

Dr Jelena Belović*

UNIFIKACIJA PRAVNIH PRAVILA KAO MODUS PRAVNE TRANSPLATACIJE – PRINCIP NAJBLIŽE VEZE I RIM I UREDBA

Zakonodavni procesi u okviru Evropske unije pokazali su da je usaglašavanje pravnih propisa složen pravni proces u kome se države članice moraju delom odreći i svoje pravne tradicije u cilju formiranja jedinstvenog pravnog prostora. Na specifičnom međunarodno privatno pravnom terenu sva složenost ovog procesa vidljiva je u rešenjima Rim I Uredbe koja autor u ovom radu analizira. Koncept koji se opredeljuje za neposredno vezujuće, tzv. čvrste tačke vezivanja, čija nas instrukcija direktno vodi do merodavnog prava, a za koje sam zakonodavac smatra da je pravo koje je u najbližoj vezi sa pravnim odnosom deteminisanim konkretnom pravnom kategorijom, obeležje je međunarodnih privatnih prava zemalja kontinentalno pravne tradicije. Proces unifikacije evropskih međunarodno privatno pravnih propisa uvodi dozu fleksibilnosti u nova pravila i otvara prostor za aktivniju ulogu suda u pravcu određivanja merodavnog prava.

Ključne reči: Rim I Uredba. – Harmonizacija. – Pravo EU. – Okvirne tačke vezivanja. – Princip najbliže veze.

1. UVOD

Međunarodno privatno pravo oduvek je imalo specifičnu poziciju unutar nacionalnih pravnih poredaka. Zadatak organa primene nije samo da konsultuje kolizionu normu i da odredi koje je pravo merodavno, već da to pravo i primeni u cilju rešavanja konkretnog pravnog spora koji u sebi sadrži elemenat inostranosti. Na strani organa primene postoji obaveza (u većini slučajeva *ex offio*) da se strano pravo

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, jelena.belovic@pr.ac.rs (Republika Srbija)

primeni. Zadatak organa primene je da, najpre, utvrdi sadržinu stranog prava (zakona, podzakonskih akata, običaja, sudske prakse, a ne tako retko i stavove doktrine o nekom konkretnom pravnom pitanju). Kontakt sa stranim pravom postoji i kod rešenja problema kvalifikacije. Prilikom utvrđivanja merodavnog prava široku podršku dobija tumačenje prema *lex cause*, na osnovu kojeg pojmove već utvrđenog merodavnog prava treba shvatiti u sistemu tog prava, a ne prema *lex fori*, odnosno pravu države suda. Ovaj vid tumačenja naročito dolazi do izražaja u situacijama kada domaći sud treba da primeni pravnu kategoriju za ustanovu koju domaće pravo ne poznaje. U ovom slučaju, međutim, reč je o transplantaciji na intelektualnom nivou, koja podrazumeva misaonu operaciju telološkog tumačenja i „pozajmljivanja“ tumačenja, odnosno *smisla i svrhe* pojmova sadržanih u stranom pravu koje domaće pravo ne poznaje (npr. angloamerički pojam *trust*, ili islamski pojam *mahr* – obećanje darovanja koje muž daje ženi prilikom zaključenja braka). Ovaj vid transplatacije se u literaturi shvata kao posebno sredstvo međunarodnog privatnog prava, poznato pod nazivom transpozicija.¹ Ideja o primeni stranog prava i uvažavanju posledica njegove primene koindicira sa teorijom o pravnim transplantima. Zapravo radi se o širem obliku transplatacije (nije u pitanju samo jedan pravni institut), ali na suženom prostoru koji je vezan za rešavanje konkretnog slučaja.

Jedan od osnovnih ciljeva međunarodnog privatnog prava jeste da odgovori na pitanje: koje je pravo merodavno za rapravljanje spornog odnosa koji u sebi sadrži elemenat inostranosti? Iako je jedan od utemeljivača istorijskopravne škole Fridrih Karl fon Savinji (*Freidrich Carl von Savigny*) polazio od ideje da je pravo proizvod istorije, izraz tzv. „narodnog duha“ (*Volksgeist*) i da rešenje treba tražiti u domaćim (kolizionim) normama države suda, ipak su pojedina njegova rešenja

1 Prema vladajućem mišljenju u literaturi, transpozicija se određuje kao metodološko sredstvo međunarodnog privatnog prava kojim se odgovarajući pravni institut (pravni odnos, pravna radnja), koji je nastao pod okriljem jednog pravnog poretka, transponuje odnosno „pretvara“ u pravne institute (pravne odnose, pravne radnje) domaćeg pravnog poretka čije su norme merodavne za rešenje slučaja sa elementom inostranosti, pri čemu domaći pravni poredak uopšte ne poznaje taj strani pravni institut ili ga ne poznaje u tom obliku. Vid. Z. Meškić, S. Đorđević, *Međunarodno privatno pravo-opći dio*, Privredna štampa, Sarajevo 2016, 172.

stajala na poziciji univerzalizma. Naime, ukoliko u pravu države suda nema normi koje bi u datom slučaju služile kao merilo za određivanje merodavnog prava, Savinji predlaže da se traže pravila koja bi odgovarala „zajednici naroda“.²

Osnovne postavke istorijsko pravne škole o „narodnom duhu“ prava i pravu kao izrazu kulture i mentaliteta jednog društva u osnovi je poljuljala teorija o razvoju prava putem „pravnih transplanata“, kako prof. Votson (*Alan Watson*) u svom delu naziva pravne pozajmice.³ On smatra da su te pozajmice više uticale na razvoj prava nego evolucija pravnog sistema u okviru jednog društva.

U osnovi teorije o pravnim transplantima leži i postavka o dobrovoljnom pozajmljivanju pravnih instituta, čiji izbor ne zavisi od „narodnog duha“ nego ponajviše od specifične pravničke kulture profesionalne elite pravnika (sudija, naučnika i drugih pravnika).⁴ Ova postavka opravdano stoji kada su „donor“ i „domaćin“ zasebni nacionalni pravni sistemi. Istorijski posmatrano uzori u stvaranju pravnih pravila, pa čak i pravnih kodifikacija, javljali su se veoma često.⁵ Međutim, „donor“ može biti i neki nadnacionalni autoritet.⁶ U tim slučajevima

- 2 Savinji jev metod se sastoji iz dva osnovna elementa: *svrstavanja* (klasifikacije) pravnih odnosa i njihove *lokalizacije*. Svrstavanje ima za cilj da se određeni odnosi grupišu u uže ili šire pravne kategorije, odnosno da se formuliše pravno pitanje (na primer, nasleđivanje pokretnih ili nepokretnih stvari, forma ili sadržina ugovora, bračna sposobnost i sl.) Lokalizacijom odnosa se za svaku pravnu kategoriju određuje tačno vezivanje, odnosno težišno vezivanje za konkretni pravni poredak čije supstancijalne norme konačno regulišu sam odnos. Vid. M. Živković, *Evolucija ideja o rešavanju sukoba zakona*, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2004, 40.
- 3 Knjiga je prvi put objavljena 1974. godine. Prevedena i objavljena na srpskom jeziku na Pravnom fakultetu u Beogradu 2000. godine. A. Votson, *Pravni transplant: pristup uporednom pravu* (prevod s engleskog Silva Mitrović), Beograd, 2000.
- 4 M. Polojac, „Traktat Kristijana Tomazija o Akviljevom zakonu i teorija o pravnim transplatima Alana Votsona“, *Zbornik radova: Pravo u funkciji razvoja društva*, Tom I, (ur. D. Mirović), Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici 2019, 178.
- 5 Primer Srbijanskog građanskog zakonika iz 1844. godine, koji je rađen po uzoru na Austrijski građanski zakonik (AGZ) iz 1811. godine.
- 6 O podeli pravnih transplanata na transnacionalne i internacionalne (vertikalne pravne transplante), kao i o podeli internacionalnih na: pravne transplante iz nacionalnog u internacionalno (internacionalizacija odozdo na gore) i pravne transplante iz internacionalnog (odozdo na dole). Vid. A. Dolidze,

se sa pravom postavlja pitanje, da li je zaista pozajmljivanje pravnih instituta uvek zasnovano na dobrovoljnoj osnovi? Danas profesionalne elite pravnika sve više postoje na međunarodnom polju. Članovi komisija, odbora, ekspertskih timova i radnih grupa zaduženih za sastavljanje predloga nužnih u procesu harmonizacije i unifikacije pravnih pravila najčešće su ugledni profesori prestižnih univerziteta.⁷ Ako posmatramo proces evropskih integracija, države koje su kandidati za članstvo dužne su da svoje zakonodavstvo usklade sa evropskim propisima i imaju obavezu preuzimanja *aquis communautaire*. Svakako da je pristupanje Evropskoj uniji kao zajednici država zasnovano na dobrovoljnoj osnovi, odnosno na strateškom opredeljenju države kandidata da pristupi Evropskoj uniji koje se najčešće formuliše odlukom parlamenta. Međutim, iako u pogledu glavnog cilja postoji dobrovoljno prihvatanje, to ne možemo reći za pojedine pravne institute u pogledu čijeg prihvatanja na strani države kandidata stoji *obaveza* preuzimanja. Dobrovoljnost preuzimanja pojedinih pravnih instituta upitna je i sa stanovišta prihvaćenih međunarodnih obaveza.⁸ Ukoliko međunarodni ugovor služi kao „donor“ pravnog instituta, obaveza njegovog prihvatanja je van svake sumnje, s tim da je ona posredno izvedena iz dobrovoljnosti prihvatanja međunarodnog instrumenta koja se potvrđuje njegovim potpisivanjem i ratifikovanjem.⁹

„Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant“, *The European Journal of International Law*, Vol. 26, No. 4, 851–857; J. Wiener, „Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law“, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 27, 2001, 1298.

- 7 Za međunarodno privatno pravo od značaja je rad Haške konferencije za međunarodno privatno pravo čije je sedište u Hagu. Tehnika donošenja konvencija je sledeća: izabrana pitanja za koja postoji odluka o ujednačavanju, najpre se detaljno analiziraju od strane Sekretarijata, potom se održavaju sednice posebnih komisija, u čijem radu učestvuju, uz predstavnike Stalnog odbora, i stručnjaci zemalja članica i zainteresovanih međunarodnih organizacija, radi donošenja konvencijskog nacrt. Kada je tekst buduće konvencije temeljno pripremljen i usaglašen između stručnjaka, saziva se diplomatska konferencija nakon koje se, ukoliko je uspešna, usvaja konačni tekst nacrt konvencije koja potom ide na potpisivanje. www.hcch.org, 30. avgust, 2019.
- 8 Čl. 194, Ustava RS iz 2006. godine, glasi: „...*Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava...*“
- 9 U mnogim državama znatan deo međunarodnog privatnog prava uređuju bilateralni i multilateralni međunarodni ugovori. Najpoznatiji su svakako oni

Dakle, karakter pružanja pravnog transplantata, može zavisiti i od svojstva njegovog donora. Ukoliko je donor nacionalni pravni poređak preuzimanje je, u većini slučajeva, dobrovoljno, dok međunarodno svojstvo donora, po pravilu, kreira obavezu u pogledu prihvatanja pravnog transplantata, iako je dobrovoljnost posredna i postoji i odnosi se na prihvatanje autoriteta nadnacionalnog donora.

2. EVROPSKO MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO

Za preuzimanja inostranog prava u različitom obliku i obimu u domaće pravo koriste se i drugi izrazi, posebno „unifikacija“ i „harmonizacija“. Smatra se da je unifikacija potpuno preuzimanje inostranog prava, a harmonizacija preuzimanje pojedinih pravnih rešenja i instituta, čime se uklanjaju razlike između inostranog i domaćeg prava. Razvoj nadnacionalnog prava Evropske unije je posebno ubrzan zahvaljujući čestom korišćenju pravnih transplantata (*legal transplants*).¹⁰

Evropsko međunarodno privatno pravo obuhvata jedinstvene (unifikovane) norme međunarodnog privatnog prava donete u okviru Evropske unije kojima se uređuju međunarodni, odnosno privatno-pravni odnosi sa elementom inostranosti. Unifikovani pravni propisi direktno se primenjuju na teritoriji Evropske unije putem sekundarnih pravnih izvora.

Istorijski razvoj evropskog međunarodnog privatnog prava seže još iz 1957. godine, kada je prvi put ovo pitanje uređeno Rimskim ugovorom o osnivanju Evropske zajednice.¹¹ Stupanjem na snagu Ugovora iz Mastrihta 1993. godine, nastupa nova etapa u razvoju evropskog

instrumenti koji su doneti u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, međunarodni ugovori doneti u okviru delatnosti Saveta Evrope i Evropske unije, zatim konvencije donete u okviru međunarodne komisije za lična stanja (CIEC).

- 10 G. Gasmı, *Pravo i osnovi prava Evropske unije*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2010, 97.
- 11 Čl. 293 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice glasi: „Ako bude potrebno, države članice će pristupiti međunarodnim pregovorima da bi svojim državljanima ostvarile pogodnosti u pogledu... pojednostavljenja postupka koji uređuje uzajamna priznanja sudskih odluka“. V. Bouček, „Izvori Evropskog međunarodnog privatnog prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/2003, 738–758.

međunarodnog privatnog prava, koja je „pravosudnu saradnju u građanskim stvarima“ uređivala kao „područje saradnje od zajedničkog interesa“ (čl. K.1.t.6).¹² Sve do stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama (1997. godine) unifikacija se obavljala putem zaključivanja međunarodnih ugovora,¹³ kada započinje faza komunitarizacije evropskog prava. Evropsko međunarodno privatno pravo postalo je pravo Evropske unije koje se, po pravilu, uređuje evropskim sekundarnim pravom (odnosno uredbama). Značajna izmena je što važenje uredbi ne podrazumeva obavezu ratifikacije u nacionalnim parlamentima, već se uredbe u svim državama članicama direktno primenjuju. Nosioci unifikacije više nisu države članice, već organi Evropske unije. Temelj unifikacije predstavljala je glava IV Amsterdamskog ugovora (čl. 61–69) kojom se uređuje „pravosudna saradnja u građanskim stvarima“, a koja se odnosi na: vize, azil, useljavanje i druge politike koje se odnose na slobodno kretanje ljudi. Temelj nadležnosti u procesu komunitarizacije evropskog međunarodnog privatnog prava bazira se na čl. 61 t.c. prema kome Savet EU „s ciljem izgradnje prostora slobode, sigurnosti i pravde“ može preduzimati mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim predmetima u skladu sa čl. 65 Ugovora. Ova izmena je omogućila da svi međunarodni ugovori, koji su do tada bili na snazi, budu pretočeni u novu formu, kao i da nova rešenja budu doneta u formi uredbi.¹⁴

- 12 Na osnovu ove odredbe donete su dve konvencije koje nisu ratifikovane do stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora: Konvencija o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997. godine i Biselska konvencija o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima iz 1998. godine.
- 13 U periodu između Ugovora iz Mاستrihta i Ugovora iz Amsterdama donete su dve konvencije: Briselska konvencija o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine i Rimska konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore iz 1980. godine.
- 14 Uredba br. 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim predmetima (tzv. Brisel I Uredba, koja je zapravo pretočena Briselska konvencija o sudskoj nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1968. godine). Ova Uredba je preoblikovana Uredbom Evropskog parlamenta i Saveta br. 1215/2012 od 12. decembra 2012. godine. Uredba br. 1347/2000 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti koja je ubrzo zamenjena Uredbom br. 2201/2003 (tzv. Brisel II Uredba, umesto Biselske konvencije o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima iz 1998. godine.), Uredba br. 1348/2000 o dostavi sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima u državama članicama (umesto Konvencije o dostavljanju

Ugovor iz Nice iz 2001. godine nije uneo bitniju promenu koja se tiče evropskog međunarodnog privatnog prava. Ugovorom iz Lisabona iz 2007. godine (koji je stupio na snagu 2009. godine, nakon što je izvršen proces ratifikacije u svim državama članicama),¹⁵ dodatno je ojačana pravosudna saradnja u građanskim stvarima. Interesantno je što je ovim Ugovorom ustanovljen osoben mehanizam zaštite nacionalnih interesa, kojim je limitirana mogućnost pojave pravnih transplanata putem unifikacije pravnih pravila, ali samo u oblasti porodičnopravnih odnosa sa međunarodnim elementom. Mogućnost veta koja je data parlamentima država članica, do tada nepoznata u evropskim procesima stvaranja prava, ukazuje, prema nekim autorima, na posebnu osetljivost u pogledu usklađivanja pravila koja uređuju porodičnopravne odnose sa međunarodnim elementom.¹⁶

Za period 2010–2014. godine prioriteti razvoja područja slobode, sigurnosti i pravde bili su sadržani u Štokholmskom programu¹⁷ koji je ukazao na potrebu usklađivanja kolizionih normi unutar Evropske unije. Krajem 2014. godine istekao je Štokholmski program pa je Savet EU na svom zasedanju od 26. i 27.6.2014. godine usvojio novi petogodišnji program u formi zaključaka. Naslanjajući se na čl. 68 Lisabonskog ugovora prema kome: „Savet EU utvrđuje strateške smernice za zakonodavstvo i operativno planiranje u području slobode, sigurnosti i pravde“, u razdoblju 2015–2019. godine, naznačeno je da će primarni cilj, umesto ubrzanog donošenja novih pravnih instru-

sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima iz 1997. godine), Uredba br. 1206/2001 o saradnji između sudova država članica na području izvođenja dokaza u građanskim i trgovačkim stvarima, Uredba br. 593/2008 (Rim I Uredba), kojom je pretočena Rimska konvencija o pravu koje se primenjuje na ugovore iz 1980. godine), Uredba br. 864/2007 (Rim II Uredba) o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze.

- 15 Nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona u oblasti evropskog međunarodnog privatnog prava donete su sledeće uredbe: Uredba br. 1259/2010 o uspostavljanju unapređene saradnje u oblasti prava merodavnog za razvod braka i pravnu rastavu (tzv. Rim III Uredba). Uredba br. 650/2012 o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršavanju javnih isprava u naslednim stvarima i uspostavljanja Evropskog sertifikata o nasleđivanju.
- 16 I. Kunda, „Što donosi Nacrt Reformskog ugovora iz srpnja 2007. glede saradnje u građanskim stvarima u Europskoj uniji?“, *Hrvatska pravna revija*, 10/2007, 7.
- 17 *Službeni List EU*, C 115/1 od 4.5.2010.

menata, biti postojeće pravne akte ujednačeno primenjivati, efikasno sprovesti i konsolidovati“.¹⁸

Pojedini autori sasvim opravdano postavljaju pitanje da li su međunarodna privatna prava država Jugoistočne Evrope u sadašnjem tekstu rezultat samostalnog razvoja ili predstavljaju pravne trasplante u kontekstu „post socijalističkog“ razvoja.¹⁹ Za države kandidate postoji očigledna nužnost za posezanjem pravno-transplantacione tehnike u postupku pridruživanja EU. Kada govorimo o ovim procesima, govorimo zapravo o harmonizaciji pravila nacionalnih međunarodnih privatnih prava država kandidata za članstvo u Evropskoj uniji sa pravom Evropske unije. Međutim, pravila i uredbe koje se preuzimaju od „donora“, preuzimaju se iz konteksta gde su ispunjeni uslovi za njihovu primenu, što nije uvek slučaj za državom prijema, pa s toga je u pojedinim slučajevima opravdana pojava disbalansa.²⁰

3. RIM I UREDBA

U Evropskoj uniji na snazi je Uredba (EU) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17.6.2008. godine²¹ o pravu koje se primenjuje za ugovorne obaveze (u daljem tekstu: Rim I Uredba) koja unifikuje koliziona pravila država članica Evropske unije u ovoj materiji. Osnovna načela koja se u ovom instrumentu razrađuju jesu: načelo pravne sigurnosti i načelo zaštite slabije strane (posebna koliziona pravila postoje u pogledu potrošačkih ugovora i ugovora o radu).

3.1. Istorijski osvrt

Nakon nekoliko godina pregovaranja Rimski konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. godine, konačno je revidirana i pretočena u tekst Rim I Uredbe. Plan je predočen u Zelenoj knjizi o pretvaranju Rimske konvencije iz 1980. godine o merodavnom

18 A. Duraković, *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*, Mostar 2016, 75.

19 Ch. Jessel Holst, R. Kulms, A. Trunk, „Reshaping Private Law in Eastern Europe: Autonomous Developments, Transplants and Influences“, *Review of Central and East European Law* 38, 2013, 198.

20 *Ibid.*, 201.

21 *Službeni List EU*, 177/4 od 4.7.2008. godine.

pravu za ugovorne obaveze u instrument Zajednice i njenoj modernizaciji koju je Komisija objavila 2003. godine.²² Kao što je ranije napomenuto, čl. 61.t. c. Amsterdamskog ugovora iz 1997. godine, proširio je nadležnost Komisije u pogledu kolizionih pravila što je poslužilo kao dovoljan osnov za transformaciju Rimske konvencije u Rim I Uredbu. U decembru 2005. godine objavljen je Predlog Rim I Uredbe.²³ Jedan od osnovnih ciljeva ovog procesa bio je i modernizacija konvencijskih rešenja, pa je tako Predlog Rim I Uredbe sadržao rešenja koja doprinose povećanju pravne sigurnosti i predvidljivosti merodavnog prava. Sama činjenica da je međunarodna konvencija zamenjena zakonodavnim aktom Zajednice dovela je do toga da su protokoli,²⁴ zaključeni uz konvenciju, a kojima se njeno tumačenje poverava Sudu pravde Evropskih zajednica, postali suvišni.²⁵ Zamena Konvencije uredbom dovela je do toga da rezerve koje su države članice eventualno stavile na Rimsku konvenciju više nemaju nikakav značaj.²⁶

Konvencija je predstavljala nesumnjiv uspeh na polju unifikacije kolizionih pravila. Potpisana je 19. juna 1980. godine, a stupila je na snagu tek nakon jedanaest godina, 1991. godine, iako su i pre toga, njena rešenja bila preuzeta u pravima nekih država članica Evropske unije (Belgija, Danska, Luksemburg i Nemačka). Ideja nastanka Rimske konvencije vezuje se za 1967. godinu, kada su na sednici Komisije EZ održanoj 8. septembra, predstavnici Belgije izneli predlog da se razmotri mogućnost unifikacije kolizionog prava u okviru Zajednice.²⁷ Godine 1970. formirane su 4 radne grupe sa ciljem izrade nacrtu unifikovanih rešenja u četiri različite oblasti (stvarnog, obligacionog, pitanje forme pravnih poslova i pitanje merodavnog prava za dokazni postupak), čija

- 22 *Green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization* (COM (2002) 654 final).
- 23 *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations {Rome I}*, COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).
- 24 Oba Protokola o tumačenju Rimske konvencije sui z 1988. godine, i oba su stupila na snagu tek 2004. godine.
- 25 M. Stanivuković, P. Đundić, „Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o pravu koje se primenjuje na ugovorne obaveze (Rim I Uredba), *Revija za evropsko pravo*, IV, 2004, 40.
- 26 *Ibid.*
- 27 M. Giuliano, P. Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligation*, *Službeni List EZ*, No. C 282/1, od 31.10.1980, 4.

je obaveza bila da nacрте dostave Komitetu stalnih predstavnika.²⁸ Nacrt konvencije koji je sadržao unifikovana pravila u oblasti ugovornih i vanugovornih odnosa predstavljen je 1972. godine. Pristupanje Velike Britanije, Danske i Irske Evropskoj zajednici (1973. godine), zahtevalo je da se i njihovi eksperti uključe u rad radnih grupa i u rad Komiteta stalnih predstavnika. To je doprinelo dodatnom odlaganju, što je rezultiralo da samo grupa koja je bila predvodjena prof. Đulijanom i prof. Lagardeom dostavi Komitetu stalnih predstavnika nacrt teksta konvencije o sukobu zakona (ali samo) u ugovornim odnosima. Razlog izostavljanja vanugovornih obaveza iz teksta nacрта je postojanje bitnih razlika u odredbama, odnosno sudskoj praksi između evropsko kontinentalnog i *common law* sistema. Tada je u engleskom pravu kao opšta koliziorna norma deliktneog statuta važiло pravilo dvostruke utuživosti („*rule of double actionability*“) utemeljeno na predmetu *Philips v. Eyre* iz 1870. godine.²⁹

3.2. Područje primene s obzirom na prostor, vreme i sadržaj

Ratione teritorii Rim I Uredba se primenjuje u svim državama članicama Unije, izuzev Danske. Naime, shodno čl. 1 i 2 Protokola o položaju Danske uz Ugovor iz Amsterdama, Danska *a priori* ne učestvuje u saradnji u pogledu Glave IV, što isto važi i za Ujedinjeno Kraljevstvo i Irsku. Međutim, za razliku od Irske koja je dala izjavu da želi da učestvuje u usvajanju i primeni Rim I Uredbe, i Ujedinjenog Kraljevstva čija je Vlada 23. jula 2008. godine³⁰ ipak odlučila da pristupi, Danska to nije učinila. Nakon budućeg istupanja Ujedinjenog Kraljevstva iz Evropske unije Uredba Rim I više se u toj državi neće primjenjivati. Ostaje otvoreno pitanje hoće li se nakon istupanja u Ujedinjenom Kraljevstvu ponovno primjenjivati Rimski konvencija koja nikada nije ukinuta već je samo derogirana Rim I Uredbom. To pitanje će biti predmet pregovora između Ujedinjenog Kraljevstva i Evropske unije i njenih država članica u postupku istupanja na osnovu

28 *Ibid.*, 6.

29 V. Bouček, „Uredba Rim II-Komunitarizacija Evropskog međunarodnog deliktneog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2008, 293.

30 Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je 23. jula 2008. godine odlučila da želi da pristupi Rim I Uredbi. Komisija je usvojila ovu odluku i proširila polje dejstva Uredbe i na teritoriju UK 22. decembra 2008. godine, a ova odluka je stupila na snagu 16. januara 2009. godine.

čl. 50 Lisabonskog Ugovora.³¹ Možda bi u tom slučaju bilo najbolje da Evropska unija i Ujedinjeno Kraljevstvo zaključe posebne sporazume koji bi osigurali dalju pravosudnu saradnju.

Ratione temporis Rim I Uredba od 17. juna 2008. godine primenjuje se na ugovore zaključene posle stupanja Uredbe na snagu, dakle posle 17. decembra 2009. godine³² što znači da je Rimska konvencija ostala relevantna u prelaznom periodu, od usvajanja Uredbe do njenog stupanja na snagu.

Ratione materiae, pozitivnom formulacijom, propisano je da se Rim I Uredba primenjuje na ugovorne obligacije u građanskim i trgovačkim stvarima koje rađaju sukob zakona (tj. izbor jednog od više prava, najmanje dve države).³³ Negativnom formulacijom određena pitanja isključena su iz polja primene Rim I Uredbe,³⁴ i u tom smislu, gotovo da postoji paralela sa rešenjima iz Rimske konvencije. Novina je ta, da je iz polja primene Rim I Uredbe eksplicitno isključeno pitanje predugovorne odgovornosti, odnosno odgovornosti u pogledu obaveza proizašlih iz pregovora, koje prema mišljenju većine stručnjaka spada u sferu vanugovorne odgovornosti.³⁵

3.3. Rešenja Rim I Uredbe

Autonomija volje je osnovni princip određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima.³⁶ Stranke mogu izabrati pravo za ceo ugovor ili jedan njegov deo. Mogućnost izbora merodavnog prava postoji u bilo koje doba, što znači da u pogledu merodavnog prava stranke mogu sporazum postići i naknadno, nakon zaključenja ugovora. Međutim, ukoliko su ugovarači izabrali merodavno pravo, a svi elementi odnosa su bili, u vreme zaključenja ugovora, vezani za neku drugu zemlju, imperativne norme te zemlje ne mogu se derogirati.³⁷

31 A. Babić, „Opće uređenje stranačkog izbora merodavnog prava prema Uredbi 595/2008 o pravu merodavnom za ugovorne obaveze („Rim I“), *Zagrebačka pravna revija*, 3/2016, 272.

32 Vid. čl. 29, st. 2 Uredbe.

33 Vid. čl. 1, st. 1 Uredbe.

34 Vid. čl. 1, st. 2 i 3 Uredbe.

35 J. Belović, *Korektivna funkcija principa najbliže veze*, doktorska disertacija, Beograd, 2013, 208–209.

36 Vid. čl. 3 Uredbe.

37 Vid. čl. 3, st. 3 Uredbe.

Volja stranaka može se izraziti eksplicitno (upotrebljenim izrazima u ugovoru), ili implicitno, odnosno prećutno (na osnovu okolnosti slučaja). U cilju ostvarivanja pravne sigurnosti, pojam prećutnog izbora je bliže određen, pa se tako smatra da su stranke prorogacijom suda ili tribunala, prećutno izvršile i izbor merodavnog prava, pod uslovom da je sud ili tribunal, sud države članice.³⁸ Ova pretpostavka je oboriva, i sud može, u određenim slučajevima, zaključiti i drugačije. Naime, još je ranije u Zelenoj knjizi izražena zabrinutost zbog činjenice da se shvatanja o pojmu prećutne volje razlikuju u sudskoj praksi država članica. Konkretnije, nemački i engleski sudovi bili su spremniji da konstatuju da ovakav sporazum postoji, za razliku od sudova drugih zemalja članica.³⁹

Kada stranke nisu izabrale merodavno pravo, poštujući načelo pravne sigurnosti, Rim I Uredba nudi set tačaka vezivanja formulisanih, mahom, sa oslonom na teoriju karakteristične prestacije. Karakteristična prestacija (činidba ili radnja) objektivizira jedan ugovor, u kome nije primenjen institut autonomije volje.⁴⁰ Uredba se u čl. 4, st. 1 opredeljuje za čvrstu tačku vezivanja, odnosno za redovno boravište nosioca karakteristične prestacije.⁴¹ Princip karakteristične prestacije sadržan je i u st. 2 navedenog člana i to kao dopuna, odnosno kao opšta pretpostavka za slučaj da se radi o ugovoru koji nije naveden u st. 1. U trećem stavu značajno mesto zauzima princip najbliže veze, i to u funkciji specijalne klauzule izuzetka, sa oslonom na koju se određuje merodavno pravo: „Ako iz svih okolnosti slučaja proističe da je ugovor očigledno bliže vezan (*manifestly more closely connected*) za državu koja nije navedena u st. 1 ili 2 ovog člana“.

Na kraju, u čl. 4, st. 4 potvrđen je kontinuitet u odnosu na Rimsku konvenciju, s obzirom da se principu najbliže veze pripisuje

38 Vid. Recital 12 Uredbe.

39 M. Stanivuković, P. Đundić, *op. cit.*, 41.

40 V. Čolović, „Specifičnosti određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima sa elementom inostranosti“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 1, Banja Luka 2011, 67.

41 Ugovor o prodaji – redovno boravište prodavca; ugovor o pružanju usluga – redovno boravište pružaoca usluge, ugovori koji za predmet imaju stvarna prava na nepokretnostima – mesto nalaženja nepokretnosti, ugovor o franšizingu – sedište davaoca franšize, ugovor o distribuciji – sedište distributera, ugovor o prodaji putem aukcije – mesto održavanja aukcije, ugovori koji se zaključuju na organizovanom finansijskom tržištu – tržište po čijim je pravilima ono organizovano.

uloga sredstva koje služi za popunjavanje pravnih praznina, u onim slučajevima kada stranke nisu odredile merodavno pravo, a ono se ne može odrediti sa oslonom na kriterijum karakteristične prestacije.⁴²

Uporednopravno, u većini zemalja se merodavno pravo u odsustvu stranačkog izbora, određuje na osnovu principa najbliže veze ugovora sa određenim pravom. Rešenje koje se sastoji od navedenog principa i koje se, u nekim pravnim sistemima, naročito u anglosaksonskim, prihvata, oslanja se na „proper law“ teoriju i može se definisati kao „pravo prema kome je ugovor sačinjen ili sa kojim je ugovor u najbližoj ili stvarnoj vezi“.⁴³ Ova teorija, izvorno pripada engleskom pravu i pripisuje se profesoru Dajsiju (*Disey*). Kasnije je razrađivana u radovima Češajra (*Chesira*), Morisa (*Morris*) i Vestlejka (*Westlake*).⁴⁴ Ona ne znači ništa više od okvirnog uputstva da „treba primeniti odgovarajuće pravo“, odnosno „pravo koje je u tesnoj“ ili „najtešnjoj vezi“ sa konkretnim pravnim slučajem. Odgovor na ovo pitanje koje je to pravo davala je sudska praksa, što je inače imanentno anglosaksonskom pravnom sistemu.

Anglosaksonski uticaj na unifikovana pravila naročito je vidljiv u rešenju koje je postavljala Rimski konvencija iz 1980. godine. Princip najbliže veze iz čl. 4, st. 1 Konvencije bio je rezultat kompromisa između kontinentalne i anglosaksonske tradicije koja je u st. 1 videla potvrdu usvajanja svoje sopstvene „proper law“ doktrine.⁴⁵ Shvatanje po kome najpre treba primeniti rukovodno načelo (princip najbliže veze), pa potom utvrditi ishod upućivanja s obzirom na pretpostavke (teorija karakteristične prestacije), i na kraju ovaj ishod eventualno zanemariti (klauzula izuzetka) nazivamo modelom „slabe pretpostavke“. Većina je, suprotno, zauzimala stav da prilikom tumačenja Konvencije treba primeniti model „jake pretpostavke“ po kome rukovodno načelo nema status tačke vezivanja.⁴⁶

42 Upor. čl. 4, st. 4 Rim I Uredbe i čl. 4, st. 5 Rimske konvencije.

43 V. Čolović, *op. cit.*, 73.

44 K. Lipstein *et al.*, „The proper law contract“, *St. Johns Law Review*, 1938, 249.

45 Takođe, da je čl. 4, potvrda usvajanja fleksibilnijeg pristupa u Švedskoj poznatog kao „*metod individualizacije*“, smatra i ...U. Göranson, „A Swedish centre of Gravity Test? Law, fact and fiction on the „individualising method“, u G. Melander, „Modern issues in European law: Nordic prospectives: essays in honour of Lennart Palsson“, Kluwer Law International, 1997, 47–77.

46 J. Belović, *op. cit.*, 181.

Danas se razlike između evropskog kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog sistema prava svesno i planski ublažavaju i gube, zahvaljujući unifikovanju različitih delova prava, širokom korišćenju pravnih transplanata itd. Na primer, u evropskom kontinentalnom pravu sudska praksa postaje sve značajniji izvor prava, a zakon u anglosaksonskim.⁴⁷ Ne u čistom obliku, ali predvidljivost evropskog kontinentalnog i fleksibilnost anglosaksonskog treba pomiriti u unifikovanim pravnim pravilima.

Kada je reč o evropskim kolizionim normama u sferi ugovornih odnosa možemo reći da „pobeda“ koju je anglosaksonski sistem ostvario nije bila dugog veka. Pravna sigurnost dobija prevagu nad fleksibilnošću rešenja, što je vidljivo u čl. 4 Rim I Uredbe. Brisanje st. 1 iz čl. 4 Rimske konvencije iz teksta Rim I Uredbe značilo je veliku novinu. Razlog tome može biti i činjenica da je praksa Suda Evropske unije u dvadesetak godina primene Konvencije iskristalisala šta će se smatrati najbližom vezom za pojedine tipove ugovora.

4. PRINCIP NAJBLIŽE VEZE

Današnje međunarodno privatno pravo evropskih država (zakonodavstvo, sudska praksa i doktrina), ali i rešenja unifikovanog evropskog međunarodnog privatnog prava (prim. autor), još uvek polaze od Savinijevog (*Savigny*) učenja o upućivanju na pravni poredak koji s pravnim odnosom ima najbližu vezu, ali ne odbacuje ravnodušnost prema vrednostima koje se ostvaruju primenom materijalnog prava.⁴⁸ Tako se kao najbliže, percipira ono pravo koje štiti slabiju stranu.⁴⁹ Međunarodno privatno pravo sve više postaje zainteresovano za materijalnopravne posledice primene merodavnog prava, što je svojevrsna reakcija na američku revoluciju u oblasti sukoba zakona koja je nastala u XX veku.⁵⁰

47 K. Mitrović, „Učenja dva velika svetska sistema o zakonitosti“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 139, <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354-8872/2014/0354-88721402137M.pdf>, 1.9.2019.

48 K. Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2005, 40.

49 Vid. čl. 6 i 7 Rim I Uredbe.

50 Učenja *Cheatham*-a i *Reese*-a o svrsi prava, *Cavers*-ova načela davanja prednosti, *Currie*-ova analiza državnog interesa, *Von Mehren*-ov i *Trautman*-ov funkcionalni pristup, *Leflar*-ove okolnosti koje utiču na izbor pravila, *Ehrenzweig*-ova primena prava države foruma.

Za ostvarenje načela najbliže veze međunarodno privatno pravo služi se sa dve osnovne metode: apriorističkom i posteriorističkom. Aprioristički podrazumeva da se unapred, putem zakonom utvrđenih kolizionih normi upućuje na najbližu vezu, dok posterioristički podrazumeva da najbližu vezu za svaki slučaj *in concreti* odredi sud.⁵¹

U pogledu ugovornih odnosa, u svom čistom obliku princip najbliže veze kao tačka vezivanja postoji u američkom pravu. U pitanju je posterioristički pristup u određivanju merodavnog prava. Naime, čl. 188 Restatmenta II iz 1969. godine, koji je objavio Američki pravni institut (*American Law Institute*) određuje elemente koje sud mora uzeti u obzir u potrazi za merodavnim pravom, ukoliko stranke nisu izabrale merodavno pravo, a to su: mesto zaključenja ugovora, mesto pregovora, mesto izvršenja ugovora, mesto gde se nalazi predmet ugovora, prebivalište, boravište, državljanstvo, mesto registracije i mesto poslovanja, s tim da se ove tačke vrednuju prema važnosti koju imaju u konkretnom slučaju. Isti elementi uzimaju se u obzir i prilikom određivanja merodavnog prava u ugovornim odnosima na osnovu „*proper law*“ teorije.

Princip najbliže veze se u evropsko kontinentalnoj pravnoj tradiciji najčešće smatra za jedno od najznačajnijih načela međunarodnog privatnog prava, dok se kolizione norme *a priori* smatraju izrazom navedenog principa. U apstraktnom smislu, ono je ostvareno u svakoj kolizionoj normi, bilo da se kodifikacija izričito na to poziva ili ne.⁵²

Kao vid kompromisa i usaglašavanja po pitanju unifikacije evropskog međunarodnog privatnog prava, princip najbliže veze je u pravno-tehničkom smislu (ne kao načelo) pravno transplatovan najpre u evropsko pravo, a zatim u procesu harmonizacije i u nacionalnim pravima zemalja Jugoistočne Evrope. Na osnovu evropskih rešenja ovaj princip dobija svoju novu formu, kao klauzula izuzetka koja dozvoljava sudu da odstupa od primene merodavnog prava na koje je uputila

51 E. Muminović, „O uzajamnom odnosu načela najuže veze, autonomije volje i favorabilnosti merodavnog prava u vezi s potrebom zakonodavnog djelovanja države Bosne i Hercegovine u materiji međunarodnog privatnog prava“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 199, 72.

52 Par. 1 Austrijskog Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 1978. godine glasi: „1. Činjenični odnosi s međunarodnim obeležjem, u materiji privatnog prava, regulišu se prema pravnom poretku sa kojim postoji najtešnja veza; 2. Posebna pravila o određivanju merodavnog prava (kolizione norme), sadržana u ovom zakonu, treba smatrati izrazom tog principa.“

koliziona norma, i da u konkretnom slučaju primeni ono pravo koje je sa ugovornim odnosom u najbližoj vezi. Na izvestan način klauzula izuzetka fleksibilizuje apriristički pristup dajući sudiji ovlašćenje da *a posteriori* odredi merodavno pravo ukoliko okolnostima slučaja postavljeno koliziono pravilo ne odgovara. Danas su klauzule izuzetka sastavni deo složenih kolizionih pravila, ne samo u sferi ugovornih, već i u sferi vanugovornih, bračnih, vanbračnih imovinskih, naslednih, pa čak i statusnih odnosa.

5. ZAKLJUČAK

Predloženi tekst Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije odavno čeka na skupštinsku proceduru.⁵³ Radna grupa koja je učestvovala na izradi Nacrta imala je na umu uredbe Evropske unije iz međunarodno privatno pravne oblasti i predloženim tekstom Nacrta izvršila je delimičnu unifikaciju i harmonizaciju međunarodnog privatnog prava Srbije sa međunarodnim privatnim pravom Evropske unije. To se naročito odnosi na Glavu VII Nacrta (Ugovorne obaveze) koji je izrađen pod jakim uticajem Rim I Uredbe.⁵⁴ Poseban značaj Rim I Uredbe je u tome što se njome propisuje univerzalna primena kolizionih normi, što znači da se merodavno pravo primenjuje bez obzira da li je merodavno pravo države članice Evropske unije ili neko drugo pravo.

Istorija razvoja evropskih propisa iz ove oblasti (jednako i nacionalnih propisa država članica Evropske unije) je zapravo potraga za pravim balansom između fleksibilnosti i predvidljivosti. Principu najbliže veze se u tom smislu pridaje značajna pažnja i evropski nomotehnički standardi ugrađivanja ovog principa u kompleksne tačke vezivanja služili su redaktorima Nacrta iz 2014. godine kao uzor. Transplatacija nomotehničkih standarda u procesu harmonizacije pravnih pravila prilikom formulisanja kolizionih normi predloženih u Nacrtu ne treba da bude sama sebi smisao. Propisi evropskog međunarodnog privatnog prava mogu se pravilno razumeti samo u svetlu judi-

53 Konačna verzija Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu objavljena je u junu 2014. godine. <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>, 11.9. 2019.

54 Vid. čl. 142–162 Nacrta.

kature Suda Evropske Unije koja se pravnoj struci u Srbiji mora učiniti dostupnom, a od velike pomoći je i autentično tumačenje pojedinih pojmova sadržanih u recitalima Rim I Uredbe.

Jelena Belović, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Priština – Kosovska Mitrovica

UNIFICATION OF LAW AS A LEGAL TRANSPLANT MODEL – THE CLOSEST CONNECTION PRINCIPLE AND ROME I REGULATION

Summary

European Union legislative processes have shown that harmonisation and unification of legal rules are very complex legal processes, having in mind that Member States must partly renounce their legal tradition in order to create a unique European Union's area of freedom, security and justice. The author analyses the complexity of this process in the specific Private International Law field interpreting Rome I Regulation instrument and its unified solutions. The collision concept of "hard and fast rules" that directly leads to the applicable law is continental law solution method. It derives from the fact that legislative body is in charge to determine applicable law *a priori* setting the connecting factors in collision norms. The unification process of European Private International Law brings a dose of flexibility in new rules and opens space for more active approach in the process of determination of applicable law by a judge.

Key words: *Rome I Regulation. – Harmonization. – EU law. – Choice of law rules. – The closest connection principle.*