



OGRANIČENJE AUTONOMIJE VOLJE U UGOVORNIM ODNOSIMA PREMA UREDBI RIM I I ZRSZ²⁴⁷

Alisa Salkić, MA
Prof. dr Rajko Kasagić
Internacionalni univerzitet Travnik u Travniku
alisa.salkic@gmail.com, prof.rajko.kasagic@gmail.com

Sažetak: Ako se može prihvatiti teza da je međunarodno privatno pravo grana prava koja uz pomoć svog sistema propisa i svojom metodologijom osigurava najprikladniji način rješavanja međunarodno obilježenih situacija, tada je autonomija volje negacija najprikladnijeg načina rješavanja navedenih situacija. Naime, ako je temeljno pravilo da se na situaciju povezanu s dva pravna poretka ili s više njih primijeni ono pravo s kojim je ta situacija u najbližoj vezi, to znači da će primjena najbližeg prava dati najprikladnije rješenje. S druge strane, izbor ugovornih stranaka ima smisla samo ako nema kao posljedicu primjenu najbližeg prava, jer bi se ono ionako primijenilo kad ne bi bilo izbora. To opet znači da izabrano pravo nikada neće biti najbliže, a rezultat toga je da neće biti postignuto najprikladnije rješenje. Dakako, sve su to pojednostavljena teorijska razmišljanja, no najnovije pravo Uredbe Rim I pokazuju da se razvoj načela autonomije volje ugovornih stranaka kreće u smjeru izvjesne korekcije. Važno je istaknuti da se ta korekcija usmjerava prema afirmaciji načela najbližeg prava, jer se i pri izboru mjerodavnog prava koje nije najbliže sve više uzimaju u obzir zaštitni prinudni propisi najbližeg prava.

Ključne riječi: međunarodno privatno pravo, autonomija volje, najbliže pravo, prinudni propisi

RESTRICTION OF AUTONOMY OF WILL IN CONTRACTUAL RELATIONS ACCORDING TO THE REGULATION ROME I AND LAW ON INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Abstract: If we can accept the thesis that the international private law is a branch of law that with the help of its system of regulations and its methodology ensures the most appropriate way of resolving the international situation, then the autonomy of will is the negation of the most appropriate way of resolving these situations. Namely, if the fundamental rule that the situation related to two legal order or with several of them apply that law with which the situation is closely connected, this means that the application of the closest law provide the most appropriate solution. On the other hand, the choice of the contracting parties makes sense only if there is no as a result the application of the closest law, because it is already applied if there was no choice. This again means that the chosen law will never be the closest, and the result is that will not be achieved the most suitable solution. Of course, these are all simplified theoretical thinking, but a new right to the Regulation Rome I shows that the development of the principle of autonomy of will of the parties moving in the direction of certain corrections. It is important to point out that this correction is directed towards the affirmation of the principle of the closest law because and in the choice of the applicable law

²⁴⁷ Zakon o rješavanju sukoba zakona.



which is not the closest increasingly take account of protective compulsory regulations of closest law.

Keywords: international private law, autonomy of will, closest law, compulsory regulations

1. Uvod

Ukoliko bismo autonomiju volje ugovornih strana u međunarodnom privatnom pravu shvatili doslovno i apsolutno mogli bismo doći do zaključka da je takva sloboda izbora zapravo negacija temeljnog načela međunarodnog privatnog prava koje nalaže primjenu najbližeg prava na međunarodno obilježenu situaciju. Biti svjestan neophodnosti i postojanosti ograničenja autonomije volje, svakako, ne znači uskraćivanje strankama prava da izaberu mjerodavno pravo, ali je apsolutno prihvatljivo stajalište da se pri tome moraju u obzir uzeti prisilni propisi i javni poredak države sa kojom je ugovorni odnos u najbližoj vezi.

Kada se došlo do zaključka da važeće načelo statutarne škole *lex loci contractus*²⁴⁸ nije prikladno i da stvara teškoće strankama i rastućem razvoju trgovačkih odnosa općenito, jer strankama nije uvijek pogodovala primjena prava mjesta sklapanja ugovora, a katkada je takva poveznica nalagala poduzimanje dugotrajnih i napornih putovanja, počeli su se činiti prvi koraci ka davanju strankama slobode određivanja mjerodavnog prava za njihov ugovor. Tada se načelo autonomije volje razvijalo snažno sve tamo do unatrag tridesetak godina kad je bila spremna za potpisivanje Rimska konvencija. Autonomija volje je tačka vezivanja koja ovlašćuje stranke da učine izbor mjerodavnog prava koje će se primjeniti za regulisanje njihovog ugovornog odnosa. Preciznije, sa gledišta pozitivno-pravnog sistema autonomija volje je tačka vezivanja, a sa gledišta stranaka ona je subjektivno pravo koje se sastoji iz opisanog ovlaštenja.²⁴⁹ Dakako, mnoga pitanja morala su biti temeljito raspravljena, npr. trebalo je u prvom redu dati odgovor na osnovno pitanje koje se odnosi na pravnu prirodu autonomije volje, zatim na eventualna ograničenja i razne uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi ugovorne stranke mogle realizirati slobodu izbora mjerodavnog prava za ugovor. Što se tiče prirode autonomije volje, ona se odnosi na pitanje temelja iz kojega autonomija volje proizlazi.

Dva su moguća odgovora. Prvo, autonomija volje proizlazi iz samog sporazuma ugovornih stranaka, a drugo, autonomija volje proizlazi iz propisa koji dopuštaju autonomiju volje. Dakako, danas prevladava stajalište da autonomija volje ima svoj temelj u propisu koji dopušta da stranke same odrede pravo koje će biti mjerodavno za njihov ugovor.²⁵⁰ Pravna osnova autonomije volje nedvojbeno je nacionalni zakon, što u praktičnom životu dokazuje postupanje sudova svih vrsta. Prije bi se moglo reći da je načelo slobode stranaka da izaberu pravo koje će biti mjerodavno za njihov ugovor postalo općeprihvaćeno i zato se može utvrditi da je autonomija volje univerzalno načelo prihvaćeno od svih pravnih poredaka.

²⁴⁸ Lex loci contractus - pravo mjesta zaključenja ugovora.

²⁴⁹ T. Varadi/ B. Bordaš/ G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad 2005, 363.

²⁵⁰ D. Klasiček, "Autonomija u međunarodnom privatnom pravu-novije tendencije", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 56 (2-3)/2006, 691, http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=8228 (21. februar 2011.)



Danas se može reći da se načelo autonomije volje ne odnosi samo na ugovorni status, već se sve više prihvaća i u drugim dijelovima međunarodnog privatnog prava. Dakako, autonomija volje izvan ugovornog statuta dosta je još više ograničena i uglavnom je riječ o slobodi izbora nekog od alternativno predviđenih prava.

2. Javni poredak i načelo autonomije volje

Jedna od temeljnih karateristika javnog poretka sastoji se u tome da se primjenjuje iznimno i da pozivanje na javni poredak mora biti veoma rijetko i dobro obrazloženo.²⁵¹ Znači da se institut javnog poretka iznimno primjenjuje i na taj se način ne prihvaća primjena stranog prava koje je postalo mjerodavno na temelju upućivanja domaćeg kolizijskog pravila. Do neprimjene stranog prava, pozivom na javni poredak, dolazi zbog toga što bi učinak primjene konkretnog stranog prava mogao narušiti neku od temeljnih vrijednosti domaćeg pravnog ili političkog poretka. U teoriji se također ističe načelo relativnosti javnog poretka.²⁵² Gledanje na pojedine vrijednosti, dakako, podložno je društvenom razvoju, a to znači i promjenama. Stoga se u pravilu institut javnog poretka ne definira precizno. Određuje se općenitim pojmovima, a forum primjene (sud ili neko drugo tijelo) ispunjava definiciju konkretnim i preciznim sadržajem. Zato se i kaže da je odredba koja se odnosi na javni poredak blanketno pravilo koje ispunjava forum u konkretnom slučaju. Naime, države se ne žele vezati za određenu preciznu definiciju koju bi trebalo katkada mijenjati u relativno kraćim vremenskim razmacima. Od prvih početaka, kad se javila svijest o potrebi postojanja instituta koji bi omogućio da se strano pravo ne primijeni u konkretnom slučaju jer bi učinak takve primjene mogao narušiti temeljne vrijednosti domaćeg poretka, glavna funkcija instituta javnog poretka jest neprimjena stranog prava. Zato se klauzula javnog poretka u doktrini često opisuje kao brana kojom se spriječava unošenje u domaći pravni sistem neprihvatljivih vrijednosti i načela iz stranih pravnih sistema.²⁵³

Kad je riječ o javnom poretku, treba pojasniti da javni poredak neke zemlje predstavlja skup najznačajnijih temeljnih pravnih, moralnih i političkih načela koja određuju pravnu i demokratsku fizionomiju te države. S druge strane, institut javnog poretka je institut međunarodnog privatnog prava koji omogućuje forumu da ne primijeni ili ne prizna učinke neprihvatljivog stranog prava.²⁵⁴ Dakle, što je više jačala potreba primjene stranog prava na rješavanje međunarodno obilježenih situacija, bila je sve prisutnija potencijalna opasnost da se sud ili drugo tijelo primjene suoči s činjenicom da mora primijeniti neprikladno strano pravo koje bi moglo narušiti temeljne vrijednosti domaćeg poretka. Stoga se može reći da je istodobno s razvojem međunarodnog privatnog prava morao jačati i mehanizam koji bi legalno omogućivao neprimjenu neprikladnog stranog prava. Dakako, to je institut javnog poretka koji je, sa svojom svrhom zaštite, ujedno i omogućio bjanko prihvaćanje primjene stranog prava. I na kraju, mehanizam se može pojednostavljeno opisati tako da se javni poredak neke zemlje štiti u međunarodnom privatnom pravu uz pomoć instituta javnog poretka.

²⁵¹ E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006, 110.

²⁵² D. Klasiček, 696 fn. 38.

²⁵³ M. Živković/ M. Stanivuković, *Međunarodno privatno pravo-opći dio*, 2. izmjenjeno i dopunjeno izd., Javno preduzeće "Službeni glasnik", Beograd 2006, 305.

²⁵⁴ D. Klasiček, 696.



3. Prinudni propisi u međunarodnom privatnom pravu

Unutar svakog pravnog sistema postoje propisi koji, usljed svoje naročite svrhe odnosno naročitog značaja s obzirom na svoju materijalnu sadržinu, zahtijevaju bezuvjetnu primjenu, i koji, kao takvi, moraju biti izvan domašaja kolizionog mehanizma. Takvi domaći propisi moraju biti pred organima domaće države primjenjeni uvijek, bez obzira na mjerodavno pravo prema kolizionim normama foruma.²⁵⁵ Skupina propisa koju nazivamo prinudni propisi (prisilni) ili *ius cogens* prilično je brojna. Istina, u nekim granama prava svi su propisi prinudni (ustavno pravo, krivično i sl.), dok je broj prinudnih propisa u ugovornom statutu znatno manji. Dakako, prinudni propisi nemaju svi jednak značaj.

Može se reći da se u internom pravnom prometu svi prinudni propisi moraju primijeniti, dakle moraju se poštovati. U međunarodnom privatnom pravu pri rješavanju situacija koje su međunarodno obilježene tijelo primjene primjenjuje strano pravo kao pravo, što znači da primjenjuje i prinudne propise stranog prava. No, unatoč tome, tijelo primjene primijenit će svoje prisilne propise koji spadaju u domaći javni poredak.

Iz svega se može izvesti zaključak da u mehanizmu funkcioniranja međunarodnog privatnog prava postoji kategorija prinudnih propisa koji imaju funkciju zaštite domaćeg javnog poretka zbog čega ih tijelo primjene mora primjenjivati zajedno s odredbama *lex causae*.²⁵⁶ Istodobno postoji kategorija prinudnih propisa koji nemaju zaštitnu funkciju, pa tijelo primjene takve prinudne propise primjenjuje u okviru stranog mjerodavnog prava zajedno s ostalim propisima koji čine *lex causae*. Dakako, u unutrašnjem pravnom prometu takvi se prinudni propisi domaćeg prava moraju poštovati. Radi se dakle o naročitim, ili sa aspekta domaće države naročito značajnim propisima koji se zbog svoje bliske veze sa organizacijom i funkcioniranjem države posmatraju kao poseban korpus pravnih normi i zato ne smiju biti ovisni o uputama kolizinih normi.²⁵⁷

4. Rimska konvencija, Uredba Rim I i ZRSZ

Rimska konvencija nedvojbeno je dokument koji je zadao najteži udarac načelu autonomije, jer je odredbom člana 7. uređeno prvo značajnije ograničenje u, moglo bi se reći, univerzalno načelo slobode ugovornih stranaka da za svoj ugovor odrede mjerodavno pravo. Otvorena za potpisivanje u Rimu 19. juna 1980. predstavlja logičan nastavak Briselske konvencije o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima od 27. septembra 1968. Stupila je na snagu 1. februara 1973.²⁵⁸ Rimska konvencija izvorno je napisana na francuskom, njemačkom i engleskom jeziku, međutim službeni su tekstovi također tekstovi na jezicima svih država članica koje su ratificirale Konvenciju u okviru Europske unije.

²⁵⁵ E. Muminović, 111.

²⁵⁶ *Lex causae*- mjerodavno pravo za ugovor, izabrano pravo.

²⁵⁷ E. Muminović, 112.

²⁵⁸ D. Klasiček, 706.



Uredba (EZ) br. 593/2008. Evropskog parlamenta i Vijeća donesena je 17.6.2008. godine i odnosi se na mjerodavno pravo za ugovorne obaveze. Donošenjem Uredbe nastoji se modernizirati rješenje Rimske konvencije.

4.1. Autonomija volje stranaka – izbor mjerodavnog prava

Stranke mogu izabrati mjerodavno pravo za svoje ugovorne obaveze²⁵⁹. Takav pristup ima i Uredba²⁶⁰ kao i ZRSZ²⁶¹. Međutim autonomija volje stranaka ograničena je na više načina, o čemu će poslije biti više riječi. Ovdje uvodno navodimo ograničenje pri uređivanju određenih vrsta ugovora, i to potrošačkih ugovora, pojedinačnih ugovora o radu; takve vrste ugovora, radi zaštite slabije ugovorne stranke, utvrđuju posebna kolizijska pravila koja su za te stranke povoljnija nego opća ugovorna pravila. Izbor prema Konvenciji i Uredbi treba biti izričit ili dovoljno sigurno proizlaziti iz ugovornih odredaba ili iz okolnosti slučaja.

Po kojem se pravu prosuđuje postojanje i valjanost izbora mjerodavnog prava?

Konvencija daje više rješenja. Po čl. 3. st. 4., za materijalnu valjanost (*existence and material validity*) takvog sporazuma o izboru mjerodavnog prava upućuje se na čl. 8., za oblik na čl. 9. te za ocjenu sposobnosti/nеспособnosti na čl. 11. Slična rješenja utvrđuje Uredba²⁶² što se tiče materijalne valjanosti²⁶³ i stranačke sposobnosti²⁶⁴, no odredbe o obliku ugovora Uredba uređuje na drugačiji način. Postojanje i valjanost bilo koje ugovorne odredbe, pa tako i sporazuma o izboru prava, prosuđuje se po mjerodavnom pravu koje bi trebalo primijeniti ako bi odredba bila valjana.

Ako su dakle stranke izabrale primjenu prava države X, navedena se pitanja postojanja i valjanosti tog izbora prosuđuju po izabranom pravu. Što se tiče pitanja sposobnosti/nеспособnosti, radi zaštite pravnog prometa i promicanja *bona fidae*²⁶⁵ postupanja, ako se ugovor zaključuje između osoba koje se nalaze u istoj državi, fizička osoba koja bi bila sposobna po pravu te države ne može se pozivati na svoju nеспособnost po pravu druge države, osim ako je u trenutku zaključenja ugovora druga ugovorna stranka znala za njezinu nеспособnost ili ju je previdjela zbog svoje nemarnosti.

Razlike između Konvencije i Uredbe, i pored izvjesnih sličnosti, očite su što se tiče više njihovih kolizijskih rješenja o obliku ugovora. Uredba, kao i Konvencija, pravi razliku između ugovora zaključenih između osoba koje se nalaze u istoj državi i onih ugovora koje zaključuju osobe što se nalaze u različitim državama, s tim da predviđena rješenja nisu ista. Konvencija u oba slučaja ostavlja uži izbor mjerodavnog prava, dok Uredba u stavu 1. daje sljedeća alternativna rješenja: upućuje na pravo koje je po Uredbi mjerodavno za materijalno pravo ili pravo države u kojoj je ugovor zaključen. U stavu 2. ponovo upućuje na mjerodavnost prava koje je po Uredbi mjerodavno za materijalno pravo, na pravo države u kojoj se nalazi jedna od stranaka ili njezin zastupnik u času zaključenja ugovora ili pravo države u kojoj jedna od stranaka ima redovno boravište u navedeno vrijeme. Nadalje, Uredba za oblik jednostranog

²⁵⁹ Čl. 3. st. 1. Konvencije.

²⁶⁰ Čl. 3. st. 1. Uredbe.

²⁶¹ Čl. 19. ZRSZ.

²⁶² Čl. 3. st. 5.

²⁶³ Čl. 10.

²⁶⁴ Čl. 13.

²⁶⁵ Bona fidae – dobra namjera.



pravnog posla utvrđuje uz alternativna kolizijska pravila *legis contractus*, *lex loci contractus*, što ih propisuje i Konvencija, propisuje i mjerodavnost prava države u kojoj osoba koja ga je zaključila ima u vrijeme zaključenja ugovora svoje redovno boravište.

Kada je upitanju ZRSZ, zakonodavac nije pravio razliku između materijalne i formalne valjanosti ugovora. S obzirom na činjenicu da su u nacionalnom Zakonu ugovor i drugi pravni poslovi regulisani sa svega 7 članova, to i ne iznenađuje. Sposobnost fizičkih lica je regulisana, općenito, članom 14. i postoji izvjesna sličnost sa članom 13. Uredbe: lica koja su stekla poslovnu sposobnost po pravu jedne države, ne mogu je izgubiti po pravu druge države niti se na to pozivati.

4.2. Opseg izbora mjerodavnog prava

Po Konvenciji i po Uredbi, stranke mogu izabrati bilo koje pravo, pa i ono koje nije povezano s njihovim ugovorom. Stranke mogu podvrgnuti svoj ugovor pod mjerodavno pravo u cjelini ili samo što se tiče dijela ugovora. Takav djelomični izbor nije praktičan, pa vrlo rijetko dolazi do primjene.²⁶⁶ Kakvo se rješenje nameće u slučaju kad su stranke samo dio ugovornih odnosa podvrgle pod određeno pravo, dakle kad je riječ o podjeli mjerodavnog prava?

Primjer:²⁶⁷

Stranke su ugovorile primjenu prava države A samo što se tiče ocjene posljedica ništavosti njihova ugovora. Po kojem se pravu prosuđuju sva ostala pitanja koja ulaze u područje ugovornog statuta? Smatramo da na ta pitanja treba primijeniti pravo države koje je po Uredbi mjerodavno na osnovu navedenih kolizijskih pravila, i to čl. 4. i dalje.

Konvencije odnosno Uredba dopuštaju i naknadni izbor mjerodavnog prava; to podrazumijeva mogućnost promjene već postojećeg izbora ili prvi put biranje mjerodavnog prava. Takav izbor, zavisno od stranačkog sporazuma, djeluju *ex nunc* ili *ex tunc*; praktičnije je dakako da djeluju od časa zaključenja ugovora, jer u protivnom dolazi do primjene dva pravna režima - primjene jednog prava od časa zaključenja ugovora do izbora drugog prava te primjena tog drugog prava od časa sporazuma o izboru tog novog prava. Svaka navedena promjena treba biti u skladu s odredbom čl.11. što se odnosi na oblik ugovora te se promjenom ne smije štetno utjecati na prava trećih osoba. Primjena pravila izabranog prava može se po čl. 15. Konvencije odnosno po čl. 20. Uredbe isključiti ako bi takva primjena bila očito protivna javnom poretku države foruma, tj. države suda koji rješava predmet.

Djelomični izbor kao i naknadni izbor mjerodavnog prava za ugovor u ZRSZ nije regulisan. Načelo stranačke dispozicije, koje prevladava u materiji ugovornih odnosa, nameće rješenje prema kojem bi stranke mogle ili mijenjati, ili tek uspostaviti sporazum o mjerodavnom pravu i u toku sudskog odnosno arbitražnog postupka, sve do zaključenja glavne rasprave.²⁶⁸ Mogućnost djelomičnog izbora mjerodavnog prava ima podršku u međunarodnom privatnom pravu, pa se smatra da takvo stanovište treba prihvatiti i za nacionalno pravo.²⁶⁹

²⁶⁶ K. Sajko, "Evropsko međunarodno privatno pravo ugovornih obaveza de lege lata i ferenda", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 56/2006, 727, <http://hrcak.srce.hr/6464> (21. februar 2011.)

²⁶⁷ Ibid., 728.

²⁶⁸ E. Muminović, 226.

²⁶⁹ Ibid., 227.



4.3. Objektivna poveznica

Ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, Konvencija, Uredba i ZRSZ propisuju primjenu podrednog prava. Njihova rješenja znatno se razlikuju. Po Konvenciji, u navedenom slučaju utvrđuje se, primjena prava države s kojom je ugovor najuže povezan. Uz navedeno opće načelo primjene prava najbliže veze, Konvencija utvrđuje razne presumpcije koje konkretiziraju navedeno načelo s obzirom na najvažnije tipove ugovora; drugim riječima, presumpcije konvencijski konkretiziraju *najbližu vezu*. Međutim te presumpcije pravno su nevažne ako iz svih okolnosti u konkretnom slučaju izlazi da ugovor ima bližu vezu s nekom drugom državom.²⁷⁰ Jednako rješenje o oborivosti presumpcije o najbližoj vezi propisuje npr. čl. 20. nacionalnog Zakona BiH.²⁷¹ Upućuje se dakle na pravo države s kojom ugovorna stranka koja izvršava *karakterističnu činidbu*²⁷² u relevantno vrijeme ima najbližu vezu. Kod dvostrano obaveznih ugovora to nije plaćanje, već su to materijalna i uslužna davanja; po tim davanjima utvrđuje se ugovorni tip (npr. ugovor o prodaji, djelu, punomoći, zajmu). Međutim za sve vrste ugovora ne može se takva radnja utvrditi, ili se može utvrditi, ali s većim teškoćama (tako za mješovite ugovore, npr. za paušalne ugovore o putovanju). Uz to katkada konvencijska rješenja, odstupaju od upućivanja na osnovi karakteristične činidbe zbog davanja prednosti zaštiti slabije ugovorne stranke, što je u skladu s općom tendencijom takve zaštite u materijalnom i kolizijskom pravu.²⁷³

Kod znatnog broja tipskih ugovora bez teškoća se može utvrditi karakteristična činidba. Tako npr. prodaju karakterizira činidba prodavca, kod najma odnosno zakupa činidba najmodavca odnosno zakupodavca, kod trgovačkog zastupanja trgovačkog zastupnika, kod zajma zajmodavca.

Konvencija, jednako kao i moderne kolizijske norme o ugovornom statutu, lokalizira karakterističnu činidbu - povezuje ju s određenim pravnim poretkom s kojim u relevantno vrijeme ugovorna stranka koja je obavlja ima određenu teritorijalnu vezu; relevantno je vrijeme zaključenja ugovora. Pri tome Konvencija razlikuje neposlovnu i poslovnu djelatnost navedene stranke. Kod neposlovne djelatnosti upućuje se na redovno boravište takve osobe, a ako je ona trgovačko društvo ili udruženje, na mjesto njezine glavne uprave. Ako je riječ o poslovnoj djelatnosti, upućuje se na mjesto gdje se nalazi glavno poslovno mjesto ili u kojem se nalazi drugo poslovno mjesto, ako prema ugovoru navedenu djelatnost treba izvršiti putem tog poslovnog mjesta

Konvencija utvrđuje odstupanje od primjene *karakteristične činidbe* što se tiče dvije vrsta situacija: 1. ako se ne može utvrditi karakteristična činidba, i 2. ako iz svih okolnosti proizlazi da ugovor ima bližu vezu s nekom drugom državom. Već smo naveli da se kod nekih dvostrano obaveznih atipičnih ugovora ne može utvrditi karakteristična činidba.

U prvom slučaju se odstupa od navedene poveznice te se mjerodavno pravo utvrđuje uzimanjem u obzir drugih relevantnih okolnosti, kao npr. zajedničko redovno boravište

²⁷⁰ Čl. 4. st. 5.: Pretpostavke iz stavaka 2., 3. i 4. ne vrijede, ako iz svih okolnosti izlazi da ugovor ima bližu vezu s nekom drugom državom.

²⁷¹ Ako nije izabrano mjerodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, kao mjerodavno pravo primjenjuje se :

²⁷² Za afirmaciju teorije o karakterističnoj prestaciji najzaslužnijim se smatra Schnitzer. Pod njegovim utjecajem prvi put je primjenjena pred švicarskim Federalnim sudom 1952. godine.

²⁷³ K. Sajko, 729.



stranaka, zajedničko državljanstvo i/ili pravo države izvršenja ugovornih obveza. U drugom slučaju presumpcija da se najbliža veza utvrđuje na osnovu primjene karakteristične činidbe je oboriva - riječ je o *praesumptio iuris*. Ako se dakle utvrdi da postoji bliža veza s pravom neke druge države, tada treba primijeniti njezino pravo. Nadalje: ako je predmet ugovora stvarno pravo na nekretnini ili pravo korištenja nekretninom, ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, podredno se to pravo ne određuje primjenom teorije karakteristične činidbe, već se presumira da je takav ugovor u najužoj vezi s pravom države gdje nekretnina leži, pa se stoga upućuje na *lex rei sitae*.²⁷⁴ Dakle ne uzima se subjektivni kriterij - koja ugovorna stranka daje karakterističnu prestaciju, već objektivni, tj. mjesto predmeta ugovora. No i ta presumpcija - najuže veze s pravom države *situsa* nekretnine je oboriva; ako se u konkretnom slučaju utvrdi da takav ugovor ima bližu vezu s pravom neke druge države, dolazi do primjene prava te države. Dakako da se tako određeno mjerodavno pravo odnosi na obveznopravne aspekte ugovora, a ne i na stvarnopravne, jer se oni ocjenjuju po *legis rei sitae*.

Daljnje odstupanje - ugovori o prijevozu robe. Za njih se pretpostavlja da imaju najbližu vezu s državom u kojoj prijevoznik u vrijeme zaključenja ugovora ima glavno poslovno mjesto, ako se u toj državi nalazi mjesto ukrcaja, iskrcaja ili glavno poslovno mjesto pošiljaoca. Navedena je presumpcija oboriva; ako se u konkretnom slučaju utvrdi bliža veza s nekim drugim pravom, dolazi do primjene tog prava.

Kakva rješenja o navedenim pitanjima utvrđuje Uredba?

Ponavljamo: Uredba propisuje drugačiji sistem određenja podrednog mjerodavnog prava. Za razliku od Konvencije, Uredba određuje u većini vrsta situacija mjerodavno pravo poveznicom *redovnog boravišta* ugovorne stranke koja obavlja karakterističnu činidbu, pri čemu isključuje dokazivanje o postojanju bližeg prava; iznimke se odnose na ugovore o stvarnim pravima na nekretnini ili o pravu korištenja nekretninom, za što se u pravilu propisuje mjerodavnost *legis rei sitae*.

Riječ je o sljedećim rješenjima:

Za ugovor o prodaji, ugovor o pružanju usluga, ugovor o prijevozu, kao i ugovor o franchisingu i distribuciji mjerodavno je pravo ugovorne strane koja čini karakterističnu radnju, a to je pravo redovnog boravišta prodavaoca, pružatelja usluga, prijevoznika, davatelja franchisinga, distributera.²⁷⁵

Za ostale vrste ugovora, koji nisu obuhvaćeni prethodnim odredbama, mjerodavno je po čl. 4., st. 2. Uredbe pravo države u kojoj ugovorna stranka koja izvršava karakterističnu radnju ima u času zaključenja ugovora svoje redovno boravište. Ako se takva radnja ne može utvrditi, mjerodavno je pravo države s kojom ugovor ima najbližu vezu.

Uredba u vezi s upućivanjem na pravo redovnog boravišta u pravilu ne definira taj pojam, pa to treba činiti na uobičajen način u međunarodnom privatnom pravu država članica Unije. Iznimka se odnosi na situacije u kojima fizička osoba zaključuje ugovor u okviru svoje poslovne djelatnosti; tada se njezino poslovno nastanjanje smatra njezinim redovnim boravištem. Međutim za pravne osobe utvrđuje da je njihova takva teritorijalna veza, tj. njihovo redovno boravište, tamo gdje je mjesto njihove središnje uprave. Što se tiče podružnica i poslovnica pravnih osoba, ako te tvorevine zaključuju ugovor ili ako je izvršenje

²⁷⁴ Lex rei sitae – mjesto gdje nekretnina leži.

²⁷⁵ Čl. 4. st. 1. t. a), b), e), f), i čl. 5 stav 1.



ugovora njihova odgovornost, mjestom njihova redovnog boravišta. Uredbe smatra se mjesto njihovog nastanjivanja.

Konvencija i Uredba sadržavaju, uz određene različitosti, odstupanja od primjene izabranog prava i kada je upitanju zaštita određenih vrsta ugovornih stranaka, i to potrošača i posloprimaca. Konvencija propisuje da se izborom prava ne može lišiti te vrste ugovornih stranaka one zaštite koju im daju određeni prinudni propisi, i to što se tiče potrošača, države njihova redovnog boravišta, a što se tiče posloprimaca, pravo države koje bi bilo podredno mjerodavno, dakle u slučaju da se stranke nisu sporazumjele o mjerodavnom pravu.

Na kraju navodimo odstupanje iz čl. 9. st. 6. Konvencije odnosno čl. 11. st.5. Uredbe, po kojem se upućuje na prinudna pravila (u Konvenciju su tako i navedena, dok Uredba samo spominje pravo države) *legis situs* što se tiče oblika ugovora o nekretnini.

Što se tiče ZRSZ čl. 20. određuje način određivanja mjerodavnog prava u slučaju da stranke nisu izabrale mjerodavno pravo i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo, primjenom prava države prebivališta, odnosno sjedišta one stranke koja vrši karakterističnu činidbu. Mislim da ovaj dio odredbe "...i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo..." ostavlja prostora za primjenu načela najbliže veze iako ono nije posebno kao takvo regulisano ovim Zakonom. Osim toga, ZRSZ nije pružio nikakvu dodatnu i bolju zaštitu određenim ugovornim strankama, kao što je to učinila Uredba.



Zaključak

Kad Bosna i Hercegovina (BiH) postane članica Evropske unije, cjelokupni corpus prava Unije postat će pozitivno pravo BiH, pa tako i rješenja što ih sadržava Uredba. Postavlja se pitanje treba li u međuvremenu, dakle do tog vremena, mijenjati, dopunjavati ZRSZ (Zakon o međunarodnom privatnom pravu) iako BiH nema međunarodne obaveze prilagođivanja kolizijskog prava s pravom Evropske unije, uzimanjem u obzir modernih rješenja što ih sadržava Uredba? Razlika u regulisanju ugovornih odnosa u ZRSZ i Uredbi je ogromna. Uredba detaljnije i opširnije reguliše ugovorne odnose i samim tim pruža veću zaštitu ugovornim stranama koja se mogu pozivati na odredbe Uredbe. Ukoliko, u skorije vrijeme, dođe do promjene nacionalnog Zakona BiH sigurno je da će se promjene vršiti u skladu sa rješenjima datim u Uredbi. Ukoliko, pak, promjena Zakona ne bude izvršena prije nego BiH uđe u Evropsku Uniju, samim činom njenog ulaska Uredba će se neposredno primjenjivati na državljane BiH.

Literatura

1. Klasiček, D., "Autonomija u međunarodnom privatnom pravu-novije tendencije", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 56 (2-3)/2006, http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=8228 (21. februar 2011.)
2. Muminović, E. (2006), *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.
3. Meškić, Zlatan: "Kolizione norme za zaštitu potrošača u direktivama Evropske zajednice i Uredbi Rim I – novi izazov za ZRSZ", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2/2009, 1023, http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=80452 (21. februar 2011.)
4. Sajko, K., "Evropsko međunarodno privatno pravo ugovornih obaveza de lege lata i ferenda", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 56/2006, 727, <http://hrcak.srce.hr/6464> (21. februar 2011.)
5. Živković, M./Stanivuković, M. (2006), *Međunarodno privatno pravo-opći dio*, 2. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Javno preduzeće "Službeni glasnik", Beograd.
6. Varadi, T./Bordaš, B./Knežević, G. (2005), *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad.