⁰ i ponekih pravila koja u obzir uzimaju javni poredak, ne postoji uvjerljiv razlog za ograničavanje stranačke slobode u određivanju sadržaja ugovora. Premda se odstupanje od prisilnih pravila prava koje će biti mjerodavno u slučaju izostanka stranačkog izbora ne može uvjerljivo uklopiti u konceptualizaciju kolizijskog prava, ti se nacionalni problemi mogu prevladati zahvaljujući praktičkim zaslugama neograničene stranačke autonomije. Jednostavnije rečeno, stranačka autonomija priznata je u ugovornom

18 Nygh, *op. cit.* bilj. 13., str. 7.

19 Vidi: F. Johns, "Performing Party Autonomy" 71 *Law and Contemporary Problems* (2008) str. 243.–249. Za francuski koncept *contrat sans loi* vidi: P. Mayerand, V. Heuzé, 8th edn., *Droit international privé* (Paris, Montchrestien 2004) str. 514.; Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 414. ("[D]anašnji je problem što postoji niz prava koja sama zahtijevaju svoju primjenu. Iz pravne perspektive, previše proturječnih pravila s jednakom pravnom snagom stvaraju pravnu prazninu. Dakle, ponovno smo u prirodnom stanju, ili preciznije u 'modernom prirodnom stanju', gdje objektivno ne postoji mjerodavno pravo – paradoksalno, zbog obilja zakona. U tom kontekstu, stranke dohvaćaju svoju preostalu snagu kako bi regulirale svoje odnose. Stranačka autonomija nije ništa drugo nego osobe koje se brinu za prirodno stanje vlastitih poslova."); R. A. Brand, "Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice", u: V. Tomljenovic, J. A. Erauw i P. Volken (eds.), *Liber Memorialis Petar Šarčević: Universalism, Tradition and the Individual* (Munich, Sellier 2006) str. 35.–44. ("Međunarodnopravno pravo demokratskih vlada može se nositi s važnom supsidijarizacijom autoriteta pojedinca, uključujući i izbor pravila mjerodavnih za privatne transakcije. To bi, naravno, trebao biti pojedinac, a ne država, koji će ostvariti pravo na demokratski oblik vlasti."). Usp. Muir Watt, *op. cit.* bilj. 12., str. 257.–258. ("Razlog zbog kojeg svaka suverena država dopušta strankama, subjektima tog ograničenja, ugovaranje svojih vlastitih pravila i zamjenu pravila susjedne zajednice, nalazi se u podrazumijevanoj posebnoj potrebi prekograničnih transakcija i slabljenju potraživanja bilo koje od država da ih isključivo regulira. Tada nema *contat sans loi*, nego regulirane slobode biti subjektom suverenog pravnog poretka koji je izabrala jedna od stranaka.").

20 Potrošački ugovori, ugovori o radu i o osiguranju, vidi: čl. 6.–8. Uredbe Rim I. Također vidi: ECJ 9 November 2000, Case C-381/98, ECR 2000, str. I-9305, 29 *NIPR* (2001) (*Ingmar*). Za napetost između stranačke autonomije u odnosu na presudu Europskog suda pravde u predmetu *Ingmar* vidi: H. L. E. Verhagen, "The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*" 51 *International & Comparative Law Quarterly* (2002) str. 135.–154.

pravu jer djeluje kao učinkovit alat u međunarodnoj trgovini,²¹ a ne zato što je to dogmatski razumno i dobro utemeljeno. Konceptualni nedostaci neograničene stranačke autonomije nadjačani su njezinim praktičnim prednostima.²²

Teorijom o “temeljnem ljudskom pravu“ nije moguće valjano opravdavati stranačku autonomiju u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu. Ovdje, za razliku od ugovornog prava, stranke imaju jače ograničenu materijal-nopravnu autonomiju te se suočavaju sa strožim pravilima javnog poretka, stoga argument kako je kolizijskopravna stranačka autonomija projekcija au-tonomije u materijalnom pravu, nije valjana u odnosu na obiteljsko i nasljedno pravo. Iako možemo argumentirati kako ni u ugovornom pravu ne možemo zanemariti prisilna pravila, većina tih pravila manje su vezana za javni pore-dak. Zapravo je “relativno obvezni“²³ karakter taj koji omogućuje strankama ostvarivanje neograničene autonomije u ugovornom pravu. U međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu važan je utjecaj “treće strane“ (vanjskih utje-caja). Dok, “nema ograničenja na pravo pojedinca u izboru mjerodavnog pra-va sve dok se relevantno pitanje odnosi samo na pojedinca i ne dotiče treće“,²⁴ u obiteljskom i nasljednom pravu moralna očekivanja društva i potreba za zaštitom određenih temeljnih društvenih institucija podrazumijevaju da javni poredak prodire u “privatnost“ stranaka. Napokon, ne postoji nesavladiv prak-tični argument koji bi bio teži od nedostataka stranačke autonomije.²⁵

3.1.2. Pravna sigurnost i predvidljivost

Stranačka autonomija može biti opravdana svrhom pravne sigurnosti i pred-vidljivosti.²⁶ S gledišta učinkovitosti, stranački izbor (vjerojatno) može biti korisniji od objektivnih poveznica (pravila primjenjiva u slučaju izostan-ka stranačkog izbora), budući da je vjerojatnije da će stranke biti sposobne

21 Vidi: Muir Watt, *op. cit.* bilj. 12., str. 255.–256.

22 Vidi niže poglavlje 3.1.3.

23 Za izraz “relativno obavezan“ vidi: Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 420.

24 *Ibid.*, str. 423.

25 Vidi niže poglavlje 3.1.3.

26 Vidi: M. J. Levin, “Party Autonomy: Choice-of-Law Clauses in Commercial Contracts“ 46 *Georgetown Law Journal* (1958) str. 260.–269. (“u trgovačkom pravu, predvidljivost može najbolje biti ostvarena kroz stranačku autonomiju“); A. Shapira, “Territorialism, National Parochialism, Universalism and Party Autonomy: How Does One Square the Choice-of-Law Circle?“ 26 *Brooklyn Journal of International Law* (2000) str. 202.–203., str. 199.; Mo Zhang, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law“ 20 *Emory International Law Review* (2006) str. 511.–553.; Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 392.–393.; Yetano, *op. cit.* bilj. 12., str. 184.–186.

donijeti adekvatniju odluku o izboru prava (primjerenost). Prvo, stranke mogu napraviti bolji izbor i pronaći pravo koje najbolje odgovara njihovom slučaju i situaciji.²⁷ Drugo, stranački sporazum čini primjenu mjerodavnog prava bržom i jasnijom (predvidljivost).²⁸ Jedna je od prednosti stranačke autonomije u tome što pitanje mjerodavnog prava nije prepušteno zamršenosti kolizijskog prava. Nacionalna kolizijska pravila upotrebljavaju različite poveznice. Nadalje, koliko god bila jasna kolizijska pravila kod izostanka stranačke autonomije, ona zasigurno sadržavaju određenu količinu nesigurnosti. Takva se nedoumica može otkloniti ugovaranjem mjerodavnog prava.

Zahtjev za predvidljivošću podržava prijedlog prema kojem stranke mogu izabrati jedno od prava koje je s ugovorom u određenoj vezi,²⁹ međutim, zahtjev za predvidljivošću najbolje je ostvaren ako stranačka mogućnost biranja mjerodavnog prava nije ograničena te one imaju pravo izabrati također i pravo s kojim ne postoji veza.

Svrha pravne sigurnosti i predvidljivosti opravdana je i u područjima međunarodnog obiteljskog i nasljednog prava, iako na različitoj razini. Od najveće je važnosti u pravu vezanom uz bračnu imovinu, s obzirom na to da se stranke oslanjaju na navodno mjerodavno pravo primjenom kojeg će nastupiti određene pravne posljedice za koje se očekuje da će biti globalno važeće. S druge strane, čini se da su pravna sigurnost i predvidljivost manje relevantne u pitanjima razvoda.

3.1.3. Praktične prednosti stranačke autonomije – toleriranje izbora prava s kojim ne postoji veza

Možda je najuvjerljiviji argument u korist stranačke autonomije u međunarodnom poslovanju upravo praktične naravi. “Unatoč kantovskom podrijetlu (...) dominantno opravdanje (stranačke autonomije) bitno je utilitarno, povezano s potrebama međunarodne trgovine.”³⁰ Neograničena stranačka autonomija ima znatne prednosti u međunarodnoj trgovini; one su jasno prevagnule nad nedostacima koje povlači mogućnosti odabira prava s kojim ne postoji veza.³¹

27 Vidi: Rühl, *op. cit.* bilj. 2., str. 176.–177., posebice napomene u podrubnoj bilješci 100.

28 Vidi: Verhagen, *op. cit.* bilj. 20., str. 143.

29 Vidi Prijedlog za Uredbu Vijeća (EU) o provedbi pojačane suradnje u području prava primjenljivog na razvod braka i zakonsku rastavu, COM(2010) 104 final, COM(2010) 105 final, komentari na čl. 3.

30 Muir Watt, *op. cit.* bilj. 12., str. 255.–256.

31 Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 394. “Moglo bi se tvrditi kako će države dopuštati slobodno ugovaranje klauzula o mjerodavnom pravu s ciljem osiguravanja uvjeta nužnih za funkcioniranje međunarodne trgovine.”

Prikladnost izabranog prava u pravilu nije načelo koje stranke uzimaju u obzir tijekom pregovora o mjerodavnom pravu. Često im je važnije kako sporazum o mjerodavnom pravu utječe na troškove saznatljivosti tog prava. Stranke katkad izaberu određeno pravo zato (ili dijelom zato) što su obje upoznati s njime, npr. podrazumijeva se da je određeno pravo *lingua franca* određene industriji. Primjerice, englesko pravo u pomorskim pitanjima te englesko i newyorško pravo u pravu financijskih transakcija, smatraju se međusobno poznatima, što je i u skladu s tržišnom praksom. U drugim slučajevima, stranke mogu izabrati neutralno pravo (pravo treće zemlje), želeći izbjeći asimetriju među strankama u pogledu troškova informiranja. Izbor prava treće države stavlja stranke u isti položaj. Stranke često nisu u potpunosti svjesne sadržaja odabranog zakona, ali znaju kako izbor prava koje je objema strano osigurava jednakost oružja.

Štoviše, bez pretjeranog pojednostavnjenja komparativnog prava, treba napomenuti kako je razilaženje između nacionalnih obiteljskih i nasljednih prava važnije od onog na razini nacionalnih ugovornih prava. Postoji određeni stupanj približavanja na razini načela ugovornog prava civiliziranih naroda. Određena temeljna načela obično dijeli većina civiliziranih pravnih sustava. Primjerice, *pacta sunt servanda*, *clausula rebus sic stantibus*, nemogućnost ispunjena, Božji zakon, *force majeure*, *vis major* itd. U drugu ruku, mnogo je više razlika u obiteljskom i nasljednom pravu. U nekim zemljama supružnici se mogu razvesti jednostavnim sporazum, u nekim zemljama razvod je postupak koji traje više godina, dok je u potpunosti suprotno filipinsko pravo koje ne poznaje koncept razvoda. Isto tako, neka se prava temelje na načelu potpune oporučne slobode, dok su druga ograničila tu slobodu nužnim nasljedstvom, a neka su u potpunosti odbila pojam oporučne slobode.

Načelo prema kojemu je u kolizijskom pravu nužno pronaći pravo s kojim postoji najuža veza (ili manje ambiciozno, uska veza) s pravnim odnosom, jer to pravo predstavlja primjereni odgovor, teško se može smjestiti uz pravo stranaka na izbor prava s kojim ne postoji veza. Pravo na izbor prava s kojim postoji veza može se ispraviti tim tradicionalnim poimanjem kolizijskog prava: postoje podudarne poveznice koje se na jednak način koriste s ciljem ishoda mjerodavnog prava ("sjedište" pravog odnosa); stoga kolizijsko pravo države foruma mora donijeti zakonodavnu odluku i izdvojiti jednu od tih poveznica. Međutim, odobravanjem ograničene stranačke autonomije također se prihvaća da su te poveznice uzajamno priznatljive. S druge strane, čini se da je neuvjerljivo da pravo s kojim ne postoji veza može s predmetom stvari imati najbližu vezu jednostavno zato što su ga stranke izabrale! Iz te se perspektive

neograničena stranačka autonomija čini konceptualno manjkavom.³² Ipak, čini se kako je legislativa međunarodnog privatnog prava mnogo više zaokupljena praktičnom primjenom nego teoretskom dosljednošću. Neograničena stranačka autonomija (mogućnost izbora prava s kojim ne postoji uska veza) ne uklapa se u načelo najuže veze, ali međunarodno privatno pravo, pod utjecajem stranačke autonomije kao općeg načela privatnog prava, drži da su nedostaci izbora prava s kojim ne postoji veza mnogo manji nego što su to prednosti u slučajevima jasnih pravila o stranačkoj autonomiji. Uključenost trećih osoba znatno utječe na ovu ravnotežu. Postavlja se pitanje može li izbor prava negativno utjecati na interese treće strane (uključujući i javni poredak), što ujedno povećava nedostatke stranačke autonomije.

Čini se kako je stranačka autonomija u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu manje praktično utemeljena nego što je to kod ugovornog prava te nema ulogu usporedivu s funkcijom stranačke autonomije u području ugovornog prava. Čini se kako praktični argumenti u korist stranačke autonomije u obiteljskom i nasljednom pravu nisu nadjačali konceptualnu nedosljednost i utjecaj treće strane, uključujući i javni interes.

3.2. Doprinos unutarnjeg tržišta funkcijama autonomije u privatnom pravu

Doprinos koji stranačkoj autonomiji daje pravo slobode kretanja u okviru unutarnjeg tržišta EU-a³³ može se opisati s pomoću četiri načela: načelo uzajamnog priznavanja nacionalnih kolizijskih pravila, načelo stečenih prava, načelo države podrijetla i "postupanje po pogrešnom pravu" (*Handeln unter falschen Recht*).³⁴ U središtu gore navedenih kolizijskih načela jest činjenica

32 Usp. J. H. Beale, "What Law Governs the Validity of a Contract" 23 *Harvard Law Review* (1910) str. 260. ("(...) zaključivanje kako je stranački izbor konceptualno manjkav u teoriji (...) to uključuje dopuštenje strankama poduzimati pravne radnje"); J. H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Vol. 2. (New York: Baker, Voorhis & Co 1935) str. 1080. ("(...) stranačka će autonomija u okviru kolizijskog prava napraviti zakonodavca od osoba koje su sklopile ugovor); Lehmann, *op. cit.* bilj. 14., str. 383. ("Doista, sloboda stranaka za izborom mjerodavnog prava mora prouzročiti teorijsku glavobolju svakom ozbiljnom pozitivistu.")

33 Vidi: P. von Wilmsowky, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit" 62 *Rabels Zeitschrift* (1998) str. 2.–37.; cf. J.-J. Kuipers, "Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice" 11 *German Law Journal* (2009) str. 1506.–1522. ("Čini se kako je Europski sud pravde usvojio funkcionalni pristup u odnosu na autonomiju u privatnom pravu. Ona je zaštićena kada doprinosi ostvarivanju unutarnjeg tržišta, a potisnuta kada vodi k neprimjeni prava Zajednice.")

34 Vidi: R. Michaels, "The New European Choice-of-Law Revolution" 82 *Tulane Law Review* (2008) str. 1624.–1635., str. 1607. (Kolizijska pravila u EU-u su, među ostalim, konstitucionalizirana kroz načelo uzajamnog priznavanja i načelo zemlje podrijetla.)

da će prava stečena na temelju prava koje je različito od *lex causae* (pravo određeno kolizijskim pravilima države foruma) biti priznata.

Stranačka autonomija može biti alat koji će osigurati uzajamno priznavanje nacionalnih kolizijskih pravila.³⁵ Iako, kolizijska pravila mjerodavna u slučajevima izostanka stranačkog izbora uključuju određenu zakonsku odluku o najprikladnijoj poveznici (ili poveznicama), pravo stranaka da izaberu pravo koje je, s pomoću neke druge poveznice povezano s predmetnom stvari, podrazumijeva kako kolizijsko pravo priznaje legitimnost alternativnih poveznica. Primjerice, prema čl. 21. Uredbe o nasljeđivanju, *lex successionis* pravo je države u kojoj je preminuli imao svoje uobičajeno boravište, međutim prema čl. 22. "Osoba može za pravo koje će urediti u cijelost njezino nasljeđivanje izabrati pravo države čiji je državljanin u trenutku izbora ili u trenutku smrti." Na taj se način zakonodavac EU-a odlučio za *lex domicilii*, ali Uredba priznaje i načelo *lex patriae*. Suprotno teoriji stečenih prava i načelu države podrijetla, ovdje nije relevantno priznavanje strane materijalnopravne norme nego stranog kolizijskog pravila. Čini se da je uzajamno priznavanje nacionalnih kolizijskih pravila dio političkog kompromisa uključenog u unificiranje međunarodnog privatnog prava u Europi. Premda kolizijski instrumenti EU-a ne mogu izbjeći davanje prednosti jednom kolizijskom rješenju nad drugim, odbačene poveznice vraćaju se na mala vrata zahvaljujući stranačkoj autonomiji. Zanimljivo, u raspravi o Uredbi Rim III, ideja da supružnici mogu izabrati mjerodavno pravo nije naišla na znatnije probleme. Obratno, kolizijska pravila primjenjiva u slučajevima izostanka stranačkog izbora prava "prouzrokovala su lom".³⁶ Situacija sa stranačkom autonomijom slična je i u slučajevima imovine bračnih drugova.³⁷

Uzajamno priznavanje nacionalnih kolizijskih pravila može biti važno u svim područjima međunarodnog obiteljskog prava, uključujući i razvod, uzdržavanje i bračnu imovinu te nasljedno pravo. U skladu s vrlo kritiziranom teorijom stečenih prava, status i prava stečena na temelju stranog prava bit će (ili mogu

35 Usp.: Kuipers, *op. cit.* bilj. 33., str. 1522. (Europski sud pravde "nagradio je pojedinca mogućnošću biranja između mjerodavnih PIL sustava").

36 K. Boele-Woelki, "To Be, or Not to Be: Enhanced Cooperation in International Divorce Law within the European Union" 39 *Victoria University of Wellington Law Review* (2009) str. 779.-784.

37 Nacrt Uredbe o bračnoj stečevini, daje komentar na čl. 16. ("Tijekom konzultacija, međunarodni konsenzus ide u korist strankama dajući ima stupanj slobode odabira mjerodavnog prava za režim bračne imovine.(").

biti) priznata u državi foruma.³⁸ Prema načelu zemlje podrijetla, prava zakonito stvorena ili izazvana prema pravu jedne od država članica bit će priznata u svim drugim državama članicama, tj. ako je pravo nastalo (ili priznato) prema zakonu jedne države članice, ono će na temelju ovog načela biti priznato u svim drugim državama članicama. Zbog načela zemlje podrijetla, kolizijska pravila države foruma stavljaju se na stranu kad god ometaju kontinuitet učinaka prekograničnog odnosa.³⁹ Europski sud pravde u velikom je broju predmeta koji se tiču prava slobode kretanja (vidi niže), imao stajalište kako je, općenito govoreći, kolizijskoppravna stranačka autonomija pravo koje se odnosi na temeljne slobode koje jamči slobodno tržište EU-a. “Pravo izbora“ u nekim je slučajevima prepoznato posredno (osobni statut trgovačkih društava), a u drugima neposredno (slučajevi vezani uz izbor prezimena).

Pojam “postupanje po pogrešnom pravu“ odnosi se na slučajeve u kojima netko u dobroj vjeri postupa misleći da je mjerodavno pravo države “A“, a mjerodavno je pravo države “B“. Naravno, “pogrešivost“ u pravu pitanje je određiše točke: navodno mjerodavno pravo nije mjerodavno u skladu s kolizijskim pravilima države foruma, ali je vrlo vjerojatno mjerodavno u skladu s kolizijskim pravilima države s kojom postoji uska veza s predmetnom stvari (npr. države u kojoj je sastavljena oporuka ili zaključen brak).

Iako bi bilo mnogo jednostavnije staviti znak jednakosti između njih, gore navedena četiri pojma međusobno su usko povezana. Primjerice, načelo zemlje podrijetla podrazumijeva da će status i prava stečena prema pravu jedne od država članica (država podrijetla) biti priznata u svim drugim državama članicama. To znači da se ta prava tretiraju i priznaju kao stečena prava koja zadiru u primjenu kolizijskih pravila države foruma (država domaćin).⁴⁰

Ipak, ova definicija načela države podrijetla ignorira mehanizme kolizijskog prava. U kolizijskoppravnoj terminologiji to znači kako načelo države podrijetla također može biti shvaćeno ne samo kao dužnost primjene *prava države podrijetla*, nego kao i dužnost primjene *prava na koje su ukazala kolizijska pravila države podrijetla*. Naravno, ta kolizijska pravila mogu dovesti do primjene prava te države. Štoviše, u okviru koncepta “postupanja po pogrešnom pravu“, stranke djeluju u okviru navodno mjerodavnog stranog prava, a država foruma suočava se s dilemom hoće li priznati prava stečena na temelju

38 Za teoriju stečenih prava vidi: R. Michaels, “EU Law As Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle As Vested-Rights Theory“ 2 *Journal of Private International Law* (2006) str. 214.–221., str. 190.

39 H. Muir Watt, “European Federalism and the “New Unilateralism” 82 *Tulane Law Review* (2008) str. 1983.–1983.

40 Za rekapitalizaciju načela zemlje podrijetla, kao i za teoriju stečenih prava vidi: Michaels, *op. cit.* bilj. 38., str. 190.–242.

nemjerodavnog stranog prava (koncept stečenih prava) ili će ih pokušati dovesti pod pravo koji je zapravo mjerodavno (ispraviti “postupanje po pogrešnom pravu”). Oba, i “teško“ i “meko“ priznanje prava stečenih na temelju stranog prava imaju logiku “stečenog prava“ logički usmjerenu prema zaštiti legitimnih očekivanja stranaka.

U nastavku se ispituje načelo zemlje podrijetla u sudskoj praksi Europskog suda pravde (osobni statut trgovačkog društva, prekogranična povreda osobnih prava, pravila o odabiru prezimena). Teorija stečenih prava i načelo zemlje podrijetla, u jednu ruku, i koncept “postupanja po pogrešnom pravu“, u drugu ruku, zaslužuju posebnu analizu. Stoga će koncept “postupanja po pogrešnom pravu“ biti odvojeno obrađen u nastavku.

3.2.1. Sankcioniranje prava na neposredan izbor mjerodavnog prava: osobni statut trgovačkih društva

Europski sud pravde u nekoliko se navrata bavio osobnim statutom trgovačkih društava (*Daily Mail*,⁴¹ *Centros*,⁴² *Überseering*,⁴³ *Inspire Art*,⁴⁴ *Cartesio*⁴⁵ i nedavno *VALE*).⁴⁶ Vezano uz ograničenja koja postavlja država domaćin (tj. u slučajevima u kojima država članica u potpunosti odbije priznati osobni status trgovačkog društva osnovanog u drugoj državi članici, na temelju toga što pravo države osnivanja nije pravo osobnog statuta trgovačkog društva te što ne postoji prava veza između trgovačkog društva i zemlje osnivanja), Europski sud pravde smatra kako osobni statut stečen pod okriljem prava države osnivanja treba biti u potpunosti priznat. Pravna pravila države sjedišta mogu biti primjenjiva u onoj mjeri u kojoj su povoljnija za trgovačko društvo ili njegove članove. Ova praksa ne uspostavlja na odgovarajući način pravo izbora mjerodavnog prava. Međutim, strankama se pruža pravo osnovati trgovačko društvo u bilo kojoj državi članici, čak i kad su jasno motivirane namjerom zaobilaženja prava države stvarnog sjedišta te čak i ako između države osnivanja i trgovačkog društva ne postoji druga veza (kao što su dioničari, područje rada i sl.) osim činjenice osnivanja.

41 ECJ 27 September 1988, Case 81/87, *ECR* 1988, str. 5483 (*Daily Mail*).

42 ECJ 9 March 1999, Case C-212/97, *ECR* 1999, str. I-1459, *NIPR* 1999, 242 (*Centros*). Vidi: ECJ 10 July 1986, Case 79/85, *ECR* 1986, str. 2375 (*Segers*).

43 ECJ 5 November 2002, Case C-208/00, *ECR* 2002, str. I-9919, *NIPR* 2003, 19 (*Überseering*).

44 ECJ 30 September 2003, Case C-167/01, *ECR* 2003, str. I-10155, *NIPR* 2003, 255 (*Inspire Art*).

45 ECJ 16 December 2008, Case C-210/06, *ECR* 2008, p. I-9641, *NIPR* 2009, 16 (*Cartesio*).

46 ECJ 12 July 2012, Case 378/10, *NIPR* 2012, 325 (*VALE*). Ovaj se predmet odnosi na prekograničnu pretvorbu. Za prekogranično spajanje vidi: ECJ 13 December 2005, Case C-411/03, *ECR* 2005, str. I-10805, *NIPR* 2006, 116 (*Sevic*).

Gore navedena tvrdnja iznesena je u predmetu *Centros*, prvom predmetu koji je uključivao ograničenja postavljena od strane države domaćina. U ovom slučaju, danski je par (oboje danski državljani s prebivalištem u Danskoj), osnovao društvo s ograničenom odgovornošću u Engleskoj, s ciljem izbjegavanja složenih danskih pravila o osnivanju trgovačkog društva, a posebice onoga o minimalnom temeljnom kapitalu. Bilo je to jedinstveno rješenje za ovo trgovačko društvo "poštanski sandučić" osnovano u Engleskoj, koje je imalo namjeru djelovati isključivo na području Danske, bez ikakvih aktivnosti na području Velike Britanije. Do komplikacija je došlo kada je trgovačko društvo pokušalo registrirati svoju podružnicu u Danskoj. Njihov je zahtjev odbijen "među ostalim, na temelju toga što je *Centros*, koji nije obavljao svoju djelatnost u Ujedinjenoj Kraljevini, zapravo zahtijevao svoje temeljno osnivanje u Danskoj, a ne osnivanje podružnice, i to zaobilaznjem nacionalnih propisa koji se posebice tiču plaćanja minimalnog temeljnog kapitala".⁴⁷ Drugim riječima, stranke nisu bile zadovoljne propisima danskog prava, stoga su odlučile svoje trgovačko društvo osnovati pod okriljem engleskog prava, a svoju djelatnost obavljati u Danskoj.

U svom je prethodnom mišljenju Europski sud pravde smatrao kako su osnivači slobodni osnovati trgovačko društvo (i nakon toga obavljati svoju djelatnost) gdje god žele i država članica nema moć ispitivanja odluke druge države članice kojom je nekom društvu dana pravna osobnost (načelo zemlje podrijetla i uzajamnog priznavanja). Argumenti danskih nadležnih tijela podrazumijevali su kako osnivači nisu mogli osnovati društvo s ograničenom odgovornošću u Engleskoj i Walesu i stoga je potonji nisu ni trebali upisati u sudski registar: ovo je odluka, koju na temelju uzajamnog povjerenja i priznanja, druga država članica ne može ispitivati.⁴⁸

Premda je sud priznao kako država članica u određenim slučajevima može ograničiti priznavanje trgovačkih društava osnovanih u drugoj državi članici (ako postoji opasnost od zlouporabe), jasna i nesporna činjenica da je osnivanje trgovačkog društva u Engleskoj i Walesu bilo isključivo vođeno željom da se izbjegnu danska pravila te činjenica kako je društvo imalo namjeru djelovati samo u Danskoj, nisu bile dovoljne da se Danskoj omogući posezanje za ovom iznimkom. Prema tome, stranke imaju slobodu izabrati bilo koje nacionalno pravo i formirati trgovačko društvo u skladu s tim pravom (pod uvjetom da osnuju društvo u toj državi članici i da ta država slijedi načelo inkorporacije kad je posrijedi osobni statut društava).

47 *Centros*, *op. cit.* bilj. 42., [7].

48 *Ibid.*, [39].

U predmetu *Überseering*⁴⁹ riječ je o nizozemskom trgovačkom društvu osnovanom u Nizozemskoj, čije su udjele imali njemački državljani i čije se sjedište upravljanja preselilo u Njemačku. U tužbi u kojoj je *Überseering* tužio zbog neispravne izvedbe radova, tuženi su iznijeli argument kako *Überseering* ne postoji jer ne ispunjava uvjete postavljene vlastitim osobnim statutom po pitanju pravne osobnosti; stoga, nema poslovnu sposobnost (tj. nije pravni subjekt) i kao takvo ne može biti stranka u pravnom postupku. Argument je strukturiran na sljedeći način. Država foruma treba primijeniti vlastita kolizijska pravila na pitanja osobnog statuta pravne osobe. U skladu s njemačkim kolizijskim pravilima, osobni statut, uključujući i pitanje poslovne sposobnosti, reguliran je pravom države u kojoj se nalazi stvarno sjedište navodne pravne osobe. Budući da se stvarno sjedište društva, nakon prodaje udjela trgovačkog društva njemačkim državljanima, preselilo u Njemačku, mjerodavno je bilo njemačko, a ne nizozemsko pravo. Prema tome, od *Überseeringa* se očekivao kako će udovoljiti zahtjevima njemačkog prava društava, uključujući i zahtjev za upisom u registar u Njemačkoj, koji su kao društvo s nizozemskim "identitetom" zanemarili. Budući da *Überseering* nije ispunio preduvjet pravne osobnosti propisane njemačkim pravom (zahtjev za upisom u registar u Njemačkoj), nije imao pravnu osobnost te kao takav nije imao poslovnu sposobnost.

Bio je to u svojoj biti problem međunarodnog privatnog prava koji je prouzrokovao napetost između prava EU-a i legislative o mjerodavnom pravu. Pravila o slobodi poslovnog nastana i prava EU-a općenito, nisu ispunila očekivanja u odnosu na kolizijska pravila osobnog statuta trgovačkih društva te ovo pitanje očito potpada u djelokrug države članice. U drugu ruku, bez obzira na to što kolizijsko pravo podupire ovakav zaključak, pravo EU-a ne može tolerirati položaj prema kojem jedno društvo, zakonski osnovano u jednoj državi članici ne može "ući" u drugu državu članicu. Europski sud pravde presudio je kako:

"1. U slučaju kada je trgovačko društvo osnovano sukladno pravu jedne države članice ('A') u kojoj ima i svoje registrirano sjedište te se po pravu druge države članice ('B') smatra da je to društvo prenijelo svoje stvarno središte upravljanja (stvarno sjedište) u državu članicu B, članci 43. i 48. Ugovora o Europskoj zajednici [sada čl. 49. i 54. Ugovora o funkcioniranju Europske unije] zabranjuju drugoj državi članici da osporava pravnu sposobnost trgovačkom društvu, kao i sposobnost društva da bude strankom u sudskim postupcima koji se vode u drugoj državi članici u svrhu ispunjenja obveza iz ugovora koje je trgovačko društvo sklopilo s trgovačkim društvom osnovanim u državi članici B.

49 *Überseering*, *op. cit.* bilj. 43.

2. U slučaju ako je trgovačko društvo valjano osnovano u jednoj državi članici ('A') u kojoj ima i svoje registrirano sjedište te ostvaruje slobodu poslovnog nastana u drugoj državi članici ('B'), članci 43. i 48. Ugovora o Europskoj zajednici [sada čl. 49. i 54. Ugovora o funkcioniranju Europske unije] nameću obvezu državi članici B da prizna pravnu sposobnost, kao i sposobnost društva da bude strankom u sudskim postupcima koji se vode u drugoj državi članici, a koje trgovačko društvo ima po pravu države članice u kojoj je osnovano ('A').“

Sud nije dao savjet ili prijedlog kako nacionalna kolizijska pravila trebaju biti oblikovana. Bio je jednostavno previše kategoričan u odnosu na stanje koje se ne može tolerirati. U isto vrijeme, posljedice ovakvog rješenja vrlo su jasne za područje kolizijskog prava. Ako je društvo zakonito osnovano u jednoj državi članici, odnosno ako postoji prema zakonu o osnivanju, ono je nositelj slobode poslovnog nastana,⁵⁰ njegovo je postojanje zajamčeno pravom države osnivanja i to nijedna država članica ne može dovoditi u pitanje. Drugim riječima, pravo EU-a ne zahtijeva od država članica primjenu zakona države osnivanja, ipak, ako prema mjerodavnom pravu država nema poslovnu sposobnost, dok ima takvu karakteristiku prema pravu države osnivanja, ovo drugo prevladava. Stavljajući ovu sudsku praksu u kontekst stranačke autonomije: država foruma primjenjuje vlastita kolizijska pravila, ali ako društvo ima poslovnu sposobnost na temelju prava države koje su osnivači (dioničari) *kvazi* izabrali, potonje prevladava.

Presuda Europskog suda pravde u predmetu *Inspire Art* ukazuje na to da je pravo države članice koju su izabrali osnivači kao mjesto osnutka (pod uvjetom da slijedi načelo inkorporacije) mjerodavno za osobni statut društva u potpunosti. U ovom je slučaju Nizozemska usvojila posebne propise za pseudostrana trgovačka društva. Dok je za društva osnovana u drugoj državi članici bilo mjerodavno pravo države osnivanja, ako su ih sve relevantne veze vezale za Nizozemsku, bila su podvrgnuta posebnim propisima. Primjerice, primjenjivao se zahtjev za minimalnim temeljnim kapitalom na temelju nizozemskog prava te su direktori imali solidarnu i pojedinačnu odgovornost u slučaju da društvo nije djelovalo u skladu s gore navedenim nizozemskim pravilima. Ovaj se pristup može kolizijskopravno koncipirati s pojmovima kako slijedi: mjerodavno pravo za osobni statut društava bilo je pravo države osnivanja, dok su prisilni propisi države foruma dominirali nad nekim pravilima *lex causae*. Ipak, sud je smatrao da posebna pravila nizozemskog suda mjerodavna za “formalno strana trgovačka društva“ ometaju slobodu poslovnog nastana

50 *Ibid.*, [81-82].

jer mogu obeshrabriti društva zakonski osnovana u jednoj državi članici od osnivanja podružnice ili obavljanja drugih aktivnosti u drugoj državi članici.⁵¹

“U protivnosti je s člancima 43. i 48. Ugovora o Europskoj zajednici [sada čl. 49. i 54. Ugovora o funkcioniranju Europske unije] u nacionalnim propisima (...) nametnuti primjenu određenih uvjeta ako pravo na sekundarno osnivanje u toj državi ostvaruje trgovačko društvo koje je osnovano sukladno pravu druge države članice. Razlozi zašto je trgovačko društvo osnovano u toj drugoj državi članici, kao i činjenica da društvo obavlja svoju gospodarsku djelatnost isključivo ili pretežito u državi članici u kojoj ostvaruje pravo na sekundarno osnivanje, nisu od utjecaja na ostvarivanje slobode poslovnog nastana koju društvu jamči Ugovor o Europskoj zajednici, osim u slučaju postojanja zloporabe koja se utvrđuje od slučaja do slučaja.”⁵²

Najnoviji slučaj vezan za ograničenja postavljena od države domaćina jest *VALE Építési kft*,⁵³ u kojem je došlo do kontroverzije zbog prijenosa sjedišta talijanskog društva iz Italije u Mađarsku te zahtjeva za upisom u registar u Mađarskoj. Zemlja podrijetla (Italija) priznala je univerzalnu sukcesiju, dok država članica domaćin (Mađarska) nije. U talijanskom je registru naznačeno kako se “društvo preselilo u Mađarsku”. Društvo je dalo informaciju o novoj adresi u Budimpešti koja je naznačena kao adresa novog sjedišta.⁵⁴ Ipak, mađarski je trgovački sud odbio u registru navesti kako je mađarsko društvo pravni sljednik talijanskog društva. Naravno, dioničari nisu bili lišeni mogućnosti osnivanja društva u Mađarskoj koja je preuzela djelatnost ukinutog talijanskog društva. Međutim, to bi bilo novo društvo, a ne pravni sljednik talijanskog društva.

Sud je smatrao kako u slučaju prekograničnog preoblikovanja društva “država domaćin ima pravo odrediti nacionalno pravo mjerodavno za takve aktivnosti te tako primjenjivati odredbe svog nacionalnog prava na preoblikovanje nacionalnih društava, uređujući na taj način osnivanje i djelovanje društava”. Načelo ekvivalencije onemogućuje državu članicu domaćina da u prekograničnom preoblikovanju odbije upis u registar novog društva, “pravnog prednika” osnovanog u državi članici podrijetla, pod uvjetom da je to moguće u slučajevima domaćih preoblikovanja. Nadalje, načelo učinkovitosti onemogućuje državi članici domaćinu da “kad obrađuje zahtjev društva za upisom

51 *Inspire Art*, *op. cit.* bilj. 44., [99101].

52 *Ibid.*, [143] i odgovor na pitanje 2.

53 *VALE*, *op. cit.* bilj. 46.

54 *Ibid.*, [11].

u registar, u obzir odbije uzeti dokumentaciju dobivenu od nadležnih tijela države članice podrijetla⁵⁵.

Iako to u presudi nije izričito naglašeno čini se da je, iz perspektive međunarodnog privatnog prava, bilo odlučno što je u ovom slučaju država podrijetla (talijanski registar), u svojoj "gracioznoj poruci o razrješenju"⁵⁶ naznačila kako je do preoblikovanja društva (ili je bilo u postupku preoblikovanja) u mađarsko društvo, preko pravne sukcesije, došlo u skladu s njihovim pravom (početno *lex personae*). To jest, kada je odbio upisati u registar mađarsko društvo kao pravnog sljednika talijanskog poduzeća, mađarski je trgovački sud zapravo odbio priznati status stečen u zemlji podrijetla (Italija).

3.2.2. Načelo zemlje podrijetla i prekogranična elektronička (*on-line*) povreda prava osobnosti

Iako nije povezano s pitanjem osobnog statuta, treba naznačiti kako je Europski sud pravde u predmetu *eDate/Martinez*,⁵⁷ također potvrdio načelo države podrijetla u prekograničnoj elektroničkoj (tj. *on-line*) povredi privatnosti i prava osobnosti. U presudi je interpretiran čl. 3. Direktive o elektroničkoj trgovini,⁵⁸ i ako pojednostavnimo, u istoj je utvrđeno da će u načelu pravo države članice u kojoj je pružatelj usluga osnovan (pod uvjetom da je osnovan u EU-u) biti primjenjivo ako je povoljnije za pružatelja usluga. Iako čl. 1.(4) Direktive propisuje kako "Ova Direktiva ne utvrđuje dodatna pravila o privatnom međunarodnom pravu niti se bavi nadležnošću sudova",⁵⁹ također određuje kako "odredbe mjerodavnog prava određene pravilima međunarodnog privatnog prava ne smiju ograničiti slobodu pružanja usluga informacijskog društva kako su utvrđene u ovoj Direktivi."⁶⁰ Čl. 3.(2) Direktive propisuje da "Države članice ne mogu, zbog razloga koji spadaju u okvir područja koordinacije, ograničiti slobodu pružanja usluga informacijskog društva iz neke

55 *Ibid.*, [62].

56 Posuđeno iz naslova jedne od pjesama Endrea Adyja, poznatog mađarskog pjesnika, na mađarskom: *Elbocsátó, szép úzenet*.

57 ECJ 25 October 2011, Joined Cases C-509/09 and C-161/10, *NIPR* 2011, 475 (*eDate/Martinez*). Vidi: C. I. Nagy, "The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities" 8 *Journal of Private International Law* (2012) str. 287.–293., str. 251.

58 Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini), SL 2000 L 178/1.

59 Vidi: *eDate/Martinez*, *op. cit.* bilj. 57., [60].

60 Direktiva o elektroničkoj trgovini, Recital 23.

druge države članice.“ Europski sud pravde drži kako koordinirana područja obuhvaćaju privatno pravo, uključujući i odgovornost davatelja usluga informacijskog društva⁶¹ te sve mjere kvalificirane kao ograničenja koja obeshrabruju prekogranično pružanje usluga informacijskog društva. Riječ je o obeshrabrenju ako davatelj usluga mora udovoljiti strožim pravilima od onih u državi osnivanja. Europski sud pravde smatra kako na taj način pravo na slobodno kretanje usluga nije u potpunosti zajamčeno.

“Ako se davatelji usluga moraju u konačnici uskladiti u državi članici domaćinu sa strožim zahtjevima od onih u za njih mjerodavnom pravu države članice u kojoj su osnovani (...) Čl. 3. Direktive zabranjuje, uz odstupanja u skladu s uvjetima iz čl. 3.(4), da pružatelj usluga elektroničke trgovine bude podvrgnut strožim zahtjevima od onih propisanim materijalnim pravom koje je na snazi u državi članici u kojoj je davatelj usluga osnovan.“⁶²

Status stečen u državi podrijetla mora biti priznat.

3.2.3. Pravo EU-a i pravo na izbor prezimena: zajamčeno pravo na neposredni izbor mjerodavnog prava

Za razliku od gore navedene sudske prakse koja utvrđuje samo pravo na neposredni izbor mjerodavnog prava, Europski sud pravde, kad je riječ o izboru prezimena, smatra kako je stranačka autonomija normativno pravo. Pojednostavnjeno, u prekograničnim stvarima građani Europske unije imaju, pod određenim uvjetima, pravo birati između nekoliko prava na temelju kojih će njihova imena biti upisana, pod uvjetom da je izabrano pravo vezano uz njihov predmet stvari.

U predmetu *Carlos Garcia Avello*,⁶³ spor je nastao nakon što su belgijska nadležna tijela odbila upisati promjenu u skladu sa španjolskim običajima, vezanu uz dvoje djece dvojnog državljanstva, oca Španjolca i majke Belgijanke. Prema belgijskom pravu, dijete uzima prezime oca, dok prema španjolskom pravu dijete uzima prvo prezime od oba roditelja. U svojoj je odluci sud u biti utvrdio kako dvojno državljanstvo, tj. bivanje državljaninom dviju država članica daje osobi pravo izabrati ime koje je u skladu s pravom bilo koje od tih država članica. Čl. 18. (zabrana diskriminacije na temelju državljanstva) i čl. 20. (građanstvo EU-a)

61 *eDate/Martinez*, *op. cit.* bilj. 57., [58].

62 *Ibid.*, [66-67].

63 ECJ 2 October 2003, Case C-148/02, *ECR* 2003, str. I-11613, *NIPR* 2004, 2 (*Carlos Garcia Avello*).

Ugovora o funkcioniranju Europske unije zabranjuje državama članicama:

“Odbijanje odobrenja zahtjeva za promjenom prezimena podnesenog u ime maloljetne djece koja borave u toj državi i imaju dvostruko državljanstvo te države i druge države članice, u slučaju gdje je svrha takvog zahtjeva omogućiti djeci da nose prezime na koje imaju pravo u skladu s pravom i tradicijom druge države članice.”⁶⁴

Načelo prava izbora pripada pod pravila unutarnjeg tržišta, što je potvrđeno i u predmetu *Grunkin i Paul*,⁶⁵ u kojem je došlo do kolizije načela državljanstva i boravišta (u smislu uobičajenog boravišta).⁶⁶ Predmet se tiče djeteta njemačkog državljanstva rođenog u Danskoj. U skladu s danskim kolizijskim pravilima, zbog njegova uobičajenog boravišta u Danskoj, pravo mjerodavno za određivanje njegova prezimena dansko je pravo⁶⁷ te je u skladu s tim njegovo prezime zabilježeno u Danskoj. U slučaju kada roditelji nemaju ista prezimena, dansko pravo dopušta “administrativnu promjenu prezimena u jedno prezime sastavljeno od prezimena obaju roditelja podijeljenih crticom.”⁶⁸ U skladu s navedenim pravilima, prezime koje je upisano u danski registar jest *Grunkin-Paul*. Nakon toga, priznavanje tog prezimena odbijeno je u Njemačkoj, koja prati načelo državljanstva (građanstva) kod određivanja imena fizičkih osoba.⁶⁹ Budući da je dijete imalo samo njemačko državljanstvo, mjerodavno je njemačko pravo, koje određuje da u slučaju kad “roditelji ne dijele zajedničko prezime, ali imaju zajedničko skrbništvo nad djecom, moraju u izjavi pred matičarom izabrati hoće li dijete nositi majčino ili očevo prezime.”⁷⁰ Europski sud pravde smatra da dijete (zastupano po zakonskim zastupnicima), u gore navedenoj situaciji, ima pravo birati hoće li mjerodavno biti *lex domicilii* ili *lex patriae*. Naravno, presuda ne ističe kako će fizičke osobe nužno imati opće pravo birati između ovih dvaju prava; u ovom je slučaju bila riječ o dvije države članice koje su bile povezane s predmetnom stvari, jedna je slijedila pristup *lex domicilii*, a druga *lex patriae*.

64 *Ibid.*, [45].

65 ECJ 14 October 2008, Case C-353/06, *ECR* 2008, str. I-07639, *NIPR* (2008) 253 (*Grunkin-Paul*).

66 Valja napomenuti da unatoč kontroverzijama nastalih iz tenzija između *lex domicilii* i *lex patriae*, čini se činjenica da “Danska nije bila slučajna država, nego država uobičajenog djetetova boravišta, bila je nevažna u obrazloženju Europskog suda pravde“. Yetano, *op. cit.* bilj. 2., str. 161.

67 *Grunkin-Paul*, *op. cit.* bilj. 65., [11-14].

68 *Ibid.*, [13].

69 Odjeljak 10. Uvodnog akta njemačkog građanskog zakonika.

70 Odjeljak 1616. Njemačkog građanskog zakonika.

“Nakon svega navedenoga, na prethodno pitanje treba odgovoriti da je u okolnostima poput onih u glavnom postupku suprotno čl. 18. Ugovora o europskoj zajednici [čl. 21. Ugovora o funkcioniranju Europske unije] da tijela vlasti jedne države članice primjenjujući nacionalno pravo odbiju priznati prezime djeteta koje je određeno i upisano u drugoj državi članici u kojoj to dijete – koje kao i njegovi roditelji ima isključivo državljanstvo prvospomenute države članice – rođeno i otada boravi.”⁷¹

3.2.4. Primjena pogrešnog prava

Problem “primjene pogrešnog prava“ (*Handeln unter falschem Recht*) prozurokovaao je zanimljive probleme vezane uz tumačenje situacija u kojima stranke (ili stranka) postupaju u skladu sa zakonima navodno mjerodavnog prava, dok njihovi postupci (ili postupak) moraju biti u skladu s tehničkim pojednostojima drugog prava.⁷² Kolizijsko pravo može riješiti ovaj problem s različitim stupnjevima empatije. Prvo, može zanemariti pogrešnu pretpostavku stranaka i primijeniti *lex causae* bez daljnjih teškoća (ignorancijski pristup). Drugo, može jednostavno primijeniti *lex causae* te uzeti u obzir postupanje u dobroj vjeri pri primjeni određenog materijalnog prava (materijalnopravni pristup). Treće, kolizijsko pravo može poštovati stečena prava i pravne posljedice izazvane postupanjem prema “pogrešnom“ pravu i smatrati ih “stečenim pravima“ (kolizijski pristup). Ovaj pristup vodi nas natrag k teoriji stečenih prava i načelu države podrijetla. U ovom je slučaju važno pitanje može li se poveznica koja je dovela do pogrešnog *lex causae*, priznati (prihvatiti) u državi foruma. Stranačka autonomija može biti alat za rješavanje problema “primjene pogrešnog prava“. Ako stranke imaju pravo izabrati mjerodavno pravo, njihovo djelovanje prema navodno mjerodavnom pravu može značiti (barem) bezuvjetan izbor stranaka.

Neograničena stranačka autonomija čini se, ne samo da rješava, nego isključuje probleme koje za sobom povlači “primjena pogrešnog prava“, budući da postupanje pod određenim pravom podrazumijeva, u najmanju ruku, bezuvjetni izbor stranaka. Ograničena stranačka autonomija, tj. situacija u kojoj stranke mogu birati između nekoliko prava određenih popisom poveznica – ima istu svrhu samo s ograničenjem da se “problem postupanja po pogrešnom pravu“ i dalje pojavljuje ako stranke primjenjuju pravo koje nije na popisu.

71 Grunkin-Paul, *op. cit.* bilj. 65., [39].

72 Vidi, npr.: C. Münzer, *Handeln unter falschem Recht* (Frankfurt am Main, Peter Lang 1992); C. von Bar and P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Vol. I. (Munich, C.H. Beck 2003) str. 705.–706.

Sudska praksa mađarskih⁷³ i njemačkih sudova može ilustrirati zamršenost “postupanja po pogrešnom pravu“. Do “postupanja po pogrešnom pravu“ došlo je u predmetu 1-H-PJ-2009-732 koji se vodio na Žalbenom sudu u Budimpešti (Mađarska).⁷⁴ Sud je rješavao o pravnim učincima bračnog ugovora sklopljenog u Švicarskoj i znatno ignorirao činjenicu “postupanja po pogrešnom pravu“. Stranke, oboje mađarski državljani, vjenčali su se u Švicarskoj i potom sklopili bračni ugovor. Ugovor je propisivao kako su supružnici izabrali režim razdvajanja imovine (*Gütertrennung*) na temelju Poglavlja 27. (i pripadajućih dijelova) Švicarskog građanskog zakonika (ZGB).

U skladu sa švicarskim bračnim pravom, opći režim je zajednica u kojoj se zajednički stječe bračna stečevina (*Errungenschaftsbeteiligung*). Ukratko, zarada stečena tijekom braka zajednička je imovina, dok je imovina koja je pripadala supružnicima prije sklapanja braka, njihova pojedinačna imovina. Grubo rečeno, takav je sustav prihvaćen i u Mađarskoj.⁷⁵ Ipak, supružnici se mogu odlučiti za druge imovinske režime: zajedničku imovinu ili diobu imovine. Pod okriljem režima zajedničke imovine (*Gütergemeinschaft*) u braku se, u načelu, ujedinjuje imovina supružnika.⁷⁶ Dok je prema režimu podijeljene imovine (*Gütertrennung*) imovina supružnika u potpunosti podijeljena.⁷⁷

Mađarski je sud morao donijeti odluku o pravnim posljedicama gore spomenutog bračnog ugovora sklopljenog u Švicarskoj. Žalbeni je sud smatrao da je on formalno nevažeći budući da je sklopljen kod javnog bilježnika i kao takav se u Mađarskoj može priznati samo kao javna isprava na temelju Apostile konvencije.⁷⁸ Sud je također utvrdio kako je u predmetu, na temelju zajedničkog državljanstva supružnika, mjerodavno mađarsko pravo. Pri ispitivanju bračnog ugovora sud je utvrdio kako:

“Ti se sporazumi susreću s bitnim zahtjevima ugovora o imovini bračnih drugova (na mađarskom: *házassági vagyonjogi szerződés*) koji osim što se odnose na opća načela, uređuju imovinski režim koji su odabrali supružnici kako bi potpunom razradom riješili svoje imovinske odnose... Sporazum između umrle osobe i tuženika (...) ne zadovoljava taj

73 O mađarskoj sudskoj praksi ispitivanoj gore vidi: C. I. Nagy, “Private International Law: Hungary“, u: B. Verschraegen (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Private International Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012) str. 103.–104. i 110.–111.

74 Presuda je dostupna na mađarskom jeziku na <www.birosag.hu/engine.aspx?page=anonim>.

75 Poglavlje 196.–220. Švicarskog građanskog zakonika.

76 Poglavlje 221.–246. Švicarskog građanskog zakonika.

77 Poglavlje 247.–251. Švicarskog građanskog zakonika.

78 Haška konvencija o ukidanju potrebe legalizacije stranih javnih isprava od 5. listopada 1961.

zahtjev budući da je on općenito primjenjiv i načelno samo supružnici mogu upravljati, koristiti i raspolagati svojom imovinom, on ne sadrži konkretne odredbe o imovinskim odnosima koje odstupaju od Obiteljskog zakona. Prema tome, ugovor se ne odnosi na ugovor o bračnoj imovini u skladu s Poglavljem 27.(2) Obiteljskog zakona. Stoga nije moguće urediti bračne imovinske odnose supružnika drukčije od odredbi Obiteljskog zakona.“

Dakle, sud je primijenio odredbe mađarskog Obiteljskog zakona⁷⁹ kada je odlučivao o imovinskim posljedicama braka, koje određuju kako bračna imovinska zajednica, u načelu, obuhvaća sve što su supružnici stekli tijekom braka. Imovina stečena prije braka ostaje pojedinačno vlasništvo. Sud je ignorirao činjenicu kako su stranke u dobroj vjeri postupale prema pogrešnom zakonu (vidi “ignorancijski pristup“ gore) te odbio slijediti neku vrstu pristupa “izbora u materijalnom smislu“ i uzeti u obzir švicarsko bračno pravo pri primjeni *lex causae* (koje je bilo mađarsko pravo), odnosno, primijeniti odredbe stranog prava kao da su ugovorne odredbe te ih na taj način uključiti u sporazum. Prema tome, Žalbeni je sud u Budimpešti usvojio restriktivni pristup i ignorirao okolnost da su stranke djelovale pod pogrešnim zakonom.

Isto tako, problem “postupanja po pogrešnom pravu“ pojavio se i u nasljednom pravu u praksi haških sudova. Tipičan slučaj koji uključuje materiju vezanu za ostavinu dobiva međunarodni element kada preminuli, rođen kao mađarski državljanin, emigrira u drugu državu gdje živi desetljećima i stječe državljanstvo.

U ovakvim predmetima, na pitanje mjerodavnog prava može lako biti odgovoreno na temelju Poglavlja 36. mađarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu:⁸⁰ ako je preminuli imao više državljanstava i jedno od njih je bilo mađarsko, prema Poglavlju 11. Zakona o međunarodnom privatnom pravu, mjerodavno pravo bit će mađarsko pravo. Ovo pravilo vrijedi bez obzira na činjenicu da je pokojni u svojim ranim godinama uspostavio svoj život u stranoj državi i što je većinu svog života proveo u njoj. Tenzija je posebice vidljiva kada preminuli načini oporuku u stranoj zemlji te je ona u skladu sa zakonom države u kojoj ima prebivalište; isto tako i na temelju kolizijskih pravila te države mjerodavno je pravo države prebivališta (ili kolizijska pravila te države osnažuju preminuloga na izbor mjerodavnog prava i on odabire to pravo). Naime, takve oporuke podliježu pod mađarsko pravo (čak i ako preminuli

79 Zakon IV. iz 1952. o braku, obitelji i skrbništvu nad maloljetnicima (na mađarskom: 1952. évi IV. törvény a házasságról, a családról és a gyámságról).

80 Zakon 13. iz 1979. o međunarodnom privatnom pravu (na mađarskom: 1979. évi 13. törvényerejű rendelet a nemzetközi magánjogról).

nije razmotrio mogućnost primjene mađarskog prava dok je pisao oporuku), prema kojem se neće smatrati valjanom.

U predmetu FIT-H-PJ-2009-852 Žalbeni sud u Budimpešti morao je odlučiti o valjanosti oporuke koja je sadržavala uvjet, što je bio presedan: suprugova oporuka sadržavala je odredbu kako će njegovu imovinu naslijediti njegova supruga, pod uvjetom da ga nadživi za 28 dana. Preminuli je imao dvostruko državljanstvo, britansko i mađarsko. Stoga je prema Zakonu o međunarodnom privatnom pravu mjerodavno pravo za njegov osobni status bilo mađarsko pravo. Mađarski zakon o nasljeđivanju zabranjuje određene uvjete; ovakve su klauzule nezakonite i time ništetne. Iako je oporuka sastavljena u Engleskoj gdje je ostavitelj živio desetljećima, budući da je mjerodavno mađarsko pravo, sud u Budimpešti smatrao je kako je ovakvo određivanje supruge za nasljednika nevažće.

Dilemu koja se pojavljuje u gore navedenim pitanjima pravilno bi riješila ograničena stranačka autonomija. U predmetu 1-H-PJ-2009-732 bračni se ugovor izričito pozivao na odredbe švicarskog zakona i jasno sugerirao kako stranke postupaju u dobroj vjeri i dobro osnovanoj pretpostavki da je njihov pravni odnos reguliran švicarskim pravom (napomena: u skladu sa švicarskim kolizijskim pravom mjerodavno je bilo švicarsko pravo). Isto tako, u predmetu FIT-H-PJ-2009-852 sud je vrlo vjerojatno iz uvjeta oporuke mogao zaključiti da je oporučitelj odabrao englesko pravo.

Njemački su sudovi slijedili materijalnopravni pristup u odnosu na predmete koji sadrže "postupanje po pogrešnom pravu". U odluci 16 T 3295/97 od 2. lipnja 1997. godine,⁸¹ *Landgericht München I* ispitivao je valjanost oporuke "inspirirane" francuskim pravom, za koju je u skladu s njemačkim kolizijskim zakonom mjerodavno bilo njemačko pravo. Valja napomenuti da bi prema francuskom kolizijskom pravu mjerodavno pravo bilo francusko pravo i kako je oporučitelj djelovao pod pretpostavkom da je mjerodavno francusko pravo. On je sastavio oporuku na francuskom jeziku, pred francuskim javnim bilježnikom, oporuka je sadržavala francuske pravne pojmove i oporučiteljevo prebivalište je u odgovarajuće vrijeme bilo u Francuskoj. Oporuka je sadržavala sljedeću odredbu: "Ja ostavljam slobodno raspoloživi dio svoje pokretne i nepokretne imovine svojoj kćeri." *Landgericht München I* je smatrao da, iako je trebalo biti primijenjeno objektivno mjerodavno pravo, čak i u slučajevima kada je oporučitelj sačinio svoju oporuku sukladno pravu koje nije mjerodavno, ovo navodno mjerodavno pravo može dobiti na važnosti pri tumačenju oporuke. U takvim se slučajevima sadržaj takvog zakona treba uzeti u obzir pri tumačenju sadržaja oporuke. Pojam "raspoloživi dio imovine" nepoznat je

81 Vidi: Jayme's Case-Note u *IPRax* (1998) str. 117.

u njemačkom pravu, on proistječe iz francuskog koncepta zakona. U skladu s njemačkim pravom oporučitelj može raspolagati cijelom imovinom, dok dijete isključeno iz ostavštine ima pravo na ograničeni zahtjev koji se temelji na nužnom pravu nasljedstva u vrijednosti do polovice onoga što bi naslijedilo na temelju zakonskog nasljeđivanja (da nema oporuke). U ovom je slučaju oporučitelj imao dvoje djece, u tom slučaju prema francuskom pravu svako dijete ima *ex lege* pravo na 1/3 nasljedstva, a oporučitelj može raspolagati s ostalom 1/3 (raspoloživi dio), *Landgericht München I* tumačio je oporuku na način da se njome raspolože s 1/3 ostavštine, dok je na preostali dio imovine primijenio pravila o zakonskom nasljeđivanju.⁸²

IV. Zaključak

U članku je utvrđeno kako stranačka autonomija može imati samo ograničenu ulogu u međunarodnom europskom i nasljednom pravu. Suprotno ugovornom pravu, u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu stranačka autonomija može služiti samo u svrhu zaštite stečenih prava (u zemlji podrijetla), u svrhu uzajamnog priznavanja kolizijskih pravila i za rješavanje problematike "postupanja po pogrešnom pravu". Različiti kolizijski režimi ukazuju na različita mjerodavna prava, na taj način frustriraju stranke s legitimnim očekivanjima i narušavaju njihova zakonom stečena prava. Jedna od funkcija stranačke autonomije u međunarodnom obiteljskom i nasljednom pravu jest ostvarivanje prava stečenih prema kolizijskim pravilima države stranog foruma u slučajevima kada je to pravo različito od *lex causae*, određenog kolizijskim pravilima države foruma. Stranke se mogu, bilo posredno ili neposredno, sporazumjeti oko primjene prava na temelju kojeg su stekle svoja prava. Stranačka autonomija temelji se na priznavanju stranih kolizijskih pravila. Prema tome, za razliku od ugovornog prava, ovdje stranke mogu izabrati pravo države koje s predmetnom stvari ima razumnu vezu; ne priznaju se sve pravne posljedice, samo one koje su, poveznicama koje se smatraju važećima prema kolizijskim pravilima države foruma, povezane s predmetnom stvari. Kolizijsko pravo utvrđuje mjerodavno pravo, ali stranke imaju pravo izabrati pravo koje je povezano s predmetnom stvari poveznicom koja se smatra valjanom prema kolizijskom pravu.

Neobično je kako gore navedene funkcije gube svoju težinu u odnosima između država koje su usvojile ista kolizijska pravila, kao što su to npr. države

82 Materijalnopravni pristup primijenio je i *Bundesgerichtshof* u presudi IV ZR 93/05 od 22. ožujka 2006. Za više njemačkih predmeta koji sadrže "postupanje po pogrešnom zakonu" vidi: E. Jayme, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies" 11 *Yearbook of Private International Law* (2009) str. 5.-7., str. 1.

članice EU-a. U tom slučaju kolizijska pravila svake od država podrazumijevaju primjenu istog zakona i svrha zaštite prava stečenih na temelju zakona na koje su ukazala kolizijska pravila druge države (države podrijetla) manje su važna. Isto tako, problem "postupanja po pogrešnom pravu" manje je važan budući da stranke postupaju prema istom pravu u svim državama članicama, s iznimkom u slučajevima kada je tumačenje kolizijskih pravila (pravo mjerodavno u slučaju izostanka stranačkog izbora) vrlo neizvjesno. Stranačka autonomija u međunarodnom europskom privatnom pravu može poslužiti sa svrhom proširenja zaštite slobode kretanja i prava koja proizlaze iz građanstva EU-a. Nadalje, ona je zakonodavna metoda koja teži unifikaciji nacionalnih kolizijskih pravila na temelju načela uzajamnog priznanja i kompromisa. Uzajamno priznanje nacionalnih kolizijskih pravila dio je političkog kompromisa o unifikaciji europskog kolizijskog prava. Razmatranje uzajamnog priznanja kolizijske baštine država članica podrazumijeva da kolizijski instrumenti EU-a, uobičajeno, čine spoj poveznica koje se općenito koriste u državama članicama. Premda kolizijski instrumenti EU-a ne mogu izbjeći davanje jednom kolizijskom rješenju prednost pred drugim, odbačene se poveznice vraćaju na mala vrata preko stranačke autonomije. Stoga nijedan nacionalni pristup nije u potpunosti odbačen, iako je jedan od njih uvijek u prednosti u odnosu na ostale.