

IZBOR MJERODAVNOG PRAVA U OBITELJSKIM, STATUSNIM I NASLJEDNIM STVARIMA

Dr. sc. Mirela Župan, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta
J. J. Strossmyera u Osijeku

UDK: 341.987::061.1EU
Ur.: 10. lipnja 2012.
Pr.: 22. studenog 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autorica obrađuje problematiku stranačke autonomije u područjima međunarodnog privatnog prava u kojima se ova poveznica tek recentno afirmira: u obiteljskom, statusnom i nasljednom pravu. Uvodno se čitatelja uvodi u temeljnu problematiku izbora mjerodavnog prava, da bi se fokus premjestio na konkretna problemska pitanja autonomije volje u bračno imovinskom režimu, razvodu braka, uzdržavanju, određivanju osobnog imena te nekim pitanjima nasljeđivanja s međunarodnim elementnom. Nekoliko je parametara bitno determinirajućih za trend jačanja ove poveznice u osobnom statutu u širem smislu. Materijalna je realnost da je globalizacija dovela do internacionalizacije obitelji koje se kreću preko granica te trebaju adekvatan prekogranični pravni sustav i pravnu zaštitu. Nadovezuje se parametar pravne realnosti da su materijalnopравни poreci sadržajno različiti. Institucionalna je realnost da EU ima nadležnost (za prekogranične stvari) i da djeluje kako bi pravnim aktima odgovorila na suvremenu materijalnu realnost te kako bi kompenzirala postojeću pravnu realnost. Noviji zakonski tekstovi i pravne stečevine EU-a tako i nacionalnih zakona, nomotehničkim pozicioniranjem poveznice stranačke autonomije u funkciji primarnoga kolizijskopavnog vezivanja dodatno je afirmiraju. Autorica utvrđuje da ovi instrumenti ograničavaju stranačku autonomiju dvojako: izbor je moguć između nekoliko poveznica koje su pravnom odnosu ionako u bliskoj vezi, te se uvode međunarodno prisilni propisi. U svim segmentima istraživanja autorica polemizira, što doktrinarno što hipotetskim primjerima, o nizu prednosti i nedostataka ove poveznice. U drugom dijelu rada dotiče se značajnih implikacija prakse Suda EU-a i ESLJP-a koje protezanjem načela „uzajamnog priznanja“ iz sfere stranih odluka u sferu stranog prava otvaraju prostor opasnom trendu: autonomija volje generira stvaranje europskog tržišta “obiteljskopavnih proizvoda“!

Ključne riječi: izbor mjerodavnog prava, stranačka autonomija, obiteljsko – statusno - nasljedno međunarodno privatno pravo.

1. UVODNE NAPOMENE – STRANAČKA AUTONOMIJA IZVAN DISKURSA UGOVORNOG I DELIKTNOG STATUTA

Rana kapitalna djela o stranačkoj autonomiji temeljila su se na njezinoj primjeni u ugovornom statutu; potom su uz ugovore detaljno obrađivala i deliktни statut, dok ju je na poziciji temeljnog principa ugovornog i deliktноg statuta u suvremenim okolnostima potvrdilo sekundarno pravo Europske unije.¹ Stranačka autonomija ipak se postupno implementirala i u druga pravna područja međunarodnog privatnog prava, a to su obiteljski odnosi, određena statusna pitanja te nasljedni odnosi.²

Uvriježeno je da su norme obiteljskog prava imperativne i odnose se na prava kojima stranke ne mogu slobodno disponirati. Posljedično vrijedi i paradigma da slobodi i pravu stranaka da izaberu mjerodavno pravo za svoj odnos nema mjesta u međunarodnom obiteljskom pravu, jer se autonomija volje u međunarodnom privatnom pravu može opravdati samo ako se može osloniti na autonomiju volje u materijalnom pravu. Drugim riječima, ondje gdje materijalno pravo dozvoljava stranačku dispoziciju pravima i obvezama, otvara se prostor za izbor mjerodavnog prava. U pogledu onih pitanja u kojima postoji interes države, ili pak trećih osoba, mogućnosti su disponiranja opravdano ograničene.³ Takva nisu sva prava i obveze iz obiteljskoga prava, pa sukladno tomu niti autonomija u međunarodnoprivatnopravnom smislu ne smije biti potpuno isključena.⁴ Kako će se ovdje pokazati, autonomija se razvija u određenim segmentima međunarodnog obiteljskog prava koje i u materijalnopravnim poređcima odlikuje trend fleksibilizacije. Proces u kojemu nacionalni poređci mijenjaju svoj stav u regulaciji obiteljskih predmeta uvriježeno

- 1 C. Symeonides, *Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective*, u: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (ur.), *Convergence and divergence in Private international law - Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven & Schulthess*, 2010., str. 513.-550. T. Ballarino, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, *Revue de droit international*, 2009., str. 48.
- 2 G. Biagioni, *Tecniche internazionalprivatiche fondata sulla vollonta delle parti nel diritto dell'Unione Europea*, *Cuadernos de derecho transnacional*, sv. 2, 2010., str. 15.-34., na str. 31.; G. Carella, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999., str. 143. i dalje (obiteljski odnosi); str. 173.-189. (nasljedni odnosi); K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*. Zagreb, 2009., str. 145.; A. E. von Overbeck, *L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international prive*, u: *Nouveaux itinéraires en droit*, *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993., str. 619.; P. Gannagé, *La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international prive de la famille*, *Revue critique de droit international privé*, sv. 81, 1992., str. 425.
- 3 Th. De Boer, *Party autonomy and its limitations in the Rome II Regulation*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 9, 2007., str. 19.-29., na str. 20.
- 4 L. Palsson, *Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws*, u: *Recueil des cours*, sv. 199., 1986., str. 314.-413., na str. 399. Gannage, *La penetration de l'autonomie de la volonté*, op. cit., str. 425.-454.; P. Lagarde, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004., str. 236.; M.-C. Foblets, *Conflicts of law in cross-cultural family disputes in Europe today: Who will reorient conflicts of law?*, u *Comparative and International Law Journal of South Africa*, sv. 30, 1997., str. 34.

se u pojedinim državama događao u zasebno vrijeme, kroz različite institute, sve uvjetovano različitim društvenim čimbenicima.⁵ Značaj pravne tradicije te kulturnih i društvenih vrijednosti u obiteljskom je pravu često spominjana prepreka ujednačavanju. Tu je i nepobitna činjenica da je obiteljsko pravo neodvojivo od socijalne politike, politike tržišta rada itd. Ipak, zajedničke vrijednosti pravnih poredaka već su dugo prisutne, te su danas dodatno naglašene postizanjem relativno visokog standarda zaštite ljudskih prava na razini nacionalnih pravnih poredaka. Danas sva društva u europskim i svjetskim razmjerima, dijele zajedničke trendove te promijenjenu prirodu obitelji koja je sve rjeđe nacionalna, a sve češće se kreće preko granica. Sve te obitelji trebaju odgovarajuću pravnu zaštitu i pravnu sigurnost. To znači da su zakonodavci svih država zapravo suočeni sa sličnim problemima i da stoga dijele stav da je fleksibilizacija prava poželjna, da je otvorenost raznim komparativnim rješenjima i u domeni obiteljskog prava prihvatljiva te da su u konačnici pripadajući instituti podobni za transfer.⁶ Naime, intenzitet suvremenih migracija umanjuje značaj nacionalnog suvereniteta u domeni obiteljskoga prava. Migracije istovremeno potiču stvaranje i miješanje različitih obiteljskopravnih modela priznatih u pojedinim državama pa su posljedično i strogi mehanički modeli mjerodavnog prava izgubili stvarnu mogućnost regulirati društvenu situaciju za koju su stvoreni. Sve se veća težina daje opravdanim očekivanjima pojedinaca, pa se sukladno tomu sve više prihvaća i načelo stranačke autonomije.⁷ Sve se više argumentira da su pravne norme u funkciji kulturnog identiteta pojedinca, te da je favoriziranje stranačke autonomije modus realizacije toga.⁸

Iako je domeni obiteljskog i statusnog prava autonomija bila gotovo potpuno strana, stvara se dojam da će njezina implementacija i ustoličenje kod određenih pravnih pitanja prekograničnog obiteljskog prava svojom dinamikom nadmašiti onu u drugim pravnim područjima. Tomu je tako osobito jer se zakonodavnim aktivnostima EU-a vrlo intenzivno utire njezino mjesto upravo u području međunarodnog obiteljskog prava. Lisabonski ugovor novi je zamah zakonodavnim aktivnostima EU-a u međunarodnom privatnom obiteljskom pravu,⁹ a zakonodavni

5 Zanimljivo je da unatoč krutom socijalističkom uređenju Zakon o porodičnim i obiteljskim odnosima iz 1978. dozvoljava bračnim drugovima da dogovore način raspolaganja svojim osobnim dohotkom. P. Šarčević, I. Kunda, *Property Rights in the Family*, u: *Family law in Croatia*, Wolters Kluwer, 2011. str. 180.

6 Problematika europskog međunarodnog obiteljskoga prava detaljno je obrađena u M. Župan, V. Puljko, *Shaping European International Family Law*, *Slovenian Law Review*, sv. 7. , 2010., str. 23.-62.

7 To se može potkrijepiti nacionalnim zakonodavstvima o predbračnim sporazumima, mogućnosti sklapanja sporazuma o uzdržavanju, dok disponiranje stranačkom voljom potiče i sve učestalije mirenje kao alternativu sudskom rješenju spora. D. Martiny, *Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 99.

8 D. Henrich, *Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität*, u: H.-P. Mansel i drugi (ur.), *Festschrift für Erik Jayme*, sv. 1, München, 2004., str. 321.

9 N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, T.M.C. Asser Press, 2011., str. 75.-93.; M. Župan, *Pravosudna suradnja u prekograničnim obiteljskim predmetima*, u: M.

akti ili zakonodavni prijedlozi široko prakticiraju stranačku autonomiju i ukazuju da će *lex europaea ferenda*¹⁰ biti u njezinu znaku.

Osvrnemo li se na vrijeme koje prethodi zakonodavnim aktivnostima EU-a, autonomija volje prodirala je u nacionalne kodifikacije međunarodnog privatnog prava prvenstveno kroz univerzalne pravne instrumente.¹¹ Naime, Haška konferencija uvodi autonomiju volje normirajući međunarodno obilježen bračnoimovinski režim,¹² međunarodno uzdržavanje¹³ te međunarodno obilježene oporuke ili sporazume o nasljeđivanju.¹⁴ Ipak, autonomija volje razvija se u širem spektru osobnog/obiteljskog/nasljednog prava u nacionalnim režimima međunarodnog privatnog prava i mimo ujednačene regulative. Tomu je tako primjerice kod pitanja osobnoga imena, koje u vrlo ograničenim unifikacijskim naporima Međunarodne komisije za građanska stanja, stranačku autonomiju uopće ne prakticira.¹⁵ Slično je u pogledu razvoda braka, prethodno inicijativama EU-a.¹⁶

Stranačku autonomiju u širem spektru obiteljskoga, statusnog i nasljednog prava podržava i doktrina.¹⁷ Posebnost u ovim pravnim područjima je izražen i jak javni interes, pa se razvija specifičan vid kolizijskopravne autonomije volje – ograničeni izbor mjerodavnog prava. On daje strankama mogućnost izbora između nekoliko pravnih poredaka s kojima su one u svakom slučaju blisko povezane.¹⁸ Nadalje je tipično da u ovim pravnim područjima formalne pretpostavke valjanosti bivaju puno strože nego u sferi ugovornog prava.¹⁹

Ovim se radom autonomija volje u obiteljskom međunarodnom privatnom pravu obrađuje horizontalno kroz izabrane kategorije (bračnoimovinski režim, uzdržavanje, određivanje osobnog i obiteljskog imena, razvod braka), koje će vertikalno obuhvatiti problemsko pitanje, nacionalna zakonodavstva, ujednačeni režim te pravnu stečevinu (postojeće akte te zakonodavne prijedloge), kao i pripadajuću sudsku praksu Suda EU-a. U manjoj se mjeri obrađuju i specifična statusna i nasljednopravna problematika.

Župan (ur.), *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska*, Osijek-Pećs, 2011., str. 591.-618., na str. 600.

10 Terminologija prof. Kreuzera u: K. Kreuzer, *Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?*, u: B. Jud, W. H. Rechberger, G. Reichelt (ur.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, Jan Sramek Verlag, 2008., str. 1.-62.

11 K. Siehr, *The Impact of International Conventions on National Codifications of Private International Law*, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum, Liber Amicorum G. A. L. Droz*, Hague/Boston/London, 1996., str. 405-413., na str. 408.

12 Vidi poglavlje 2. Autonomija volje u bračno imovinskom režimu.

13 Vidi poglavlje 3. Stranačka autonomija u stvarima uzdržavanja.

14 Vidi poglavlje 5. Stranačka autonomija za određene statusne i nasljedne predmete.

15 Ibid.

16 Vidi poglavlje 4. Stranačka autonomija i međunarodni razvod braka.

17 Vidi U. Magnus, P. Mankowski, E. Pataut, *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, 2012. str. 155; M. Pertegás, *Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 319.-340., na str. 336.

18 J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2006., str. 299.

19 Ibid., str. 300.

2. AUTONOMIJA VOLJE U BRAČNO IMOVINSKOM REŽIMU

Problematiku prava mjerodavnog za bračnoimovinski režim odlikuje izrazita složenost. Razlog tomu leži prvenstveno u divergentnosti nacionalnih materijalnopravnih rješenja.²⁰ Ugovorni imovinski sustav široko je prisutan u današnjim materijalnim zakonima, a različita nacionalna rješenja dopuštaju izmjene zakonskog imovinskog sustava: a) ako sporazum bračnih drugova ispunjava pretpostavke u pogledu forme sporazuma i u pogledu same biti sporazuma te b) ako postoji osigurana javnost/registracija. Nacionalna rješenja uvelike se razlikuju i u pogledu pravila postupka izmjene i u pogledu uvjeta te sadržaja samog ugovora.²¹ „Doktrina nepromjenjivosti“ kao utjelovljenje ideje da autonomiji volje ima mjesta samo prije sklapanja braka, zbog koje je praktično blokirana naknadna promjenu bračnoimovinskih sustava, iščezava iz nacionalnog materijalnog prava i otvara novu perspektivu uređivanju međunarodno obilježene bračne stečevine.²² Jer kada problematici bračne stečevine pridružimo međunarodno obilježje, pravni problem postaje još složeniji. Problem može nastati (u međunarodno obilježenoj situaciji) u pogledu diobe bračne stečevine za vrijeme trajanja braka (npr. zbog problema odgovornosti za dugove prema trećima ili pojedinačnih investicija), kod razvoda braka te kod smrti bračnog druga.²³ Slijede dva hipotetska primjera²⁴ koja plastično prikazuju problem te otvaraju brojna pitanja.

20 Vidi povezane rasprave u: W. Pinters, *Matrimonial Property in Europe*, u: K. Boele Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ur.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011., str. 19.-45.; A. V. M. Struycken, *Régimes matrimoniaux - blanc d'essai de la codification internationale du droit international privé*, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum*, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/Boston/London, 1996., str. 445.-460., str. 446., bilj. 1.; F. F. Scoles, *Choice of Law in Family Property Transactions*, *Recueil des cours*, sv. 209, 1988-II, str. 13.-93., na str. 17. i dalje; A. Agell, *The Division of Property upon Divorce from a European Perspective*, u: M.-Th. Meulders-Klein, J. Pousson-Petit (ur.), *Liber Amicorum Meulders-Klein: droit comparé des personnes et de la famille*, Brussels, 1998., str. 1.-20., na str. 7.; M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen, 2006., str. 755.; K. Boele-Woelki, *The Future of Family Property in Europe*, 2011.; B. Rešetar, M. Župan, *Imovinskopravni aspekti razvoda braka – hrvatski, međunarodni i europski kontekst*, Osijek, 2011.; B. T. Kaul, *Conflict of Laws in Respect of Matrimonial Property Regimes with Special Reference to Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes concluded on 14th March 1978*, u: V. C. Govindaraj, C. Jayaraj (ur.), *Non Resident Indians and Private International Law*, New Delhi, 2008., str. 338., na str. 353.-354.

21 A. Čulo, A. Radina, *Valjanost bračnog ugovora*, u: B. Rešetar, M. Župan (ur.), *Imovinskopravni aspekti razvoda braka*, Osijek, 2011., str. 139.-161.

22 E. Jayme, *Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 11, 2009., str. 2.

23 A. Verbeke, *Perspectives of an International Marital Contract*, *Maastrich Journal*, sv. 8, 2001., str. 190.

24 Odabrani primjeri izloženi su zbog njihove plastičnosti, a da oni nisu tek znanstveni konstrukt potvrđuje činjenica je trenutno predmet vrlo sličan drugom primjeru pred njemačkim sudovima, te je podijelio stajališta doktrine. Vidi E. Jayme, *Party Autonomy*, op. cit., str. 5.-6. Općenito o problematici transfera iz sustava podijeljene u sustav zajedničke imovine i obrnuto vidi: E. F. Scoles, *Choice of Law in Family Property Transactions*, *Recueil des cours*, sv. 209, 1988.-II, str. 13.-93., na str. 36.-54.

Primjer 1. Nizozemac Hans i Talijanka Maria vjenčali su se i živjeli godinu dana u državi A, a potom nastavili živjeti u državi B. Odluče se razvesti te a) zahtjev upute sudu države B koji će imovinska pitanja rješavati sukladno pravu na koje uputi kolizijsko pravo foruma. Ako država B predviđa da je za bračnoimovinsko pitanje mjerodavno pravo zajedničkog državljanstva, koje supružnici nemaju, trebat će podredno primijeniti pravo prvoga zajedničkog bračnog prebivališta, a to je pravo države A. Ako su supružnici za vrijeme posjeta rodbini u jednoj od njihovih domovinskih država sklopili pred bilježnikom bračni ugovor, sudac države B treba provjeriti je li takav ugovor valjan sukladno pravu države A koja je *lex causae*. Ukoliko bi Maria naknadno (uz pomoć vještog pravnog savjetnika) zaključila da je za nju prihvatljiviji zakonski režim *lex casuae* od režima za koji se sporazumjela bračnim ugovorom, Maria (opet uz pomoć domišljatog odvjetnika) može uložiti prigovor povrede javnog poretka jer je model u kojemu ona ne sudjeluje u zaradi svoga supruga, a za koju je doprinosila baveći se djecom i obavljajući kućanske poslove, povreda njezinih ljudskih prava i ravnopravnosti spolova. U tom bi se slučaju moglo dogoditi da je bračni ugovor za kojega su supružnici opravdano vjerovali da predstavlja pravni okvir njihovih međusobnih imovinskih odnosa, ali i dugova prema trećim osobama, valjan po jednom pravu, ali nije valjan po drugom pravu.²⁵

*Primjer 2.*²⁶ Francuz i Mađarica sklope bračni ugovor te nakon toga zaključe brak u Milanu. Ugovor sadrži i klauzulu o mjerodavnom pravu po kojoj je mjerodavno francusko pravo. Sporazum sadrži odredbu da je sva imovina odvojena. Sele se u London gdje suprug uspješno izgradi menadžersku karijeru, a supruga pokreće obrt kojega ubrzo uslijed slabog poslovanja zatvara, ali ostaje u dugu prema banci. Paralelno se raspada i njihov brak te suprug pokreće brakorazvodnu parnicu u Londonu. Supruga tvrdi da je bračni ugovor ništav jer je sukladno engleskom pravu protivan javnom poretku. Banka ulaže tužbu protiv bračnih drugova i želi naplatu svoga duga. Ukoliko bi bračni ugovor bio ništav, po engleskom kolizijskom pravu primjenjuje se *lex fori* i supruga može uživati u dijelu njegove zarade. Valjanost njihovog bračnog ugovora ovisi dakle o mjerodavnom pravu. Dvije su dileme: odnosi među bračnim drugovima u pogledu bračne imovine te odnosi bračnih drugova po pitanju dugova prema trećim osobama. Različita kolizijska pravila u gore navedenim državama mogla bi dovesti da ugovor koji je valjan po jednom, nije valjan po drugom pravu. Značaj ovoga problema potvrđuje podatak da je tek u vrlo recentnoj odluci engleskog Vrhovnog suda u predmetu *Radmacher v Granatino*²⁷ po prvi puta priznat učinak bračnog ugovora sklopljenoga u inozemstvu.

25 Vidi u doktrini: D., Martiny, *The Effects of Marital Property Agreements in Respect of Third Parties*, u: A.-L. Verbeke et al. (ur.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Antwerp: Intersentia, 2012., str. 903.-928.

26 *Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters*, JAI/A3/2001/04, Final Report, T.M.C. Asser Institut, The Hague, 2002., str. 55.

27 *Radmacher v Granatino* (2010) UKCS 42, (2010) 2 FLR 1900. Vidi W. Healing, *Civil Law Principles from European Jurisdictions: Do We Still Drive on the Left?*, *International Family Law*, 2011., str. 128-130.

Učestali međunarodno obilježeni bračnoimovinski sporovi potaknuli su unifikaciju prava te je Haška konferencija godine 1978. usvojila Konvenciju o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim (dalje: Haška konvencija iz 1978.).²⁸ Uslijed malog broja ugovornica utjecaj je ove Konvencije slab te u domeni mjerodavnog prava za bračnoimovinski režim u pogledu pravnih izvora i dalje prednjače nacionalni zakoni.²⁹ U suvremenoj praksi već su dugo zanemareni dvostrani ugovori, međutim u pitanju bračne stečevine godine 2009. dovršen je Nacrt sporazuma između Njemačke i Francuske.³⁰ Ovaj raritet bilateralne unifikacije prava vjerojatno će i ostati jedinstven uslijed recentnih aspiracija EU zakonodavstva, o čemu se govori niže.

Usredotočimo li se na problematiku stranačke autonomije, upravo je Haška konvencija iz 1978. u tom smislu prednjačila u domeni šireg obiteljskog prava. Odredba čl. 3. određuje primarno mjerodavnim pravom za bračnoimovinsko režim pravo koje prije sklapanja braka izaberu bračni drugovi, a oni mogu izabrati između: a) prava države čiji je u vrijeme izbora državljanin jedan od bračnih drugova; b) prava države uobičajenog boravišta bilo kojeg od bračnih drugova u vrijeme izbora; c) prava prve države u kojoj jedan od bračnih drugova stekne uobičajeno boravište nakon sklapanja braka. Izabrano pravo primjenjuje se na cjelokupnu imovinu. Ipak, bračni drugovi mogu neovisno o tomu jesu li načinili izbor prava sukladno prethodnom stavku, za sve ili neke nekretnine, izabrati za mjerodavno pravo države u kojoj su one smještene. Oni mogu odrediti i da će za sve nekretnine koje će naknadno biti stečene biti mjerodavno pravo države njihova smještaja.³¹

Stranačka autonomija široko je zastupljena i u nacionalnim kodifikacijama.³² Komparativna analiza pokazuje da režimi međunarodnog privatnog prava gotovo svih država članica EU-a barem na neki način priznaju i prihvaćaju autonomiju volje u pogledu bračnoimovinskog režima.³³ Otvorenost autonomiji volje stranaka u području, tzv. sekundarnog bračnoimovinskog režima sugerira da bi autonomija

28 Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, stupila je na snagu 1.9.1992. i današnje su joj ugovornice Francuska, Luksemburg i Nizozemska, dostupno na: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=87. Za detalje vidi: A. E. von Overbeck, Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention, The Hague, 1978.

29 R. Wagner, Konturen eines Gemeinschaftsinstruments zum internationalen Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs der Europäischen Kommission, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht, 2009., str. 279. i dalje.

30 Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République Française instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts, nacrt dovršen 2009.

31 B. T. Kaul, op. cit., str. 345.

32 Study in Comparative Law in the Rules Governing Conflicts of Jurisdiction and Laws on Matrimonial Property Regimes and the Implementation for Property Issues of the Separation of Unmarried Couples in the Member States, 30 April 2003, ASSER-UCL Consortium, dostupno na http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm, str. 128.

33 Vrlo restriktivno pristupaju Malta, Poljska, Slovačka i Litva, a potpuno isključuje autonomiju samo Grčka. Loc. cit.

bila prihvatljivo rješenje i za međunarodno obilježene situacije. Međutim, na pitanje korespondira li pravo bračnih drugova na izbor ugovornog imovinskog režima koje poznaje nacionalno materijalno pravo s njihovim pravom na izbor mjerodavnog prava, odgovori su vrlo šaroliki. Polariziraju se dvije skupine nacionalnih pristupa: države koje su prihvatile restriktivan pristup time što izbor mjerodavnog prava vežu samo za točno određena prava (prava koja su u očima zakonodavca odraz najbliže veze), naprama državama koje imaju liberalan stav te stranačku autonomiju poznaju kao apsolutno pravo izbora.³⁴ Postoje i drugi pristupi, primjerice u nas prihvaćena izvedena autonomija volje.³⁵

Proizlazi da su nacionalni materijalni režimi fleksibilni i poznaju autonomiju volje u uređivanju imovinskih odnosa bračnih drugova, da postoje pravnoteorijska opravdanja prihvatljivosti i poželjnosti uvođenja autonomije volje u primarni statut bračnoimovinskog režima ujednačene regulative. Brojni argumenti materijalne realnosti potvrđuju prihvatljivost *acquisa* za bračnoimovinski režim³⁶ te je od prvih

34 Austrijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu (čl. 19.) primjer je propisa koji dopušta neograničeni izbor mjerodavnog prava s tim da je moguće i cijepanje statuta u odnosu na nekretnine (F. Schwind, *Internationales Privatrecht*, Wien, 1990., str. 123. i dalje); ograničeno pravo izbora mjerodavnog prava poznaje čl. 43 st. 1. belgijskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 30. st. 1. talijanskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu daje mogućnost izbora između prava države čiji je državljanin barem jedan od supružnika te prava države u kojoj barem jedan od njih ima boravište; čl. 15. njemačkoga Uvodnog zakona u Opći građanski zakonik (EGBGB) daje mogućnost izbora između prava državljanstva barem jednog od supružnika, prava uobičajenog boravišta barem jednog od supružnika te *lex rei sitae* za nekretnine; sukladno čl. 52. švicarskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu izabrati se može između prava zajedničkog prebivališta u vrijeme zaključenja braka, budućeg zajedničkog prebivališta nakon zaključenja braka te prava državljanstva jednog od supružnika (G. Carella, op. cit., str. 143.-168.; M. Nedemleinsky, M. Neumayr, *Internationales Familienrecht*, Wien, 2007., str. 69.-70.).

35 Različite varijante izvedene autonomije volje poznaju, primjerice prava Engleske, Francuske, Portugala i Švedske. U biti ona znači da je za ugovorni imovinskobračni režim mjerodavno pravo koje su stranke izabrale samo ako tako predviđa pravo na koje kolizijske norme *lex fori* upućuju u pitanju ugovornog bračnoimovinskog režima, pri čemu se u pravilu dozvoljenost i granice takvog ugovornog bračnog režima određuju sukladno pravu na koje upućuje kolizijska norma za zakonske imovinske odnose bračnih drugova. Temeljem čl. 37. st. 2. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima, NN 53/91 i 88/01, (dalje: ZRSZ) primarna poveznica je autonomija volje, ali će izabrano pravo biti mjerodavno samo ako je ono dozvoljeno po pravu države na koju upućuje objektivna poveznica iz čl. 36. ZRSZ-a. Vidi B. Bordaš, *Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu*, Novi Sad, 2001., str. 143.-144.

36 Različita prava država članica prepreka su korištenju tržišne slobode kretanja. Internacionalizacija života i obitelji dovodi do internacionalizacije bračne imovine. Činjenica da međunarodni parovi žive i kreću se po raznim državama dovodi do toga da su bračni drugovi uključeni u prekogranične transakcije. Različita pravila glede upravljanja bračnom imovinom, kao i odgovornosti za dugove tada mogu tvoriti prepreku tržišnim transakcijama na zajedničkom europskom tržištu. Pitanje imovinskih prava bračnih/izvanbračnih drugova pojavljuje se i u slučaju smrti jednog bračnog druga kao prethodno pitanje utvrđivanja ostavine bračnog/izvanbračnog druga. D. Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or Desirable*, u: A. Hartkamp i drugi (ur.), *Towards a European Civil Code*, 1998., str. 165.; R. Farrugia, *The Future EU Regulation Concerning Matrimonial Property Regimes*, u:

inicijativa Komisije³⁷ otvoren prostor za promišljanja o poželjnosti i ograničenjima autonomije u okviru ove kategorije vezivanja.³⁸ Prihvatljivost stranačke autonomije proizlazi iz činjenice da je autonomija ta koja osigurava stabilnost odnosa; to je jedini način da se uvažava opravdana očekivanja parova u međunarodno obilježenim životnim zajednicama; daje se sigurnost i predvidljivost, pravni okvir se individualizira prema okolnostima slučaja koji postiže nužnu fleksibilizaciju; uz pretpostavku da parovi imaju neka znanja o tomu na koji se način režimi bračne imovine razlikuju. Omogućavanje autonomije u izboru mjerodavnog prava daje priliku migrantima za prilagođavanje primjenjivog pravnog režima realnosti njihova obiteljskog života.³⁹

Navedeni argumenti otvorili su prostor zakonodavnim aktivnostima Europske unije te su istovremeno puštena dva zakonodavna prijedloga koja reguliraju imovinski režim: jedan bračnih drugova te drugi registriranih partnera.⁴⁰ Zanimljivo je da autonomiju kao primarnu poveznicu za bračnoimovinsko režim uvodi samo prijedlog Uredbe bračnoimovinskog režima bračnih drugova.⁴¹ U odredbi čl. 16. izbor se mjerodavnog prava kreće između prava trenutnog ili budućeg uobičajena boravišta bračnih drugova, prava države uobičajena boravišta jednoga od njih u vrijeme izbora prava; prava državljanstva jednoga od bračnih drugova u vrijeme izbora prava.

B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 63.-82., na str. 68.

37 Green Paper on Conflict of Laws in Matters Concerning Matrimonial Property Regimes, Including the Question of Jurisdiction and Mutual Recognition, Brussels, 17.07.2006., Com(2006) 400 Final.

38 K. Siehr, *Connecting Factors. Party Autonomy and Renvoi*, u: A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar (ur.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, CEDAM, 2008., str. 251.-269., na str. 256; P. Courbe, *L'influence des réformes du droit de la famille sur le droit international privé*, u: J.-P. Ancel (ur.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008., str. 703.-716., na str. 707.; B. T. Kaul, *op. cit.*, str. 356.

39 J. Y. Carlier, S. Saroléa, *Migrations and Family Law*, u: J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen (ur.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007., str. 439.-460., na str. 459.

40 Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka u predmetima bračnoimovinskih režima, Brussels, 16.3.2011 COM(2011) 126 final, 2011/0059 (CNS) te Prijedlog Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka o imovinskim posljedicama registriranih partnerstva, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 127 final, 2011/0060 (CNS). Vidi M. Župan, *Registered Partnership in Cross-border Situations – where (in)visibility to law lies?* u: Bodiřoga – Vukobrat, N., et.al. (ur.): *Unsichtbare Minderheiten / Invisible Minorities*. Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012. str. 95-117.

41 Komisija argumentira da bi izbor mjerodavnog prava u pitanju registriranih partnerstva uzrokovao nesigurnost budući su modaliteti usvojeni u materijalnim pravima država članica jako različiti te im ne priznaju učinke svi pravni poređci. *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions – Bringing Legal Clarity to Property Rights for International Couples*, Brussels, 16.3.2011, COM(2011) 125 final, str. 8.

Doktrina iznosi argumente protiv ograničavanja kolizijskopravne autonomije volje u ovom području: po materijalnom pravu bračnim ugovorom mogu iskrojiti bilo koji režim, dok korespondirajuće međunarodnoprivatnopravne regulative nema. Ukoliko odredba zadržava izbor na pravima s kojima pravni odnos ima stvarnu, objektivnu vezu, parovi zapravo nemaju mogućnost pravog izbora. Primjerice, bračni par engleskoga državljanstva koji nema djece živi u Nizozemskoj. Oni mogu birati između nizozemskoga prava koje predviđa zajedničku imovinu te između engleskoga prava koji predviđa sustav odvojene imovine. Treću opciju, koja bi možda odgovarala njihovim potrebama, poput njemačkoga sustava po kojemu za vrijeme braka svatko upravlja svojom imovinom, ali se kod razvoda imovina objedinjuje i odvaja,⁴² stranke nemaju na raspolaganju. Protuargumenti leže u nedostacima neograničene autonomije volje: a) od autonomije koja bi bila šireg opsega trebalo bi na adekvatan način zaštititi interese trećih; b) izbor religioznog prava neke treće države nečlanice, a koja ne poznaje jednakost bračnih drugova, povreda je javnog poretka – upravo zato neki autori predlažu da se izbor mjerodavnog prava proširi, ali samo na prava država članica EU-a;⁴³ c) neadekvatna zaštita slabije ekonomske strane u tom odnosu – žene i s time povezani tzv. *law shopping*.⁴⁴ Rezimirajmo: ograničenim izborom autonomija se stavlja u kalup, ali razlog tomu opravdan je s aspekta zaštite temeljnih ljudskih prava koja u javnom poretku država podrazumijeva primjerice jednakost muškarca i žene.⁴⁵

Ograničeni izbor mjerodavnog prava, kao način izrade novog *acquisa*, poduprta je i većina država članica, te je rješenje u čl. 3. Haške konvencije iz 1978. poslužilo kao inspiracija.⁴⁶ Prihvatimo li da je ograničeni izbor jedina alternativa, možemo promišljati i o prikladnosti i rasponu poveznica na raspolaganju. U pravilu je riječ o već viđenim poveznicama pa rasprava nije toliko aktualna, izuzev po pitanju izbora prava *budućeg planiranog uobičajenog boravišta*: ženik s uobičajenim boravištem u Münchenu i nevjesta s uobičajenim boravištem u Bratislavi planiraju živjeti u Grazu i predbračnim ugovorom određuju mjerodavnim austrijsko pravo. Prednost je tomu što je u ovakvoj situaciji to doista pravo najbliže veze, a nedostatak leži u mogućoj manipulaciji ovom poveznicom zbog čega se valjanost takvog izbora mora uvjetovati time da oni doista tamo i uspostave svoje uobičajeno boravište. Ipak se

42 K. Kroll, *Unification of Conflict of Laws in Europe – Matrimonial Property Regimes*, u: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup (ur.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Antwerp, 2008., str. 392.

43 G.-R. De Groot, *Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, sv. 9, 2001., str. 618.-627., na str. 624.

44 D. Martiny, *Objectives and Values of (Private) International Law in Family Law*, op. cit., str. 93.

45 J. Y. Carlier, S. Saroléa, op. cit., str. 459.

46 K. Boele Woelki, *Property Relations of International Couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments*, u: H. Kronke, K. Thorn (ur.), *Grenzen überinden: Prinzipien bewahren. Feschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Gebrurststag*, Bielefeld 2011., str. 63ff; I. Viarengo, *The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes*, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011., str. 210.; *Study in Comparative Law*, op. cit., str. 164.

moгу javiti određeni praktični problemi u pogledu dokaza – kako uvjeriti javnog bilježnika ili drugo nadležno tijelo da postoji potreba i interes da se brak koji se sklapa u Francuskoj u pogledu imovinskih učinaka treba prosuđivati po stranom pravnom režimu? Nadalje, pravo države u kojoj će netko od budućih supružnika imati svoje uobičajeno boravište rijetko se izabire iz straha da će izbor biti nevaljan te javni bilježnik ne može potvrditi realnost takvog izbora.⁴⁷

Daljnje je pitanje treba li strankama dozvoliti izbor više od jednog mjerodavnog prava? Komparativno pravo ukazuje da načelno postoji jedinstvo, ali iznimke su predviđene u čl. 3. st. 2. Haške konvencije iz 1978., čl. 19. austrijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu te čl. 15. st. 2. toč. 2. i 3. njemačkog Uvodnog zakona u Opći građanski zakonik (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*)⁴⁸ koje dozvoljavaju cijepanje statuta u pitanju nekretnina. Dakle, za nekretnine smještene u drugim državama stranke mogu ugovoriti primjenu prava države u kojoj je nekretnina smještena (*lex rei sitae*). Budući da je znatan broj europskih obitelji vlasnikom imovine smještene izvan države u kojoj žive i čiji su državljani, ovakvo rješenje može se pozdraviti zbog praktičnih razloga – sprječava se sukob koji može nastati zbog primjene prisilnih propisa *lex situs* te se olakšavaju transakcije vezane uz prava na nekretninama.⁴⁹ Cijepanje statuta ima i nepovoljne učinke te negira očite prednosti jedinstvenog statuta: načelo predvidljivosti i pravne sigurnosti govori u prilog jedinstva mjerodavnog prava koje usvajaju mnogi pravni sustavi. U konačnici je Prijedlogom Uredbe Vijeća o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka u predmetima bračnoimovinskih režima predviđena jedinstvena shema bračnoimovinskog režima. Argumentira se da bi primjena *lex situs* u pogledu nekretnina dovela do cijepanja statuta i teškoća u diobi bračne stečevine. Neovisno o tomu primjenjuje li se subjektivna ili objektivna poveznica, ona rješava cjelokupnu bračnu stečevinu ma gdje ona bila smještena.⁵⁰

Preostaje nekoliko neizostavnih pitanja: treba li strankama dopustiti mijenjanje svoga izbora? Ako da, treba li to dopustiti u bilo kojem trenutku *pro futuro* ili samo do određenog trenutka? Treba li promjena u izboru mjerodavnog prava imati retroaktivni učinak? Argumentira se da, ako bračni drugovi mogu mijenjati bračnoimovinski režim, onda mogu mijenjati i izbor mjerodavnog prava. Iako se u vrijeme izrade prethodno navedenog Prijedloga Uredbe brojio niz protivnika promjeni izbora prava,⁵¹ na delikatno je pitanje Prijedlog Uredbe ponudio hrabro rješenje: bračni drugovi u bilo koje vrijeme mogu promijeniti svoj izbor, ali tada smanjen je krug potencijalnih prava (čl. 16.a je izbačen) te je izbor vremenski fiksiran uz vrijeme novoga izbora. U pravilu će izmjena mjerodavnog prava vrijediti

47 M. Revillard, Premier bilan de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, u: A. Borrás i drugi (ur.), *E Pluribus Unum*, Liber Amicorum G. A. L. Droz, Hague/Boston/London, 1996., str. 369.-389., na str. 373.

48 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494, ber. 1997 I S. 1061).

49 K. Kroll, op. cit., str. 384.

50 Čl. 15. i str. 7.-8. Prijedloga Uredbe.

51 Study in Comparative Law, op. cit., str. 163.

pro futuro, osim ako bračni drugovi ne odrede retroaktivnu primjenu novoizabranog prava. U tomu slučaju novi izbor ne utječe na prava trećih ili valjanost pravnih poslova poduzetih po prethodno izabranom pravu.

Posljednje važno pitanje odnosi se na pravo mjerodavno za materijalnu i formalnu valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava. U pogledu materijalne valjanosti izbora (dozvoljenost sporazuma i ograničenja) prevladava stajalište da ta pitanja uređuje *lex causae*, kako propisuje i Haška konvencija iz 1978. U pogledu sposobnosti za sklapanje bračnog ugovora u nacionalnim pravima primjenjuje se personalni statut, iako je u čl. 10. Haške konvencije iz 1978. bilo predviđeno da zahtjeve koji se odnose na pristanak bračnih drugova na izbor mjerodavnog prava treba prosuđivati po izabranom pravu.

U pogledu formalne valjanosti komparativno pravo bilježi različita rješenja. Haška konvencija iz 1978. propisala je u čl. 11. da izbor mjerodavnog prava mora biti učinjen izričito ili konkludentno proizlaziti iz odredbi bračnog ugovora. Glede oblika bračnog ugovora ista Konvencija odredbom čl. 12. određuje da će on formalno biti valjan ako je valjan po pravu mjerodavnom za imovinsko bračni režim (*lex causae*) ili po pravu države u kojoj je sklopljen (*lex loci actus*). U svakom slučaju bračni ugovor mora biti u pisanom obliku, datiran i s potpisima oba bračna druga. Prethodno citirani Prijedlog Uredbe prati trendove stroge formalnosti u izboru mjerodavnog prava, a propisivanje stroge forme usmjereno je zaštititi slabije strane, pretežito žena.⁵² Izbor mjerodavnog prava bit će materijalnopravno valjan ako je učinjen na način kako u pogledu bračnog ugovora propisuje ili pravo države čije je pravo izabrano ili pravo države u kojoj je izbor prava načinjen. Neovisno o prethodnoj odredbi, izbor može biti isključivo u dokumentu koji je datiran i kojega su potpisale obje stranke. Štoviše, ukoliko pravo države članice u kojoj bračni drugovi imaju zajedničko uobičajeno boravište propisuje dodatne formalne pretpostavke za bračni ugovor, te se pretpostavke moraju ispuniti.⁵³ Za formalnu valjanost bračnog ugovora primjenjuju se ista prava koja vrijede za njegovu materijalnu valjanost (čl. 20.). Po prvi puta u obiteljskopravnoj regulativi javljaju se i međunarodno prisilni propisi, te je sukladno čl. 22. Prijedloga Uredbe prednost pred odredbama Uredbe dana međunarodno prisilnim pravilima države članice. Tom odredbom definira se da su to odredbe ključne za zaštitu javnog interesa, političkog, društvenog ili gospodarskog ustroja. Država foruma nadalje svoj pravni poredak može zaštititi klauzulom javnog poretka, ukoliko bi primjena stranog prava bila očigledno nespojiva s javnim poretkom države suda.

Inicijative unifikaciji postoje i u pitanju materijalnog prava. Komisija za europsko obiteljsko pravo (Commission on European Family Law – CEFL) dovršava skup pravila o imovinskim odnosima bračnih drugova koji će biti

52 Čl. 19.-20. i str. 9. Prijedloga Uredbe. Vidi i R. Farrugia, op. cit., str. 74.

53 Vidi čl. 19. Prijedloga Uredbe. Možemo navesti primjer strogoga njemačkog zakonodavstva koje traži javnobilježničku ovjeru bračnog ugovora, ako je sklopljen u inozemstvu mora biti u formi lokalnog prava ili alternativno prava kojeg bračni drugovi dogovore. K. Kroll, op. cit., str. 385.

predstavljen javnosti godine 2013.⁵⁴ Ovako ambiciozan poduhvat moguć je unatoč kulturnim i povijesno-pravnim razlikama jer se među državama Europe povećava krug zajedničkih vrijednosti. Istovremeno se nameće vrlo praktični razlog pravne sigurnosti u suvremenim migracijskim tijekovima. Predlaže se uvođenje „europskog sustava bračne stečevine“ kojega bi sve države članice EU-a priznale uz svoje nacionalne režime.⁵⁵ Postoje naznake da bi ovaj skup bračnoimovinskih pravila bio podoban za prekogranične predmete, što bi značilo da stranke mogu izabrati ovaj skup pravila i njima regulirati svoje odnose.⁵⁶

3. STRANAČKA AUTONOMIJA U STVARIMA UZDRŽAVANJA

U nacionalnoj i ujednačenoj regulativi prekograničnih obveza uzdržavanja stranačka je autonomija sve do nedavno bila tek neznatno zastupljena.⁵⁷ Unatoč tomu, zanimljivo je da su od sredine prošloga desetljeća paralelno bila u izradi dva instrumenta ujednačavanja kolizijskog prava – Haška konvencija i Uredba EZ-a, te su u pogledu stranačke autonomije već od prvih nacрта oba predviđala ograničenu stranačku autonomiju kao primarno mjerodavno pravo.

Vrlo slično bračnoimovinskoj problematici, i kod obveza uzdržavanja, problematika stranačke autonomije može se podijeliti na dva područja. Prvo se odnosi na pitanje sporazuma o uzdržavanju sklopljenih među strankama sukladno nacionalnim pravnim poredcima (materijalnopravna autonomija) a drugo je pitanje stranačke autonomije u međunarodnoprivотноj perspektivi – mogu li stranke izabrati pravo mjerodavno za reguliranje svojih obveza uzdržavanja (kolizijskopravna autonomija)? Ova se dva problema mogu i blisko susretati, ako je u sporazumu o uzdržavanju sadržana i klauzula o izboru mjerodavnog prava.⁵⁸

U pogledu obveza uzdržavanja znakovit je trend materijalnopravnih sustava koji sve više utječu na subjekte obiteljskopravnih odnosa da sami razmisle o svojim potrebama i uredе sporazumno svoje obiteljske odnose. U tom kontekstu

54 Izrada načela temelji se na sveobuhvatnom nacionalnom upitniku objavljenom u: K. Boele-Woelki, C. Braat, I. Curry-Sumner (ur.), *European Family Law in Action – VI. Property Relations Between Spouses*, Intersentia, 2009. Vidi <http://ceflonline.net/principles/>.

55 O tomu se odavno piše u doktrini: A. Agell, *Towards Uniforming Spouses' Property Rights, especially in International Marriages?*, u: Council of Europe (ur.), *Proceedings of the 3rd European Conference on Family Law, Strasbourg, 1995.*, str. 63.-80.; A. Verbeke, op. cit., str. 199.

56 K. Boele Woelki, *Unifying and Harmonizing Substantive Law*, Recueil des cours, sv. 340, 2010., str. 420. D. Martiny, *Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?*, op. cit., str. 444.

57 F. Rigaux, M. Fallon, M., *Droit international privé*, 3. izd., Larcier, Bruxelles, 2005., str. 192., bilj. 12.

58 W. Duncan, *Maintenance obligations. Note on the desirability of revising the Hague Conventions on Maintenance Obligations and including in a new instrument rules on judicial and administrative co-operation*, Preliminary Document No 2 of January 1999 for the attention of the Special Commission of April 1999, Permanent Bureau of the Conference, The Hague, dostupno na: <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd2.pdf>, 1999., bilj. 37.

materijalnopравни sustavi dopuštaju strankama sklapanje sporazuma o uzdržavanju kojima oni uređuju međusobne obveze. U nas postoji praksa da suci takve sporazume jednostavno priznaju i osnaže u vidu presude, bez propitivanja jesu li ga stranke mogle zaključiti ili koje je pravo mjerodavno za taj sporazum, odnosno za utvrđenu obvezu uzdržavanja.⁵⁹ Problematika se u kontekstu međunarodno obilježenih predmeta javila kroz dvojbenu polje primjene Konvencije o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja (dalje: Haška konvencija iz 1973.).⁶⁰ Odnosi li se ona samo na obvezu uzdržavanja *ex lege* ili i na onu *ex negotii*? Budući da u okviru Haške konferencije o tomu nije postignut kompromis, uz Hašku konvenciju iz 1973. veže se tek intenciozna šutnja.⁶¹ Naime, izričajem Konvencije nije određeno odnosi li se ona na sporazumno utvrđene obveze uzdržavanja, već je prepušteno sucu odlučiti hoće li primijeniti odredbe Haške konvencije ili nacionalna kolizijska pravila.⁶² U ovom se kontekstu jasno ističe jedno daljnje pitanje: ako sudac ocijeni da sporazum o uzdržavanju izlazi iz polja primjene Haške konvencije iz 1973., koje će kolizijsko pravilo nacionalnog prava primijeniti – ono koje regulira ugovorne odnose ili ono koje uređuje obvezu uzdržavanja? Literatura, poglavito ona starija,⁶³ ali i sudska praksa⁶⁴ jasno zagovaraju stajalište da su sporazumi o uzdržavanju ugovorne prirode. Doktrina danas nudi prihvatljiviji kriterij kvalifikacije: ako se sporazum o uzdržavanju temelji na pravnom odnosu koji obvezuje dužnika na plaćanje uzdržavanja ili se ta obveza sporazumom samo specificira, valja je podvesti pod kolizijsko pravilo za obveze uzdržavanja.⁶⁵ Naprotiv, ako je sporazum o uzdržavanju

59 Potvrdu tomu nalazimo i u sudskoj praksi naših sudova. Hrvatski sud je uvažio postojanje sporazuma o uzdržavanju zaključenom između roditelja djeteta u SAD-u, te je presudom dosudio uzdržavanje djetetu u dolarskom iznosu utvrđenom u sporazumu. Niti jedno moguće pitanje međunarodno privatnopravnog karaktera sud nije postavio. M. Župan, Ostvarivanje uzdržavanja djece u međunarodnom privatnom pravu EU, (Doktorska disertacija), Rijeka, 2009., str. 155.

60 Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions relating to Maintenance Obligations. Actes et documents de la Douzième session (1972), Tome IV, Obligations alimentaires. Recueil des Conventions de la Haye 1951-1980, La Haye, str. 218ff.

61 M. Verwilghen, Explanatory Report on the 1973 Hague Maintenance Conventions, Acts and Documents of the Twelfth Session (1972), sv. IV.- Maintenance obligations, 1975., bilj. 120.

62 M. Verwilghen, op. cit., str. 433.; F. Herzfelder, Les obligations alimentaires en droit international privé. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973, Paris, 1985., bilj. 104.; K. Sajko, Najnoviji rad Haške Konferencije za međunarodno privatno pravo na ujednačavanju mjerodavnog prava za obveze uzdržavanja, Prinosi za poredbeno proučavanje prava međunarodno privatno pravo, br. 6, Zagreb, 1973., str. 85.-92., na str. 86.

63 P. Foyer, M. Simon-Depitre, L'obligation alimentaire, u: Institut de recherches juridiques comparative (ur.), L'obligation alimentaire en droit international privé, sv. II., Paris, 1987., str. 281.; A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, Derecho de familia internacional, Granada, 2005., str. 248., bilj. 24.1.

64 Presuda austrijskog Vrhovnog suda OGH, 18.3.1989., Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1991., str. 126.

65 E. Jayme, Wandel des Unterhaltsbegriffs und Staatsverträge im Internationalen Privatrecht, u: W. Stoffel, P. Volken (ur.), Conflits et harmonisation – Kollision und Vereinheitlichung

proizašao iz delikta ili darovanja, valja koristiti kolizijsko pravilo za ugovorne odnose, odnosno deliktne odnose.⁶⁶ Sva daljnja pitanja, primjerice dopuštenosti sklapanja sporazuma o uzdržavanju ili potrebe ovjera određenog javnog tijela kao formalne pretpostavke valjanosti sporazuma, valja prosuđivati po pravu na koje uputi odgovarajuće kolizijsko pravilo.⁶⁷

Drugo se pitanje, sada kolizijskopravne autonomije, također javilo u vezi s Haškom konvencijom iz 1973. Iako odredbe ove Haške konvencije u svojem izričaju ne dozvoljavaju strankama izbor mjerodavnog prava, odmak od slova Konvencije davno je načinila švicarska sudska praksa. Naime, u predmetu *W.P.P. vs. W*⁶⁸ malodobno izvanbračno dijete zastupao je austrijski ured za mladež, koji je pred švicarskim sudom u Zürichu pokrenuo postupak protiv pretpostavljenoga djetetova oca. Otac je priznao očinstvo djeteta, te je sporazumno utvrđen iznos za uzdržavanje majke i djeteta. Iako se dijete u to vrijeme nalazilo u Austriji, a i Švicarska i Austrija su bile ugovornice Haške konvencije iz 1956., podvrgavanje sporazuma švicarskom pravu ocijenjeno je dopuštenim. Recentniji je predmet nizozemskog suda uzdrmao zasade Haške konvencije iz 1973. vezane uz primjenu stranačke autonomije.⁶⁹ Supružnici iranskog državljanstva (suprug je imao i nizozemsko državljanstvo) živjeli su u Nizozemskoj od 1984. Godine 1992. pokrenuli su pred nizozemskim sudom postupak razvoda braka, gdje je za isti primijenjeno iransko pravo kao pravo

– Conflicts and Harmonization: Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg, 1990., str. 542.; D. Martiny, Maintenance Obligations in the Conflict of Laws. Recueil des Cours 1994./247. III. (131-289) str. 221.; Ch. von Bar, Internationales Privatrecht, sv. II, Munich, 1991. bilj. 296.; P. De Cesari, Alimenti, u: M. Sesta, Codice della famiglia. Le fonti del diritto italiano, sv. II., Giuffrè, Milano, 2007., str. 3880.; A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, op. cit., str. 248., bilj. 24.2.

- 66 Takvu primjenu davno je potvrdila sudska praksa: SAT Cataluna, Civil, 14. octubre 1977. navedeno prema A. J. C. Caravaca, S. Gonzales Ruiz, op. cit., str. 249., bilj. 24.3. U tom smislu tumače se i odredbe Briselske konvencije o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, iz 1968. godine (OJ L 299/31, 31.12.1972., OJ C 27/1, 26.1.1998. – pročišćeni tekst), koja se primjenjivala među državama članicama prije stupanja na snagu Uredbe Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o nadležnosti i priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (OJ L 12/1, 16.1.2001., pročišćeni tekst od 14.03.2012. dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CO NSLEG:2001R0044:20120314:EN:PDF>). Vidi P. Schlosser Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and enforcement in civil and commercial matters and to the protocole on its interpretation by the European Court of Justice, OJ C59/71, 1979., str. 111, bilj. 96.
- 67 D. Heinrich, Internationales Familienrecht, Frankfurt a. M., 2000., str. 175.
- 68 Obergericht Zurich, 15.04.1975., BIZR 75 (1975) No 13, 23, Annuaire suisse de droit international, 1977., str. 326-333.
- 69 Hoge Raad, 21.02.1997., NIP, 1997. No. 70. Kometar u M. Sumampouw, Article 8 Hague Maintenance Convention 1973 Set Aside in Favour of Party Autonomy: One Step too Far Supreme Court (*Hoge Road*), 21 February 1997., NILR sv. 45, 1998., str. 115.-128.; A. E. von Overbeck, Obligations "alimentaires" entre époux après divorce: autonomie ou rattachement objectif?, u: Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000., str. 839.-854.

njihovog zajedničkog državljanstva. Tijekom postupka stranke su se pred sućem sporazumjele da se na pitanje uzdržavanja supruge primijeni nizozemsko pravo. Ipak, na tu je presudu suprug izjavio žalbu tvrdeći da je sukladno čl. 8. Haške konvencije iz 1973. na pitanje uzdržavanja trebalo biti primijenjeno isto pravo kao i za razvod braka. Vrhovni je sud izrekao da sukladno tradiciji i tumačenju Konvencije njihova sporazumno izražena volja o izboru nizozemskog prava nije suprotna toj Konvenciji, poglavito stoga jer je izbor učinjen u korist prava njihovog zajedničkog uobičajenog boravišta, a koje je ujedno i *lex fori*. Kako sudska praksa drugih država ugovornica ove Haške konvencije nije svjedočila ovakvim primjerima,⁷⁰ u doktrini je presuda nizozemskog suda polučila kritike.⁷¹ Istovremeno, ova je presuda jasnije otvorila neka pitanja vezana uz tumačenje međunarodnih ugovora te brojna pitanja iz domene stranačke autonomije na koje presudom nije ponuđen odgovor.⁷² Ova presuda Hoge Raada smatra se i najizravnijim povodom snažnom uključivanju stranačke autonomije u nove instrumente o uzdržavanju. Tradicionalno su norme vezane uz obiteljsko pravo bile imperativnog karaktera, pa mogućnost stranaka na disponiranje svojim pravima i obvezama nije bilo prihvaćeno čak niti u međunarodno obilježenim situacijama. U tom kontekstu, stranačka autonomija tradicionalno nije bila vezana uz obiteljskopravne odnose te se sve donedavno niti uzdržavanje ne spominje u vezi s mogućnošću izbora mjerodavnog prava.⁷³ Iako se ovdje upleću i interesi države (uzdržavanje kao dio socijalne politike), ali i trećih osoba, danas je sve više protivnika potpune uskrate stranačke autonomije.⁷⁴ Štoviše, kako akademska zajednica bilježi sve više pobornika ograničene stranačke autonomije općenito za područje obiteljskog međunarodnog privatnog prava, tako je i glede pitanja uzdržavanja.⁷⁵ Upravo se korištenjem autonomije volje u vrijeme pojačane mobilnosti stranke mogu pouzdati da njihova prava i obveze neće biti podložna

70 Striktnu primjenu odredbi Konvencije na slično je činjenično stanje načinio njemački sud. OLG Karlsruhe, 24.8.1989., *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 1990., str. 313.-314.

71 Sumampouw, op. cit., str. 115.-128.; K. Boele-Woelki, *Artikel 8 Haager Onderhoudsovereenkomst steht einer Rechtswahl wird entgegen*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1998., str. 492.

72 Dvojbena je: a) pravilna primjena čl. 31. i 32. Bečke konvencije o tumačenju međunarodnih ugovora; b) u kojemu smjeru je ograničena stranačka autonomija – postoji li uvjet koneksiteta izabranog prava? Mogu li stranke izbjeći primjenu prisilnih propisa *lex causae*? Koje je pravo mjerodavno za formalnu valjanost sporazuma o izboru prava? Mora li izbor biti izričit ili može biti i prešutan? Prel. doc. no. 2, 1999. par. 34-36.

73 A. E. von Overbeck, *L'irrésistible extension de l'autoinomie en droit international privé*, u: *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Brussels, 1993., str. 619. i dalje.

74 J. Y. Carlier, S. Saroléa, op. cit., str. 459.; L. Palsson, op. cit., str. 399.-402.; A. Bucher, *La famille en droit international privé*, *Recueil de cours*, sv. 283, 2000., str. 76.

75 R. Wagner, *Ein neues unterhaltsrechtliches Übereinkommen aus Den Haag*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2005., str. 417-418; Looschelders, Boos, S., *Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2006., str. 376. i dalje.

različitim pravnim režimima svaki put kada dođe do promjene okolnosti na kojima se temelje objektivne poveznice.⁷⁶ Ograničenje se stranačke autonomije uobičajeno odnosi na izbor onih prava koja su s predmetom ili strankama u objektivno bliskoj vezi, pa se faktor ograničenja ovdje treba smatrati izrazom načela najbliže veze.⁷⁷

Ograničena stranačka autonomija značajna je novina i u novousvojenom sustavu međunarodnog uzdržavanja.⁷⁸ Zastupljena je u Protokolu o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja iz 2007. (dalje: Haški protokol iz 2007.) donesenom uz Konvenciju o međunarodnoj naplati potpore za djecu i drugih oblika obveza uzdržavanja (dalje: Haška konvencija iz 2007.),⁷⁹ uz napomenu da je sukladno čl. 15. Uredbe Vijeća (EZ) br. 4/2009 od 18. prosinca 2008. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrši odluka i suradnji u predmetima u vezi s obvezama uzdržavanja Protokol integiran u sustav *acquisa*.⁸⁰ Stranačka autonomija je u Haškom protokolu iz 2007. postavljena u dva smjera, sa zasebnim pretpostavkama i formom. U prvom slučaju, čl. 7. Haškog protokola iz 2007. predviđa da stranke u postupku koji je započeo ili će započeti u određenoj državi izaberu polazno pravo. Učinak se ovog izbora veže samo uz taj postupak, pa ako on ne bi u konačnici bio pokrenut ili bude obustavljen, izbor gubi pravni učinak. Čak i ako bi se pred tim forumom naknadno pokrenuo postupak za izmjenu odluke o uzdržavanju, izbor prava sukladno čl. 7. u vezi s nekim prijašnjim postupkom ne obvezuje i mjerodavno se pravo određuje temeljem objektivnih poveznica. Namjera je ovog pravila da stranke, poznavajući forum, steknu informacije glede materijalnog režima i njegove povoljnosti za njihov zahtjev, pa uvažavajući elemente ekonomičnosti i jednostavnosti izaberu za mjerodavno polazno pravo.⁸¹

76 M. Hellner, *The Maintenance Regulation: A Critical Assessment of the Commission's Proposal*, u: K. Boele- Woelki, T. Swedrup (ur.) *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, 2008., str. 354.

77 M. Župan, *Poveznica državljanstva i fleksibilizacija međunarodnog privatnog prava*, u: G. Knežević, V. Pavić, (ur.), *Državljanstvo i međunarodno privatno pravo/Haške konvencije*, Beograd, 2007., str. 136.

78 E. Jayme, C. F. Nordmeier, *Neue Wege im Internationalen Unterhaltsrecht: Parteiautonomie und Privatisierung des ordre public, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2010., str. 377.; J. Hirsch, *Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht*, u: D. Coester-Waltjen, V. Lipp, E. Schumann, B. Veit, (ur.), *Europäisches Unterhaltsrecht*, Universitätsverlag Göttingen, 2010., str. 34.

79 Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations; Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (<http://www.hcch.net>).

80 OJ L 7/1, 10.1.2009.

81 M. Andrae, *Haager Protokoll von 23. November 2007 über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht*, u: T. Rauscher (ur.), *Europäisches Zivilprozeß- und Kollisionsrecht: Kommentar: Brußel IIa-VO, EG-UnterhaltsVO*, sv. 2., Sellier, München, 2010.-2011., str. 924.; U. P. Gruber, *Das Haager Protokoll zum internationalen Unterhaltsrecht*, u: B. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitzek (ur.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Sellier, München, 2010., str. 177.-195., str. 189.

Ukoliko one ne znaju koje će tijelo voditi postupak, ta se intencija gubi, pa je stoga izbor *pro futuro* bez učinka.⁸²

Drugi oblik ograničene stranačke autonomije za obvezu uzdržavanja predviđen odredbom čl. 8. Haškog protokola iz 2007. bitno nalikuje na pravi *lex autonomiae* nekada svojstven tek ugovornom statutu. Zaštita slabije strane uvjetovala je ograničavanje primjene ove odredbe te isključivanje primjene na malodobnu djecu.⁸³ Ipak, čl. 8. može biti primijenjen kada dijete starije od 18 godina potražuje uzdržavanje, dok naprotiv izbor foruma sukladno čl. 7. može biti učinjen i kada su u pitanju djeca ili poslovno nesposobne osobe. U čl. 8. riječ je o „pravom“ izboru mjerodavnog prava, koji u ovom slučaju nije vezan uz određeni postupak koji je u tijeku ili će biti pokrenut. Učinci toga izbora traju sve do trenutka u kojemu bi se stranke suglasile drugačije. Izborom mjerodavnog prava postiže se pravna sigurnost jer stranke unaprijed znaju koje je pravo mjerodavno, neovisno o tomu pred kojim se forumom vodi postupak. Neke od teškoća koje nastaju primjenom objektivnih poveznica promjenjiva karaktera, primjerice *conflict mobile*, na ovaj su način anulirane.⁸⁴

Ograničenost je *lex autonomiae* u odredbi čl. 8. Haškog protokola iz 2007. višestruka. Odredba čl. 8. st. 1. sužava izbor na nekoliko prava,⁸⁵ pa se ovo pravilo može smatrati izrazom načela koneksiteta, jer ponuđene opcije služe da bi se izbjegao izbor prava koje ni na koji način nije vezano uz predmet.⁸⁶ Prve dvije stavke raspona prava na koje se ograničeni izbor odnosi nisu bile dvojbene: kod prava državljanstva jedne od stranaka teškoću je predstavljalo pitanje dvojnoga ili višestrukog državljanstva. Haški protokol iz 2007. ne definira koje će to pravo biti te se tumači da to može biti pravo bilo kojega od državljanstava koja osoba ima.⁸⁷ Ovo će rješenje zavisti o opredjeljenju nacionalnih zakonodavaca za efektivno državljanstvo ili isključivost u pogledu domaćih državljana.⁸⁸ Druga je opcija izbora

82 A. Bonomi, Preliminary Draft Protocol on the Law Applicable to Maintenance obligations - Explanatory Report, Doc. préI. No 33, 2007., str. 16., bilj. 62., 63., 64., 65. i 67.; J. Hirsch, op. cit., str. 35.; M. Andrae, op. cit., str. 929.

83 Vidi čl. 8. st. 3. Haške konvencije iz 1973.; M. Andrae, op. cit., str. 931.; G. Rühl, Giesela Ruhl, Choice of Law by the Parties in European Private International Law. MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF EUROPEAN PRIVATE LAW, J. Basedow, K. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier, (ur.), Oxford University Press, 2012. Dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989512

84 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 17., bilj. 70.

85 Čl. 8. st. 1. "Vjerovnik i dužnik uzdržavanja u bilo koje vrijeme mogu odrediti jedno od sljedećih prava mjerodavnim za obvezu uzdržavanja – a) pravo bilo koje države čiji je državljanin jedna od stranaka u vrijeme izbora; b) pravo države uobičajena boravišta bilo koje stranke u vrijeme izbora; c) pravo koje odrede mjerodavnim ili pravo koje se zapravo primjenjuje na njihov imovinski režim; d) pravo koje odrede mjerodavnim ili pravo koje se zapravo primjenjuje na njihov razvod ili rastavu." (op. prijevod autorice).

86 M. Andrae, op. cit., str. 933.

87 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 31., bilj. 131.

88 S. De Vido, Relevance of Double Nationality to Conflict of Laws Issues Relating to Divorce and Legal Separation in Europe, Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2012., Vol. 4, No. 1, str. 226.

prava države uobičajena boravišta bilo koje stranke u vrijeme izbora. Naprotiv, daljnji pravni sustavi dani na izbor bili su kod izrade Haškog protokola iz 2007. predmetom brojnih rasprava, te se i danas raspravlja o njihovim posljedicama. Čl. 8. dozvoljava strankama izbor istog mjerodavnog prava za razvod/bračnoimovinska pitanja te za uzdržavanje, no ne i vezivanje izbora prava za uzdržavanje uz pravo mjerodavno za razvod/bračnu imovinu jer bi to značilo da je izbor prava mjerodavnog za uzdržavanje učinjen slijepo. Opcije u čl. 8. st. 1. toč. c) i d) govore o izboru prava po kojem se prosuđuje imovinski režim između supružnika te razvod i rastava, te potom pravo koje se *doista primjenjuje* na ta pitanja. O prednostima i nedostacima otvoreno piše i Bonomi u Izvješću o nacrtu Protokola o pravu mjerodavnom za obveze uzdržavanja.⁸⁹ Nedostaci su ovog rješenja u tomu što se nepotrebno stvara vrlo složen sustav i široka mogućnost izbora prava. Opcije predviđene pod toč. c) i d) ovise o nacionalnim kolizijskim pravilima mjerodavnima za odnosna pitanja pa se time narušava jedinstvenost unificiranoga instrumenta. Ukoliko stranke iskoriste ovu opciju i vežu izbor prava mjerodavnog za uzdržavanje uz pravo izabrano za imovinski režim ili pak razvod, stranke su zapravo valjanost izbora u odnosu na uzdržavanje učinile ovisnim o valjanosti izbora u odnosu na ova druga pitanja. Drugim riječima, kako pravo mjerodavno za imovinu, odnosno sam razvod nije regulirano Haškim protokolom iz 2007., ono ovisi o odredbama međunarodnog privatnog prava države foruma. A ukoliko kolizijskim pravilima foruma nije predviđena mogućnost izbora mjerodavnog prava takva nevaljanost toga izbora povlači za sobom i nevaljanost izbora mjerodavnog prava za uzdržavanje. Problem poglavito nastaje kod vezanja za izbor prava mjerodavnog za pitanje razvoda budući da za to pitanje mali broj država dopušta autonomiju volje, pa će izbor valjan u nekoj državi češće biti nevaljan po pravilima nekog drugog foruma. Ova tvrdnja gubi na značaju nakon stupanja na snagu Uredbe Vijeća (EU) br. 1259/2010 od 20. prosinca 2010. o provedbi unaprijedene suradnje u području prava mjerodavnog za razvod i rastavu braka (dalje: Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka),⁹⁰ jer se barem u odnosu na države članice koje sudjeluju u unaprijedenoj suradnji primjenjuju unificirana pravila te je na tako stvoren koherentan sustav.

Glede vezanja prava mjerodavnog za uzdržavanje uz pravo izabrano za bračnoimovinski režim, treba se osvrnuti na prethodno poglavlje. Znakovito je da Haška konvencija iz 1978. dozvoljava izbor prava u rasponu nepoznatom Haškom protokolu iz 2007. (npr. pravo prebivališta, pravo smještaja nekretnine (čl. 3. st. 4. i čl. 6. st. 4. Konvencije), a odredba čl. 8. st. 1. toč. c) zapravo je proširila predviđeni raspon prava koje stranke mogu izabrati prema Haškom protokolu iz 2007. Ukoliko izbor u odnosu na imovinski režim nije valjan po pravilima foruma smatra se ništavim, a ta se ništavost dalje proteže i na izbor u odnosu na uzdržavanje.

Nadalje, Haški protokol iz 2007. omogućava izbor prava koje se doista i primjenjuje na bračnoimovinsko pitanja. Ovdje se misli na situaciju u kojoj je nadležni sud foruma već utvrdio pravo mjerodavno za imovinski režim, kada

⁸⁹ A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 31.-32.

⁹⁰ OJ L 343/10, 29.12.2010.

bračni drugovi mogu autonomiju usmjeriti k izboru istoga prava i za prosuđivanje pitanja uzdržavanja. Nadalje, ukoliko je sukladno svojim kolizijskim pravilima sud primijenio pravila foruma za pitanje imovine tada stranački izbor toga prava i dalje ostaje u okvirima čl. 8. te to nije izbor učinjen u okviru čl. 7. koji bi bio valjan samo u tom postupku. Štoviše, ukoliko se o imovini pravomoćno odlučilo u jednom postupku, a zasebno se kasnije vodi postupak za uzdržavanje, stranke mogu iskoristiti ovu opciju i izabrati pravo koje je doista bilo primijenjeno na imovinska pitanja – dakle, opcija nije otvorena samo dok traje postupak o imovinskim pitanjima. Na ovaj se način širi raspon prava koje je moguće izabrati, a ujedno je jedan pravni poredak mjerodavan za sva pitanja. Analogno pravilo Haški protokol iz 2007. predviđa i u pogledu određivanja primjene prava izabranog za razvod te prava koje se doista i primjenjuje na razvod. Ovdje se *mutatis mutandis* primjenjuje sve prethodno rečeno u odnosu na vezivanje izbora za bračnoimovinski režim.

Prednosti su ovakvog rješenja Haškog protokola iz 2007. u tomu da je jedno pravo mjerodavno za sva pitanja koja raspravljaju se u postupku, na sva pitanja tada odgovor tražimo u istom pravnom poretku koje je sustavan skup pravnih pravila. To je važno jer su statusna pitanja razvoda, bračne imovine i uzdržavanja u većini nacionalnih sustava povezana – određivanje imovinskih posljedica braka u nekim sustavima uvjet je da se dopusti razvod, poglavito sporazumni razvod braka. Štoviše, u nekim je sustavima razgraničenje uzdržavanja od imovinskih pitanja nejasno ili nemoguće, pa je ovo rješenje bonus.⁹¹

Ograničenost izbora mjerodavnog prava u okviru Haškog protokola iz 2007. dalje je evidentna kroz izričaj odredbi čl. 8. st. 4. i čl. 8. st. 5. Izabrano pravo ne utječe na sve aspekte obveze uzdržavanja: za pitanje dopuštenosti odricanja od prava na uzdržavanje unatoč izboru prava mora se primijeniti pravo uobičajenog boravišta vjerovnika uzdržavanja u vrijeme sklapanja sporazuma o izboru. Nadalje, st. 5. čl. 8. uvodi materijalnopravnu kontrolu kojom tijelu primjene daje mogućnost odstupanja od izabranog prava u potpunosti utvrdi li da primjena izabranog prava uzrokuje očito nepoštene ili nerazumne posljedice za bilo koju od strana.⁹² Temeljna je intencija zakonodavca u ova dva pravila zaštititi neuke ili neinformirane stranke od sporazuma o izboru prava koji im šteti. Razlika je utoliko što prethodni st. 4. štiti tek vjerovnika, i to podižući pravilo brojnih nacionalnih zakonodavaca o nemogućnosti odricanje od prava na uzdržavanje na razinu međunarodnog prisilnog propisa. U st. 5. zaštita se proteže, kako na vjerovnika, tako i dužnika. U već spomenutom Izvješću Bonomi ovo pravilo označava klauzulom izuzeća koja vodi računa o materijalnoj pravičnosti, istovremeno određujući da tijelo primjene zamjenjuje izabrano pravo objektivnom poveznicom.⁹³ Doktrina je jasno definirala klauzulu izuzeća kao pravilo kojim se odstupa od primjene kolizijskom uputom određenog prava ukoliko je neko drugo pravo predmetnom odnosu bliže vezano, i to temeljem objektivnih čimbenika. Ti konstitutivni elementi ovdje nisu ispunjeni.

91 U. P. Gruber, op. cit., str. 191.

92 M. Andrae, op. cit., str. 938; U. P. Gruber, op. cit., str. 192.

93 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 18., bilj. 76.

U ovom se slučaju puno jasnije izražava funkcionalna najbliža veza, to je ona koja vodi računa o materijalnopравnim učincima mjerodavnog prava, dakle mimo Savignyjeve „sljepoće“ u odnosu na konkretan rezultat. Stoga bi pravilno bilo reći da je ova odredba izraz materijalnopравne, a ne kolizijskopравne pravičnosti. Nadalje u Izvješću, Bonomi jasno pravilo čl. 8. st. 5. deklarira izrazom koneksiteta navodeći kao primjer slučaj izbora prava koje je vrlo udaljeno povezano s predmetom,⁹⁴ što čini se iz odredbe nikako ne proizlazi. O koneksitetu vodi računa ograničenje u čl. 8. st. 1. kojim je onemogućen izbor udaljenog nepovezanog prava, dok je ova posljednja odredba protekcionističko kolizijsko pravilo s materijalnopравnom orijentacijom.

Haški protokol 2007. kod oba oblika *lex autonomiae* propisuje i dodatne pretpostavke glede oblika sporazuma o izboru mjerodavnog prava: mora biti sastavljen i potpisan od obje strane, u pisanom obliku ili pohranjen na mediju koji će naknadno biti dostupan za korištenje i omogućiti kasnije pozivanje na taj sporazum (čl. 7. st. 2. i čl. 8. st. 2.). Ovo su minimalni formalni zahtjevi koje su države ugovornice slobodne dopuniti strožim zahtjevima. Primjerice ukoliko žele biti sigurne da će suglasnost u pogledu sporazuma kod obje stranke biti dana slobodno, države ugovornice mogu propisati dodatnu pretpostavku da je prethodno sklapanju sporazuma obvezno zatražiti pravni savjet.⁹⁵ Govorimo o „društvenoj kontroli“ sporazuma o uzdržavanju.

Haški protokol iz 2007. u gore navedenim primjerima uvodi ograničenja glede dopustivosti izbora mjerodavnog prava, ali ne odgovara na pitanje po kojem se pravu procjenjuje postojanje i valjanost sporazuma o izboru mjerodavnog prava. Iako, dakle, spomenuti Protokol to izravno ne određuje, ova pitanja treba prosuđivati sukladno pravu koje su stranke izabrale. Podvrgavanje valjanosti *optio legis* pravu koje bi se primjenjivalo ukoliko bi sporazum između stranaka bio valjan uvriježeno je u međunarodnim instrumentima, poglavito za pitanja postojanja i valjanosti pristanka stranaka.⁹⁶ Stoga bi po izabranom pravu trebalo procijeniti, primjerice učinak mana volje.

94 Loc. cit.

95 A. Bonomi, Explanatory report, op. cit., str. 16., bilj. 66.; str. 18., bilj. 75.; M. Andrae, op. cit., str. 936; F. Ferrand, The Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, u: B. Campuzano Diaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), Latest Developments in EU Private International Law, Intersentia, 2011., str. 83.-11., na str. 100.

96 Tako je primjerice u čl. 10. Haške konvencije o mjerodavnom pravu za bračnoimovinski režim iz 1978., čl. 10. st. 1. Haške konvencije o pravu mjerodavnom za ugovore o međunarodnoj prodaji robe iz 1986., čl. 5. st. 2. Haške konvencije o pravu mjerodavnom za nasljeđivanje iz 1989., čl. 3. st. 5. te čl. 10. st. 1. Uredbe (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta u Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose (Rim I) OJ L 177/6, 4.7.2008., te jedna od alternativnih poveznica u čl. 19. Prijedloga Uredbe o bračnoimovniškom režimu. Vidi A. Bonomy, op. cit., str. 35., bilj. 151.

Protekcioniistička obiteljska politika brojnih država manifestirala se čestim isticanjem bojazni da će primjenom stranačke autonomije interesi slabije strane biti ugroženi.⁹⁷ Upravo je stoga inovativno rješenje uvođenjem dva vida stranačke autonomije od kojih je jedan u određenoj mjeri povezan s pokretanjem postupka u odnosnoj državi, na izbor čijega se prava stranke tada mogu odlučiti. Znakovito je upravo povezivanje stranačke autonomije s izborom *lex fori*, a sprega između prava foruma i stranačke autonomije može se protumačiti kao naglašavanje činjenice da je za međunarodno obilježeni obiteljski predmet presudan izbor odgovarajućeg sudišta, brzo rješenje spora i točna primjena prava.⁹⁸ Ipak, učestalo nametanje ove poveznice može se protumačiti i kao prikupljanje bodova kod onih europskih država koje od *lex fori* pristupa teško odustaju. Drugi vid stranačke autonomije obuhvaća izbor mjerodavnog prava prije nastanka spora, opciju koja podsjeća na scenarij ugovornih odnosa. Iako ni ovo nije manifestacija potpune autonomije, ovako radikalno pravilo u domeni međunarodnog obiteljskog prava naglašava značaj pravne sigurnosti i predvidljivosti mjerodavnog prava,⁹⁹ ali ujedno odražava i sve liberalniji stav nacionalnih zakonodavaca prema dispozitivnim odredbama u području sporazuma o uzdržavanju.¹⁰⁰

4. STRANAČKA AUTONOMIJA I MEĐUNARODNI RAZVOD BRAKA

U sferi međunarodnoga razvoda braka komparativno pravo polarizirano je: prvu skupinu država čine one koje na razvod primjenjuju kolizijskopravnu metodu, a u drugoj su one koje uvijek primjenjuju polazno pravo. Uslijed ovih dijametralno suprotstavljenih stajališta nije usvojen niti jedan instrument unificiranoga prava u području razvoda.¹⁰¹ O internacionalizaciji razvoda i poželjnosti ujednačavanja prava u okvirima EU-a iznose se impozantne brojke¹⁰² i brojni argumenti.¹⁰³ Dokumenti institucija EU-a ponavljaju da su u brojnim međunarodnim razvodima

97 To je značajno izraženo u odgovorima francuskog i austrijskog Ministarstva pravosuđa na Zelenu knjigu o obvezama uzdržavanja (Green Paper on Maintenance Obligations COM(2004) 254 final - Answers to the Green paper, dostupno na http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm), ali i dokumentima Haške konferencije, primjerice vidi Proposal by the Working Group on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Prel. Doc. No. 14 March 2005., par. 36.-40.

98 M. Pertegás, op. cit., str. 338.

99 M. Župan, Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu, Rijeka, 2006., str. 256.

100 M. Pertegás, op. cit., str. 339.

101 N. A. Baarsma, European choice of law on divorce (Rome III): Where did it go wrong?, NIPR, sv. 27, 2009., str. 9.-14., na str. 11.

102 Od oko 1 milijun razvoda u 27 država članica EU-a njih oko 140 000 (13 %) bilo je međunarodno obilježeno. Navedeno prema: D. Hodson, Rome III: Subsidiarity, Proportionality and the House of Lords, International Family Law, March 2007., str. 32.-34.

103 N. A. Baarsma, European choice of law on divorce (Rome III), op. cit., str. 10.

otegotna cjelokupna složenost nacionalnih režima te različitosti među njihovim rješenjima, što čini neželjenu pravnu prepreku tržišnim slobodama.¹⁰⁴ Opisana situacija onemogućava strankama predvidjeti koje će se pravo primijeniti u slučaju razvoda braka i time uzrokuje pravnu nesigurnost; sve to pogoduje snalažljivijem bračnom drugu u pokretanju postupka u onoj državi čija mu nacionalna pravila više odgovaraju (tzv. *forum shopping*) što se ostvaruje tako da se preduhitri namjera drugog bračnog druga za pokretanjem toga postupka (tzv. *rush to the courts*). Prakticirajući autonomiju volje, bračni drugovi mogu od samog trenutka sklapanja braka raspolagati svojim bračnim pravima i obvezama, čime svoj odnos stavljaju u sigurni milje: oni će unaprijed biti svjesni posljedica mogućeg završetka braka te se na ovaj način potiče mirni razvod.

Zakonodavni akt EU-a u sferi razvoda braka najavio je poveznicu autonomije volje već prvom Zelenom knjigom o mjerodavnom pravu i nadležnosti u predmetima razvoda.¹⁰⁵ U kolizijskopравnim aktima slijedi čl. 20.a čuvenog Prijedloga Uredbe Rim III iz 2006.¹⁰⁶ koji je kao primarno mjerodavno pravo za razvod braka odredio stranačku autonomiju.¹⁰⁷ Zbog burne reakcije država članica EU-a izazvanih brojnim razlozima, u ljeto 2008. Prijedlog Uredbe Rim III biva odbačen.¹⁰⁸ Početkom 2009. bilo je jasno da 10 država članica želi harmonizaciju pravila u vidu unaprijeđene suradnje, te je krajem 2010. godine usvojena Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka.

Europska komisija od samih početaka prihvaća i promiče poveznicu autonomije volje stranaka u kontekstu međunarodnoga razvoda braka. Premda je upravo zbog toga bila pod udarom doktrine koja je zamjerila na pokušaju „obmane“ o općeprihvaćenosti autonomije volje u nacionalnim sustavima država članica, i to pozivajući se na belgijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2004.

104 Explanatory Memorandum to the Commission's Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 17 July 2006 COM (2006) 399 final, 2006/0135 (CNS), str. 3.; Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Brussels, 24.3.2010. COM(2010) 105 final 2010/0067 (CNS), str. 3.

105 Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, Brussels, 14.3.2005., COM(2005) 82 final.

106 Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 17 July 2006 COM (2006) 399 final, 2006/0135 (CNS).

107 Izbor prava je ograničen na: a) pravo države posljednjeg zajedničkog uobičajena boravišta supružnika sve dok barem jedan od njih boravi u toj državi; b) pravo države državljanstva bilo kojeg od supružnika; c) pravo države u kojoj su supružnici u posljednjih 5 godina imali boravište – ova je alternativa odbačena; d) pravo države članice u kojoj je postupak pokrenut. Explanatory Memorandum, op. cit., str. 10.

108 Vidi K. Boele-Woelki, To be or not to be: Enhanced cooperation in international divorce law within the European Union, *Victoria University of Wellington Law Review*, sv. 39, 2008., str. 779.-792., na str. 783.

koji u to područje uvodi autonomiju volje.¹⁰⁹ Doista, tek manjina nacionalnih zakonodavnih rješenja predviđa ograničenu autonomiju za pitanja razvoda braka.¹¹⁰ Nadalje, Prijedlogom Uredbe Rim III iz 2006. zanemaruju se skandinavske države i sustavi *common law* koji na obiteljske predmete primjenjuju isključivo *lex fori*, pa u tom smislu doktrina zagovara traženje kompromisa u modelu spajanja izbora mjerodavnog prava s izborom *lex fori*.¹¹¹ Konačni tekst Uredbe br. 1259/2010. o razvodu braka čini radikalnan odmak od nacionalnih propisa stavljajući autonomiju volje već na samom početku akta.¹¹² Odredba čl. 5. ove Uredbe određuje da bračni drugovi mogu sporazumno izabrati pravo koje će biti mjerodavno za njihov razvod, pod pretpostavkom da je to pravo u skladu s temeljnim načelima Povelje temeljnih prava EU-a i s načelom javnog poretka.¹¹³ Bračni drugovi mogu izabrati jedno od sljedećih prava: a) pravo države zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova u vrijeme sklapanja sporazuma, b) pravo države posljednjeg zajedničkog uobičajenog boravišta bračnih drugova, ako u vrijeme sklapanja sporazuma jedan od njih i dalje tamo živi, c) pravo državljanstva jednog od bračnih drugova u vrijeme sklapanja sporazuma, i d) polazno pravo (*lex fori*). Navedeni sporazum o izboru mjerodavnog prava može se naknadno mijenjati, ali najkasnije do pokretanja postupka pred sudom. Ova odredba nalazi svoje opravdanje u činjenici da se životne okolnosti mogu promijeniti, pa je izbor nekoga prava mogao s vremenom izgubiti ikakvu vezu s tim brakom i bračnim drugovima, zbog čega bračni drugovi mogu optirati za neko drugo pravo od ponuđenih u st. 1., a s kojim u određenom kasnijem trenutku promjene izbora imaju vezu.¹¹⁴ Ukoliko pravo države foruma predviđa

109 F. Pocar, Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio, u: S. Barriati, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007., str. 267.-278., str. 275.

110 U nizozemskom pravu bračnim se drugovima daje mogućnost izbora između prava njihova zajednička državljanstva ili nizozemskoga prava. Nema uvjeta koneksiteta, a dozvoljen je i prešutni izbor prava. Belgijsko pravo (čl. 55. st. 2. Zakona o međunaronom privatnom pravu) određuje da stranke mogu izabrati pravo svojega zajedničkog državljanstva u vrijeme podnošenja tužbe za razvod braka ili belgijsko pravo (*lex fori*). Po španjolskom pravu bračni drugovi stranoga državljanstva mogu izabrati primjenu španjolskog prava ukoliko je jedan od njih španjolski državljanin ili ima uobičajeno boravište u Španjolskoj gdje podnosi i tužbu za razvod braka. Ovdje je dakle izbor usmjeren prema *lex fori*. Njemačko pravo (čl. 14. st. 2. i 3. EGBGB-a) određuje da je autonomija moguća samo u slučajevima u kojima bračni drugovi nemaju zajedničko državljanstvo i niti jedan od njih nije državljanin države njihova zajednička uobičajena boravišta ili su supružnici različita prebivališta. Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM(2005)82 final} /* SEC/2005/0331 final. N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 131.

111 M. Jäntherä-Jareborg, *Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe*, u: J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani (ur.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, 2008. str. 317.-343., str. 342.

112 P. Gruber, *Scheidung auf Europäisch – die Rom III-Verordnung*, IPRax-Vol. 5/2012., str. 381.

113 Toč. 16. preambule Uredbe br. 1259/2010. o razvodu.

114 M. Beyer, *Handlungsfelder der deutschen EU-Ratspräsidentschaft im Familienrecht – Die europäischen Verordnungsvorschläge zum internationalen Scheidungs- und Unterhaltsrecht*, Forum Familienrecht, 2007., str. 20.-27., na str. 23.

mogućnost da bračni drugovi tijekom samoga postupka odrede za mjerodavno pravo foruma, takvo upućivanje mora se sukladno pravilima toga prava zabilježiti u sudskom spisu.

Uredba br. 1259/2010 o razvodu determinira i vrlo važno pitanje materijalne valjanosti sporazuma o izboru prava. Postojanje i valjanost sporazuma ocjenjuje se po pravu koje bi prema Uredbi bilo mjerodavno, ako bi izbor bio valjan. Ipak, ukoliko iz okolnosti slučaja proizlazi da bi bilo nerazumno ocjenjivati valjanost pristanka bračnog druga po pravu koje je izabrano (ako bi izbor bio valjan), bračni drug može se pozvati na pravo države u kojoj se u vrijeme pokretanja postupka nalazi njegovo uobičajeno boravište da bi dokazao da nije dao svoj pristanak.¹¹⁵

Uredba br. 1259/2010 o razvodu braka strogim odredbama o formalnoj valjanosti izbora mjerodavnog prava smjera povećati ozbiljnost i svijest o posljedicama izbora prava te osigurati zaštitu slabijeg bračnog druga.¹¹⁶ Stoga je predviđeno da sporazum o izboru mjerodavnog prava mora biti u pisanom obliku, datiran te sadržati potpise oba bračna druga. Svaka komunikacija elektroničkim sredstvima, koja osigurava trajan zapis sporazuma, smatra se ekvivalentom pisanom zapisu. Ali ako bi pravo države članice u kojoj bračni drugovi imaju uobičajeno boravište u vrijeme sklapanja sporazuma o izboru prava propisivalo dodatne formalne zahtjeve za ovu vrstu sporazuma, ti zahtjevi također moraju ispunjeni. Takva dodatna pravila o formi sporazuma postoje u nekim državama članicama u situaciji u kojoj se sporazum o izboru mjerodavnog prava uključuje u bračni ugovor.¹¹⁷ Ako su uobičajena boravišta bračnih drugova u različitim državama članicama te prava tih država članica predviđaju različite formalne zahtjeve, sporazum će formalno biti valjan ukoliko zadovoljava zahtjevima bilo kojega od tih prava. Ovdje alternativno kolizijsko pravilo stoji u funkciji favoriziranja valjanosti pravnog posla.

Autonomija volje koju EU želi svojim aktima osnažiti svrhovita je samo ako bračni drugovi u potpunosti shvaćaju njezin smisao te je svim građanima EU-a nadohvat ruke barem temeljna informacija o materijalnom i procesnom pravu država članica, čime supružnici postaju svjesni pravnih i društvenih implikacija izbora.¹¹⁸ Ova problematika zaokuplja institucije EU-a,¹¹⁹ a Komisija je stoga još u prijedlogu ove Uredbe njezinim temeljnim načelom proglasila informirani pristanak na izbor prava.¹²⁰ Štoviše, doktrina je predlagala da se predvidi obvezno informiranje bračnih

115 Čl. 6. Uredbe br. 1259/2010 o razvodu.

116 B. Campuzano Diaz, *Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legan Separation via Enhanced Cooperation*, u: B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 23.-44., na str. 43.; N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 133.

117 Toč. 19. Preambule Uredbe br. 1259/2010. o razvodu.

118 Javno dostupne informacije osiguravaju se provedbom Odluke Vijeća 2001/470/EC od 28. ožujka 2001. o uspostavi Europske pravosudne mreže u građanskim i trgovačkim predmetima. Vidi više, Toč. 14.-17. preambule Uredbe br. 1259/2010 o razvodu.

119 Explanatory Statement to the Report of the European Parliament of 19 September 2008, A6-0361/2008., str. 19.

120 Proposal for a Council Regulation (EU) implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, Brussels, 24.3.2010. COM(2010) 105 final 2010/0067 (CNS); str. 11.

drugova o praktičnim implikacijama njihova sporazuma o izboru mjerodavnog prava, ali takvu odredbu Uredba br. 1259/2010. o razvodu braka ne sadržava.¹²¹

5. STRANAČKA AUTONOMIJA ZA ODREĐENE STATUSNE I NASLJEDNE PREDMETE

5.1. O stranačkoj autonomiji kod statuta osobnog imena

Nacionalna pravila o osobnom imenu vrlo su različita, pa je tako i područje pravnog uređenja osobnog imena „bojno polje“ na kojemu se sukobljavaju kulture i pravne tradicije.¹²² „Šepavi“ osobni statusi po pitanju osobnog imena danas su vrlo česti u Europi,¹²³ što potencira pravnu nesigurnost.¹²⁴ Međunarodna komisija za građanska stanja (Commission Internationale de l'Etat Civil – CIEC) odavno je detektirala ujednačavanje kolizijskih normi kao jedinu alternativu, ali CIEC-ova Münchenska konvencija br. 19 o pravu mjerodavnom za imena i prezimena¹²⁵ sa samo četiri ugovornice nije ostvarila značajan utjecaj. Ostaje pronaći adekvatna rješenja nacionalnih kodifikacija međunarodnoga privatnoga prava, a doktrina argumentira da je uvođenjem ograničene stranačke autonomije moguće postići pravu mjeru između potrebe zaštite identiteta vlastitih državljana, istovremeno uvažavajući njihova opravdana očekivanja i njihova temeljna ljudska prava.¹²⁶

Uvodno je rečeno da je preduvjet kolizijskopravne autonomije volje postojanje materijalnopravne autonomije volje za odnosno pitanje. Pokušamo li i u ovoj kategoriji osobnoga imena načiniti poveznicu s materijalnim pravom, evidentno je ovo područje prava podobno za stranačko disponiranje te nacionalni zakoni u domeni osobnog imena fizičkim osobama daju ograničene mogućnosti izbora. Odras te autonomije, nažalost je vrlo oskudan na domenu kolizijskoga prava.

121 C. Kohler, Einheitliche Kollisionsnormen für Ehesachen in der Europaäische Union: Vorschläge und Vorbehalte, *Familie Partnerschaft und Recht*, 2008., str. 193.-196., str. 195.

122 M. Lehman, What's in a name? Grunkin-Paul and beyond, *Yearbook of Private International Law*, sv. 10, 2008., str. 138.; M. Župan, K. Andrić, *Otvorena pitanja identiteta u međunarodnom privatnom pravu – osobno ime (u pripremi za objavu)*.

123 E. Sommer, *Der Einfluss der Freizügigkeit auf Namen und Status von Unionsbürgern*, München, 2009., str. 44. i dalje.

124 Navodi se primjer Španjolca koji je kod sklapanja braka u Njemačkoj izabrao prezime supruge Njemice, države njihova prebivališta. On je na vozačkoj dozvoli nosio njemačko prezime Müller, a na putovnici svoje španjolsko prezime. Zbog dvojnog identiteta osumnjičen je za terorizam te su nastali brojni problemi s policijom i upravom. Literatura upozorava da u Njemačkoj ne postoji propis koji bi obvezivao neko državno tijelo da bračne drugove upozna s potencijalnim opasnostima i posljedicama promjene mjerodavnog prava statuta osobnog imena. J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. izd., Tübingen, 2006., str. 326.-327.

125 Convention CIEC no. 19. *Convention sur la loi applicable aux noms et prénoms*, Munich, 1980., dostupno na <http://www.ciecl.org/ListeConventions.htm>.

126 G. Rossillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009., str. 125.

Takvu odredbu nalazimo u njemačkom Uvodnom zakonu u Opći građanski zakonik (rješenje iz 1994. dopunjeno je 2009.),¹²⁷ švicarskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (1987.)¹²⁸ te belgijskom Zakonu o međunarodnom privatnom pravu (2004.).¹²⁹ Ove su odredbe poslužile pri izradi budućega rješenja hrvatskoga zakona o međunarodnom privatnom pravu, uz značajnu prevagu njemačkoga modela.¹³⁰ Naime, njemačka je sudska praksa još sedamdesetih godina 20. st. otvorila vrata stranačkoj autonomiji u statusnim pitanjima.¹³¹ Doktrina „*umweltbezogenheit*“ koja u prvi plan stavlja ravnotežu pojedinca i njegove društvene sredine poslužila je kao ideja za reformsku promjenu njemačkog EGBGB-a koji godine 1986. uvodi odredbu čl. 10. o izboru mjerodavnog prava kod osobnog imena.¹³² Radi se o pravoj poveznici stranačke autonomije kod izbora prava mjerodavnog za osobno ime bračnih drugova i djeteta.¹³³ Kada su u pitanju bračni drugovi, prilikom ili nakon sklapanja braka, oni mogu u skladu s čl. 10. st. 2. EGBGB-a izabrati pravo mjerodavno za određivanje osobnoga imena. Izbor se provodi zajedničkom izjavom pred domaćim ili stranim matičarom. Nema dodatnih pretpostavki, jedino što se traži je da sve izjave dane nakon sklapanja braka moraju biti javno ovjerene.¹³⁴ Izbor je ograničen na pravo države čije državljanstvo nosi jedan od supružnika (anulira se odredba o isključivosti domaćeg državljanstva kod dvojnih ili višestrukih državljana) ili njemačko pravo ako je uobičajeno boravište jednog od njih u Njemačkoj. *Ratio* autonomije ovdje leži u prilagodbi različitih pravnih sustava. Ako se radi o braku stranaca, neovisno o tome jesu li oboje istoga stranog ili dva strana državljanstva, postoji mogućnost

127 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), In der Fassung der Bekanntmachung vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494, ber. 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27.07.2011 (BGBl. I S. 1600) m.W.v. 04.08.2011.

128 Švicarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987., Schweizerisches Bundesblatt 1988 I 5-60. (njemački službeni tekst); Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987., u Feuille Fédérale, 1988, I (francuski službeni tekst); Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 Dicembre 1987., u Foglio federale, 1988, I, 5. Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987. (talijanski službeni tekst). Engleski prijevod (C. Cornu, S. Hankins, S. Symeonides) objavljen je u American Journal of Comparative Law, sv. 37, 1989., str. 198. i dalje.

129 Belgijski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2004., Le code de droit international privé belge, objavljen je u: J.-Y. Carlier, Le Code belge de droit international privé, Revue critique de droit international privé, sv. 94, 2005., str. 39. i dalje.

130 K. Sajko, H. Sikirić, V. Bouček, D. Babić, N. Tepeš, Teze za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, u: Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava, Informator, Zagreb, 2001., str. 282.; M. Župan, Normiranje mjerodavnog prava za osobno ime - novina hrvatskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, u: T. Deskoski (ur.), "Recent trends in European Private International Law – Challenges for the national legislations of the South East European countries". Skopje, 2012. str. 179-193.

131 BGH 12.5.1971., NJW 1971, 1516, 1518.

132 M. Scherer, Le nom en droit international privé: Étude de droit comparé français et allemand, Paris, 2004., str. 162.-163., 165. i dalje.

133 A. Lindermann, Widersprüche in Art. 10 EGBGB, Frankfurt a. M., 1998., str. 50.

134 J. Kropholler, op. cit., str. 328.

izbora njemačkog prava ako je uobičajeno boravište jednog od njih u Njemačkoj.¹³⁵ Njemačko pravo poznaje autonomiju i u pogledu osobnog imena djeteta, gdje čl. 10. st. 3. EGBGB-a daje alternative izbora iste kao i kod sklapanja braka.

Izbor mjerodavnog prava za osobno ime uz određene nedostatke ima i niz očitih prednosti.¹³⁶ Na taj se način izlazi u susret željama osoba o čijem se imenu radi te se izbjegava „patronatski“ odnos uprave i državnih matrica. Nadalje, osobe koje imaju uobičajeno boravište izvan države svoga državljanstva na ovaj se način mogu prilagoditi društvenoj okolini; kada su članovi jedne obitelji različitih državljanstava oni dobivaju priliku uskladiti vlastita imena. Izbor u sferi osobnog imena nosi i potencijalne opasnosti jer činjenica da se kolizijskopravnom autonomijom može utjecati na izbor svoga imena postaje opasna ukoliko matična država (državljanstva te osobe) ne priznaje taj pravni izbor.

Nerijetko su u nacionalnim zakonima o međunarodnom privatnom pravu odredbe o mjerodavnom pravu za osobno ime izostajale pri normiranju. Iznimaka je tomu donedavno bilo malo,¹³⁷ ali i u ovom pogledu događaju se revolucionarne promjene. S jedne strane, noviji zakoni normiraju ovo područje, a s druge je sudska praksa Suda EU-a i Europskog suda za ljudska prava svojim odlukama po pitanju osobnog imena otvorila niz pitanja s predznakom autonomije volje: od prava na osobni i kulturni identitet¹³⁸ sve do konstitucionalizacije autonomije volje.¹³⁹

5.2. O stranačkoj autonomiji u nasljednom statutu

Sadržajna različitost materijalnih nasljednopравnih poredaka koči unifikaciju.¹⁴⁰ Ipak, otvorenost materijalnog poretka autonomiji volje odavno nudi nasljednom statutu potencijal za poveznicu stranačke autonomije volje. Taj prostor za stranačku autonomiju prepoznaje Haška konferencija još 1989. kod izrade Konvencije o pravu mjerodavnom za nasljeđivanje (dalje Haška konvencija iz 1989.).¹⁴¹ Posljedično

135 M. Nowak, *Der Name der natürlichen Person*, Frankfurt a. M., 2006., str. 119. i dalje.

136 Za argumentaciju *pro* i *contra* izbora prava u pitanju osobnog imena vidi: V. Stoll, *Die Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht*, München, 1991., str. 27. i dalje; Nowak, op. cit., str. 20.-23.; J. Kropholler, op. cit., str. 326.; A. K. Schnyder, *Parteiautonomie in Internationales Namensrecht*, u: J. Basedow i drugi (ur.), *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000., str. 667. i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, Verlag C.H. Beck, 2004., str. 596. Umjesto svih vidi M. Scherer, op. cit.

137 Čl. 10. njemačkog EGBGB-a, čl. 37. švicarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, čl. 36.-39. belgijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu.

138 E. Jayme, *Identité culturelle et intégration: le droit international prive postmoderne*, *Recueil des cours* sv. 251, 1995., na str. 167.; R. Trips-Hebert, *Internationales Privatrecht und Globalisierung*, Berlin, 2003., str. 80.-83.

139 Više o problematici osobnog imena u: M. Župan, K. Andrić, *Otvorena pitanja identiteta u međunarodnom privatnom pravu – osobno ime (u pripremi za objavu)*.

140 S. van Erp, *New Developments in Succession Law*, *Electronic Journal of Comparative Law*, sv. 11, 2007., str. 1.-20., na str. 2.

141 A. R. Benot, *Approach to the Proposal for a regulation of the European Union on succession*,

i neki nacionalni zakoni o međunarodnom privatnom pravu uvode stranačku autonomiju,¹⁴² dok je i Europska unije zauzela fleksibilni stav u izradi pravne stečevine.¹⁴³ Autonomija je u Haškoj konvenciji iz 1989. vrlo ograničena jer se dozvoljava odstupanje od primarnoga vezivanja uz pravo uobičajenog boravišta ostavitelja, i to tako da se izbere pravo državljanstva ostavitelja. Ovom mogućnošću daje se ostavitelju prilika za unošenje veće doze pravne sigurnosti i izvjesnosti u nasljeđivanje, za zaštitu specifičnosti koje pravo državljanstva ostavitelja može sadržavati i njegovanje kulturne i druge veze ostavitelja s domovinom.¹⁴⁴ Navedena Haška konvencija iz 1989. ne uvodi nikakva ograničenja stranačke autonomije kojima bi se uvažile odredbe, primjerice o obveznom nužnom dijelu, koje poznaju neki pravni poredci.¹⁴⁵ Kako je u materijalnom nasljednom pravu jedno od temeljnih problema nalaženje ravnoteže između autonomije volje (ostavitelja) i zaštite članova njegove obitelji,¹⁴⁶ doktrina propitkuje kako zaštititi interese trećih, poglavito ukoliko tu autonomiju protegnemo na kolizijskopravnu autonomiju.¹⁴⁷ Recentno usvojena Uredba Vijeća (EZ) br. 650/2012 od 4. srpnja 2012. o nadležnosti, mjerodavnom pravu, priznanju i ovrsi odluka i javnih isprava u nasljednopravnim stvarima te o uvođenju Europskog uvjerenja o nasljeđivanju¹⁴⁸ stoga sadrži vrlo ograničeni izbor prava, propisuje stroge pretpostavke za formalnu i materijalnu valjanost izbora te dodatno regulira i valjanost i pretpostavke za sporazume o nasljeđivanju.¹⁴⁹

u: B. Campuzano Díaz, M. Czepelak, A. R. Benot, A. R. (ur.), *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011., str. 23.-44., str. 145.

142 Posljedično, autonomija ulazi u nacionalna prava: nasljedni statut poznaje stranačku autonomiju u belgijskom, finskom, talijanskom, nizozemskom i njemačkom pravu. A. Bonomi, *Choice of law aspects of the Future EC Succession Regulation*, u: K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (ur.), *Convergence and divergence in Private international law - Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven & Schulthess*, 2010., str. 157.-173., na str. 167.

143 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, Brussels, 14.10.2009, COM(2009)154 final.

144 A. Bonomi, *Choice of law aspects*, op. cit., str. 166.

145 Ibid, str. 167.

146 A. Bonomi, *Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members*, *Netherlands International Law Review*, sv. 28, 2010., str. 605.-610., na str. 605. Vidi povezane rasprave u K. Boele Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ur.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011.

147 U. Haas, *Die Europäische Zuständigkeitsordnung in Erbsachen*, u: B. Jud (ur.) *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Wien, 2008., str. 127.-150., na str. 148.

148 OJ L 201/107, 27.7.2012.

149 Detaljno vidi u: A. Bonomi, *Testamentary freedom*, op. cit., str. 607.-609.

6. KONSTITUCIONALIZACIJA AUTONOMIJE VOLJE U PRAKSI SUDA EU-A I EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Iako smo vidjeli da autonomija utire svoje mjesto i položaj tradicionalnim metodama kolizijskoga prava, praksa dvaju europskih sudova, Suda EU-a i Europskog suda za ljudska prava, ukazuje na mogućnost da se ona nekim drugim kanalima puno strukturiranije ustoliči. Tradicionalne zasade europskog obiteljskog međunarodnog privatnog prava značajno je nagrizao konstitucionalizirani sustav uzajamnog priznanja i primjena načela zemlje podrijetla (*country of origin*).¹⁵⁰ U tradicionalnom sustavu međunarodnog privatnog prava načelo uzajamnog priznanja funkcionira u aspektu priznanja i ovrhe, dok se strano pravo ne priznaje već primjenjuje.¹⁵¹ Upravo su stoga neke dramatične odluke Suda EU-a otvorile pitanje: nije li priznanje nova međunarodno privatnopravna metoda?¹⁵²

Temeljna ljudska prava i slobode zajamčene pravom EU-a tumače se na način da je zabranjeno odbiti priznanje u tuzemstvu pravnog statusa stečenog u inozemstvu. Ovim načelom pojedinci dobivaju moć izabrati mjerodavni pravni režim, za što neki tvrde da je usklađeno s načelom priznanja osobnog identiteta.¹⁵³ Ovo se pravilo konstitucionalizira. Stranačka autonomija postupno postaje opće načelo i to se događa na konstitucionalnoj razini (doktrina tumači da se cijeli koncept prava podvrgava supremaciji prava EU-a, ali se slično naziva i aktivnost Europskog suda za ljudska prava).¹⁵⁴ Činjenica je da se taj pokret ne ograničava samo na međunarodno privatno pravo, već ima liberalizirajući učinak na cjelokupno obiteljsko pravo. Kaže se da pojedinci dobivaju mogućnost za odabir neprimjene (*opt-out*) nacionalnog obiteljskog režima. Time se način postiže i učinak natjecanja između pravnih sustava pa se zaključuje da stranačka autonomija generira „europsko tržište obiteljskopравnih proizvoda“ („family law products“).¹⁵⁵ Sudska praksa na

150 R. Baratta, *Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, sv. 27, 2006., str. 9.-11; M. Fallon, J. Meeusen, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, *Yearbook of Private International Law*, sv. 4, 2002, str. 45.-46.; R. Michaels, *EU Law as Private International Law? Re-conceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory*, *Journal of Private International Law*, 2006., str. 195.

151 R. Michaels, *The New European Choice-of-Law Revolution*, *Tulane Law Review*, sv. 82, 2008., str. 1629.

152 H. J. Sonnenberger, *Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?*, u: J. Bernreuther, R. Freitag, S. Leible, H. Sippel, U. Wanitze (ur.), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, München, 2010., str. 371.-394., na str. 373.

153 H. Muir Watt, *European Federalism and the "New Unilateralism"*, *Tulane Law Review*, sv. 82, 2008., str. 1985.-1986.

154 W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *Human Rights Law Review*, sv. 9, 2009., str. 397.

155 T. M. Yetano, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, *Journal of Private International Law*, sv. 6, 2010., str. 155.-193., str. 156.

kojoj se ove doktrine temelje nigdje ne navodi stranačku volju, ali se pod krinkom načela priznanja – načela države porijekla skriva ta moć pojedinaca u određivanju pravnog sustava koji im najviše odgovara.

Prva odluka Suda EU-a koja bi se mogla promatrati u kontekstu načela autonomije volje donesena je u predmetu C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd protiv Stephena Grogana i drugih*.¹⁵⁶ Budući da irski Ustav zabranjuje pobačaj, tumačilo se i da je ženama zabranjeno otići u druge države članice EU-a obaviti pobačaj, jednako kao što je zabranjeno i reklamiranje mjesta na kojima se pobačaj može obaviti. Grogan je bio student koji je dijelio letke s informacijama o klinikama u Velikoj Britaniji koje su obavljale pobačaje. Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. (SPUC), ga je tužilo smatrajući da je time kršio Ustav. U kontekstu četiri tržišne slobode, pred Sudom EU-a postavlja pitanje: Je li pobačaj usluga? Sud EU-a tumačio je da je pobačaj medicinska usluga (određena profesionalna aktivnost koja se obavlja uz naknadu i privremenog je karaktera) te je stoga klinika za pobačaje pružala usluge koje su zaštićene europskim pravom koje jamči slobodu pružanja usluga. Sloboda pružanja sukladno praksi Suda EU-a korespondira sa slobodom primanja usluga, što znači da je pojedinci mogu konzumirati neovisno o stavu njihova nacionalnog režima.¹⁵⁷

U problematici osobnog imena nekoliko je zanimljivih predmeta koji se mogu promatrati i iz aspekta autonomije volje u međunarodno obilježenom kontekstu. U predmetu C-148/02, *Carlos Garcia Avello protiv Države Belgije*.¹⁵⁸ Radilo se o španjolsko-belgijskim supružnicima s boravištem u Belgiji. Njihovi sinovi su dvojni državljani, a roditelji su im željeli dati imena sukladno španjolskom pravu. Belgijske vlasti odbile su im upisati imena po španjolskom modelu (dvojne državljanke koji imaju jedno belgijsko i jedno strano državljanstvo tretiraju isključivo svojima). Sud EU-a oslonio se na načelo zabrane diskriminacije te osnažio izbor roditelja. Recentniji je primjer u predmetu C-353/06, *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul protiv Standesamta Niebüll* još više iznenadio stručnu javnost.¹⁵⁹ Činjenično stanje bilo je sljedeće: Leonhard Matthial rođen je u Danskoj, oba su mu roditelja njemačkog državljanstva, otac gospodin Grunkin, a majka gospođa Paul. U Danskoj je za prezime djeteta bilo upisano Paul, ali su roditelji naknadno zatražili izmjenu u Grunkin-Paul. Njemački matični ured kasnije je odbio zahtjev roditelja za priznanjem njegova imena stečenog u Danskoj. Njemački EGBGB određuje da je za ovo pitanje mjerodavno pravo državljanstva djeteta, a sukladno njemačkom pravu kombinacija prezimena oba roditelja nije moguća. U ovom se predmetu radi o

¹⁵⁶ [1991] ECR I-04685.

¹⁵⁷ To bi se moglo protegnuti na sve medicinske usluge vezane na potpomognutu oplodnju, što je učinjeno u engleskom predmetu *Blood*. To otvara vrata, tzv. reproduktivnom turizmu, iako ovdje klauzula javnog poretka zadržava svoju funkciju i unutar prava slobode pružanja usluga na tržištu EU-a. Više vidi J. Zeller, *Reproduktivni turizam u Europi*, u: M. Župan (ur.), *Pravni aspekti prekogranične suradnje i EU integracija: Mađarska – Hrvatska, Osijek-Pecs, 2011.*, str. 579.-591.

¹⁵⁸ [2003] ECR I-11613.

¹⁵⁹ [2008] ECR I-07639.

tipičnom problemu statuta osobnog imena, gdje dvoje državljana jedne države svome djetetu, koje nosi njihovo zajedničko državljanstvo, žele upisati ime koje sukladno njihovom domovinskom pravu nije moguće. Pitanje je: Nije li upravo međunarodna obilježnost predmeta okolnost koja daje priliku da oni u tome uspiju? Sud EU-a u ovom je predmetu odlučio da država članica EU-a ne smije odbiti priznati ime svoga državljanina (koji ima samo njezino državljanstvo) koje je valjano stečeno i upisano u državi članici rođenja i boravišta te osobe, neovisno o tomu radi li se o priznanju imena danog kod rođenja ili naknadno promijenjenog imena. Sud EU-a pri tome ne traži niti minimalnu vezu s poretkom podrijetla imena, već ističe da je relevantno pravo države članice u kojoj se status prvo „kristalizirao“. U pozadini ove odluke osiguravanje je tržišne slobode kretanja.

Da nisu samo odluke Suda EU-a šokantne, potvrđuje predmet *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourg* iz 2007.¹⁶⁰ Tiče se državljanke Luxembourg koja odlazi u Peru posvojiti dijete. U Luxembourg joj vlasti ne priznaju posvojenje jer je sukladno međunarodnom privatnom pravu mjerodavno njezino domovinsko pravo, a prema luksemburškom pravu samohrani roditelj ne može posvojiti. ESLJP odlučuje da odbijanje priznanja odnosa koji je u Peruu realnost predstavlja povredu temeljnog prava na obiteljski život i načela nediskriminacije. ESLJP drži da je pravni status stvoren u inozemstvu postao realnost koju treba priznati. Sud se pritom ne osvrće na činjenicu da je taj pravni status nastao jer je pojedinac za njega optirao, u poretku koji je intenciozno izabrao.

Načelo priznanja statusa stečenog u državi porijekla generira reforme nacionalnih zakona – od potpomognute oplodnje do istospolnih zajednica. Ovakvo koncipirano načelo autonomije volje briše granicu nacionalnog – prekograničnog – supstantivnog – kolizijskog propisa i vraća nas na odbačenu „teoriju stečenih prava“. Funkcija je svakog pravnog sustava zaštita opravdanih očekivanja stranaka. U međunarodnom privatnom pravu zaštita opravdanih očekivanja odražava se upravo zaštitom prava valjana stečenih u drugom pravnom poretku s kojim je osoba u određenoj vezi. *Ratio* ovdje leži u tome da se osoba pouzdala u sadržaj prava koje je vrijedilo u društvenoj sredini u kojoj je određeni pravni odnos nastao. Zaštita opravdanih očekivanja usmjerena je pravnoj sigurnosti, jer osoba u svakom trenutku zna koja su joj prava i obveze. Ali ovo vrijedi samo u onim situacijama kada objektivni kriteriji ukazuju da su stranke mogle opravdano očekivati primjenu određenog prava.¹⁶¹ Opravdano očekivanje svoj legitimitet nalazi u subjektivnoj dobroj vjeri koja se temelji na objektivnoj činjenici koja osobu navodi na ovo očekivanje. Osoba postupa u dobroj vjeri kada prihvaća i poštuje propise pravnog poretka u kojemu određeni pravni akt ili situacija nastaje i biva regulirana, a s kojim postoji razumna veza. Dok za jedne sve ovo otvara prostor tvrdnji da su metode međunarodnog privatnog i postupovnog prava postale instrumenti promicanja

160 ESLJP predmet 76240/01, *Wagner i J.M.W.L. protiv Luxembourg*, 28.6.2007.

161 A. Bucher, *L'attente légitime des parties*, u: I. Meier, K. Siehr (ur.), *Rechtskollisionene. Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag*, Zürich, 1995., str. 95.

ljudskih prava,¹⁶² drugi naglašavaju da su argumentacija ljudskih prava i promicanja samoodređenja pojedinca tek krinke za rješenje koje promiče integraciju pravnih poredaka unutar EU-a!¹⁶³ Nova serija rasprava na ovu temu okosnicom nalazi „pravni pluralizam“, kao realnost koja je izostala iz prethodnih rasprava.¹⁶⁴

7. ZAKLJUČAK

Teorijske rasprave o opravdanosti stranačke autonomije volje u međunarodno obilježenim odnosima ne jenjavaju.¹⁶⁵ Razlika je samo u tomu da je od vremena kada se ona argumentirala „teorijom subjektivnog prava“¹⁶⁶ danas percipirana u diskursu temeljnih ljudskih prava pojedinca, zabrane diskriminacije, zaštite kulturnog identiteta..., sve u globaliziranom svijetu koji postaje “bojno polje“ sukoba različitih pravnih tradicija i pravnih poredaka.

Argumentaciju *pro* i *contra* ove poveznice možemo analizirati tek ako ukažemo na nekoliko parametara bitno determinirajućih za trend njezinog jačanja i izvan diskursa ugovornog i deliktneog statuta. Materijalna je realnost da je svjetska globalizacija dovela do internacionalizacije obitelji. Obitelji se kreću preko granica i trebaju adekvatan prekogranični pravni sustav i pravnu zaštitu. Nadovezuje se parametar pravne realnosti da su materijalnopravni poređci sadržajno različiti. Institucionalna je realnost da EU ima nadležnost i da djeluje kako bi pravnim aktima odgovorila na suvremenu materijalnu realnost te kako bi kompenzirala postojeću pravnu realnost. Autonomija volje u međunarodnom privatnom pravu nalazi svoj prostor i mimo ove tri realnosti, kako je prikazano u posljednjem poglavlju ovog rada koji se dotiče značajnih implikacija praksi Suda EU-a i ESLJP-a koje protezanjem načela „uzajamnog priznanja“ iz sfere *stranih odluka* u sferu *stranog prava* otvaraju prostor opasnom trendu: autonomija volje generira stvaranje europskog tržišta “obiteljskopravnih proizvoda“! Ovim zaključkom u nastavku se fokusiramo na klasična pitanja stranačke autonomije u međunarodnom privatnom pravu.

Rasprostranjenost stranačke autonomije u obiteljskom, statusnom i nasljednom pravu širokog je opsega. Noviji zakonski tekstovi pravne stečevine EU-a i nacionalnih zakona, nomotehničkim pozicioniranjem poveznice stranačke autonomije u funkciji primarnoga kolizijskopravnog vezivanja dodatno je afirmiraju.

162 V. van den Eeckhout, Promoting Human Rights within the European Union: The Role of European Private International Law, *European Law Journal*, sv. 14, 2008., str. 105.-106.

163 E. Jayme, Party autonomy, op. cit., str. 3.

164 J. M. Smits, A Radical View of Legal Pluralism, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/1, str. 6-12.

165 Vidi poseban broj *Nederland Internationaal Privaatrecht (NIPR): International Family Law and Party Autonomy*, NIPR 2012/4, prosinac 2012.

166 F. A. Mann, The Proper Law of a Contract, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 3 1950., str. 60. i dalje: „subjective theory of the proper law: that legal system which, by their express or implied intention, the parties intended to apply“.

Sudska praksa pokazala je izrazitu osjetljivost u svojim argumentacijama – podupirući autonomiju volje praksa fleksibilizira materijalne poretke tako i sustave međunarodnog privatnog prava.

Stranačka autonomija danas je percipirana kao prirodno pravo pojedinca koje u suvremenom multijurisdikcijskom svijetu u sustavu kolizijskih pravila egzistira s određenim ograničenjima. Ova paradigma jednako vrijedi za ugovore i delikte, kao i obiteljskopravnu, statusnu i nasljednopravnu problematiku.¹⁶⁷ Temeljna ograničenja stranačke autonomije kod ugovornog statuta rano su se kristalizirala. Kod osobnih, obiteljskih i statusnih predmeta je tomu nešto drugačije. Naime, u doktrini se propitkuju ograničenja stranačke autonomije, ali proizlazi da je vrlo teška uporaba instituta javnog poretka, te da se međunarodno prisilni propisi ne javljaju u sferi obiteljskoga prava.¹⁶⁸ Ovdje provedena analiza potvrdila je da novi instrumenti pravne stečevine ograničavaju stranačku autonomiju dvojako: propisuju se materijalnopravno ograničenje, koje se veže uz pravni poredak koji bi s odnosom trebao imati najbližu vezu, te se uvode međunarodno prisilni propisi.

Sveprisutna rasprava o granici materijalnopravne i kolizijskopravne autonomije u ugovornom statutu,¹⁶⁹ jednako se može protegnuti i na ovdje razmatrana pitanja. Tomu je tako poglavito u području onih pitanja za koja materijalnopravni poredci prakticiraju ugovorni režim, poput bračnih ugovora ili ugovora o uzdržavanju. Ukoliko bi dakle stranke sklopile bračni ugovor sukladno materijalnom pravu, u međunarodno obilježenom predmetu dozvoljenost bi se takvog materijalnopravnog upućivanja trebala ocjenjivati sukladno pravu koje je mjerodavno za bračnoimovinski režim ili statut uzdržavanja, dakle odnosni *lex causae*.

Usmjerimo li ovaj zaključak na stranačku autonomiju kao poveznicu statusnih, obiteljskih i nasljednih predmeta, zajednički im je nazivnik u činjenici da se uvijek radi o ograničenom izboru. Ograničenje se javlja u vidu mogućnosti izbora između determiniranog broja poveznica koje ukazuju na činjenicu da je pravni odnos i objektivno povezan s određenim pravom, što korespondira temeljnom *ratu* najbliže veze u međunarodnom privatnom pravu. „Ograničena stranačka autonomija“ može se stoga pojmiti kao posebna vrsta spoja subjektivne i objektivne poveznice: stranke doista subjektivnim činom izbora utječu na mjerodavno pravo, ali je mogućnost izbora svedena na one pravne poretke s kojima je odnos ionako u vezi! Stoga se ovdje poštuje temeljeno načelo kolizijskopravnog upućivanja na pravo s kojim je odnos objektivno u najbližoj vezi. Najbliža veza se ostvaruje subjektivnim činom koji individualizira „najbližu vezu“ i ostvaruje ju za svaki pojedini pravni odnos zasebno. Ako za otvorenu, okvirnu poveznicu najbliže veze možemo reći da je sudac u ulozi zakonodavca,¹⁷⁰ tada za ograničenu stranačku autonomiju možemo reći da su stranke u ulozi zakonodavca! Daljnja zajednička karakteristika stranačke autonomije

167 J. Basedow, *Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, sv. 75, 2011., str. 32.-59., na str. 56.

168 T. M. Yetano, *op. cit.*, str. 166.

169 J. Kropholler, *op. cit.*, str. 293.

170 M. Župan, *Pravo najbliže veze*, *op. cit.*, str. 256.

u osobnom, obiteljskom i nasljednom pravu jesu stroge formalne pretpostavke koje imaju funkciju zaštite slabije ugovorne strane, povećanja pravne sigurnosti te osiguranja informiranoga pristanka na izbor prava.

Ključno je da se stranačka autonomija, kao i cjelokupan sustav kolizijsko-pravnog upućivanja ovdje promatranih akata EU-a našao u funkciji pomirbe i kompromisa između onih pravnih poredaka koji za obiteljske i nasljedne predmete preferiraju primjenu prava države foruma, nasuprot onih koji primjenjuju kolizijskopravnu metodu. Naime, ne samo da je široko prakticirana varijanta izbora *lex fori* za mjerodavno pravo, već se i u sprezi s pravilima o međunarodnoj nadležnosti načelno postiže taj učinak te u konačnici govorimo o „funkcionalnom jedinstvu“ unutar pravne stečevine!¹⁷¹ U konačnici valja priznati da je uslijed različitosti kolizijskopravnih rješenja europskih nacionalnih sustava uvođenje autonomije volje jedini mogući kompromis dostupan europskom zakonodavcu. Stoga Jayme otvoreno govori da su argumentacija ljudskih prava i promicanja samoodređenja pojedinca tek krinke za rješenje koje promiče integraciju pravnih poredaka unutar EU-a!¹⁷²

Očit je niz prednosti, ali i nekoliko opasnih nedostataka ove poveznice. Temeljna prednost stranačke autonomije u odnosu na druge poveznice je pravna sigurnost koju dispozicijom stvaraju u svom pravnom odnosu same stranke. Autonomija daje nužnu fleksibilnost i pravednost u pojedinom predmetu.¹⁷³ Stranačka autonomija sve se više gleda i iz perspektive ekonomske oportuniteti u rješavanju međunarodno obilježenih predmeta, koja nije zanemariva.¹⁷⁴ Nasuprot tomu, temeljna opasnost stranačke autonomije leži u mogućnosti da matična država takav izbor ne prizna, uslijed čega nastaju „šepavi“ statusnopravni odnosi i neželjena pravna nesigurnost.

Iz svega proizlazi kako će buduća kapitalna djela ove domene neminovno morati osigurati prostor za nove kategorije pravnih odnosa u kojima autonomija postaje vodeće načelo.¹⁷⁵ Upravo ova poveznica ima potencijal anulirati dio teškoća proizašlih uslijed fragmentiranog europskog međunarodnog privatnog obiteljskog prava.

171 Naime, temeljno je pravilo međunarodne nadležnosti vezano uz kriterij uobičajenog boravišta, dok je i temeljno objektivno kolizijskopravno upućivanje poveznicom uobičajenog boravišta, iz čega proizlazi da sud zapravo primjenjuje svoje pravo. M. Župan, *Dijete u međunarodnom privatnom pravu*, u: B. Rešetar (ur.), *Dijete i pravo*, Osijek, 2009., str. 223.-271., na str. 231, M., Župan, *Određivanje međunarodne nadležnosti u obiteljskopravnim stvarima*, u J. Garašić, (ur.), *Zbornik radova sa međunarodne znanstvene konferencije o europskom građanskom procesnom pravu - aktualna pitanja održane u Zagrebu 27. - 28. rujna 2012.* (u pripremi za tisak).

172 E. Jayme, *Party autonomy*, op. cit., str. 3.

173 G. Rühl, *Party Autonomy in Private International Law of Contracts*, u: E. Gottschalk, R. Michaels, G. Rühl, J. von Hein (ur.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge/New York, str. 153.-183., na str. 153.

174 M. J. Whincop, M. Keyes, *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Aldershot, 2001., str. 38.-42.

175 N. A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, op. cit., str. 131.

Summary

PARTY AUTONOMY IN FAMILY, STATUS AND INHERITANCE MATTERS

This paper deals with the issue of party autonomy in certain areas of private international law, i.e., family law, personal status issue and right of inheritance, in which this correlation has only recently been affirmed. The reader is first introduced to the fundamental problems of the choice of applicable law, shifting the focus later on the specific problem of party autonomy in the area of marital property regime, divorce, child support, determining an individual's name as well as on certain issues of inheritance with an international element. There are several important parameters that lead to the trend of strengthening of the given correlation in the respective fields. The objective reality is manifested in the fact that globalization has led to the internationalization of families moving across borders, and these families are entitled to an effective cross-border legal system and legal protection. Likewise, the parameter of legal reality reflects in significant differences of substantive laws. Finally, there is an institutional reality at the EU level, since the EU has jurisdiction (over cross-border matters) to undertake actions and provide legal tools in order to respond to the contemporary objective reality and to compensate for the insufficiency of the existing legal reality. In technical drafting terms recent pieces of legislation, deriving both from national and EU sources, give party autonomy a primary correlative function thus further affirming its status. By examining these legislative acts it can be concluded that in all of them party autonomy has a twofold restriction: the choice is possible only between several connecting factors that are already closely related to a specific legal relationship, while international mandatory rules are being introduced. The author elaborates both in terms of scholarship and by means of hypothetical examples a set of advantages and disadvantages of party autonomy in the respective legal fields, while drawing on significant practical implications of the rulings of the Court of Justice of the EU and the ECHR which by extending the principle of "mutual recognition" from the sphere of foreign decisions in the sphere of foreign law, make way for a dangerous trend of party autonomy generating in creating a European market of "family law products"!

Key words: *choice of law, party autonomy, family - status - inheritance private international law.*

Zusammenfassung

DIE WAHL DES MAßGEBENDEN RECHTS IN FAMILIEN-, STATUS- UND ERBSACHEN

Die Autorin bearbeitet die Problematik der Parteiautonomie in Bereichen des internationalen Privatrechts, in denen dieser Anknüpfungspunkt vor kurzem im Familien-, Status- und Erbrecht affirmiert wurde. In der Einführung wird der Leser mit Grundproblematik der Wahl des maßgebenden Rechts bekannt gemacht, wonach die Betonung auf konkrete Problemfragen der Willensfreiheit im matrimonialen Vermögensregime, bei der Ehescheidung, beim Unterhalt und bei der Bestimmung des persönlichen Namens und bei machen Erbfragen mit internationalem Element gelegt wird. Einige Parameter sind determinierend für die Stärkung dieses Anknüpfungspunktes im Personalstatut im weiteren Sinne. Es besteht die objektive Realität, dass die Globalisierung zur Internationalisierung der Familien geführt hat, welche sich über die Grenzen bewegen und deshalb das adäquate grenzüberschreitende Rechtssystem und den Rechtsschutz brauchen. Daran schließt sich die rechtliche Realität, dass die materiell-rechtliche Ordnungen dem Inhalt nach unterschiedlich sind. In der institutionellen Realität ist die EU zuständig (für grenzüberschreitende Sachen) und mit ihren Rechtsakten antwortet sie auf die moderne objektive Realität und kompensiert die vorhandene rechtliche Realität. Sie wird auch von neueren Gesetzestexten und *acquis communautaire* sowie auch von Nationalgesetzen durch Positionierung des Gesetztechnik beim Anknüpfungspunkt der Parteiautonomie in Funktion der primären kollisionsrechtlichen Verbindung zusätzlich affirmiert. Die Autorin stellt fest, dass diese Instrumente die Parteiautonomie zweifach begrenzen. Einerseits kann man zwischen einiger dem Rechtsverhältnis sowieso nahen Anknüpfungspunkten auswählen und andererseits werden international gezwungene Verordnungen eingeführt. Indem sie doktrinäre und hypothetische Beispiele angibt, polemisiert die Autorin in allen Forschungssegmenten über eine Reihe von Vor- und Nachteilen dieses Anknüpfungspunktes. Im zweiten Teil der Arbeit geht sie an die bedeutenden Implikationen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts für grundlegende Menschenwerte heran, welche durch die Erstreckung des Grundsatzes „der gegenseitigen Anerkennung“ aus der Sphäre der ausländischen Entscheidungen in die Sphäre des ausländischen Rechts den Raum einem gefährlichen Trend eröffnen, und zwar, dem Trend, dass die Willensfreiheit die Entstehung des europäischen Marktes von „familienrechtlichen Produkten“ generiert!

Schlüsselwörter: *Auswahl des maßgebenden Rechts, Parteiautonomie, Familien- Status- und Erbrecht im internationalen Privatrecht.*

Riassunto

SCELTA DEL DIRITTO APPLICABILE NELLE QUESTIONI FAMILIARI, DI STATUS E SUCCESSORIE

L'autrice considera il problema dell'autonomia di parte in quegli ambiti del diritto internazionale privato dove tale collegamento s'è affermato soltanto in tempi recenti: nel diritto di famiglia, nelle questioni di status e nel diritto successorio. Da prima s'introduce il lettore alla questione fondamentale della scelta del diritto applicabile per poi spostare l'attenzione su questioni concrete circa l'autonomia privata quali il regime patrimoniale dei coniugi, il divorzio, il mantenimento, la determinazione del nome ed alcune questioni di carattere successorio, che hanno elementi internazionali. Vi sono alcuni parametri decisivi che stanno rafforzando tale collegamento nelle questioni di status in senso lato. E' di tutta evidenza che la globalizzazione ha condotto all'internazionalizzazione delle famiglie che si muovono fuori dai confini di un singolo stato e necessitano di un adeguato status giuridico transfrontaliero. Si ricollega il parametro della realtà giuridica che porta a concludere che gli ordinamenti giuridici sono diversi nei contenuti di diritto sostanziale. Sta di fatto che l'UE ha la competenza (per le questioni transfrontaliere) ed opera affinché con gli atti giuridici sia in grado di fare fronte alla realtà materiale contemporanea e di compensare l'attuale realtà giuridica. I testi normativi e l'acquis più recenti dell'UE, ma anche della legislazione nazionale, attraverso la scelta nomotecnica di posizionare l'autonomia privata quale collegamento prioritario di collisione in fondo non fanno che affermare un tanto. L'autrice accerta che tali strumenti limitano l'autonomia privata in due sensi: la scelta è possibile tra alcuni collegamenti che sono comunque vicini nel rapporto giuridico e s'introducono disposizioni cogenti internazionali. In tutti i segmenti della ricerca, l'autrice polemizza, adducendo, quanto esempi di dottrina, tanto ipotetici, sui vantaggi e le lacune di tale collegamento. Nella seconda parte del contributo tratta delle più rilevanti implicazioni della giurisprudenza della Corte dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali, rinviando al principio "del riconoscimento reciproco" dalla sfera delle decisioni straniere nella sfera del diritto straniero, aprono il varco ad un trend pericoloso: l'autonomia privata genera un mercato europeo "di prodotti giusfamiliari"!

***Parole chiave:** scelta del diritto applicabile, autonomia privata, diritto internazionale privato della famiglia, delle questioni di status e delle successioni.*