

Haaška konferenca o mednarodnem zasebnem pravu

Protokol z dne 23. novembra 2007 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti

Besedilo sprejeto na enaindvajsetem zasedanju

Avtor Obrazložitvenega poročila

Andrea Bonomi

Založnik: Stalni urad Haaške konference
Churchillplein 6b, Haag, Nizozemska



Haaška konferenca o mednarodnem zasebnem pravu

Protokol z dne 23. novembra 2007 o pravu, ki se uporablja za preživitvene obveznosti

Besedilo sprejeto na enaindvajsetem zasedanju

Avtor Obrazložitenega poročila

Andrea Bonomi

Založnik: Stalni urad Haaške konference
Churchillplein 6b, Haag, Nizozemska



© Haaška konferenca o mednarodnem zasebnem pravu, 2013

Vse pravice pridržane. Brez pisnega dovoljenja imetnika avtorskih pravic je prepovedano reproduciranje, shranjevanje v sistemu za pridobivanje podatkov ali distribuiranje te publikacije ali njenih sestavnih delov na kakršen koli način ali s katerimi koli sredstvi, vključno s fotokopiranjem ali snemanjem.

Prevod *Haaškega protokola o pravu, ki se uporablja za preživitvene obveznosti* in obrazložitenega poročila Andrea Bonomija v vse uradne jezike Evropske unije (razen v angleški, francoski in nemški jezik) je omogočil Generalni direktorat za pravosodje Evropske komisije. Nemška različica te publikacije je nastala na podlagi skupnih prizadevanj vlad Avstrije, Nemčije in Švice.

Uradne različice te publikacije so na voljo na spletišču Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu (<www.hcch.net>), in sicer v angleškem in francoskem jeziku. Stalni urad Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu ni pregledal prevodov te publikacije v druge jezike.

ISBN 978-92-79-39270-2

Natisnjeno v Belgiji

Predgovor

1 Ta publikacija vsebuje besedilo Protokola o pravu, ki se uporablja za preživitvene obveznosti, v angleškem in francoskem jeziku, pri čemer sta obe besedili enako verodostojni, ter Obrazložitevno poročilo, ki ga je napisal Andrea Bonomi.

2 Besedila iz te izdaje se bodo vključila v Zapisnik enaindvajsetega zasedanja, navedena publikacija pa bo poleg strani, ponatisnjenih v tej izdaji, obsegala pripravljalne dokumente, poročila in zapisnike o delu Druge komisije na enaindvajsetem zasedanju. Ta publikacija, ki bo kmalu objavljena, se lahko naroči pri Stalnem uradu Haaške konference (glej točko 5 v nadaljevanju).

3 Bonomijevo Obrazložitevno poročilo vsebuje pojasnila Protokola, sprejetega na enaindvajsetem zasedanju in navedenega v sklepni listini z dne 23. novembra 2007. To poročilo je v angleščino prevedel Peter Wells.

4 Protokol je bil sprejet 23. novembra 2007 na enaindvajsetem zasedanju, zato ima ta datum. Evropska unija ga je odobrila 8. aprila 2010, Srbija pa ga je podpisala 18. aprila 2012.

5 Stalni urad Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu, 6 Scheveningseweg, 2517 KT Haag, Nizozemska, bo na zahtevo z veseljem zagotovil informacije o delu Konference.

V Haagu, marec 2013.

Protokol

Povzetek sklepne listine
z enaindvajsetega zasedanja,
podpisane 23. novembra 2007*

PROTOKOL O PRAVU, KI SE UPORABLJA ZA PREŽIVNINSKE
OBVEZNOSTI

Države podpisnice tega protokola so se –

v želji, da se oblikujejo skupne določbe o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti,

v želji, da posodobijo *Haaško konvencijo z dne 24. oktobra 1956 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti do otrok*, in *Haaško konvencijo z dne 2. oktobra 1973 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti*,

v želji, da oblikujejo splošna pravila o veljavnem pravu, ki bi lahko dopolnila *Haaško konvencijo z dne 23. novembra 2007 o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin* –

odločile v ta namen skleniti Protokol in so se dogovorile o naslednjih določbah:

Člen 1 Področje uporabe

1 V tem protokolu je določeno pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali svaštva, vključno s preživninsko obveznostjo do otroka ne glede na zakonski stan staršev.

2 Odločbe, izdane v skladu s tem protokolom, ne vplivajo na obstoj katerega koli razmerja iz odstavka 1.

Člen 2 Univerzalna uporaba

Ta protokol se uporablja tudi, če je pravo, ki se uporablja, pravo države nepogodbence.

Člen 3 Splošno pravilo glede prava, ki se uporablja

1 Preživninske obveznosti ureja pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, razen če ta protokol določa drugače.

2 Če se običajno prebivališče upravičenca spremeni, se od trenutka spremembe uporablja pravo države, v kateri ima upravičenec novo običajno prebivališče.

Člen 4 Posebna pravila, ki omogočajo prednost določenim upravičencem

1 Naslednje določbe se uporabljajo za preživninske obveznosti:

a) staršev do njihovih otrok;

b) oseb, ki niso starši, do oseb, ki niso dopolnile 21. leta starosti, razen obveznosti, ki izhajajo iz razmerij iz člena 5, ter

c) otrok do njihovih staršev.

2 Če upravičenec v skladu s pravom iz člena 3 od zavezanca ne more dobiti preživnine, se uporablja pravo sodišča.

3 Pravo sodišča se uporablja ne glede na člen 3, če se je upravičenec obrnil na pristojni organ države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče. Če pa upravičenec na podlagi tega prava od zavezanca ne more dobiti preživnine, se uporabi pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče.

4 Če upravičenec na podlagi prava iz člena 3 ter odstavkov 2 in 3 tega člena od zavezanca ne more dobiti preživnine, se uporabi pravo države, katere državljanstvo imata oba, če to obstaja.

Člen 5 Posebno pravilo glede zakoncev in bivših zakoncev

V primeru preživninskih obveznosti med zakoncema, bivšima zakoncema ali osebami, katerih zakonska zveza je bila razveljavljena, se člen 3 ne uporabi, če temu ugovarja ena od strank in je z zakonsko zvezo tesneje povezano pravo druge države, zlasti države njenega zadnjega skupnega običajnega prebivališča. V tem primeru se uporabi pravo te druge države.

Člen 6 Posebno pravilo ugovora

Zavezanec lahko pri preživninskih obveznostih, razen obveznostih do otroka, ki izhajajo iz razmerja staršev do otrok, in preživninskih obveznostih iz člena 5, ugovarja zahtevku upravičenca z utemeljitvijo, da takšna obveznost ne obstaja niti na podlagi prava države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče, niti prava države, katere državljanstvo imata obe stranki, če to obstaja.

Člen 7 Določitev prava, ki se uporablja za namene določenega postopka

1 Ne glede na člene 3 do 6 lahko preživninski upravičenec in preživninski zavezanec izključno za namene določenega postopka v zadevni državi izrecno določita, da se bo za preživninsko obveznost uporabljalo pravo te države.

2 Če se pravo določi pred uvedbo postopka, je treba skleniti dogovor, ki ga podpišeta obe stranki in je lahko v pisni obliki ali pa se napiše z uporabo drugega komunikacijskega sredstva, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje.

* Za celotno besedilo sklepne listine glej: „*Proceedings of the Twenty-First Session*“ (*Zapisnik enaindvajsetega zasedanja*) (leto 2007).

Člen 8 Določitev prava, ki se uporablja

1 Ne glede na člene 3 do 6 lahko preživninski upravičenec in preživninski zavezanec kadar koli določita, da se bo za preživninsko obveznost uporabljalo naslednje pravo:

- a) pravo katere koli države, katere državljanstvo ima v trenutku določitve ena od strank;
- b) pravo države, v kateri ima ena od strank v trenutku določitve običajno prebivališče;
- c) pravo, ki sta ga stranki določili za njuno premoženjsko pravno razmerje, oziroma pravo, ki se za njuno premoženjsko pravno razmerje dejansko uporablja;
- d) pravo, ki sta ga stranki določili za razvezo njune zakonske zveze ali njune ločitve, oziroma pravo, ki se za razvezo te zakonske zveze ali za to ločitev dejansko uporablja.

2 Ta dogovor se sklene v pisni obliki ali zabeleži z uporabo drugega komunikacijskega sredstva, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje, podpisati pa ga morata obe stranki.

3 Odstavek 1 se ne uporablja za preživninske obveznosti v zvezi z osebo, ki še ni dopolnila 18. leta starosti, ali z odraslim, ki zaradi prizadetosti ali pomanjkanja svojih osebnih sposobnosti ni sposoben varovati svojih interesov.

4 Ne glede na pravo, ki sta ga v skladu z odstavkom 1 določili stranki, se o vprašanju, ali se lahko upravičenec odpove preživninski pravici, odloči po pravu države, v kateri ima upravičenec v trenutku določitve prava običajno prebivališče.

5 Pravo, ki sta ga določili stranki, se ne uporabi, če bi imela uporaba tega prava za katero koli stranko očitno nepoštene ali neprimerne posledice, razen če sta bili stranki v trenutku določitve prava v celoti seznanjeni s posledicami svoje odločitve in sta se posledic zavedali.

Člen 9 „Domicile“ namesto „državljanstva“

Država, v kateri pojem „domicile“ velja za navezno okoliščino v družinskih zadevah, lahko stalni urad Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu obvesti, da se v zadevah, ki jih bodo obravnavali njeni organi, izraz „državljanstvo“ iz členov 4 in 6 nadomesti z izrazom „domicile“ v skladu z opredelitvijo v tej državi.

Člen 10 Javne institucije

Pravico javne institucije, da zahteva povračilo nadomestila, izplačanega upravičencu namesto preživnine, ureja pravo, ki velja za to institucijo.

Člen 11 Področje uporabe prava, ki se uporablja

Pravo, ki se uporablja za preživninsko obveznost, med drugim določa:

- a) ali lahko upravičenec zahteva preživnino, v kakšnem obsegu in od koga;
- b) v kolikšni meri lahko upravičenec zahteva preživnino za nazaj;
- c) podlago za odmero zneska preživnine in njeno indeksacijo;
- d) kdo lahko uvede preživninski postopek, razen vprašanj glede procesne sposobnosti in zastopanja v postopku;
- e) prekluzivne in zastaralne roke;
- f) v kakšnem obsegu je preživninski zavezanec javni instituciji dolžan povrniti nadomestilo, ki ga je ta izplačala upravičencu namesto preživnine.

Člen 12 Izključitev zavračanja

V tem protokolu izraz „pravo“ pomeni pravo, ki velja v državi, z izjemo pravil o izbiri prava.

Člen 13 Javni red

Uporaba prava, določenega v Protokolu, se lahko zavrne le, če bi bile posledice uporabe tega prava očitno nezdržljive z javnim redom pristojnega sodišča.

Člen 14 Določitev zneska preživnine

Čeprav pravo, ki se uporabi, določa drugače, se pri določitvi zneska preživnine upoštevajo potrebe upravičenca in sredstva zavezanca ter vsa nadomestila, ki jih je upravičenec prejel namesto rednega plačila preživnine.

Člen 15 Neuporaba Protokola za notranje kolizije

1 Državi pogodbenici, v kateri se za preživninske obveznosti uporabljajo različni pravni sistemi ali sklopi pravil, določb Protokola ni treba uporabljati pri koliziji zgolj teh različnih pravnih sistemov ali sklopov pravil.

2. Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

Člen 16 Neenotni pravni sistemi – ozemeljsko

1 Za državo članico, v kateri so zadeve, obravnavane v tem protokolu, v različnih ozemeljskih enotah urejene z dvema ali več pravnimi sistemi ali sklopi pravil, velja naslednje:

- a) sklicevanje na pravo države se po potrebi šteje za sklicevanje na pravo, veljavno v zadevni ozemeljski enoti;
- b) sklicevanje na pristojne organe ali javne institucije navedene države se po potrebi šteje za sklicevanje na organe, ki so v zadevni ozemeljski enoti pooblaščen za delovanje;
- c) sklicevanje na običajno prebivališče v navedeni državi se po potrebi šteje za sklicevanje na običajno prebivališče v zadevni ozemeljski enoti;

d) sklicevanje na državo, katere državljana sta obe osebi, se šteje za sklicevanje na ozemeljsko enoto, določeno po pravu navedene države, če pa ustreznih pravil ni, za sklicevanje na ozemeljsko enoto, s katero je preživninska obveznost najtesneje povezana;

e) sklicevanje na državo, katere državljan je ena od oseb, se šteje za sklicevanje na ozemeljsko enoto, določeno po pravu navedene države, če pa ustreznih pravil ni, za sklicevanje na ozemeljsko enoto, s katero je oseba najtesneje povezana.

2 Pri določanju prava, ki se na podlagi Protokola uporablja v državi z dvema ali več ozemeljskimi enotami, od katerih ima vsaka svoj pravni sistem ali sklop pravil za zadeve, obravnavane v tem protokolu, veljajo naslednja pravila:

a) če v tej državi obstajajo veljavna pravila za določitev ozemeljske enote, katere pravo se uporabi, se uporabi pravo te ozemeljske enote;

b) če teh pravil ni, se uporabi pravo ustrezne ozemeljske enote, opredeljene v odstavku 1.

3 Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

Člen 17 Neenotni pravni sistemi – personalne kolizije

Pri določanju prava, ki se na podlagi Protokola uporablja v zvezi z državo z dvema ali več pravnimi sistemi ali sklopi pravil, ki se uporabljajo za različne kategorije oseb za zadeve, ki jih zajema ta protokol, se vsako sklicevanje na pravo te države šteje za sklicevanje na pravni sistem, ki ga določajo pravila, ki veljajo v tej državi.

Člen 18 Usklajevanje s prejšnjima haaškima konvencijama o preživninah

Za države pogodbenice ta protokol nadomešča *Haaško konvencijo z dne 2. oktobra 1973 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti*, in *Haaško konvencijo z dne 24. oktobra 1956 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti do otrok*.

Člen 19 Usklajenost z drugimi instrumenti

1 Ta protokol ne vpliva na druge mednarodne instrumente, katerih podpisnice so ali postanejo države pogodbenice in ki vsebujejo določbe o zadevah, ki jih ureja Protokol, razen če države pogodbenice dajo nasprotno izjavo v zvezi z navedenimi instrumenti.

2 Odstavek 1 se uporablja tudi za enotne zakone, ki temeljijo na posebnih regionalnih ali drugih povezanostih med zadevnimi državami.

Člen 20 Enotna razlaga

Pri razlaganju tega protokola se upoštevata njegov mednarodni značaj in potreba po spodbujanju njegove enotne uporabe.

Člen 21 Pregled praktičnega izvajanja Protokola

1 Generalni sekretar Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu po potrebi skliče posebno komisijo, ki pregleda praktično izvajanje Protokola.

2 Države pogodbenice za namene tega pregleda pri zbiranju sodne prakse v zvezi z uporabo Protokola sodelujejo s stalnim uradom Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu.

Člen 22 Prehodne določbe

Ta protokol se ne uporablja za preživnino, ki se zahteva v državi pogodbenici v obdobju pred njegovim začetkom veljavnosti v tej državi.

Člen 23 Podpis, ratifikacija in pristop

1 Ta protokol lahko podpišejo vse države.

2 Države podpisnice ta protokol ratificirajo, sprejmejo aliodobrijo.

3 K temu protokolu lahko pristopijo vse države.

4 Listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu se deponirajo pri Ministrstvu za zunanje zadeve Kraljevine Nizozemske, ki je depozitar Protokola.

Člen 24 Regionalne organizacije za gospodarsko povezovanje

1 Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje, ki jo ustanovijo samo suverene države in ima pristojnost za nekatere ali vse zadeve, ki jih ureja Protokol, lahko podobno podpiše, sprejme, odobri Protokol ali k njemu pristopi. Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje ima v navedenem primeru pravice in obveznosti države pogodbenice, če ima organizacija pristojnost v zadevah, ki jih ureja Protokol.

2 Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje ob podpisu, sprejetju, odobritvi ali pristopu pisno obvesti depozitarja o zadevah, ki jih ureja Protokol in v zvezi s katerimi so države članice organizacije prenesle pristojnost na navedeno organizacijo. Organizacija nemudoma pisno obvesti depozitarja o vseh spremembah svoje pristojnosti, kakor je določena v najnovejšem obvestilu, predloženem v skladu s tem odstavkom.

3 Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje lahko v skladu s členom 28 ob podpisu, sprejetju, odobritvi ali pristopu izjavi, da izvaja pristojnost v vseh zadevah, ki jih ureja Protokol, in da bo države članice, ki so pristojnost prenesle na regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje, v zvezi z zadevnim vprašanjem zavezoval podpis, sprejetje, odobritev ali pristop organizacije.

4 Za namene začetka veljavnosti Protokola se ne upošteva noben instrument, ki ga deponira regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje, razen če regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje da izjavo na podlagi odstavka 3.

5 Vsako sklicevanje na „državo pogodbenico“ ali „državo“ v Protokolu se po potrebi enako uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko sodelovanje, ki je pogodbenica Protokola. Če regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje da izjavo na podlagi odstavka 3, se vsako sklicevanje na „državo pogodbenico“ ali „državo“ v Protokolu po potrebi enako uporablja za zadevne države članice organizacije.

Člen 25 Začetek veljavnosti

1 Protokol začne veljati prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka po deponiranju druge listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu iz člena 23.

2 Od tedaj začne Protokol veljati:

a) za vsako državo ali regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje iz člena 24, ki Protokol naknadno ratificira, sprejme, odobri ali k njemu pristopi, prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka po deponiranju listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu;

b) za ozemeljsko enoto, za katero Protokol velja v skladu s členom 26, prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka od uradne obvestitve o izjavi iz navedenega člena.

Člen 26 Izjave v zvezi z neenotnimi pravnimi sistemi

1 Če ima država dve ali več ozemeljskih enot, v katerih se glede zadev, obravnavanih v tem protokolu, uporabljajo različni pravni sistemi, lahko ob podpisu, ratifikaciji, sprejemu, odobritvi ali pristopu v skladu s členom 28 izjavi, da se Protokol uporablja za vse ozemeljske enote ali le za eno ali več takih enot, ter lahko to izjavo kadar koli spremeni s predložitvijo nove izjave.

2 O vsaki taki izjavi uradno obvesti depozitarja in izrecno navede ozemeljske enote, za katere se Protokol uporablja.

3 Če država ne da izjave na podlagi tega člena, se Protokol uporablja za vse ozemeljske enote navedene države.

4 Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

Člen 27 Pridrži

Pridrži k temu protokolu niso mogoči.

Člen 28 Izjave

1 Izjave iz člena 24(3) in člena 26(1) se lahko dajo ob podpisu, ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu ali kadar koli zatem in se lahko kadar koli spremenijo ali prekličejo.

2 O izjavah, spremembah in preklicih je uradno obveščen depozitar.

3 Izjava, dana ob podpisu, ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu začne veljati sočasno z začetkom veljavnosti tega protokola za zadevno državo.

4 Izjava, dana pozneje, in vsaka sprememba ali preklic izjave začnejo veljati prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka od datuma, ko je depozitar sprejel uradno obvestilo.

Člen 29 Odpoved

1 Država pogodbenica tega protokola lahko tega odpove tako, da o tem pisno obvesti depozitarja. Odpoved je lahko omejena na nekatere ozemeljske enote države z neenotnim pravnim sistemom, za katere se uporablja Protokol.

2 Odpoved začne veljati prvi dan v mesecu po poteku 12-mesečnega roka od datuma, ko je depozitar prejel uradno obvestilo. Kadar je v uradnem obvestilu določen daljši odpovedni rok za začetek veljavnosti odpovedi, odpoved začne veljati po preteku takega daljšega obdobja po datumu, ko je depozitar prejel uradno obvestilo.

Člen 30 Uradno obvestilo

Depozitar uradno obvesti članice Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu ter druge države in regionalne organizacije za gospodarsko povezovanje, ki so podpisale, ratificirale, sprejele, odobrile ali pristopile v skladu s členoma 23 in 24, o naslednjem:

a) podpisih, ratifikacijah, sprejetjih, odobritvah in pristopih iz členov 23 in 24;

b) datumu začetka veljavnosti tega protokola v skladu s členom 25;

c) izjavah iz člena 24(3) in člena 26(1);

d) odpovedih iz člena 29.

V potrditev tega so podpisani, ki so bili za to pravilno pooblašeni, podpisali ta protokol.

Sestavljeno v Haagu 23. novembra 2007 v angleškem in francoskem jeziku, pri čemer sta obe besedili enako verodostojni, v enem samem izvodu, ki se deponira v arhivih Vlade Kraljevine Nizozemske, in katerega overjena kopija se pošlje po diplomatski poti vsaki podpisnici Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu na dan njenega enaindvajsetega zasedanja in vsaki državi, ki je sodelovala na navedenem zasedanju.

Poročilo

(prevod)

Vsebina poročila	stran
DEL I: OZADJE	12
DEL II: NASLOV, PREAMBULA IN SPLOŠNA STRUKTURA PROTOKOLA	13
DEL III: GLAVNI VIDIKI UREDITVE, KI JO DOLOČA PROTOKOL	14
DEL IV: RAZLAGA POSAMEZNIH ČLENOV	14
Člen 1 Področje uporabe	14
a Pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti	15
b Preživalske obveznosti, ki izhajajo iz družinskih razmerij	15
i Obsežnejše področje uporabe v smislu predmeta urejanja kot pri Konvenciji	15
ii Preživalske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja	16
c Področje uporabe sodnih odločb, izdanih pri uporabi Protokola	17
Člen 2 Univerzalna uporaba	17
Člen 3 Splošno pravilo glede prava, ki se uporablja	17
a Razlogi za to navezovanje	17
b Pojem običajnega prebivališča	18
c Sprememba običajnega prebivališča	18
Člen 4 Posebna pravila, ki omogočajo prednost določenim upravičencem	18
a Področje uporabe člena 4	18
b Subsidiarno navezovanje na lex fori	20
c Zamenjava naveznih okoliščin v primeru postopka, ki ga je upravičenec začel v državi običajnega prebivališča zavezanca	21
i Primarno navezovanje na lex fori	21
ii Subsidiarno navezovanje na pravo običajnega prebivališča upravičenca	22
d Subsidirano navezovanje na skupno državljanstvo obeh strank	22
Člen 5 Posebno pravilo glede zakoncev in bivših zakoncev	22
a Razlogi za posebno pravilo	23
b Delovanje izključitvene klavzule	24
i Zahtevek ene od strank	24
ii Tesnejše povezave	24
c Področje uporabe člena 5	25

Člen 6 Posebno pravilo ugovora	25
a Področje uporabe člena 6	25
b Mehanizem, ki ga določa člen 6	26
Člena 7 in 8 Izbira prava, ki se uporablja	27
Člen 7 Določitev prava, ki se uporablja za namene določenega postopka	27
a Področje uporabe člena 7	27
b Izbira za namene določenega postopka	28
c Način izbire	28
Člen 8 Določitev prava, ki se uporablja	29
a Področje uporabe člena 8	29
b Vrste prava, med katerimi je upravičeno izbirati	29
c Nadaljnje možnosti v okviru pododstavkov (c) in (d)	29
i Pravo, določeno za urejanje premoženjskega razmerja	30
ii Pravo, ki se dejansko uporablja za premoženjsko razmerje	30
iii Pravo, določeno za urejanje prenehanja življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze	31
iv Pravo, ki se dejansko uporablja za prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze	31
d Način izbire	31
e Omejitve posledic izbire	31
i Uporaba prava običajnega prebivališča upravičenca pri odpovedi pravice do preživnine	31
ii Pristojnost sodišča, da samo izbere najugodnejše pravo	32
f Obstoje in veljavnost dogovora med strankama	32
Člen 9 „Domicile“ namesto „državljanstva“	32
Člen 10 Javne institucije	33
Člen 11 Področje uporabe prava, ki se uporablja	33
Člen 12 Izključitev zavračanja	34
Člen 13 Javni red	34
Člen 14 Določitev zneska preživnine	35
Členi 15 do 17 Neenotni pravni sistemi	36
Člen 15 Neuporaba Protokola za notranje kolizije	36
Člen 16 Neenotni pravni sistemi – ozemeljsko	36
Člen 17 Neenotni pravni sistemi – personalne kolizije	37
Člen 18 Usklajevanje s prejšnjima haaškima konvencijama o preživnini	37
Člen 19 Usklajenost z drugimi instrumenti	38
Člen 20 Enotna razlaga	38

Člen 21	<i>Pregled praktičnega izvajanja</i>	
	<i>Protokola</i>	38
Člen 22	<i>Prehodne določbe</i>	38
Člen 23	<i>Podpis, ratifikacija in pristop</i>	38
Člen 24	<i>Regionalne organizacije za</i>	
	<i>gospodarsko povezovanje</i>	39
Člen 25	<i>Začetek veljavnosti</i>	39
Člen 26	<i>Izjave v zvezi z neenotnimi</i>	
	<i>pravnimi sistemi</i>	40
Člen 27	<i>Pridržki</i>	40
Členi 28 do 30	<i>Izjave, odpoved, uradno obvestilo</i>	40
Člen 28	<i>Izjave</i>	40
Člen 29	<i>Odpoved</i>	40
Člen 30	<i>Uradno obvestilo</i>	41

1 Na enaindvajsetem zasedanju Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu, ki se je 23. novembra 2007 sestala v Haagu, sta bili sprejeti besedili dveh mednarodnih instrumentov, namenjenih poenostavitvi mednarodne izterjave preživnin, in sicer *Haaška konvencija o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin* (v nadaljnjem besedilu: Konvencija) in *Haaški protokol o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti* (v nadaljnjem besedilu: Protokol). To obrazložitevno poročilo se nanaša na Protokol, medtem ko se Konvencija obravnava v posebnem poročilu, ki sta ga sestavili Alegría Borrás (Španija) in Jennifer Degeling (Avstralija), pri tem pa sta jima pomagala William Duncan in Philippe Lortie iz Stalnega urada (v nadaljnjem besedilu: poročilo Borrásove in Degelingove).

2 Vprašanje prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti, je bilo od začetka vključeno v uradni mandat posebne komisije za mednarodno izterjavo preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin, ki je sestavila predhodni osnutek Konvencije in Protokola: na zasedanju posebne komisije aprila 1999¹ so se odločili, da bi bilo treba v programu za prihodnje delo Haaške konference prednost nameniti uvedbi celovitejše Konvencije glede preživninskih obveznosti, s katero naj bi se izboljšale obstoječe haaške konvencije o tej temi ter v katero bi bilo treba vključiti določbe v zvezi s pravosodnim in upravnim sodelovanjem². Dve od obstoječih haaških konvencij o preživninskih obveznostih sta posvečeni določitvi prava, ki se uporablja, in sicer Haaška konvencija z dne 24. oktobra 1956 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti do otrok (v nadaljnjem besedilu: Haaška konvencija o preživninah iz leta 1956), in Haaška konvencija z dne 2. oktobra 1973 o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti (v nadaljnjem besedilu: Haaška konvencija o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja)).

3 Generalni sekretar je v skladu z odločitvijo z devetnajstega zasedanja sklical posebno komisijo, ki se je sestajala v Haagu od 5. do 16. maja 2003, od 7. do 18. junija 2004, od 4. do 15. aprila 2005, od 19. do 28. junija 2006 in od 8. do 16. maja 2007. Kot predsednik posebne komisije je bil izvoljen Fausto Pocar (Italija), kot podpredsedniki pa so bili izvoljeni Mária Kurucz (Madžarska), Mary Helen Carlson (Združene države Amerike (ZDA)) in Jin Sun (Kitajska). Kot soporočevalki sta bili izvoljeni Alegría Borrás in Jennifer Degeling. Pod predsedstvom Jan Doogue (Nova Zelandija) je bil organiziran odbor za pripravo zakonodaje. Pomembnejši pripravljalni dokumenti ter pripombe namestnika generalnega sekretarja Williama Duncana, ki je bil odgovoren za znanstveno delo sekretariata, in prvega

sekretarja Philippa Lortieja so močno poenostavili zapisnik posebne komisije in odbora za pripravo zakonodaje³.

4 Posebna komisija je na svoji prvi seji maja 2003 in v skladu s svojim mandatom razpravljala o vprašanju, ali bi moral novi instrument vsebovati določbe v zvezi s pravom, ki ga uporabljajo organi, ki izdajajo odločbe o preživnini, ter, če bi jih moral vsebovati, katera pravila bi bilo treba vključiti v te določbe. Razprava je pokazala, da sta obstajali dve nasprotujoči si stališči. Medtem ko je bila večina delegatov iz kontinentalnih sistemov („civil law jurisdiction“) naklonjena vključitvi določene oblike ureditve prava, ki se uporablja, je večina delegacij iz anglosaksonskih sistemov („common law jurisdiction“) temu nasprotovala⁴. Če se upošteva, da se odločbe o preživnini v večini držav, v katerih velja obče pravo, običajno izrečejo na podlagi *lex fori*, se to nasprotje zlahka razume. *Lex fori* se pogosto uporablja tudi v državah, ki imajo za izterjavo preživnine upravne sisteme, vendar obče pravo ne velja v vseh teh državah.

5 Po mnenju večine delegacij, ki so bile naklonjene vključitvi ureditve splošnega prava, ki se uporablja, so bila ta pogajanja edinstvena priložnost za revizijo haaških konvencij o preživninah iz leta 1956 in leta 1973, kar bi bilo treba izkoristiti. Haaška konvencija o preživninah iz leta 1973 je bila na splošno dokaj zadovoljiva, uporabila naj bi se kot izhodišče pri pripravi novega instrumenta, nekatere od njenih rešitev pa je bilo treba revidirati in posodobiti, da bi se odpravile pomanjkljivosti in povečalo število ratifikacij⁵. Zato je bilo treba v postopek revizije vključiti vse države, ne le tiste, ki so že pogodbenice haaških konvencij o preživninah iz leta 1956 in leta 1973.

6 Posebna komisija se je na predlog predsednika odločila vzpostaviti delovno skupino o pravu, ki se uporablja (v nadaljnjem besedilu: delovna skupina), v katero bi bili vključeni strokovnjaki iz držav pogodbenic haaških konvencij o preživninah iz leta 1956 in leta 1973 ter strokovnjaki iz drugih držav, njeno predsedstvo pa bi prevzel podpisani. Delovna skupina je na podlagi prejetega mandata, ki je bil obnovljen ali natančno

³ Glej zlasti W. Duncan: „Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance“, Pripravljalni dokument št. 3 iz aprila 2003 za posebno komisijo iz maja 2003 o mednarodni izterjavi preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin (na voljo na: <www.hcch.net>).

⁴ Kanada, katere province in ozemlja uporabljajo kaskadni pristop, ki pa je bolj omejen kot tisti, določen v Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), je bila pripravljena v prihodnji instrument vključiti določeno obliko ureditve prava, ki se uporablja. V njenih provincah in na njenih ozemljih, na katerih velja obče pravo, je pravo, ki se uporablja, pravo kraja, kjer se nahaja običajno prebivališče otroka; če otrok po tem pravu ni upravičen do preživnine, se uporablja *lex fori* (glej na primer „Inter-Jurisdictional Support Orders Act“ (akt o sodelovanju različnih sodnih oblasti pri določenih vprašanjih) (Manitoba), člen 12(1)). V Quebecu s kontinentalnim sistemom pa je pravo, ki se uporablja, najprej pravo domicila preživninskega upravičenca, nato pa pravo domicila zavezanca (člen 3094 Civilnega zakonika).

⁵ V času priprave tega dokumenta je bila Haaška konvencija o preživninah iz leta 1973 v veljavi v 14 državah (Estonija, Francija, Grčija, Italija, Japonska, Litva, Luksemburg, Nemčija, Nizozemska, Poljska, Portugalska, Španija, Švica in Turčija). Haaška konvencija o preživninah iz leta 1956 pa je bila v veljavi v 12 državah (Avstrija, Belgija, Francija, Nemčija, Italija, Japonska, Luksemburg, Nizozemska, Portugalska, Španija, Švica in Turčija).

¹ Glede poteka in odločitev navedenega zasedanja glej poročilo Borrásove in Degelingove (na voljo na spletnem mestu Haaške konvencije: <www.hcch.net>), točke 1 do 5.

² Glej sklepno listino devetnajstega zasedanja Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu, „*Proceedings of the Nineteenth Session*“ (Zapisnik devetnajste seje) (leti 2001/2002), zvezek I, Razno, str. 35 do 47, na str. 45.

določen med zasedanji posebne komisije v letih 2004, 2005 in 2006, izdelala osnutek besedila o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti (v nadaljnjem besedilu: delovni osnutek). Prva različica delovnega osnutka je bila predstavljena kot dodatek k poročilu delovne skupine iz junija 2006⁶, o njej pa so razpravljali julija 2006 na zasedanju posebne komisije. Ta komisija se je odločila, da bo maja 2007 sklicala posebno komisijo, katere glavna tema bi bilo vprašanje prava, ki se uporablja. Druga različica delovnega osnutka⁷, obrazložena v poročilu delovne skupine iz aprila 2007⁸, je bila osnova za delo posebne komisije iz maja 2007.

7 Vprašanje prava, ki se uporablja, je bilo v središču razprav zasedanja posebne komisije maja 2007. Posebna komisija se je najprej odločila, da se bodo pravila v zvezi s pravom, ki se uporablja, obravnavala v Protokolu, formalno ločenem od Konvencije. Nato je dala soglasje za izdelavo predhodnega osnutka Protokola⁹, ki se je skupaj s priloženim Obrazložitvijo poročilom¹⁰ uporabil kot podlaga za razpravo na enaindvajsetem zasedanju konference, ki je potekala od 5. do 23. novembra 2007 v Haagu. Ob tej priložnosti je bil kot poročevalec Obrazložitvenega poročila o Protokolu izvoljen avtor tega poročila.

8 Predsednik plenarnega zasedanja enaindvajsetega zasedanja Haaške konference je bil Teun Struycken (Nizozemska). Podpredsedniki so bili Gilberto Vergne Saboia (veleposlanik Brazilije), Xue Hanqin (veleposlanica Kitajske), Ioannis Voulgaris (Grčija), Dorothée van Iterson (Nizozemska), Jan Doogue (Nova Zelandija), Alexander Y. Bavykin (Ruska federacija), Hlengiwe B. Mkhize (veleposlanica Južne Afrike) in Mary Helen Carlson (ZDA).

9 Na diplomatskem zasedanju konference so pripravo Konvencije zaupali komisiji I, ki ji je predsedovala Mária

Kurucz (Madžarska), pripravo Protokola pa komisiji II, ki ji je predsedoval avtor tega poročila. Podpredsednika komisije I sta bila Lixiao Tian (Kitajska) in Mary Helen Carlson (ZDA), komisije II pa Nádia de Araújo (Brazilija) in Shinichiro Hayakawa (Japonska). Zasedanja so se poleg delegatov iz 68 članic konference, zastopanih na enaindvajsetem zasedanju, udeležili tudi opazovalci iz 14 držav nečlanic ter devetih medvladnih in nevladnih organizacij.

10 Za pripravo postopkov komisije I in komisije II je bil vzpostavljen odbor za pripravo zakonodaje pod predsedstvom Jan Doogue (Nova Zelandija). V odbor za pripravo zakonodaje so bili poleg predsednice vključeni še poročevalci obeh komisij, osebe po uradni dolžnosti, člani Stalnega urada in naslednji strokovnjaki: Denise Gervais (Kanada), Katja Lenzing (Evropska skupnost (ES)), María Elena Mansilla y Mejía (Mehika), Mary Helen Carlson (ZDA), James Ding (Kitajska), Lixiao Tian (Kitajska), Miloš Hatapka (ES), Edouard de Leiris (Francija), Paul Beaumont (Združeno kraljestvo) in Robert Keith (ZDA).

11 Na plenarnem zasedanju z dne 22. novembra 2007 je bila končana tretja obravnava osnutka Protokola. Osnutek Protokola je bil uradno sprejet na sklepnem zasedanju z dne 23. novembra 2007 s podpisom sklepne listine enaindvajsetega zasedanja.

DEL II: NASLOV, PREAMBULA IN SPLOŠNA STRUKTURA PROTOKOLA

12 Z naslovom Protokola, tj. „Protokol o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti“, je poudarjen glavni namen navedenega instrumenta, in sicer uvedba enotnih pravil za določanje prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti. Ta naslov povzema naslov Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), ki ima enak namen.

13 Protokol ne vsebuje niti pravil v zvezi s spori o pristojnosti (pristojnost organov ter priznavanje in izvrševanje odločb) niti kakršnih koli pravil v zvezi z upravnim sodelovanjem med državami. Konvencija ureja nekatera od teh vprašanj (upravno sodelovanje za namen mednarodne izterjave preživnin in med mednarodno izterjavo preživnin ter priznavanje in izvrševanje tujih odločb).

14 Za razliko od Konvencije, katere naslov se jasno nanaša na preživnino otrok in druge oblike družinskih preživnin, v naslovu Protokola ni nobenih navedb v zvezi s tem. Iz tega je razvidno zelo široko področje uporabe, ki ga Protokolu dodeljuje člen 1. Protokol neomejeno in brez kakršnega koli pridržka določa pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, na podlagi kakršnega koli družinskega razmerja (primerjaj člen 27). V njegovo področje uporabe je vključena preživnina otrok, prav tako pa tudi preživninska obveznost odraslim po pravu, ki ga določa Protokol.

15 O nazivu „Protokol“ je komisija II diplomatskega zasedanja razpravljala do svojega zadnjega zasedanja, ki je potekalo 22. novembra 2007 in je bilo namenjeno drugi

⁶ „Report of the Working Group on Applicable Law“ (Poročilo delovne skupine o pravu, ki se uporablja), ki ga je pripravil predsednik te delovne skupine Andrea Bonomi, Pripravljalni dokument št. 22 iz junija 2006 za posebno komisijo iz junija 2006 za mednarodno izterjavo preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin (na voljo na: <www.hcch.net>).

⁷ „Working draft on applicable law“ (Delovni osnutek o pravu, ki se uporablja), ki ga je pripravila delovna skupina za pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ki se je sestala 17. in 18. novembra 2006 v Haagu, Pripravljalni dokument št. 24 iz januarja 2007 za posebno komisijo iz maja 2007 za mednarodno izterjavo preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin (na voljo na: <www.hcch.net>).

⁸ „Report of the Working Group on Applicable Law“ (Poročilo delovne skupine o pravu, ki se uporablja), ki ga je pripravil predsednik delovne skupine Andrea Bonomi, Pripravljalni dokument št. 27 iz aprila 2007 za posebno komisijo iz maja 2007 za mednarodno izterjavo preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin (na voljo na: <www.hcch.net>).

⁹ „Preliminary draft Protocol on the law applicable to maintenance obligations“ (Predhodni osnutek Protokola o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti), pripravljen pod vodstvom posebne komisije za mednarodno izterjavo preživnine otrok in drugih oblik družinskih preživnin ter odobren s strani odbora za pripravo zakonodaje, Pripravljalni dokument št. 30 iz junija 2007 za enaindvajseto zasedanje novembra 2007 (na voljo na: <www.hcch.net>).

¹⁰ „Preliminary draft Protocol on the law applicable to maintenance obligations – Explanatory Report“ (Predhodni osnutek Protokola o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti – Obrazložitevno poročilo), ki ga je pripravil Andrea Bonomi, Pripravljalni dokument št. 33 iz avgusta 2007 za enaindvajseto zasedanje novembra 2007 (na voljo na: <www.hcch.net>).

obravnavi osnutka Protokola. Nekatere delegacije so na podlagi odločitve, da bi bil Protokol formalno neodvisen od Konvencije¹¹, predlagale, naj se naziv dokumenta iz „Protokol“ spremeni v „Konvencijo“, saj odvisnost med navedenim besedilom in Konvencijo ni bila dovolj izrazita¹². Po razpravi o prednostih in pomanjkljivostih obeh rešitev je bil navsezadnje dosežen sporazum glede izraza „Protokol“.

16 Čeprav izraz „Protokol“ ni običajen za instrument, ki ga sprejme Haaška konferenca, je njegova prednost v tem, da poudarja izvirne in funkcionalne povezave med Protokolom in Konvencijo. Poudariti je treba, da je Protokol, razen svojega ozadja (glej točko 2 in naslednje), tako kot Konvencija namenjen poenostavitvi mednarodne izterjave preživnin. Določitev prava, ki se uporablja, (in po potrebi uporaba tujega prava) je namreč ena izmed težav, ki jih lahko ima preživninski upravičenec, ko vloži zahtevek zoper zavezanca, ki prebiva v tujini. Določene rešitve, ki jih zagotavlja Protokol, vključno zlasti s poudarjeno vlogo, ki jo glede na obstoječe instrumente priznava *lex fori* (primerjaj člena 4 in 7), so namenjene lažjemu izdajanju odločb o preživnini ter jih ustrezno navdihuje enak pomislek, na katerem temelji Konvencija. Ob upoštevanju narave *erga omnes* Protokola (primerjaj člen 2 Protokola) je treba navesti, da bi bilo za upravičence koristno, če bi ga ratificiralo veliko število držav, tudi za tiste upravičence, ki imajo domicil v ZDA, ki k Protokolu še niso pristopile (in ki ne nameravajo postati njegove pogodbenice), saj bi imeli celo upravičenci, ki imajo domicil v ZDA, med postopkom, sproženim v državi pogodbenici (na primer v državi domicila zavezanca), koristi od uporabe enotnih pravil iz Protokola, ki omogočajo prednost upravičencu.

17 Ta funkcionalna povezava je poudarjena tudi v preambuli, kjer je navedeno, da Konvencijo koristno dopolnjuje razvoj splošnih pravil o pravu, ki se uporablja. V ostalem delu preambule so povzeti drugi pomisleki, na podlagi katerih je bila določena priprava Protokola, pri čemer je zlasti omenjen pomislek glede enotnosti kolizijskih pravil prava ter posodobitve haaških konvencij o preživninah iz leta 1956 in leta 1973.

18 Protokol ima 30 členov. Čeprav ni razdeljen na poglavja, se lahko njegove določbe razvrstijo v tri skupine. V členih 1 in 2 je opredeljeno področje uporabe *ratione materiae* in *ratione loci*, v členih od 3 do 14 je določeno pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, pri čemer je navedeno tudi njegovo področje uporabe, členi od 15 do 30 pa so splošne in končne določbe, ki so zdaj običajne v večini instrumentov, ki jih razvija Haaška konferenca.

DEL III: GLAVNI VIDIKI UREDITVE, KI JO DOLOČA PROTOKOL

19 Protokol v skladu s ciljem revizije prejšnjih konvencij o pravu, ki se uporablja za preživninske obveznosti, v mnogih pogledih sledi rešitvam iz teh konvencij, zlasti iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja, ne da bi povsem zanikal njihov pristop. Tako je predvsem glede področja uporabe, zelo splošno opredeljenega v členih 1 in 2, obravnave preživninskih obveznosti kot upravičenih do lastne izbire pravila prava („kategorija navezovanja“), neodvisno od osnovnega družinskega razmerja (člen 1(2)), splošnega pravila, ki temelji na povezavi preživninskih obveznosti s pravom običajnega prebivališča upravičenca (člen 3), dopustitve določenih „kaskadnih“ subsidiarnih naveznih okoliščin, katerih namen je omogočiti prednost preživninskemu upravičencu (člen 4), in zelo široke opredelitve vprašanj, ki jih ureja pravo, določeno kot pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti (člen 11). Rešitve iz Protokola se lahko v več vidikih primerjajo z *Medameriško montevidesko konvencijo z dne 15. julija 1989 o preživninskih obveznostih* (v nadaljnjem besedilu: Montevideska konvencija iz leta 1989)¹³.

20 V tem protokolu so glede na Haaško konvencijo o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) tri glavne novosti. Prvič, poudarjena je vloga *lex fori*, ki je povišana na stopnjo glavnega merila pri zahtevkih določenih „prednostnih“ kategorij upravičencev, pri čemer ima v teh primerih pravo običajnega prebivališča upravičenca le stransko vlogo (člen 4(3)). Drugič, za obveznosti med zakonci in bivšimi zakonci je uvedena izključitvena klavzula, ki temelji na predpostavki tesne povezave (člen 5), s čimer se prekinja nespremenljivo navezovanje na pravo, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze po členu 8 Konvencije iz leta 1973. Tretjič, uveden je ukrep avtonomije strank, pri čemer obstajata dve različici: dogovor o postopku, ki strankama v zvezi s kakršnimi koli preživninskimi obveznostmi omogoča, da za namene določenega postopka izbereta *lex fori* (člen 7), ter izbira prava, ki se uporablja, ki jo lahko v skladu z določenimi pogoji in omejitvami kadar koli uveljavljajo odrasli, sposobni varovati svoje interese (člen 8).

DEL IV: RAZLAGA POSAMEZNIH ČLENOV

Člen 1 Področje uporabe

21 V členu 1 je opredeljeno področje uporabe Protokola v smislu predmeta urejanja. V skladu s prvim odstavkom navedenega člena je v Protokolu določeno pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali svaštva.

¹¹ Primerjaj člen 23, ki dovoljuje, da Protokol podpišejo, ratificirajo in k njemu pristopijo vse države, četudi niso pogodbenice Konvencije.

¹² Glej Zapisnik št. 6, točko 11 in naslednje ter točko 178 in naslednje.

¹³ Glej točke 33, 36, 39, 57, 66, 67 in 166 v nadaljevanju.

Odstavek 1 – V tem Protokolu je določeno pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali svaštva, vključno s preživalsko obveznostjo do otroka ne glede na zakonski stan staršev.

a *Pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti*

22 Namen Protokola je določiti pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti. Torej ne vsebuje pravil niti v zvezi s spori o pristojnosti niti z upravnim sodelovanjem, ta vprašanja pa vsaj deloma ureja Konvencija.

23 Poleg tega je pomembno poudariti, da je v Protokolu določeno le pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti, zasnovano kot samostojna vrsta navezovanja. Zato ni namenjen določanju prava, ki se uporablja za družinska razmerja, iz katerih izhajajo preživalske obveznosti. To načelo je pomembno in je jasno izraženo v členu 2(1) Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), v katerem je določeno, da „[t]a konvencija ureja le kolizijo zakonov glede preživalskih obveznosti“. To besedilo v Protokolu ni bilo povzeto, verjetno zato, ker se je ob upoštevanju naslova instrumenta („Protokol o pravu, ki se uporablja za preživalske obveznosti“, poševni tisk je dodan) in člena 1(1) („V tem Protokolu je določeno pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti [...]“, poševni tisk je dodan) obravnavalo kot odvečno. Kljub tej pravni praznini se pristop Protokola do tega vprašanja ne razlikuje od pristopa Konvencije iz leta 1973, in sicer v tem smislu, da družinskega razmerja, na katerega se nanaša člen 1(1) (na primer starševstva ali zakonske zveze), ne ureja neposredno Protokol. To potrjuje člen 1(2) Protokola, ki povzema člen 2(2) Konvencije iz leta 1973, v katerem je določeno, da „[o]dločbe, izdane v skladu s tem Protokolom, ne vplivajo na obstoj katerega koli razmerja iz odstavka 1“, saj je to pravilo zgolj korelat samostojnega navezovanja preživalskih obveznosti.

24 Iz samostojnega navezovanja preživalskih obveznosti izhaja, da je treba v vsaki državi pogodbenici določiti pravo, ki se uporablja za družinska razmerja, na katerega se sklicuje člen 1(1), in sicer na podlagi pravil o koliziji zakonov, ki v navedeni državi veljajo in se splošno uporabljajo. To ne povzroča nobene težave, kadar je obstoj ali neobstoj družinskega razmerja glavni razlog za zadevni postopek (na primer, kadar se zahtevek nanaša na dokaz o starševstvu, veljavnost zakonske zveze ali prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze), čeprav je preživalski zahtevek kot dodatek vložen med istim postopkom. Težava je večja, kadar se med postopkom predhodno pojavi vprašanje obstoja družinskega razmerja, katerega glavni cilj je preživalski zahtevek (na primer, če domnevni zavezanec izpodbija obstoj starševstva ali veljavnost zakonske zveze). Glede na pravno praznino v Protokolu ne more nič preprečiti ponovne uporabe razlage, predlagane v haaških konvencijah o preživninah iz leta 1956 in leta 1973, v skladu s katero se lahko pravo, določeno za urejanje preživalske obveznosti, uporablja tudi za predhodno vprašanje obstoja družinskega razmerja v pomenu

člena 1(1)¹⁴. Vendar ta rešitev za države pogodbenice ni zavezujoča, saj se te države lahko zakonito odločijo za izbiro ločenega in samostojnega navezovanja na predhodno vprašanje; v takem primeru bo slednje določeno glede na pravo, ki ga določajo kolizijska pravila sodišča. V vsakem primeru odločba, izdana glede preživalskega zahtevka z uporabo prava, določenega v Protokolu, po členu 1(2) ne vpliva na obstoj zadevnega družinskega razmerja.

b *Preživalske obveznosti, ki izhajajo iz družinskih razmerij*

25 V skladu s členom 1(1) je v Protokolu določeno pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali svaštva. To besedilo ustreza besedilu člena 1 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja). Vendar v Protokolu za razliko od Konvencije iz leta 1973¹⁵ niso navedeni pridržki, ki bi državam pogodbenicam omogočali, da bi področje uporabe omejile na posebne preživalske obveznosti ali izključile ostale¹⁶. Področje uporabe Protokola je posledično zelo široko.

i *Obsežnejše področje uporabe v smislu predmeta urejanja kot pri Konvenciji*

26 Področje uporabe Protokola je zlasti širše od obveznega področja uporabe Konvencije, ki je omejeno, in sicer po členu 2(1):

„a) za preživalske obveznosti, ki izhajajo iz razmerja med staršem in otrokom, v korist oseb, mlajših od 21 let;

b) za priznavanje in izvrševanje ali izvrševanje odločb o preživnini zakonca, kadar se predloži zahtevek v okviru pododstavka a) ter

c) za preživnino zakoncev z izjemo poglavij II in III.“

Ta razlika se po eni strani pojasni z željo, da bi področje uporabe Protokola sovpadalo s področjem uporabe Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), zaradi česar bi lahko ta Konvencija nadomestila Protokol (vsaj med državami pogodbenicami) (primerjaj člen 18). Po drugi strani pa je iz tega razvidna želja, da se ne bi preveč omejevalo področja uporabe besedila, ki je kot predmet Protokola, ločenega od Konvencije, v vsakem primeru neobvezno za države, ki Konvencijo ratificirajo, in ki ga, nasprotno, lahko ratificirajo države, ki niso pogodbenice Konvencije (primerjaj člen 23).

27 Primeri uporabe obeh instrumentov v vsakem primeru dejansko ne morejo sovpadati, saj se razlikujejo njuni pogoji za uporabo *ratione loci*. Tako je Konvencija

¹⁴ Obrazložitevno poročilo o Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (izvrševanje – pravo, ki se uporablja), ki ga je sestavil M. Verwilghen (v nadaljnjem besedilu: Verwilghenovo poročilo), „*Actes et documents de la Douzième session*“ (1972), zvezek IV, *Preživalske obveznosti*, str. 383–465, točka 125 in naslednje (na voljo tudi na: <www.hcch.net>).

¹⁵ Primerjaj zlasti člena 13 in 14 Konvencije iz leta 1973.

¹⁶ Primerjaj člen 27, v skladu s katerim „[p]ridržki k temu protokolu niso mogoči“.

instrument *inter partes*, ki se uporablja v odnosih med državami pogodbenicami; to velja pri upravnem sodelovanju¹⁷ ter priznavanju in izvrševanju odločb¹⁸. Protokol pa se uporablja *erga omnes*, četudi je pravo, ki ga določa, pravo države, ki ni pogodbenica (primerjaj člen 2).

28 Poleg tega je treba poudariti, da se lahko področje uporabe Konvencije v smislu predmeta urejanja neobvezno tudi razširi (z izjavo v skladu s členom 63) „na katero koli preživninsko obveznost, ki izhaja iz družinskega razmerja, starševstva, zakonske zveze ali podobnega razmerja [...]“ (člen 2(3) Konvencije). Vsaka pogodbenica lahko torej s tako izjavo, če želi, povzroči, da področji uporabe obeh instrumentov v smislu področja uporabe sovpadata. Vendar tudi ob prisotnosti take izjave sovpadanje ne bo popolno. Z izjavo iz člena 2(3) Konvencije se ustvarjajo obveznosti med dvema državama pogodbenicama le na podlagi vzajemnosti, tj. „le, če se njuni izjavi nanašata na iste preživninske obveznosti in dele Konvencije“, Protokol pa se, kot je bilo že navedeno, uporablja *erga omnes*, in sicer neodvisno od kakršne koli vzajemnosti (primerjaj člen 2). Zato je celo v državi pogodbenici obeh instrumentov, ki da tako izjavo, posledično mogoče, da se Konvencija za razliko od Protokola v konkretni zadevi ne uporablja.

ii *Preživninske obveznosti, ki izhajajo iz družinskega razmerja*

29 V Protokolu ni opredeljen pojem družinskega razmerja, ampak je navedenih zgolj nekaj primerov, ki ustrezajo primerom iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja). Tako so izrecno navedeni razmerja med staršem in otrokom, starševstvo, zakonska zveza in svaštvo. Iz tega seznama je razvidno, da je pojem družinskega razmerja, sprejet v Protokolu, dokaj širok, saj vključuje svaštvo, čeprav takega razmerja ne priznavajo vse države.

30 V zadnjem delu člena 1(1) je določeno, da se Protokol v primeru preživnine otroka uporablja ne glede na zakonski stan staršev. S to navedbo, ki se je pojavila tudi v členu 1 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) in členu 2(4) Konvencije, je določeno dejstvo, da se Protokol uporablja brez razlikovanja za otroke, rojene v zakonski zvezi ali zunaj nje.

31 Trenutno pa se pojavlja težava v zvezi z različnimi oblikami istospolnih zakonskih zvez ali partnerstev. Čedalje več pravnih sistemov priznava taka razmerja, ki se pogosto obravnavajo kot družinska razmerja, zaradi česar so lahko podlaga za preživninske zahtevke. Vendar jih druge države ne želijo priznati, saj so v nekaterih primerih neskladna z njihovim javnim redom. Te razmere se zaradi Protokola ne bodo spremenile. Dejansko je s kolizijskimi pravili v Protokolu določeno le pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ni pa določeno

pravo, ki se uporablja glede tega, kaj sestavlja družinsko razmerje, niti vzpostavitev takega razmerja, na katerem temelji preživninska obveznost (glej točko 23 zgoraj). Zato obstoj in veljavnost istospolnih zakonskih zvez ali partnerstev še naprej pokriva nacionalno pravo držav pogodbenic, vključno z njihovimi pravili mednarodnega zasebnega prava. Poleg tega v Protokolu ni navedeno, ali so v njegovo področje uporabe vključene preživninske obveznosti, ki izhajajo iz takih razmerij; ta pravna praznina je namerna, da bi se preprečilo, da bi bil Protokol predmet načelnega nasprotovanja, ki obstaja med državami o teh vprašanjih. Toda o vprašanju se je kljub temu razpravljalo v zvezi z določenimi pravili navezovanja, zlasti tistem po členu 5, ki se nanaša na preživninske obveznosti med zakonci ali bivšimi zakonci. Nekatere delegacije so predlagale, da bi se v besedilu Protokola izrecno navedlo, da bi se lahko ta določba po presoji držav uporabljala za taka razmerja, podobna zakonski zvezi. Čeprav ta predlog ni dosegel potrebnega soglasja, je komisija II diplomatskega zasedanja dopustila, da lahko tiste države, ki v svojih pravnih sistemih priznavajo taka razmerja ali so jih pripravljene priznati, za taka razmerja uporabljajo pravilo iz člena 5 (primerjaj točko 92 in naslednje v nadaljevanju), kar je enakovredno implicitnemu dovoljenju, da se lahko za ta razmerja uporablja Protokol. Nasprotno pa glede držav pogodbenic, ki takih razmerij niso pripravljene obravnavati kot zakonske zveze, ni bilo sprejete nobene odločitve. Rešitev za slednje bi lahko bila v razmisleku o tem, da takih razmerij ni mogoče obravnavati kot zakonsko zvezo (v tem primeru se pravo, ki se uporablja, določi na podlagi drugih pravil iz Protokola, zlasti členov 3 in 6). Ker je v Protokolu in pripravljenih instrumentih v zvezi s tem pravna praznina, je treba priznati, da je ta rešitev zakonita, čeprav to pomeni, da države pogodbenice ne bodo enotno uporabljale Protokola. Vendar pomanjkanje enotnosti ni preveč resno, če pomislimo, da lahko sodišče ali zadevni organ v vsakem primeru zaradi javnega reda glede na posamezni primer zavrne uporabo tujega prava, s katerim se priznavajo preživninske obveznosti, ki izhajajo iz teh spornih razmerij (primerjaj člen 13, točka 178 v nadaljevanju).

32 V Protokolu ni navedeno, ali se uporablja za preživninske obveznosti, ki izhajajo iz dogovora, ki se nanaša na obstoj ali obseg preživninskih obveznosti. Take dogovore pogosto sklenejo bodisi zakonci med zakonsko zvezo ali v primeru razveze zakonske zveze bodisi zunajzakonski partnerji. Opomniti je treba, da tega vprašanja ob pripravi Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) ni bilo mogoče rešiti, saj se je s to konvencijo sodiščem prepustilo „široko polje proste presoje“, kar jim je omogočilo, da so take obveznosti podvrgla določbam sporazuma ali kolizijskim pravilom, ki se splošno uporabljajo¹⁹. Protokol kljub pravni praznini v zvezi s to točko vsebuje elemente, zaradi katerih je mogoče trditi, da se uporablja tudi za preživninske dogovore, v kolikor so taki dogovori zasnovani za spremembo ali nadaljno določitev obveznosti, ki izhaja iz družinskega razmerja. Protokol za

¹⁷ Primerjaj člen 9 Konvencije, ki se nanaša na zahtevke, vložene pri osrednjem organu zaprosene države prek osrednjega organa države pogodbenice, v kateri vlagatelj zahtevka prebiva.

¹⁸ Primerjaj člen 20(1) Konvencije, v katerem so določeni pogoji, v skladu s katerimi se „odločba, izdana v eni državi pogodbenici, [...] prizna in izvrši v drugih državah pogodbenicah“ (poševni tisk je dodan).

¹⁹ Verwilghenovno poročilo (navedeno zgoraj v opombi 14), točka 120.

razliko od Konvencije iz leta 1973 pod določenimi pogoji dopušča izbiro prava, ki se uporablja za preživalske obveznosti²⁰. Toda eden od razlogov za dopustitev te izbire, če ne kar najpomembnejši, je bil ravno ta, da se dogovorom, sklenjenim glede preživalskih zadev med zakonci ali drugimi odraslimi, zagotovi določena stabilnost (primerjaj točko 126 v nadaljevanju). Če je dopuščeno, da se za preživalske dogovore uporablja pravo, ki ga stranke določijo v okviru Protokola, velja enaka ugotovitev tudi glede prava, določenega z objektivnim navezovanjem s Protokolom samim.

c *Področje uporabe sodnih odločb, izdanih pri uporabi Protokola*

Odstavek 2 – Odločbe, izdane v skladu s tem Protokolom, ne vplivajo na obstoj katerega koli razmerja iz odstavka 1.

33 V drugem odstavku člena 1 je navedeno, da odločbe, izdane v skladu s tem Protokolom, ne vplivajo na obstoj katerega koli razmerja iz odstavka 1. Ta določba povzema besedilo iz člena 2(2) Haaške konvencije o preživalsnih iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), enaka rešitev pa je bila uporabljena v členu 5 Montevidejske konvencije iz leta 1989. Navaja, da se ne sme nihče sklicevati na odločbo, v kateri je določeno, da mora zavezanec na podlagi prava, določenega v Protokolu, plačevati preživalsno upravičencu, da se potrdi obstoj družinskega razmerja, kot so razmerja iz člena 1(1). To pravilo je korelat samostojnemu navezovanju preživalskih obveznosti (primerjaj točko 23 zgoraj). Navedeni člen ustreza členu 19(2) Konvencije, v katerem je določeno, da, če tuja odločba ne ureja le preživalske obveznosti, je uporaba pravil konvencije omejena na priznavanje in izvrševanje preživalske obveznosti²¹. Za bolj poglobljeno analizo tega pristopa, ki jo države pogodbenice Konvencije iz leta 1973 že dobro poznajo, se je mogoče sklicevati na Verwilghenovo poročilo²².

Člen 2 Univerzalna uporaba

Ta Protokol se uporablja tudi, če je pravo, ki se uporablja, pravo države nepogodbence.

34 V tej določbi je navedena zgolj univerzalna narava Protokola. Uporabljal se bo v državah pogodbenicah, čeprav je pravo, določeno v njegovih določbah, pravo države nepogodbence. Ta pristop je enak pristopu, sprejetem s Haaško konvencijo o preživalsnih iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) (člen 2) in več drugimi haaškimi konvencijami o pravu, ki se uporablja.

35 Če je pri organu države pogodbenice vložen zahtevek za preživalsko obveznost, ki je vključen na področje uporabe *ratione materiae* Protokola, bo moral po tem pravilu uporabiti navedeno besedilo za določitev prava, ki se uporablja za vsebino zadeve, čeprav je zadeva (zaradi stalnega prebivališča strank ali drugih razlogov) zelo tesno povezana z eno ali več državami nepogodbenicami. Enako velja, če je pravo, določeno v Protokolu, pravo države nepogodbence (kar je mogoče na

primer, če v taki državi prebiva upravičenec ali če sta stranki določili, da je navedeno pravo tisto pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti, primerjaj člena 3 in 8).

Člen 3 Splošno pravilo glede prava, ki se uporablja

36 V tej določbi je določeno načelo navezovanja preživalskih obveznosti na pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče. To navezovanje ustreza tistemu, ki se načeloma uporablja v Haaški konvenciji o preživalsnih iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) in glede preživalsne otroka v Haaški konvenciji o preživalsnih iz leta 1956. To je določeno tudi v členu 6(a) Montevidejske konvencije iz leta 1989 (čeprav kot alternativa običajnemu prebivališču zavezanca). Med pogajanji je bila ta rešitev soglasno sprejeta.

Odstavek 1 – Preživalske obveznosti ureja pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, razen če ta protokol določa drugače.

a *Razlogi za to navezovanje*

37 Iz tega navezovanja izhajajo več prednosti. Najpomembnejša je ta, da omogoča določitev obstoja in zneska preživalske obveznosti glede na pravne in dejanske pogoje socialnega okolja države, v kateri zavezanec živi ter opravlja večino dejavnosti. Kakor je pravilno navedeno v Verwilghenovem poročilu: „[upravičenec] bo preživalsno uporabil za preživetje“. Zato „je priporočljivo upoštevati konkretno težavo, ki se pojavi v zvezi s konkretno družbo, tj. tisto, v kateri vlagatelj zahtevka živi in bo živel“²³.

38 Navezovanje na pravo običajnega prebivališča tudi zagotavlja, da se upravičenci, ki živijo v isti državi, enako obravnavajo ne glede na državljanstvo. Ni mogoče ugotoviti, zakaj bi bilo treba upravičenca, ki ima tuje državljanstvo, v istih okoliščinah obravnavati drugače kot upravičenca, ki ima državljanstvo države, v kateri prebiva.

39 Poleg tega je treba še navesti, da se merilo običajnega prebivališča upravičenca zelo pogosto uporablja pri določitvi ustreznega sodišča glede preživalsne v okviru enotnih pravnih instrumentov²⁴ ter v različnih vrstah notranjega prava. Torej se zaradi uporabe istega merila za določitev prava, ki se uporablja, pogosto uporabi pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, kar zagotavlja očitne koristi v smislu enostavnosti in učinkovitosti. Te prednosti so posebej dragocene v preživalskih zadevah, pri katerih so zadevni zneski in posledično razpoložljiva sredstva za določitev tujega prava ponavadi zelo majhni.

40 Kot je poudarjeno v členu 3(1), se navezovanje na običajno prebivališče upravičenca ne uporablja, če Protokol določa drugače. To je pomembna omejitev, saj je

²³Navedeno zgoraj (v opombi 14), točka 138.

²⁴Na primer člen 5(2) Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah („Bruselj I“) in „vzporedna“ določba v členu 5(2) *Luganske konvencije z dne 16. septembra 1988 o pristojnosti in izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah* (v nadaljnjem besedilu: *Luganska konvencija iz leta 1988*); člen 8(a) Montevidejske konvencije iz leta 1989.

²⁰Primerjaj zlasti člen 8, ki dopušča, da stranki „kadar koli“ določita pravo, ki se uporablja.

²¹Primerjaj poročilo Borrásove in Degelingove, točka 438.

²²Navedeno zgoraj (v opombi 14), točka 122 in naslednje.

to navezovanje po sistemu Protokola predmet različnih izjem iz členov od 4 do 8. Na splošno je treba opozoriti, da je področje uporabe tega pravila bolj omejeno v tem protokolu kot pa v haaških konvencijah o prežिवninah iz leta 1956 in leta 1973.

b *Pojem običajnega prebivališča*

41 Pojem običajnega prebivališča v Protokolu ni opredeljen. Enako velja tudi za mnoge haaške konvencije, ki uporabljajo ta pojem kot merilo za določitev prava, ki se uporablja, ali pristojnost organov, vključno s Konvencijo²⁵. Določitev, ali je upravičenec državlján ene ali druge države, pa v posameznem primeru pripada organu, pri katerem je bil vložen zahtevek, vendar se od slednjega zahteva, da na podlagi namena Protokola poišče enotni koncept, ne pa da uporabi merilo notranjega prava²⁶.

42 Opozoriti je treba, da je merilo, ki je izbrano, merilo *običajnega* prebivališča, iz česar izhaja določena stabilnost. Prebivališče, ki je po naravi zgolj začasno, ni dovolj za določitev prava, ki se uporablja za prežिवninske obveznosti. Če prežिवninski upravičenec zaradi šolanja ali opravljanja začasne dejavnosti nekaj mesecev živi v državi, ki ni država, v kateri ima stalno prebivališče, to načeloma ne bi smelo spremeniti niti običajnega prebivališča niti prava, ki se uporablja za prežिवninske obveznosti po členu 3.

43 Merilo „običajnega prebivališča“ in pojem „stalnega prebivališča“ se uporabljata tudi v Konvenciji. Merilo „običajnega prebivališča“ je v točkah (c) in (d) člena 20(1) Konvencije uporabljeno za določitev podlag za priznavanje tujih odločb²⁷, merilo „stalnega prebivališča“ pa se v členu 9 Konvencije uporablja, da se določi pristojnost osrednjega organa zaprosene države in se začnejo uporabljati določbe Konvencije glede upravnega sodelovanja. V členu 9 je navedeno: „Zahtevek iz tega poglavja se prek osrednjega organa države pogodbenice, v kateri vlagatelj zahtevka prebiva, vloži pri osrednjem organu zaprosene države“. Glede na navedeno določbo zadostuje samo stalno prebivališče, četudi ni običajno, po drugi strani pa občasna prisotnost ne zadostuje. Ta rešitev je bila izbrana zaradi čim večje poenostavitve zahtevkov za mednarodno izterjavo prežिवnin²⁸.

c *Sprememba običajnega prebivališča*

Odstavek 2 – Če se običajno prebivališče upravičenca spremeni, se od trenutka spremembe uporablja pravo države, v kateri ima upravičenec novo običajno prebivališče.

44 Ko upravičenec spremeni stalno prebivališče, se od trenutka spremembe uporablja pravo države, v kateri ima novo običajno prebivališče. Ta rešitev, ki ustreza rešitvam iz člena 1(2) Haaške konvencije o prežिवninah iz leta 1956 oziroma člena 4(2) Haaške konvencije o prežिवninah iz leta 1973, je potrebna, pri tem pa se upoštevajo razlogi, na katerih temelji navezovanje na

običajno prebivališče. V primeru spremembe običajnega prebivališča je pri določitvi obstoja in zneska prežिवninske obveznosti logično, da ustreza pravu države, v kateri upravičenec živi. Uporaba navedenega prava je enako upravičena tudi na podlagi pomislekov v zvezi z enakim obravnavanjem vseh upravičencev, ki prebivajo v isti državi.

45 Navesti je treba, da rešitev spremenljivega konflikta ni nujno skladna s pomislekom, da je treba zagotoviti sovpadanje pristojnosti organov s pravom, ki se uporablja. Kadar je pristojnost organa odvisna od običajnega prebivališča upravičenca, se slednja praviloma določi ob vložitvi zahtevka ne glede na poznejšo spremembo (načelo *perpetuatio fori*). Kar zadeva pravo, ki se uporablja, pa je treba spremembo običajnega prebivališča upravičenca upoštevati pri odločbi o prežिवnini, četudi se je zgodila med postopkom. Če odločba določa prežिवnino za vnaprej, ne bi bilo logično, da se tako bistvena sprememba okoliščin ne bi upoštevala.

46 Vendar v Protokolu ni določen skrajni časovni okvir, v katerem se lahko uveljavlja navedena sprememba, če se zgodi med postopkom. Tako bo odvisna od procesnih pravil, ki se uporabljajo v posamezni državi pogodbenici.

47 Navesti je treba, da se mora sprememba stalnega prebivališča upoštevati le in od tedaj, ko upravičenec pridobi novo običajno prebivališče, in sicer ko novo prebivališče doseže stopnjo stalnosti, vsebovano v naravi običajnega. Če se upravičenec preseli v drugo državo, da tam prebiva izključno začasno²⁹, se običajno prebivališče načeloma ne spremeni, razen če novo prebivališče na določeni točki postane stalno (na primer, če upravičenec, ki se izobražuje v tuji državi, tam najde zaposlitev, ki mu omogoča, da se v tej državi trajno naseli).

48 Sprememba prava, ki se uporablja, se zgodi od trenutka spremembe običajnega prebivališča, ampak le za naprej (*ex nunc*). Zahtevki upravičenca, ki se nanašajo na obdobje pred spremembo, se ustrezno obravnavajo po pravu prejšnjega običajnega prebivališča. Ta rešitev je upravičena, če pomislimo, da je upravičencu že pripadla pravica do pridobitve nadomestila za prejšnje obdobje in da se o tem zaradi poznejše spremembe prava, ki se uporablja, torej ne bi smelo ponovno razpravljati.

Člen 4 Posebna pravila, ki omogočajo prednost določenim upravičencem

49 V tej določbi so določene glavne izjeme od načelnega navezovanja na običajno prebivališče prežिवninskega upravičenca. Razlog za obstoj teh izjem je v tem, da se za nekatere kategorije prežिवninskih upravičencev uvedejo nekoliko ugodnejša pravila v primerih, v katerih se izkaže, da je uporaba prava njihovega običajnega prebivališča v nasprotju z njihovimi interesi.

a *Področje uporabe člena 4*

Odstavek 1 – Naslednje določbe se uporabljajo za prežिवninske obveznosti

²⁵ Primerjaj poročilo Borrásove in Degelingove, točki 61 in 62.

²⁶ Člen 20, primerjaj točko 202.

²⁷ Primerjaj poročilo Borrásove in Degelingove, točka 444.

²⁸ Prav tam, točka 228.

²⁹ Primerjaj primere iz točke 42.

50 Po pravilu iz člena 4 so skladno z njegovim ciljem upravičene le določene kategorije upravičencev, opredeljene v prvem odstavku tega člena. Da bi se izognili kakršnim koli nesporazumom, je treba poudariti, da ta odstavek ni namenjen določitvi zahtev za preživnino, ki naj bi se dodelila (s čimer se ukvarja določeno notranje pravo), temveč zgolj določitve kategorij upravičencev, ki jim bo za namen določitve prava, ki se uporablja za njihove zahtevke, z odstopanjem od člena 3 dodeljena ugodnost naveznih okoliščin iz člena 4. Obstoje pravice do preživnine bo pogojen s pravom (ali različnimi pravi), določenem (ali določenimi) v tem členu. Za kategorije upravičencev, ki v členu 4 niso navedene, se pravo, ki se uporablja za njihove preživninske zahtevke, določi s členom 3 ali drugimi določbami Protokola.

51 Prav tako je treba navesti, da v členu 4 za določene kategorije upravičencev, ki jih omenja, ni izključena uporaba drugih določb Protokola: člen 3 se še naprej uporablja, pri čemer se upoštevajo izjeme iz člena 4, člen 6 zavezancu omogoča, da v določenih primerih ugovarja zahtevku upravičenca, člena 7 in 8 pa urejata dogovore o pravu, ki se uporablja.

52 V Protokolu je za razliko od Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), po kateri ima „kaskadni“ sistem, ki temelji na subsidiarnih naveznih okoliščinah, splošno področje uporabe (primerjaj člena 5 in 6), tak sistem določen le v korist kategorij upravičencev iz člena 4(1) (primerjaj točko 53 v nadaljevanju in naslednje). To razlikovanje se lahko v državah pogodbenicah Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 šteje kot korak nazaj glede na sedanjo raven varstva, zagotovljenega preživninskim upravičencem. Vendar tako stališče ne bi bilo popolnoma natančno. V Konvenciji iz leta 1973 so bile že izključene kaskadne navezne okoliščine za preživnino med razvezanimi zakonci, kar je v vsakem primeru urejalo pravo, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze (člen 8 te konvencije). Isto je veljalo za prenehanje življenjske skupnosti, razglasitev zakonske zveze za neobstoječo in razveljavitev zakonske zveze. Torej je iz primerjave obeh instrumentov razvidno, da se razlikujeta glede obravnave zakoncev, ki ostaneta v zakonski zvezi³⁰, ter glede določenih odraslih upravičencev, katerih preživninski zahtevki niso stvar soglasnega mnenja v primerjalnem pravu (na primer osebe, ki so v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu) in glede katerih je v Protokolu določena uvedba nekaterih posebnih ugovorov za zavezanca (primerjaj člen 6 v nadaljevanju). Ob upoštevanju dejstva, da za te kategorije upravičencev veljajo manj ugodna posebna pravila, se je zdelo popolnoma nelogično ali celo očitno protislovno, da bi tem upravičencem zagotovili ugodnost kaskadnih naveznih okoliščin po členu 4.

53 V delovnem osnutku delovne skupine iz januarja 2007³¹ so posebna pravila besedila, ki je postalo

člen 4, veljala le za osebe, ki niso dopolnile 21. leta starosti. Na zasedanju posebne komisije maja 2007 je bila ta kategorija razdeljena na dve ločeni kategoriji. Zato se člen 4 po eni strani uporablja za preživninske obveznosti staršev do svojih otrok (člen 4(1)(a)), po drugi pa za preživninske obveznosti oseb, ki niso starši, do oseb, ki niso dopolnile 21. leta starosti (člen 4(1)(b)). V prvem primeru je odločilen odnos med starši in otroki, v drugem pa je ugodna obravnava odvisna od starosti upravičenca. Poleg tega je bila prav tako na zasedanju posebne komisije maja 2007 uporaba navedenega člena razširjena na preživninske obveznosti otrok do svojih staršev. Te rešitve se najdejo v končnem besedilu Protokola.

Pododstavek (a) – staršev do njihovih otrok;

54 V skladu s členom 4(1)(a) se člen 4 uporablja za preživninske obveznosti staršev do svojih otrok ne glede na njihovo starost. Pri določitvi prava, ki se uporablja, se je kot zadovoljliva utemeljitev za ugodno obravnavo štel obstoj razmerja staršev do otrok. To ne pomeni, da bo otrok do preživnine upravičen ne glede na svojo starost, saj je to vprašanje odvisno od vsebinskih pravil določenega prava (ali različnih prav), temveč zgolj, da je lahko upravičen do ugodnosti kaskadnih subsidiarnih naveznih okoliščin in zamenjave naveznih okoliščin, kot so določene v členu 4(2) do (4).

Pododstavek (b) – oseb, ki niso starši, do oseb, ki niso dopolnile 21. leta starosti, razen obveznosti, ki izhajajo iz razmerij iz člena 5, ter

55 V skladu s členom 4(1)(b) je korist pravil iz člena 4 razširjena na osebe, ki niso dopolnile 21. leta starosti. To se nanaša na preživninske obveznosti, ki temeljijo na družinskih razmerjih, ki jih ureja Protokol (primerjaj člen 1(1)), razen razmerij med starši in otroki (že določenimi v členu 4(1)(a)) in zakonske zveze. V členu 4(1)(b) je izrecno določeno, da se ne uporablja za preživninske obveznosti, ki izhajajo iz razmerij iz člena 5, in sicer preživninskih obveznosti med zakoncema, bivšima zakoncema ali osebami, katerih zakonska zveza je bila razveljavljena. Če se pravo, ki se uporablja, ne izbere, obveznosti med zakoncema in bivšima zakoncema urejajo pravila členov 3 in 5; zanje se ne uporablja načelo *favor creditoris*, na katerem temelji člen 4.

56 Primeri iz pododstavka (b) so torej pravzaprav taki, ki se nanašajo na preživninske zahtevke, ki temeljijo na sorodstvenem razmerju v ravni ali stranski vrsti (na primer zahtevke, ki ga vloži vnuk, sestra ali brat, nečak ali nečakinja) ali svaštvu (na primer otrok do zakonca svojega starša). Navesti je treba, da za te obveznosti velja tudi člen 6, tako da lahko zavezanec po potrebi uveljavlja ugovor iz navedenega člena. Rešitev, ki je v tem pogledu določena v Protokolu, ni zelo skladna, saj imajo ista razmerja po členu 4 posebno pravico, po členu 6 pa te pravice nimajo (primerjaj točko 100 v nadaljevanju). Očitno gre za kompromisno rešitev.

57 Diplomatsko zasedanje se je po dolgotrajnih pomislekih glede določitve starostne omejitve pri 18 ali 21 letih nazadnje odločilo za slednjo. Najpomembnejša utemeljitev v podporo tej rešitvi je, da je skladna s trendom iz primerjalnega prava, ki omogoča prednost

³⁰ Ti zakonci so vključeni na področje uporabe člena 5 Protokola, medtem ko so bili iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 izključeni s členom 8.

³¹ Pripravljalni dokument št. 24 iz januarja 2007 (navedeno zgoraj v opombi 7), člen D.

dodelitvi preživitine mladim v višješolskem izobraževanju, zlasti na univerzi. Ta trend se je upošteval v nekaterih mednarodnih instrumentih, tako je v Montevidejski konvenciji iz leta 1989 določeno, da se nadomestila, ki izhajajo iz tega instrumenta, uporabljajo v korist oseb, ki po dopolnjenem 18. letu starosti ostajajo upravičene do preživitine po pravu, ki se uporablja. Vsekakor je treba poudariti, da je možnost pridobitve preživitine pogojena z določenim pravom (ali različnimi pravi); Protokol zgolj ureja kolizijo zakonov, vendar državam ne nalaga obveznosti, da popravijo svoje notranje zakone.

Pododstavek (c) – otrok do njihovih staršev.

58 S členom 4(1)(c) se člen 4 uporablja za preživitinske obveznosti otrok do svojih staršev. To razširitev področja uporabe tega posebnega pravila je predlagala večina delegacij na zasedanju posebne komisije maja 2007 z utemeljitvijo, da si tudi starši, tako kot njihovi otroci, zaslužijo ugodno obravnavo v smislu kolizije zakonov. Na diplomatskem zasedanju so to rešitev nazadnje sprejeli. Za razmerja, na katera se nanaša pododstavek (c) se kot v primeru pododstavka (b) uporabljajo tudi pravila iz člena 6, zaradi česar lahko zavezanec uveljavlja ugovor iz navedene določbe (prav tam).

b Subsidiarno navezovanje na lex fori

Odstavek 2 – Če upravičenec v skladu s pravom iz člena 3 od zavezanca ne more dobiti preživitine, se uporablja pravo sodišča.

59 Prva prednost, priznana kategorijam upravičencev iz člena 4(1), vključuje zagotavljanje subsidiarnega navezovanja na *lex fori* v primerih, v katerih upravičenec ne more dobiti preživitine na podlagi prava države, v kateri ima običajno prebivališče. Ta rešitev se zgleduje po načelu *favor creditoris* in naj bi zagotovila, da ima upravičenec možnost dobiti preživitino, če tako določa pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek.

60 Gre za običajno rešitev. Trenutno je določena v členu 3 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1956 oziroma v členu 6 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973. Vendar je v Konvenciji iz leta 1973 ta rešitev uporabljena zgolj kot zadnja možnost, potem ko se še vedno na subsidiarni podlagi uporabi pravo skupnega državljanstva strank (člen 5). Zamenjavo teh dveh subsidiarnih naveznih okoliščin v Protokolu (*lex fori* pred pravom skupnega državljanstva, primerjaj člen 4(4)) utemeljuje več razlogov. Prvič, zmanjšuje praktični pomen navezovanja na pravo skupnega državljanstva, katerega primernost v preživitinskih zadevah je sporna (primerjaj točko 74 v nadaljevanju). Drugič, poenostavlja delo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, ki lahko uporabi lastno pravo na subsidiarni podlagi, ne da bi ga bilo treba vnaprej obvestiti o vsebini prava skupnega državljanstva strank. Zato ta rešitev koristi tudi upravičencu, saj omogoča hitrejšo in cenejšo sprejemanje odločb.

61 Subsidiarno navezovanje je v skladu s haaškima konvencijama o preživninah iz leta 1956 in leta 1973 določeno le, če upravičenec „ne more dobiti preživitine“ po pravu običajnega prebivališča upravičenca, ki se

načeloma uporablja. Med zasedanjem posebne komisije maja 2007 je potekala polemika o natančnem pomenu tega stavka. Jasno je, da lahko upravičenec izkoristi subsidiarno uporabo *lex fori* ne le v primeru, da pravo njegovega običajnega prebivališča ne zagotavlja nobenih preživitinskih obveznosti, ki izhajajo iz ustreznega družinskega razmerja (na primer ne določa obveznosti otrok do svojih staršev), temveč tudi, če je taka obveznost, čeprav je hkrati načeloma priznana, zavezana pogoju, ki v obravnavani zadevi ni izpolnjen (na primer določa, da se obveznost staršev do otrok preneha, ko dopolnijo 18. leto starosti, medtem ko je upravičenec v obravnavani zadevi dosegel navedeno starost)³². Odprto pa ostaja še vprašanje, ali bi se morala subsidiarna uporaba *lex fori* uporabljati tudi, kadar se preživitina po pravu običajnega sodišča iz ekonomskih razlogov ne dolguje, in sicer na podlagi meril, določenih z navedenim pravom, da se ugotovi obseg potreb upravičenca in/ali sredstev zavezanca (tj. če upravičenec v skladu s pravom običajnega prebivališča ne potrebuje preživitine ali če mu je zavezanec ne more zagotoviti). Te razmere je v strogo teoretičnem smislu težko ločiti od zgoraj navedenih razmer, saj je to tudi primer, v katerem je dodelitev preživitine zavržena na podlagi neobstoja zahteve, določene s pravom, ki se načeloma uporablja. Vendar se po mnenju večine delegacij v zadnjem navedenem primeru ne bi smelo uporabljati načelo *favor creditoris* (in subsidiarno navezovanje, ki pomeni izraz tega načela kot norme).

62 Uveljavljanje subsidiarnega navezovanja je v vsakem primeru izključeno, kadar so preživitinske obveznosti v pravu običajnega prebivališča določene v manjšem obsegu kot v *lex fori*. V tem primeru se bo uporabljalo pravo iz člena 3, četudi je za upravičenca v praksi manj ugodno kot pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek.

63 V navedenih primerih, v katerih velja, da je subsidiarno navezovanje na *lex fori* očitno v uporabi le, če se preživitinski postopek začne v državi, ki ni država, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, kajti sicer sta pravo običajnega prebivališča upravičenca in *lex fori* enaka. Poleg tega se z določbo člena 4(3) Protokola naknadno zmanjša področje uporabe člena 4(2). V skladu s členom 4(3) se v vsakem primeru načeloma uporabi *lex fori*, če postopek začne upravičenec v državi, v kateri ima običajno prebivališče zavezanec (primerjaj odstavek 64 in naslednje v nadaljevanju). Zato je subsidiarna uporaba *lex fori* po členu 4(2) mogoča le, če postopek začne zavezanec (na primer v zadevi, v kateri zavezanec začne postopek pred pristojnim organom države, v kateri ima običajno prebivališče, če lahko sodišče, ki mu je bila zadeva predložena, obravnava zadevo)³³; v takem primeru

³² Primerjaj Verwilghenovo poročilo (navedeno v opombi 14), točka 145.

³³ Temu običajno ni tako v državah pogodbenicah Konvencije, v katerih zavezanec vložijo tožbo za oprostitev od preživitinskih obveznosti po predhodni odločbi, izdani v državi pogodbenici, v kateri upravičenec običajno prebiva. V členu 18(1) Konvencije je ob upoštevanju nekaterih izjem navedeno: „Če je odločba izdana v državi pogodbenici, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, zavezanec ne more vložiti zahtevka za spremembo odločbe ali izdajo nove odločbe v nobeni drugi državi pogodbenici, dokler ima upravičenec običajno prebivališče v državi, v kateri je bila izdana odločba“.

se lahko upravičenec pri svoji obrambi sklicuje na *lex fori*) ali če je organ, pri katerem je bil vložen zahtevek, organ v državi, v kateri nima stalnega prebivališča nobena od strank (na primer, če je prežिवninski zahtevek pri sodišču, pristojnem za odločanje o ugotovitvi očetovstva ali prenehanju zakonske zveze, vložen dodatno).

c *Sprememba naveznih okoliščin v primeru postopka, ki ga je sprožil upravičenec v državi običajnega prebivališča zavezanca*

Odstavek 3 – Pravo sodišča se uporablja ne glede na člen 3, če se je upravičenec obrnil na pristojni organ države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče. Če pa upravičenec na podlagi tega prava od zavezanca ne more dobiti preživnine, se uporabi pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče.

64 V členu 4(3) je določeno, da se načeloma uporablja *lex fori*, če se je upravičenec obrnil na pristojni organ države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče. Če pa v navedenem primeru upravičenec na podlagi *lex fori* ne more dobiti preživnine, se znova na subsidiarni podlagi uporabi pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče. To je pomembna sprememba naveznih okoliščin, določenih v členu 3 in členu 4(2) (*lex fori* pred pravom običajnega prebivališča upravičenca). Ta določba je rezultat soglasja med zagovorniki nediferencirane uporabe prava običajnega prebivališča upravičenca in zagovorniki *lex fori*.

i *Primarno navezovanje na lex fori*

65 Pri uporabi *lex fori* veljata dva pogoja: prvič, organ, pri katerem je vložen zahtevek, mora biti organ države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, in drugič, postopek mora začeti upravičenec.

66 S prvim pogojem se utemeljuje uporaba *lex fori* namesto prava države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče. Pripomniti je treba, da navezna okoliščina običajnega prebivališča upravičenca ob začetku preživninskega postopka v državi, v kateri ima običajno prebivališče zavezanec, izgubi nekatere od svojih pravnih učinkov. V takem primeru se zaradi navedenega merila ne uporablja *lex fori*, zato bo moral vsebino tujega prava določiti organ, pri katerem je bil vložen zahtevek, taka dejavnost pa je lahko zamudna in draga. Poleg tega bo treba navedeno tuje pravo uporabljati celo, če je v obravnavanem primeru za upravičenca *manj ugodno* od *lex fori* (pri čemer je edina izjema, določena v členu 4(2), situacija, v kateri upravičenec v skladu s pravom svojega običajnega prebivališča *ni upravičen do kakršne koli preživnine*, primerjaj točko 62 zgoraj). V taki situaciji nastane zaradi uporabe prava običajnega prebivališča upravičenca rezultat, ki je v nasprotju s pomislekom o varstvu upravičenca, na katerem temelji. Torej se je zdelo, da bi bilo primerno nadomestiti to navezovanje z uporabo *lex fori*, ki je v tem primeru tudi pravo običajnega prebivališča zavezanca (navesti bi bilo treba, da je treba zaradi drugih mednarodnih instrumentov v določenih primerih uporabljati pravo običajnega prebivališča zavezanca; to velja zlasti za Montevidejsko konvencijo iz leta 1989, v kateri je v členu 6 kot alternativa pravu običajnega prebivališča upravičenca določena uporaba

navedenega prava, če je za preživninskega upravičenca ugodnejše).

67 Drugi pogoj za uporabo *lex fori* pa se nanaša na to, da mora postopek začeti upravičenec, kar je zasnovano zato, da se v interesu upravičenca omeji odstopanje od načela navezovanja na pravo njegovega običajnega prebivališča. Zdelo se je, da bi se to odstopanje lahko utemeljilo, če se upravičenec sam odloči začeti postopek v državi, v kateri ima običajno prebivališče njegov zavezanec, medtem ko se zdi pretirano, če se postopek v navedeni državi začne na pobudo zavezanca (na primer zaradi zahteve za spremembo sodne odločbe o preživnini). Upravičenec ima pogosto možnost, da začne postopek v državi, v kateri prebiva, ali v državi, v kateri prebiva zavezanec (tako je zlasti na evropskem pravosodnem območju na podlagi člena 2 in člena 5(2) Uredbe (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 ter Luganske konvencije iz leta 1988; tudi v členu 8 Montevidejske konvencije iz leta 1989 je določena podobna možnost, primerjaj točko 39 zgoraj). Če se upravičenec odloči za drugo možnost, se ne more pritožiti glede uporabe notranjega prava države, v kateri prebiva zavezanec. Ob upoštevanju tega je dogovorjena rešitev nekakšen kompromis med zagovorniki avtomatične uporabe *lex fori* in tistimi, ki bi izbiro prava raje prepustili upravičencu³⁴. Če bo postopek začel upravičenec, je treba navesti, da bo pristojnost organov države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče, zelo trdno utemeljena (saj bo temeljila na načelu *actor sequitur forum rei*), zaradi česar je utemeljitev uporabe *lex fori* trdnjša. Če pa bo upravičenec začel postopek v državi svojega prebivališča, lahko pristojnost organov navedene države (če po *lex fori* obstaja) temelji na merilu pristojnosti, ki je mnogo manj pomembno (kot je državljanstvo ene od strank) ali celo jasno pretirano (*forum actoris*). Kar je še dodaten razlog, da se v takem primeru izključi uporaba *lex fori*.

68 Načela uporaba *lex fori* je določena le za kategorije upravičencev iz člena 4(1) (otroci, upravičenci, ki niso dopolnili 21. leta starosti, in starši). Ta omejevalna rešitev, ki se razlikuje od rešitve, ki jo je delovna komisija predlagala v delovnem osnutku iz leta 2006³⁵, je nastala predvsem zaradi naslednjih razlogov. Zdelo se je, da uporaba *lex fori* pri pogojih iz zadevne določbe bistveno koristi upravičencu. Upravičenec s tem, ko začne postopek pred organi v državi svojega prebivališča ali v državi prebivališča zavezanca, dobi pravico, da posredno izbere pravo, ki se uporabi pri njegovem preživninskem zahtevku (izbiranje najugodnejšega sodišča). Po navedbah diplomatskega zasedanja se lahko tak privilegij utemelji le za kategorije, za katere se uporabljajo ugodnosti iz člena 4.

69 Glede preživninskih obveznosti do otrok se pri uporabi *lex fori* pojavlja še en pomislek. Naloga določitve teh obveznosti je v čedalje večjem številu držav dodeljena upravnim organom. Ti organi morda nimajo niti strokovnih izkušenj niti potrebnih sredstev za določitev in uporabo tujega prava. Torej je lahko za določene upravne

³⁴ Primerjaj Poročilo delovne skupine o pravu, ki se uporablja, Pripravljalni dokument št. 22 iz junija 2006 (navedeno v opombi 6), točki 24 in 25.

³⁵ Prav tam, točka 20 in naslednje.

sisteme pri izterjavi preživnin ustrežnejša uporaba *lex fori*. Seveda je to mnogo manj pomembno pri preživninskih zahtevkih odraslih upravičencev, ki jih običajno določijo pravosodni organi (vsaj kadar niso povezani s preživninskimi zahtevki njihovih otrok).

ii *Subsidiarno navezovanje na pravo običajnega prebivališča upravičenca*

70 Ker načelna uporaba *lex fori* temelji na načelu *favor creditoris*, se ne more ohraniti, kadar bi bila upravičencu posledično zavržena kakršna koli preživnina. Zato je v členu 4(3), podobno kot v členu 4(2), ampak v obratnem vrstnem redu, *in fine* določeno subsidiarno navezovanje na pravo običajnega prebivališča upravičenca, kadar slednji na podlagi prava organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, ne more dobiti preživnine. S členom 4(3) se tako zgolj spremenijo navezne okoliščine, določene v splošnih pravilih. Pomen stavka „ne more dobiti preživnine“ je seveda enak kot v členu 4(2) (glej točki 61 in 62 zgoraj).

d *Subsidiarno navezovanje na skupno državljanstvo obeh strank*

Odstavek 4 – Če upravičenec na podlagi prava iz člena 3 ter odstavkov 2 in 3 tega člena od zavezanca ne more dobiti preživnine, se uporabi pravo države, katere državljanstvo imata oba, če to obstaja.

71 Če upravičenec bodisi na podlagi prava države, v kateri ima običajno prebivališče, bodisi na podlagi *lex fori* (kar se uporablja v tem vrstnem redu ali, v primeru člena 4(3), v obratnem vrstnem redu) ne more dobiti preživnine, se kot zadnja možnost uporabi pravo države, katere državljanstvo imata obe stranki. Ta druga subsidiarna navezna okoliščina dopolnjuje varstvo preživninskega upravičenca v primerih, v katerih pravi iz prvih dveh meril ne določata nobenih preživninskih obveznosti. Pomen stavka „ne more dobiti preživnine“ je seveda enak kot v členu 4(2) (prav tam).

72 Navezovanje na pravo države, katere državljanstvo imata obe stranki, je določena tudi po Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) (člen 5), vendar ima v navedenem instrumentu prednost pred *lex fori*. Razlogi za zamenjavo teh dveh meril so bili že navedeni (primerjaj točko 60 zgoraj).

73 Subsidiarno navezovanje na državljanstvo strank (kot seveda na *lex fori*) je za razliko od Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) določeno zgolj za kategorije upravičencev iz člena 4(1). Razlogi za navedeno omejitev področja uporabe kaskadnih naveznih okoliščin so bili že pojasnjeni (primerjaj točko 52 zgoraj).

74 Uporaba navezovanja na skupno državljanstvo za preživninske obveznosti je bila predmet številnih kritik, od katerih je najpomembnejša, da je merilo diskriminacijsko, saj je njegova korist zagotovljena le upravičencem, ki imajo isto državljanstvo kot zavezanec³⁶. Druga kritika se nanaša na dvoumno naravo navedenega navezovanja, kadar je skupno državljanstvo

državljanstvo države z več ozemeljskimi enotami³⁷. Več delegacij se je tem kritikam navkljub zavzemalo za ohranitev navedenega subsidiarnega navezovanja v Protokolu, zaradi česar se je v zvezi s tem oblikovalo soglasje. Opozoriti je treba, da bosta omejitve navedenega navezovanja le na kategorije upravičencev iz člena 4(1) (medtem ko je po Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) področje uporabe navedenega navezovanja splošno) ter njegova „degradacija“ na stopnjo druge subsidiarne navezne okoliščine (po sistemu Konvencije iz leta 1973 pa je bila prva subsidiarna navezna okoliščina za običajnim prebivališčem in pred *lex fori*) močno omejili njegov praktični učinek in njegove pomanjkljivosti.

75 Zlasti v primeru mladoletnih otrok bi morala biti uporaba te tretje navezne okoliščine dokaj redka, saj v takih primerih večina vrst notranjega prava priznava pravico do preživnine. Po drugi strani pa lahko ima skupno državljanstvo mnogo pomembnejšo vlogo v drugih primerih iz člena 4(1), zlasti kar zadeva preživninske zahtevke odraslih otrok do svojih staršev, oseb, ki niso dopolnile 21. leta starosti, do drugih družinskih članov in staršev do svojih otrok.

76 V Protokolu ni določenega primera z več državljanstvi, upravičenec in zavezanec ali oba imata namreč lahko dve ali več državljanstev. Metode, ki se praviloma uporabljajo za reševanje teh zadev v mednarodnem zasebnem pravu držav, glede na Protokol niso primerne za uporabo. Zaradi prednosti, ki jo nekatere države namenjajo državljanstvu države sodišča, dejansko nastajajo rezultati, ki so le malo enotni. Pri določitvi najbližjega ali najučinkovitejšega državljanstva je vključena precejšnja mera negotovosti in tudi zaradi tega se lahko rezultati med državami pogodbenicami razlikujejo. Zaradi načela *favor creditoris*, ki je podlaga za člen 4(4), bi bilo treba v vseh primerih, v katerih to načelo obstaja, raje uporabljati pravo skupnega državljanstva, četudi navedeno državljanstvo za eno od obeh strank ni najbližje ali najučinkovitejše. Isti pomisleki bi morali veljati, kadar imata obe stranki več državljanstev, pri čemer bi moral biti zahtevek upravičenca sprejet na podlagi enega ali drugega navedenega prava skupnega državljanstva.

Člen 5 Posebno pravilo glede zakoncev in bivših zakoncev

V primeru preživninskih obveznosti med zakoncema, bivšima zakoncema ali osebami, katerih zakonska zveza je bila razveljavljena, se člen 3 ne uporabi, če temu ugovarja ena od strank in je z zakonsko zvezo tesneje povezano pravo druge države, zlasti države njunega zadnjega skupnega običajnega prebivališča. V tem primeru se uporabi pravo te druge države.

77 Ta člen vsebuje posebno pravilo za navezno okoliščino preživninskih obveznosti med zakoncema in bivšima zakoncema. Pri takih obveznostih je treba pri načelnem navezovanju na običajno prebivališče upravičenca, če tako zahteva ena od strank, dati prednost

³⁶ V pomoč glej Verwilghenovno poročilo (navedeno v opombi 14), točka 144.

³⁷ V Protokolu je bila za tak primer dogovorjena rešitev, v skladu s katero se uporablja načelo najtesnejše povezave, primerjaj člen 16(1)(d) in (e); točka 193 v nadaljevanju.

uporabi prava druge države, zlasti države, v kateri sta imela zakonca zadnje skupno običajno prebivališče, če se navedeno pravo tesneje navezuje na zakonsko zvezo.

a Razlogi za posebno pravilo

78 Določba posebnega pravila za to kategorijo preživninskih obveznosti temelji na opažanju, da uporaba prava običajnega prebivališča upravičenca ni vedno primerna za preživninske obveznosti med zakoncema ali bivšima zakoncema. Upoštevat bi bilo treba, da je preživnina v nekaterih nacionalnih sistemih zakoncu dodeljena le z velikimi omejitvami in v izjemnih primerih (v Evropi je to omejevalno vedenje zlasti značilno za pravo Skandinavskih držav). Glede na navedeno se v nekaterih državah šteje kot pretirano, da se pravila, ki se zgledujejo po načelu *favor creditoris*, uporabljajo brez razlikovanja. Zlasti če lahko eden od zakoncev z enostransko spremembo stalnega prebivališča vpliva na obstoj in vsebino preživninskih obveznosti, je lahko izid zelo nepravilen in v nasprotju z zakonitimi pričakovanji zavezanca. Na primer v primeru zakoncev, ki sta državljana države A, katere pravo po razvezi zakonske zveze načeloma ne določa preživnine. Zakonca se po tem, ko v času trajanja svoje zakonske zveze živita v navedeni državi, ločita in eden od njiju se preseli v državo B, v kateri je pravo bolj naklonjeno razvezanim zakoncem, ter nato zahteva preživnino na podlagi prava države novega običajnega prebivališča. Glede na splošno pravilo navezne okoliščine po členu 3 bi bilo navedeni zahtevek treba dovoliti. Vendar se v takih okoliščinah zdi uporaba prava države B, torej države, v kateri zakonca v času trajanja zakonske zveze nista živela, popolnoma nepoštena do drugega zakonca in v nasprotju z zakonitimi pričakovanji, ki sta jih lahko imela zakonca v času trajanja zakonske zveze.

79 Že med pripravo Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) je bilo opaziti pomanjkljivosti navezovanja na običajno prebivališče upravičenca v primeru preživninskih obveznosti med razvezanimi zakoncema. V tej konvenciji je določeno posebno pravilo za tako situacijo, po katerem preživninske obveznosti med razvezanimi zakoncema ureja pravo, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze (člen 8). Enako velja smiselno za primere prenehanja življenjske skupnosti in zakonske zveze, ki so bile razglašene za neobstoječe ali so bile razveljavljene (člen 8(2)). Ta rešitev se uporablja ne le, ko se med postopkom razveze zakonske zveze (ali ob razvezi zakonske zveze) odloči o preživninskem zahtevku, temveč tudi pri postopkih, ki se začnejo naknadno za spreminjanje ali dopolnitev sodne odločbe o razvezi zakonske zveze. Razlog, naveden za to *perpetuatio juris*, je zahteva po zagotavljanju stalnosti, da se prepreči, da bi se zaradi spremembe običajnega prebivališča upravičenca spremenilo pravo, ki se uporablja.

80 Ta rešitev pa ima več pomanjkljivosti, ki so bile deležne močnih kritik s strani držav pogodbenic Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja). Najprej bi bilo treba navesti, da se s členom 8 dejansko nikakor ne poenoti pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, saj kolizijska pravila glede razveze zakonske zveze na mednarodni ravni niso bila

usklajena. Navedeno pravo je še naprej odvisno od mednarodnega zasebnega prava države sodišča, pred katerim je bil začel postopek za razvezo zakonske zveze, ta rešitev pa nujno omogoča prednost izbiranju najugodnejšega sodišča. Poleg tega se lahko zaradi izbire navezne okoliščine, ki se s časom ne spreminja, ko je treba po razvezi zakonske zveze določiti preživninske obveznosti med zakoncema, uporablja pravo, ki je postalo povsem nebitveno za položaj bivših zakoncev in njune ustrezne interese; sodišče dejansko ni moglo upoštevati prava trenutnega prebivališča upravičenca ali zavezanca. Lahko se zgodi, da v sodno odločbo o razvezi zakonske zveze niso vključene določbe v zvezi s preživnino; v takem primeru je pomislek glede stalnosti, na kateri temelji člen 8, manj primeren. To velja zlasti, kadar sta zakonca razvezala zakonsko zvezo v državi, v kateri preživninske obveznosti do razvezanega zakonca niso določene. V tem primeru uporaba prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze, ne dopušča kakršne koli preživnine, kar se ne zdi upravičeno takrat, kadar to pravo nima posebej tesne povezave z obravnavano zadevo. Nazadnje lahko zaradi uporabe prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze, nastanejo praktične težave, saj utegne biti težko ugotoviti, na katerem pravu je temeljila odločba o razvezi zakonske zveze. Vsi ti pomisleki so smiselno enako veljavni za primere prenehanja življenjske skupnosti in razglasitev zakonske zveze za neobstoječo ali njeno razveljavitev.

81 Posebna komisija se je v iskanju ravnotežja med skrbjo za varstvo upravičenca in skrbjo za uporabo prava države, s katerim je zakonska zveza tesno povezana, najprej obrnila k uporabi navezovanja na zadnje skupno običajno prebivališče zakoncev ali bivših zakoncev. Navedeno merilo v določenih okoliščinah verjetno pomeni pomembnejšo povezavo kot običajno prebivališče preživninskega upravičenca samo in ima torej večjo zakonitost³⁸. Vendar to ne velja vedno. Če je zadnje skupno običajno prebivališče v državi A, v kateri sta se zakonca nedavno naselila, potem ko sta več let živela v državi B, in se upravičenec po razvezi zakonske zveze vrne v to državo, je za pričakovanja strank primernejše navezovanje na običajno prebivališče upravičenca (ki je v tem primeru tudi država nekdanjega skupnega običajnega prebivališča). V drugih okoliščinah je lahko drugačno navezovanje celo pomembnejše, kot je na primer na prejšnje skupno običajno prebivališče ali skupno državljanstvo strank.

82 Na diplomatskem zasedanju so se ob upoštevanju posebnih značilnosti vsakega posameznega primera ter težav pri določanju toge in celovite navezne okoliščine odločili za prožno rešitev. Za preživninske obveznosti med zakonci in bivšimi zakonci se še naprej načeloma uporablja navezovanje na običajno prebivališče upravičenca iz člena 3. Na zahtevo ene od strank pa se lahko izključi, če ima zakonska zveza tesnejše povezave z drugo državo, zlasti državo zadnjega skupnega običajnega prebivališča. Ta rešitev temelji na predlogu delegacije Evropske skupnosti³⁹.

³⁸ Primerjaj proučevani položaj v točki 78 zgoraj.

³⁹ Delovni dokument št. 4.

b *Delovanje izključitvene klavzule*

i *Zahtevek ene od strank*

83 Novo pravilo je v obliki izključitvene klavzule, ki temelji na pojmu bližine (najtesnejše povezave), katere uporaba pa je pogojena z zahtevo ene od strank. To je izvirna rešitev, ki ne ustreza strukturi „običajne“ izključitvene klavzule, ki jo vsebuje več besedil mednarodnega zasebnega prava na nacionalni⁴⁰ in mednarodni ali regionalni ravni⁴¹, vključno z nekaterimi haaškimi konvencijami⁴². Take določbe omogočajo, da se sodišče odmakne od neprožnih povezav, kadar se to zaradi bližine zahteva, vendar načeloma niso odvisne od zahteve ene od strank. Prednost rešitve iz Protokola je v tem, da zmanjšuje negotovost, ki jo vsebuje vsaka izključitvena klavzula, tako da iskanje najtesnejših povezav omejuje le na tiste primere, v katerih to zahteva ena od strank. Navesti je treba, da bo ob vložitvi takega zahtevka naloga organa ponavadi poenostavljena z informacijami, ki jih bo zagotovila stranka prosilka.

84 V Protokolu ni navedeno, kdaj je treba vložiti zahtevek, vendar se iz razprav zdi, da naj bi bil vložen med posebnim postopkom, vključno s postopki alternativnega reševanja sporov, kot je mediacija⁴³. Končni rok za vložitev navedenega zahtevka bo odvisen od procesnih pravil, ki se uporabljajo v posamezni državi pogodbenici, saj predlog švicarske delegacije, s katerim naj bi se v zvezi s tem oblikovalo enotno pravilo⁴⁴, ni dobil potrebnega soglasja⁴⁵. Zaželeno je, da takega zahtevka ne bi bilo možno vložiti, ko je postopek že precej prek začetne faze, s čimer bi se izognili temu, da bi lahko tak zahtevek uporabil zlasti zavezanec za zavlačevanje. Zato bi bilo treba izključiti, da bi bil predlog prvič predložen v sklepni fazi obravnave ali v pritožbenem postopku. Po enem pristopu bi se lahko zahtevalo, da se predloži najpozneje do prve obravnave v zvezi z glavno stvarjo, lahko pa se proučijo tudi druge rešitve.

ii *Tesnejše povezave*

85 Zaradi ugovora ene od strank se pravo običajnega prebivališča upravičenca iz člena 3 ne bo avtomatično zavrnilo. V skladu s presojo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, mora biti pravo, katerega uporaba se zahteva, z zakonsko zvezo tudi tesneje povezano. Podlaga za navedeno pravilo je dejansko načelo tesne povezave. To pomeni, da bo sodišče na podlagi takega zahtevka ugotovilo, ali je z zakonsko zvezo tesneje povezano pravo, ki ni pravo običajnega prebivališča upravičenca. Pri tem se bodo upoštevale vse povezave zakonske zveze z različnimi zadevnimi državami, kot so običajno prebivališče zakoncev in/ali domicil v času trajanja

zakonske zveze, državljanstvo zakoncev, kraj sklenitve zakonske zveze in kraj prenehanja življenjske skupnosti ali razveze zakonske zveze. Poleg tega jih bo moral organ proučiti, da bi ugotovil, ali so bolj pomembne od trenutnega običajnega prebivališča preživitinskega upravičenca ali manj.

86 V členu 5 ima med temi merili najpomembnejše mesto zadnje skupno običajno prebivališče zakoncev. To ni prava domneva, kot se uporablja v drugih instrumentih⁴⁶, ampak zgolj navedba⁴⁷, iz katere je razvidno prepričanje diplomatskega zasedanja, da je lahko v številnih primerih z zakonsko zvezo precej močnejše povezano pravo države zadnjega skupnega običajnega prebivališča. Navesti je treba, da stavek „skupno običajno prebivališče“ ne pomeni, da sta morala zakonca dolgo živeti skupaj, temveč da sta v času trajanja zakonske zveze istočasno prebivala v eni in isti državi. Skupno običajno prebivališče pred zakonsko zvezo pa ne ustreza primeru iz člena 5, čeprav nič ne preprečuje, da se to prav tako kot katera koli druga povezava ne bi upoštevalo pri oceni obstoja tesnejših povezav.

87 V členu 5 ni navedeno trenutno skupno običajno prebivališče zakoncev, in sicer iz preprostega razloga, ker sovпада z običajnim prebivališčem upravičenca in zato ne more voditi do izjeme od povezave po členu 3. To ne pomeni, da trenutno običajno prebivališče zakoncev v isti državi nima nobene vloge pri uporabi člena 5. Ravno nasprotno, zaradi dejstva, da v času zahtevka oba zakonca prebivata v isti državi, bo člen 3 težje (čeprav je to teoretično možno) zavreči z utemeljitvijo, da je z zakonsko zvezo tesneje povezano pravo druge države (na primer pravo države prejšnjega skupnega običajnega prebivališča).

88 Čeprav naj bi imelo merilo zadnjega skupnega običajnega prebivališča po členu 5 najpomembnejše mesto, so lahko za uporabo navedenega člena pomembna tudi druga merila. Tak je primer nekdanjega skupnega običajnega prebivališča zakoncev, ki lahko v določenih okoliščinah pomeni zelo tesno povezavo. Če sta zakonca mnogo let živela v državi A, nato za kratek čas v državi B, potem pa se je upravičenec preselil v državo C, tedaj z državo B, v kateri sta imela zakonca zadnje skupno običajno prebivališče, ni tesne povezave, vendar taka povezava obstaja z državo A, v kateri sta imela zakonca nekdanje skupno običajno prebivališče.

89 Teoretično bi se lahko upoštevala druga merila, kot so skupno državljanstvo zakoncev ali kraj sklenitve zakonske zveze, vendar se zdi, da so le drugotnega pomena. Zagotovo lahko imajo vlogo pri povečanju pomena, pripisanega (sedanjemu ali nekdanjemu) običajnemu prebivališču zakoncev (ki se bo bolj upoštevalo, če bo na primer sovpadlo s skupnim državljanstvom zakoncev). Če pa se merila upoštevajo ločeno, bodo pomembna le v izjemnih primerih (na primer, kadar zakonca nikoli nista imela običajnega prebivališča v isti državi ali sta se v času trajanja zakonske zveze zelo pogosto selila).

⁴⁰ Primerjaj člen 15 švicarskega Zveznega zakona z dne 18. decembra 1987 o zasebnem mednarodnem pravu.

⁴¹ Primerjaj člen 4(5) Rimske konvencije z dne 19. junija 1980 o pravu, ki se uporablja za preživitinske obveznosti, in člen 4(3) Uredbe (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I).

⁴² Primerjaj člen 15(2) Haaške konvencije z dne 19. oktobra 1996 o pristojnosti, pravu, ki se uporabi, priznavanju, izvršitvi in sodelovanju na področju starševske odgovornosti in ukrepov za zaščito otrok.

⁴³ Zapisnik št. 1, točke 25–29, Zapisnik št. 3, točka 21.

⁴⁴ Delovni dokument št. 9.

⁴⁵ Zapisnik št. 4, točka 74 in naslednje.

⁴⁶ Primerjaj člen 4(2) Rimske konvencije z dne 19. junija 1980.

⁴⁷ Primerjaj Delovni dokument št. 2.

c Področje uporabe člena 5

90 Navedi je treba, da je področje uporabe člena 5 široko, saj zajema zakonce in bivše zakonce. Ta določba iz Protokola naj bi se za razliko od člena 8 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) uporabljala ne le za obveznosti med razvezanimi zakonci ali zakonci, ki živijo ločeno, ali zakonci, katerih zakonska zveza je bila razveljavljena ali razglašena za neobstoječo, temveč tudi za preživninske obveznosti med zakonci v času trajanja njihove zakonske zveze. Posebna komisija je menila, da je bolje imeti enotno navezno okoliščino za obveznosti v času trajanja zakonske zveze in po razvezi zakonske zveze (ali po tem, ko začneta živeti ločeno), da bi se zaradi razveze zakonske zveze (ali *a fortiori* zaradi zgolj sodne ločitve) izognili spreminjanju prava, ki se uporablja. Poleg tega je ta izbira upravičena, v kolikor je merilo navezne okoliščine, določene kot primer v navedeni določbi, tj. zadnje skupno običajno prebivališče, celo tehtnejše za obveznosti med zakoncema v času trajanja zakonske zveze.

91 Posebno pravilo iz člena 5 se tako kot člen 8 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) uporablja tudi za stranki v zakonski zvezi, ki je bila razveljavljena. Tak je primer domnevnih zakonskih zvez, pri katerih pravo včasih priznava pravice do preživnine v korist enega od zakoncev. Čeprav v členu 5 za razliko od člena 8 Konvencije iz leta 1973 ni naveden položaj zakonske zveze, ki je bila razglašena za neobstoječo, ta pravna praznina ni namerna, zato bi bilo treba ustrezno priznati, da se ta določba uporablja tudi za tak primer.

92 V členu 5 kljub predlogom nekaterih delegacij v zvezi s tem⁴⁸ niso navedena razmerja, podobna zakonski zvezi, kot so nekatere oblike registriranega partnerstva, ki imajo glede preživninskih obveznosti podobne posledice kot zakonska zveza. Na diplomatskem zasedanju so kljub pravni praznini v instrumentu v zvezi s tem priznali, da lahko države, ki v svojih pravnih sistemih priznavajo taka razmerja ali so jih pripravljene priznati, zanje uporabljajo pravilo iz člena 5⁴⁹. Ta rešitev bo organom navedenih držav omogočila, da ne bodo drugače obravnavali razmerij, ki so po njihovem notranjem pravu enakovredna zakonski zvezi. To velja tudi za istospolne zakonske zveze, ki so v nekaterih državah priznane.

93 Ta rešitev je neobvezna v tem, da ne zavezuje držav, ki taka razmerja zavračajo. Rešitve, ki se lahko proučijo za take države, so bile že omenjene (primerjaj točko 31 zgoraj). Poudariti je treba tudi, da, če pravo iz Protokola določa preživninske obveznosti v korist registriranega partnerja ali istospolnega partnerja, lahko sodišče ali organ države, ki ne priznava posledic takega razmerja (vključno s preživninskimi zadevami), zavrne uporabo tujega prava, če bi bile posledice njegove uporabe očitno nezdržljive z javnim redom pristojnega sodišča (primerjaj člen 13).

⁴⁸ Primerjaj delovna dokumenta št. 8 in 15, Zapisnik št. 5, točko 84 in naslednje, Zapisnik št. 6, točko 56 in naslednje.

⁴⁹ Zapisnik št. 6, točka 59 in naslednje.

94 Opozoriti bi bilo treba še, da so preživninske obveznosti, ki izhajajo iz razmerij iz člena 5, izrecno izključene s področja uporabe člena 4 (primerjaj odstavke (1)(b)). Iz tega izhaja, da obveznosti med zakoncema ali bivšima zakoncema na podlagi navedene določbe niso upravičene do ugodnosti kaskadnih naveznih okoliščin ali zamenjave naveznih okoliščin. Ker ni mogoče izbirati prava, ki se uporablja (primerjaj člena 7 in 8), jih ureja bodisi pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, na podlagi člena 3 bodisi pravo, določeno v členu 5. V takem primeru se lahko *lex fori* in pravo skupnega državljanstva upoštevata le, če sta z zakonsko zvezo v smislu člena 5 tesneje povezana.

Člen 6 Posebno pravilo ugovora

Zavezanec lahko pri preživninskih obveznostih, razen obveznostih do otroka, ki izhajajo iz razmerja staršev do otrok, in preživninskih obveznostih iz člena 5, ugovarja zahtevku upravičenca z utemeljitvijo, da takšna obveznost ne obstaja niti na podlagi prava države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče, niti prava države, katere državljanstvo imata obe stranki, če to obstaja.

95 Glede preživninskih obveznosti, razen obveznostih do otroka, ki izhajajo iz razmerja staršev do otrok, in preživninskih obveznostih med zakoncema ali bivšima zakoncema (člen 5), je v členu 6 določeno, da lahko zavezanec ugovarja zahtevku upravičenca z utemeljitvijo, da takšna obveznost ne obstaja niti na podlagi prava države, v kateri ima zavezanec običajno prebivališče, niti prava države, katere državljanstvo imata obe stranki, če to obstaja.

96 Navdih za ta ugovor je pomenila rešitev iz člena 7 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), po katerem lahko zavezanec med strankami, ki so v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu, ugovarja preživninskemu zahtevku z utemeljitvijo, da preživninska obveznost po pravu zavezanca in upravičenca ali, če nimata skupnega državljanstva, po notranjem pravu običajnega prebivališča zavezanca ne obstaja.

a Področje uporabe člena 6

97 Pravilo iz Protokola se za razliko od člena 7 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) ne uporablja le za sorodstvena razmerja med strankami, ki so v razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu, temveč tudi za preživninske obveznosti, razen obveznosti do otroka, ki izhajajo iz razmerja staršev do otrok ali razmerja med zakoncema ali bivšima zakoncema.

98 Odločitev za to razširitev je spodbudilo več razlogov. Najprej je treba navesti, da želja po dodelitvi preživnine na podlagi sorodstvenega razmerja, na katero se sklicuje to pravilo, ni bila predmet mednarodnega soglasja, zaradi česar so nekatere države izrazile pomislek glede zmožnosti omejitve njenega učinka. Navedena želja se je v Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) upoštevala s predvidevanjem več pridržkov, ki omogočajo omejitev področja uporabe *ratione materiae* Konvencije (primerjaj člena 13 in 14 te konvencije). Da bi

se izognili možnosti izražanja pridržkov v skladu s Protokolom (primerjaj člen 27), je bilo ocenjeno, da je odpor nekaterih držav do preživalskih obveznosti, ki bi temeljile na navedenih sorodstvenih razmerjih, bolje upoštevati na zgodnejši stopnji, tako da se v takih primerih zagotovijo bolj omejevalne navezne okoliščine.

99 Člen 6 se lahko v nekaterih primerih uveljavlja za zavrnitev preživalskih obveznosti, ki temeljijo na pravu, določenem v členu 3 (pravo običajnega prebivališča upravičenca). To velja pri preživalskih obveznostih odraslega, ki izhajajo iz:

- starševstva v ravni vrsti, razen razmerja staršev do otrok (na primer preživalska obveznost vnukov do starih staršev ali obratno),

- sorodstvenega razmerja v stranski vrsti (na primer preživalska obveznost do brata ali sestre),

- svaštva (na primer preživalska obveznost do otrok zakonca).

V takih primerih je pravo, ki se uporablja za preživalske obveznosti, pravo običajnega prebivališča upravičenca iz člena 3. Če je v navedenem pravu določena preživalska obveznost, jo lahko zavezanec izpodbija z uporabo ugovora iz člena 6.

100 V drugih primerih se lahko ugovor iz člena 6 uveljavlja proti preživalskim zahtevkom, ki temeljijo na enem od različnih prav iz člena 3 ali 4. To velja za preživalske zahtevke:

- otroka do staršev,

- katere koli druge osebe, razen staršev in zakonca, do osebe, ki ni dopolnila 21. leta starosti (na primer preživalska obveznost stranke, ki je v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu).

V obeh primerih se bodo ustrezno hkrati uporabljala posebna pravila členov 4 in 6, zaradi česar se lahko preživalski zahtevek, dolgovan v skladu z enim od različnih prav, ki ga določajo kaskadne navezne okoliščine iz člena 4, zavrne, če ne obstaja v skladu z različnimi pravi iz člena 6. Ta hkratna uporaba kaskadnega sistema in ugovorov ni le zelo zapletena, ampak tudi popolnoma nezadovoljiva v strogo logičnem smislu, saj se zdi, da ji manjka usklajenosti, ker poskuša obenem s subsidiarnimi naveznimi okoliščinami omogočati prednost upravičencu in s kumulativnimi naveznimi okoliščinami zaščititi zavezanca. Seveda gre za kompromisno rešitev. Vendar je treba poudariti, da ta sistem ni povsem nov, saj ustreza sistemu, ki se trenutno uporablja glede na Haaško konvencijo o preživalsinah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), četudi le za osebe, ki so v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu⁵⁰.

101 Ugovor iz člena 6 se ne more uveljavljati za izpodbijanje preživalskega zahtevka med zakoncema ali bivšima zakoncema, saj je navedeni primer v besedilu določbe izrecno izključen. Čeprav preživalske obveznosti, ki izhajajo iz zakonske zveze, niso stvar soglasnega mnenja v primerjalnem pravu, jih kljub temu sprejemajo precej bolj na splošno kot obveznosti, ki

izhajajo iz drugih sorodstvenih razmerij iz člena 6. Rešitev iz člena 5, ki upravičencu omogoča že mnogo manj prednosti kot rešitve iz členov 3 in 4, ne bi smela biti naknadno še otežena z dovolitvijo ugovora.

102 Poseben položaj pa imajo preživalske obveznosti, ki izhajajo iz sorodstvenega razmerja, podobnega zakonski zvezi, kot so nekatere oblike partnerstev. Taka razmerja se lahko v državah, ki jih v svojem notranjem pravu priznavajo ali so jih vsekakor pripravljene priznati, obravnavajo enako kot zakonska zveza, tako da bo preživalske obveznosti, ki iz tega izhajajo, urejal člen 5 in da se bodo torej izognile členu 6. Drugače bo v državah, ki zavračajo tako prilagoditev, saj bo lahko v teh državah zavezanec zavrnil izpolnjevanje takih obveznosti z uporabo ugovora iz člena 6. Ta rešitev „dvojnega merila“ je bila na diplomatskem zasedanju sprejeta, čeprav v besedilu Protokola ni podrobneje obrazložena (primerjaj točko 92 in naslednje zgoraj).

b *Mehanizem, ki ga določa člen 6*

103 Pravilo iz člena 6 ne vsebuje navezne okoliščine, ampak preprosto sredstvo ugovora, s katerim se lahko utemelji zavrnitev preživnine, četudi je slednja določena v pravu, ki se uporablja, navedenem v členu 3 ali 4.

104 V členu 6 je torej določen naslednji mehanizem. Organ najprej na podlagi člena 3 ali 4 določi pravo, ki se uporablja za preživalsko obveznost. Če je preživalska obveznost določena v pravu običajnega prebivališča upravičenca ali *lex fori*, ki sta določena v eni od obeh navedenih določb, lahko zavezanec ugovarja zahtevku upravičenca z utemeljitvijo, da ta obveznost ne obstaja na podlagi prava države, v kateri ima zavezanec svoje običajno prebivališče. To bo zadostovalo za zavrnitev zahtevka, če stranki nimata istega državljanstva. Če na primer nečak zavezanca, ki ima stalno prebivališče v državi A in državljanstvo države A, na podlagi prava navedene države vloži preživalski zahtevek zoper svojega strica, ki ima stalno prebivališče v državi B in državljanstvo države C, bo lahko slednji zavrnil preživnino z utemeljitvijo, da pravo države B ne priznava preživalskih obveznosti med osebami, ki so v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti. V tem primeru nimata državljanstvi strank nobene vloge.

105 Če pa imata obe stranki isto državljanstvo, se lahko ugovor učinkovito utemelji le, če zadevna preživalska obveznost ni določena niti po pravu običajnega prebivališča zavezanca niti po pravu države, katere državljanstvo imata obe stranki. Da bi bil ugovor v zadnjem primeru učinkovit, mora temeljiti kumulativno na enem in drugem navedenem pravu. Če uporabimo isti primer kot zgoraj, če bi bil nečak upravičenca tudi državljan države C, bi lahko njegov stric zahtevku ugovarjal le, če preživalske obveznosti, določene v pravu države A, ne bi poznali v pravu države B in pravu države C. Pravo države, katere državljanstvo imata obe stranki, je upravičeno upoštevati, če velja, da se v primeru, da imata stranki isto državljanstvo in je zadevna preživalska obveznost določena v pravu države, katere državljanstvo imata obe stranki, ne zdi pravično, da bi

⁵⁰ Verwilghenovo poročilo (navedeno zgoraj v opombi 14), točka 149.

zavezancu dovolili, da se ji izogne zgolj z utemeljitvijo, da ta obveznost ne obstaja v državi njegovega običajnega prebivališča. S to rešitvijo se je zlasti mogoče izogniti morebitnim zlorabam. Kot primer se lahko navede, da se, če oče zahteva preživnino od lastnega sina, na podlagi prava države njegovega običajnega prebivališča, ki je tudi pravo države, katere državljanstvo imata obe stranki, ne zdi pravično, da se lahko zavezanec izogne svoji preživninski obveznosti, tako da prenese običajno prebivališče v državo, v kateri pravo takšne obveznosti ne priznava.

106 V členu 6 (kot dejansko v členu 4(4)) ni opredeljeno, ali in pod katerimi pogoji je treba upoštevati skupno državljanstvo, kadar ima ena od strank tudi druga državljanstva. V takšnem primeru se kot posledica pomislekov pri enotni razlagi Protokola zavrne pristop, ki temelji na primarnosti državljanstva države sodišča, kakor je običajno v splošno veljavnem pravu številnih držav. Poleg tega določitve najbližjega ali najučinkovitejšega državljanstva, ki je še ena zelo običajna rešitev v primerjalnem pravu, ni vedno lahko izvajati, lahko pa tudi vodi v razlage Protokola, ki še zdaleč niso enotne. Zaradi teh razlogov in glede na navedeno za člen 4(4) (primerjaj točko 76 zgoraj) se zdi bolje, da se v vsakem primeru upošteva skupno državljanstvo, četudi ni najbolj učinkovito za eno od strank. Ta rešitev omogoča preživninskemu upravičencu več prednosti, saj je zaradi nje težje uporabljati ugovor iz člena 6. To je torej rešitev, skladna s splošnim duhom Protokola (načelo *favor creditoris*) in z značilnostmi izjemnega pravila, pripisanega členu 6.

107 V členu 6 prav tako ni opredeljeno, katero rešitev je treba uporabiti, če imata stranki več skupnih državljanstev. Najustreznejša rešitev je, da se upoštevajo vsa različna skupna nacionalna prava in da se ugovor zavezanca sprejme le, če nobeno od njih ne določa preživninskih obveznosti, pri čemer se upoštevajo pravkar navedene teleološke in sistematične utemeljitve (prav tam).

108 Opozoriti bi bilo treba, da je ugovor dovoljen le, če „takšne“ obveznosti „ne“ obstajajo po pravu, na katerega se nanaša člen 6. Ta stavek je treba razumeti enako kot stavek „upravičenec ne more dobiti preživnine“, kot se uporablja v odstavkih (2) do (4) člena 4 (primerjaj točki 61 in 62 zgoraj); torej je nujno, da obveznost ni določena ali da niso izpolnjeni zakonski pogoji, ki veljajo zanj. Če pa je v pravu običajnega prebivališča zavezanca in po potrebi pravo države, katere državljanstvo imata obe stranki, določena obveznost v nižjem znesku, kot je določen v pravu, ki se uporablja, to dejstvo ne bo zadostovalo niti za ugovor zahtevku niti za prošnjo za znižanje zneska preživnine, dolgovane upravičencu.

Člena 7 in 8 Izbira prava, ki se uporablja

109 Določbe iz členov 7 in 8 omogočajo strankama, da pod različnimi pogoji in z različnimi posledicami izbereta pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti. Ena od najpomembnejših novosti Protokola glede na haaški konvenciji o preživninah iz leta 1956 in leta 1973 je priznanje avtonomije strank. Ta rešitev ustreza močnemu mednarodnemu gibanju za priznanje svobodne izbire

prava, ki se uporablja, celo na področjih, na katerih je bila ponavadi izključena.

110 Medtem ko je za večino držav, kar zadeva kolizijo zakonov, priznanje avtonomije strank glede preživninskih obveznosti novost, pa tega ni mogoče trditi za spore o pristojnosti. Možnost sklenitve sporazumov v zvezi s pristojnostjo je namreč že priznana v več mednarodnih instrumentih. To velja zlasti v evropskem pravosodnem območju na podlagi člena 23 Uredbe (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 in člena 17 Luganske konvencije iz leta 1988. V tej konvenciji je tudi priznana zakonitost razširitve pristojnosti z določitvijo, da morajo države članice priznati in izvršiti odločbo ene države pogodbenice, izdano na sodišču, ki ga določita stranki, razen za preživninske obveznosti do otroka⁵¹. V tem okviru priznanje izbire prava, ki se uporablja, ponovno vzpostavlja ukrep skladnosti med rešitvami, sprejetimi glede kolizije zakonov in sporov o pristojnosti.

111 Pri izbiri prava velja več omejitev, katerih namen je zaščititi stranke (in zlasti preživninskega upravičenca) pred možnostmi zlorabe. Tveganje je večje, kadar se pravo izbere pred nastankom spora. Zato sta v sistem Protokola v dveh ločenih določbah vključeni dve različici avtonomije strank; člen 7 ureja izbiro prava, ki se uporablja za namene določenega postopka (dogovor o postopku), člen 8 pa na bolj omejeni podlagi dopušča, da se pravo izbere kadar koli.

Člen 7 Določitev prava, ki se uporablja za namene določenega postopka

112 Ta določba strankama omogoča, da izrecno določita, da se bo za preživninsko obveznost za namene določenega postopka uporabljal *lex fori*. To je dogovor o postopku glede prava, ki se uporablja; nanaša se na notranje pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, njegov učinek pa je omejen na določen postopek.

Odstavek 1 – Ne glede na člene 3 do 6 lahko preživninski upravičenec in preživninski zavezanec izključno za namene določenega postopka v zadevni državi izrecno določita, da se bo za preživninsko obveznost uporabljalo pravo te države.

a Področje uporabe člena 7

113 Izbira prava, kot je določeno v tej določbi, bi morala imeti vidno vlogo zlasti v razmerjih med odraslimi. Zakonci bodo imeli v primerih prenehanja življenjske skupnosti ali razveze zakonske zveze možnost, da se za preživninski zahtevek uporabi pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek, kar bi zagotovo moralo poenostaviti postopek.

114 Vendar je možnost izbire zagotovljena tudi glede preživninskih obveznosti do otrok. Zdelo se je, da so koristi v smislu enostavnosti, ki izhaja iz uporabe *lex fori*, močna protiutež možnim tveganjem, povezanim z uvedbo avtonomije strank. Kadar zahtevek vloži upravičenec v državi običajnega prebivališča zavezanca, ostane učinek izbire prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti do otrok, dokaj omejen, pri čemer se upošteva posebno

⁵¹ Primerjaj člen 20(1)(e) Konvencije, poročilo Borrásove in Degelingove, točka 455.

pravilo iz člena 4(3), po katerem preživninske obveznosti staršev do svojih otrok in obveznosti do katere koli druge osebe, ki ni dopolnila 21. leta starosti, v vsakem primeru ureja *lex fori*. Vendar je lahko člen 7 vseeno koristen, kadar zahtevek vloži zavezanec pri organih države svojega običajnega prebivališča ali organih države, ki ni država običajnega prebivališča upravičenca, če lahko organ, pri katerem je bil vložen zahtevek, zadevo obravnava⁵².

b Izbira za namene določenega postopka

115 Poudariti je treba, da je izbira iz člena 7 omogočena za namene določenega postopka; torej se pri njej domneva, da je preživninski upravičenec ali zavezanec že vložil ali bo vložil preživninski zahtevek pri določenem organu. Stranki imata v trenutku izbire možnost, da pridobita informacije (ali včasih prejmeta obvestilo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek) o obstoju in naravi preživnine, določene po *lex fori*. Možnost zlorabe je torej majhna.

116 Izbira strank v skladu s členom 7 ima posledice le za določen postopek za namene, za katere je omogočena. Če pa se naknadno pri istem organu ali organu druge države vloži nadaljnji zahtevek ali prošnja za spremembo, potem prejšnja izbira prava ne bo več imela posledic in pravo, ki se uporablja, bo tako treba določiti glede na objektivne navezne okoliščine. Ta omejitev posledic izbire je upravičena, saj je izbrano pravo *lex fori*.

117 Vendar je treba navesti, da lahko upravičenec in zavezanec glede preživninskih obveznosti do oseb, ki so dopolnile 18. leto starosti, izbereta tudi pravo, ki se uporablja po členu 8. Ta izbira je širša kot izbira, določena v členu 7. Prvič, ni omejena na *lex fori*, ampak se lahko sklicuje na izbor različnih prav iz prvega odstavka navedene določbe (primerjaj točko 129 v nadaljevanju). Drugič, izbira po členu 8 ni omogočena za namene določenega postopka; njene posledice torej niso omejene na postopek, ki ga je upravičenec že začel ali bo začel, ampak segajo tudi v prihodnost, dokler stranki ne prekličeta ali spremenita izbire (primerjaj točko 124 v nadaljevanju). Kot je navedeno v členu 8, je ta izbira omogočena „kadar koli“. Če odrasli izberejo pravo, ki se uporablja, med postopkom ali tik pred njegovim začetkom, se bo pojavilo vprašanje, ali se za to izbiro uporablja člen 7 ali 8. Ta izbira ni teoretična, saj se njene posledice pri eni in drugi določbi razlikujejo. Če izbrano pravo ni *lex fori*, je odgovor preprost, saj v navedenem primeru lahko dopustnost in posledice izbire določa le člen 8. Pojavljajo pa se lahko pomisleki, ali je pravo, ki je izbrano, pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek. Če *lex fori* ni skladen z izborom različnih prav iz člena 8(1) (notranje pravo ene od strank, pravo običajnega prebivališča ene od strank itd.; primerjaj točko 129 v nadaljevanju), bo moral to izbiro nujno urejati člen 7, katerega posledice bodo torej omejene na določen postopek. Če bi se v tem primeru uporabil člen 8, bi bila izbira neveljavna. Če pa je *lex fori* eno od različnih prav iz člena 8(1), kot se bo pogosto dogajalo, bo odgovor odvisen od razlage namena strank.

118 Vprašanje usklajevanja členov 7 in 8 se ne pojavi, kadar se preživninska obveznost nanaša na osebo, ki še ni dopolnila 18. leta starosti, ali odraslega, ki zaradi prizadetosti ali pomanjkanja svojih osebnih sposobnosti ni sposoben varovati svojih interesov, zato v takih primerih člena 8 ni mogoče izbrati (člen 8(3)). Stranki lahko torej za namene določenega postopka izbereta le *lex fori* pod pogoji in s posledicami člena 7.

c Način izbire

Odstavek 2 – Če se pravo določi pred uvedbo postopka, je treba skleniti dogovor, ki ga podpišeta obe stranki in je lahko v pisni obliki ali pa se napiše z uporabo drugega komunikacijskega sredstva, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje.

119 Pravo, ki se uporablja po členu 7(1), se lahko izbere tudi pred uvedbo postopka, zato so v člen 7(2) vključene nekatere podrobnosti glede oblike, tako da določa, da je določitev prava, ki se uporablja, v takem primeru v obliki dogovora, v pisni obliki ali pa se zabeleži z uporabo drugega komunikacijskega sredstva, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje. Zdelo se je bistveno, da mora biti obstoj dogovora enostavno dokazati, da bi se preprečili kakršni koli spori, in da bi morala biti pozornost strank usmerjena na pomembne posledice, ki jih lahko ima izbira prava, ki se uporablja, glede obstoja in obsega preživninskih obveznosti. Po mnenju delegatov na diplomatskem zasedanju so v to določbo vključene le minimalne formalne zahteve v zvezi z dogovorom; države lahko določijo druge zahteve, da na primer zagotovijo, da je privolitev strank prostovoljna in dovolj zavestna (na primer zastopanje po odvetniku pred podpisom dogovora).

120 Če je izbira iz člena 7 narejena pred začetkom postopka, je treba navesti, da bo veljavna le, v kolikor sta stranki navedli pravo, ki ga nameravata določiti, ali vsaj organ, pred katerim naj bi se začel nameravani postopek. Če se nato pri organih države, katere pravo je bilo izbrano, ne vloži noben zahtevek, izbira ne bo imela učinka (razen če se izpolnijo zahteve iz člena 8). Nasprotno pa ne bo zadoščalo, da bi stranki določili „*lex fori*“ na splošno, saj se „sodišče“ ne določi, dokler se pri organu ne vloži zahtevek. Takšna slepa izbira pa ni zagotovilo za to, da sta bili stranki seznanjeni s predmetom svoje izbire in da se ga zavedata.

121 Po razpravah o tej zadevi je bilo končno odločeno, da se med trenutek izbire in trenutek začetka postopka ne vključi rok. Če je bil zahtevek vložen v državi, katere pravo je bilo izbrano, je dejansko smiselno, da ima navedena izbira posledice, čeprav je med dogodkoma preteklo precej časa. Če pa v navedeni državi postopek ni bil začet, izbira, kot je bilo navedeno, v vsakem primeru nima učinka.

122 V Protokol ni vključeno nobeno pravilo v zvezi z načinom in trenutkom izbire, kadar nastopi med postopkom. Ta vprašanja ureja pravo organa, pri katerem je bil vložen zahtevek.

⁵² Glej opombo 33 zgoraj.

Člen 8 Določitev prava, ki se uporablja

Odstavek 1 – Ne glede na člene 3 do 6 lahko preživninski upravičenec in preživninski zavezanec kadar koli določi, da se bo za preživninsko obveznost uporabljalo naslednje pravo:

123 Ta določba omogoča, da stranki kadar koli, celo preden pride do spora, izbereta pravo, ki se bo uporabljalo za preživninske obveznosti.

124 Izbira prava, ki se uporablja, po členu 8 se za razliko od izbire *lex fori* po členu 7 ne opravi „izključno za namene določenega postopka“; njene posledice torej niso omejene na postopek, ki ga je preživninski upravičenec že začel ali ga bo začel. Namen prava, ki ga izbereta stranki je, da se v skladu z njim uredijo preživninske obveznosti med strankama od trenutka izbire, dokler se ne odloči za preklic ali spremembo izbire, če je to dovoljeno.

125 Najpomembnejša prednost izbire prava, ki se uporablja, kot je določeno v členu 8, je, da se v zvezi s pravom, ki se uporablja, zagotovi določena mera stabilnosti in predvidljivosti. Če sta stranki tako izbrali, se izbrano pravo uporablja kljub vsem spremembam njunih osebnih statusov in ne glede na organ, pri katerem je bil v primeru spora vložen zahtevek. Sprememba običajnega prebivališča upravičenca za razliko od odsotnosti izbire po členu 3(2) zlasti ne povzroči spremembe prava, ki se uporablja (primerjaj točko 133 v nadaljevanju).

a Področje uporabe člena 8

126 Izbira prava, ki se uporablja, je zlasti koristna v razmerju med zakoncema, ko pred ali med zakonsko zvezo skleneta pogodbo, ki se nanaša na preživninske obveznosti med zakonsko zvezo in/ali po njeni razvezi. Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, je kot posledica te izbire določeno vnaprej, kar preprečuje poznejša izpodbijanja veljavnosti pogodbe v primeru spremembe običajnega prebivališča zakoncev ali zakonskega partnerja upravičenca. Dejansko se lahko zaradi izbire prava celo brez dogovora, ki se nanaša na preživninske obveznosti, preprečijo spremembe prava, ki se uporablja, ki jih povzroča tekoči spor.

127 Ko je bila izbira prava sprejeta za zakonca, se je zdelo, da bi jo lahko bilo koristno razširiti na vse odrasle, razen na osebe, ki zaradi prizadetosti ali pomanjkanja svojih osebnih sposobnosti niso sposobne varovati svojih interesov. Čeprav take „ranljive“ odrasle praviloma ščitijo mehanizmi, vzpostavljeni v različnih sistemih notranjega prava (na primer v obliki imenovanja skrbnika), so na diplomatskem zasedanju zaradi preprečitve kakršnih koli možnosti zlorabe sčasoma izključili možnost, da bi te osebe opravile izbiro prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti (člen 8(3)). Opredelitev ranljivih odraslih, ki se uporablja v tej določbi, je povzeta po *Haaški konvenciji z dne 13. januarja 2000 o mednarodni zaščiti odraslih* (primerjaj člen 1(1)).

128 Izbira prava, ki se uporablja, je bila izključena tudi za preživninske obveznosti do mladoletnikov, saj se zdi, da morebitna tveganja navedene izbire prevladajo nad možnimi koristmi. Upoštevati je treba, da mladoletnika

običajno zastopa eden od obeh staršev, ki morajo poskrbeti za njegove potrebe; na diplomatskem zasedanju so torej menili, da bi bilo z dopustitvijo izbire prava, ki se uporablja, v takih primerih vključeno pretirano tveganje nasprotja interesov. Po določeni meri pomislekov glede določitve starosti, od katere se lahko dopusti izbira (18 ali 21 let), so se navsezadnje odločili za 18 let, ki je v večini držav zakonsko določena starost za polnoletnost.

b Različna prava, med katerimi je upravičeno izbirati

129 Zaradi varstva preživninskega upravičenca imajo stranke po členu 8 možnost izbire prava, ki se uporablja, pri čemer velja več pogojev in omejitev. Prva omejitev se nanaša na predmet izbire in je namenjena omejitvi razpona možnosti, ki so strankama na voljo.

Pododstavek (a) – pravo katere koli države, katere državljanstvo ima v trenutku določitve ena od strank;

130 Prva možnost, ki jo imata stranki na voljo, je izbira notranjega prava ene od strank v trenutku določitve. Ta možnost je bila sprejeta brez posebne razprave in ne potrebuje obširne obrazložitve. Navedi je treba, da za razliko od subsidiarnega merila navezovanja na skupno državljanstvo po členu 4(4) v tem primeru zadostuje, da se določitev nanaša na pravo države, katere državljanstvo ima le ena od strank (upravičenec ali zavezanec).

131 V primeru več državljanstev bi bilo treba ob upoštevanju pravne praznine v Protokolu glede tega vprašanja priznati, da se lahko izbira brez razlike nanaša na katero koli notranje pravo strank; z določitvijo najbližjega ali najbolj učinkovitega državljanstva bi se lahko ustvarila negotovost glede veljavnosti izbire, s čimer bi se tako zmanjšala avtonomija strank.

Pododstavek (b) – pravo države, v kateri ima ena od strank v trenutku določitve običajno prebivališče;

132 Ta druga možnost se nanaša na običajno prebivališče ene od strank v trenutku določitve. Te možnosti med pripravljalnim delom Protokola niso nikoli izpodbijali. Pojem običajnega prebivališča ne potrebuje posebnih pojasnil, saj ustreza pojmu iz člena 3 (primerjaj točko 41 in naslednje zgoraj).

133 V primeru državljanstva je kot v primeru običajnega prebivališča trenutek določitve tisti, ki je odločilen. Ta rešitev ustreza glavnemu namenu izbire prava, ki se uporablja, tj. zavarovati stabilnost ne glede na spremembe, ki nastanejo po določitvi. Kljub pravni praznini v Protokolu o tej točki bi bilo treba zato upoštevati, da sprememba državljanstva ali običajnega prebivališča zadevne stranke po opravljeni izbiri ne vpliva na njeno veljavnost. Vprašamo pa se lahko, ali se lahko izbira prava države, katere državljanstva v trenutku izbire nima nobena od strank ali v kateri v trenutku izbire nobena od strank ne prebiva, naknadno potrdi s poznejšo pridobitvijo ustreznega državljanstva ali običajnega prebivališča. Zdi se, da je to izključeno z izrecno navedbo trenutka določitve v pododstavkih (a) in (b) člena 8(1).

c Nadaljnje možnosti v okviru pododstavkov (c) in (d)

134 Tretja in četrta možnost (člen 8(1)(c) in (d)) se nanašata na pravo, *določeno* za urejanje premoženjskega razmerja med zakoncema oziroma prenehanje življenjske

skupnosti ali razvezo zakonske zveze, ter pravo, ki se za te zadeve *dejansko uporablja*. Zato je jasno, da sta ti dve možnosti na voljo zakoncema in bivšima zakoncema.

135 Podrobno se je razpravljalo o zaželenosti dopustitve teh drugih možnosti. Proti njihovemu priznanju je bilo poudarjeno, da ustvarjajo zelo celovit sistem, ki dejansko ni potreben, pri čemer se upoštevajo zelo široke možnosti izbire, ustvarjene že s pododstavkoma (a) in (b). Nadalje so dodatne možnosti iz pododstavkov (c) in (d) odvisne od nacionalnih kolizijskih pravil glede premoženjskih razmerij, razveze zakonske zveze in prenehanja življenjske skupnosti, kar pomeni, da so enotne le na videz. Poleg tega je v primerih, v katerih sta se stranki glede preživninskih obveznosti zavezali pravu, ki je bilo *določeno* kot pravo, ki se uporablja za njuno premoženjsko razmerje ali prenehanje življenjske skupnosti / razvezo zakonske zveze, veljavnost navedene izbire, kar zadeva preživnino, dejansko odvisna od veljavnosti prava za premoženjska razmerja / prenehanje življenjske skupnosti / razvezo zakonske zveze. Protokol ne ureja izbire prava, ki se uporablja za preživninska razmerja med zakoncema, in prava, ki se uporablja za prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze, zato je odvisna izključno od zasebnega mednarodnega *lex fori*. Če to pravo ne dopušča take izbire, bo neveljavnost izbire povzročila neveljavnost izbire prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti. Tveganje je zlasti močno pri razvezi zakonske zveze, saj avtonomijo strank v takih zadevah priznava le malo držav. Zato obstaja tveganje, da bi izbiro, veljavno v okviru mednarodnega zasebnega prava ene države pogodbenice, organi druge države pogodbenice, ki uporablja lastna kolizijska pravila, obravnavali kot neveljavno.

136 Na diplomatskem zasedanju so se kljub tem pomanjkljivostim dogovorili o možnostih iz pododstavkov (c) in (d), saj zakoncema omogočata, da se za različne zadeve, ki jih je treba določiti v primeru razhoda para (razveza zakonske zveze in prenehanje življenjske skupnosti, prenehanje premoženjskih razmerij med zakoncema in preživninske obveznosti), uporablja enotno pravo. Ta skladnost je zlasti pomembna glede povezav med različnimi vidiki v različnih notranjih pravnih sistemih. Zato se določitev premoženjskopравnih posledic včasih obravnava kot pogoj za odobritev razveze zakonske zveze (tako je zlasti v primeru postopkov, ki temeljijo na medsebojnem sporazumu zakoncev). Poleg tega v nekaterih pravih (in zlasti v več državah z anglosaškim pravnim sistemom) razlikovanje med prenehanjem premoženjskih razmerij in preživninskimi obveznostmi ni jasno določeno ali celo ne obstaja, pri čemer je urejanje kakršnih koli premoženjskopравnih posledic razveze zakonske zveze poverjeno sodiščem.

137 Navesti je treba, da člen 8 zakoncema ne dopušča izbire prava, ki se uporablja za premoženjsko razmerje ali razvezo zakonske zveze. Ker to vprašanje urejajo notranja pravila mednarodnega zasebnega prava držav pogodbenic (vključno s tistimi, ki se pojavijo na mednarodni ali regionalni ravni) in ker se lahko predvidene rešitve močno razlikujejo, se lahko določitev prava, ki se uporablja za premoženjsko razmerje ali razvezo zakonske zveze,

razlikuje glede na pravila, ki veljajo v državi organa, pri katerem je bil vložen zahtevek. V takem primeru bi bilo pravo za urejanje preživninskih obveznosti določeno na slepo, kar pa ni bilo zaželeno.

Pododstavek (c) – pravo, ki sta ga stranki določili za njuno premoženjsko pravno razmerje, oziroma pravo, ki se za njuno premoženjsko pravno razmerje dejansko uporablja;

i *Pravo, določeno za urejanje premoženjskega razmerja*

138 Zakonca imata po členu 8(1)(c) najprej pravico izbirati pravo, ki sta ga *določila* za urejanje svojega premoženjskega razmerja. V takem primeru se bo pravo, določeno za urejanje premoženjskih razmerij, uporabljalo tudi za preživninske obveznosti, pri čemer je očitna prednost v tem, da sta obe zadevi zavezani uporabi skladne zakonodaje.

139 Izbira prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ni določena v Protokolu, temveč v mednarodnem zasebnem pravu vsake države pogodbenice (vključno z vsemi instrumenti mednarodnega ali regionalnega izvora). V primerjalnem pravu je ta izbira splošno sprejeta; med drugim je določena v *Haaški konvenciji z dne 14. marca 1978 o pravu, ki se uporablja za premoženjska razmerja med zakoncema*. Zakoncema je pogosto dopuščena pravica do izbire nacionalnega prava ali prava države, v kateri ima običajno prebivališče eden od njiju⁵³; v takem primeru ta možnost ne dodaja ničesar novega k možnostim iz pododstavkov (a) in (b). Vendar so lahko zakoncema glede premoženjskega razmerja med njima dopuščene nekatere dodatne možnosti, ki v Protokolu niso določene, kot je na primer pravo države domicila (ki ni nujno enako običajnemu prebivališču) ali pravo države, v kateri je kraj nekaterih sredstev in še zlasti nepremičnin⁵⁴. V takih primerih lahko za preživninske obveznosti veljajo tudi navedene druge vrste prava.

140 Če se izbira strank ne sklada s kolizijskimi pravili, ki veljajo v državi sodišča (ker taka izbira tam ni sprejeta ali ker pogoji niso bili izpolnjeni ali ker je izbrano pravo sicer v nasprotju s temi pravili), se bo obravnavala kot nična in neveljavna. Zaradi te neveljavnosti bo neveljavna tudi določitev prava, ki se uporablja za preživninske obveznosti, saj je slednje glede na Protokol podlaga za prvo.

ii *Pravo, ki se dejansko uporablja za premoženjsko razmerje*

141 Pododstavek (c) zakoncema tudi omogoča, da za preživninske obveznosti uporabljata pravo, ki se dejansko uporablja za njuno premoženjsko razmerje. V navedenem primeru je pravo, ki se uporablja za navedeno razmerje, že določil organ, pri katerem je bil vložen zahtevek (v primeru prenehanja življenjske skupnosti ali zlasti razveze zakonske zveze). S svojo izbiro lahko zakonca preživninske obveznosti zavežeta uporabi istega prava. S tem se razširja razpon možnosti, ki ju imata stranki,

⁵³ Primerjaj člena 3 in 6 Konvencije iz leta 1978.

⁵⁴ Primerjaj člena 3(4) in 6(4) Konvencije iz leta 1978.

predvsem pa se zaradi tega za vsa vprašanja v zvezi s premoženjem uporablja eno pravo. Navesti je treba, da, če je pravo, ki se uporablja za premoženjsko razmerje, *lex fori*, izbira navedenega prava za preživitinske obveznosti ni ista kot izbira iz člena 7; ta izbira ni opravljena za namene določenega postopka, temveč je izbira, ki bo imela nadaljnje učinke v prihodnosti, vključno z novimi zahtevki (zlasti za spremembo), ki jih vložita upravičenec ali zavezanec. Zato izbire iz člena 8(1)(c) ni nujno opraviti med postopkom, temveč se lahko opravi po tem, ko je bila izdana odločba, v kateri je opredeljeno premoženjsko razmerje med zakoncema.

Pododstavek (d) – pravo, ki sta ga stranki določili za razvezo njune zakonske zveze ali njune ločitve, oziroma pravo, ki se za razvezo te zakonske zveze ali za to ločitev dejansko uporablja.

iii *Pravo, določeno za urejanje prenehanja življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze*

142 Zakonca lahko po členu 8(1)(d) preživitinske obveznosti zavežeta uporabi prava, ki sta ga *določila* za urejanje prenehanja življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze. Navedeni pomisleki glede izbire prava, določenega za premoženjsko razmerje, se smiselno uporabljajo tudi v tem primeru. Vendar je treba poudariti, da v primerjalnem mednarodnem zasebnem pravu določitev prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze ali prenehanje življenjske skupnosti, ni zelo običajna. To seveda povečuje verjetnost, da bi se taka izbira, vključno glede preživitinskih obveznosti, v državi sodišča obravnavala kot nična in neveljavna. Zato je zelo priporočljivo, da bi bila zakonca previdna. Toda po sprejetju Uredbe „Rim III“ je v nekaterih evropskih državah prišlo do razvoja v mednarodnem zasebnem pravu*.

iv *Pravo, ki se dejansko uporablja za prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze*

143 Pododstavek (d) zakoncema tudi omogoča, da preživitinske obveznosti zavežeta pravu, ki se dejansko uporablja za njuno prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze. V navedenem primeru je pravo, ki se uporablja, že določil organ, pri katerem je bil vložen zahtevek; zakonca lahko s svojo izbiro preživitinske obveznosti zavežeta istemu pravu. S tem se razširja razpon možnosti, ki ju imata stranki, a predvsem se zaradi tega za vse preživitinske obveznosti uporablja isto pravo kot za prenehanje življenjske skupnosti ali razvezo zakonske zveze. Tudi v tem primeru se uporabljajo navedeni pomisleki glede razlike med izbiro in izbiro, ki jo ureja člen 7 (primerjaj točko 141 zgoraj).

d *Način izbire*

Odstavek 2 – Ta dogovor se sklene v pisni obliki ali zabeleži z uporabo drugega komunikacijskega sredstva, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje, podpisati pa ga morata obe stranki.

* Uredba Sveta (EU) št. 1259/2010 z dne 20. decembra 2010 o izvajanju okrepljenega sodelovanja na področju prava, ki se uporablja za razvezo zakonske zveze in prenehanje življenjske skupnosti. To opombo je poročevalec dodal po zaključku poročila.

144 Formalno se izbira prava sklene v pisni obliki, podpisati pa jo morata obe stranki. Zahteva glede pisne oblike je celo brez navedbe očitnih prednosti namenjena temu, da je pozornost upravičenca usmerjena na pomen izbire in da je zaščiten pred posledicami nepazljive izbire.

145 Pisna oblika se lahko nadomesti s katerim koli drugim komunikacijskim sredstvom, ki omogoča dostop do shranjenih informacij za poznejše sklicevanje. Namen te določbe je, da se omogoči uporaba informacijskih tehnologij. Vendar zaradi tega ni izvzeta zahteva po podpisnem dokumentu, saj bo elektronski dokument zadostoval le, če ga spremlja elektronski podpis.

Odstavek 3 – Odstavek 1 se ne uporablja za preživitinske obveznosti v zvezi z osebo, ki še ni dopolnila 18. leta starosti, ali z odraslim, ki zaradi prizadetosti ali pomanjkanja svojih osebnih sposobnosti ni sposoben varovati svojih interesov.

146 Pri tem odstavku posebne pripombe niso potrebne.

e *Omejitve posledic izbire*

147 Uvedene so bile večje omejitve glede posledic izbire prava, ki se uporablja (člen 8(4) in (5)). Zdelo se je nujno, da se omejijo posledice izbire prava, saj lahko izbira prava, ki je v preživitinskih zadevah omejevalna, upravičenca prikrajša za pravico do preživitine ali njegovo upravičenost v veliki meri omeji.

i *Uporaba prava običajnega prebivališča upravičenca pri odpovedi pravice do preživitine*

Odstavek 4 – Ne glede na pravo, ki sta ga v skladu z odstavkom 1 določili stranki, se o vprašanju, ali se lahko upravičenec odpove preživitinski pravici, odloči po pravu države, v kateri ima upravičenec v trenutku določitve prava običajno prebivališče.

148 V členu 8(4) je določeno, da se ne glede na pravo, ki sta ga določili stranki, o vprašanju, ali se lahko upravičenec odpove pravici do preživitine, odloči po pravu države, v kateri ima upravičenec v trenutku določitve prava običajno prebivališče. Na podlagi predloga Evropske skupnosti so to pravilo v besedilo Protokola vključili na diplomatskem zasedanju⁵⁵. Vsebuje omejitev področja uporabe prava, ki ga določita stranki; možnost odpovedi pravici do preživitine in pogoji za tako odpoved ne glede na vsebino navedenega prava ostanejo zavezani pravu običajnega prebivališča upravičenca. Ta določba je seveda namenjena temu, da bi se bil upravičenec, ki bi si izbral izrazito liberalno pravo in pravo, ki ne zagotavlja visoke stopnje varstva, zaradi te izbire prisiljen odpovedati pravici do preživitine, do katere bi bil upravičen po pravu, ki se uporablja, če te izbire ne bi bilo.

149 Dodelitev pavšalnega zneska upravičencu za kritje njegovih prihodnjih potreb glede na predlog, na katerem temelji ta določba, ne pomeni odpovedi pravici do preživitine za namene tega člena. Zato se v takem primeru pravo običajnega prebivališča upravičenca ne upošteva.

150 Zdi se, da je ta določba v dobresednem smislu oblikovana, da bi se uporabila v primerih, v katerih se je

⁵⁵ Delovni dokument št. 5.

upravičenec odpovedal pravici do preživnine, navedeno odpoved pa spremlja izbira prava, ki to dopušča. Vendar je iz utemeljitve določbe razvidno, da bi se morala uporabljati tudi v primerih, v katerih izbira prava, ki se uporablja, sama po sebi obsega odpoved, saj v določenem pravu preživnina za upravičenca ni predvidena.

- ii *Pristojnost sodišča, da samo izbere najugodnejše pravo*

Odstavek 5 – Pravo, ki sta ga določili stranki, se ne uporabi, če bi imela uporaba tega prava za katero koli stranko očitno nepošteno ali neprimerne posledice, razen če sta bili stranki v trenutku določitve prava v celoti seznanjeni s posledicami svoje odločitve in sta se posledic zavedali.

151 Posledice izbire prava, ki se uporablja, so poleg tega omejene z določbo o pristojnosti sodišča, pri katerem je bil vložen zahtevek, da samo izbere najugodnejše pravo. Če organ ugotovi, da uporaba prava, ki sta ga stranki izbrali v določeni zadevi, povzroča očitno nepošteno ali neprimerne posledice, se lahko izbrano pravo zavrne v korist prava, ki se določi z objektivnimi merili naveznih okoliščin iz členov 3 do 5. Ta izključitvena klavzula temelji na pomislekih materialne pravičnosti in ustreza pristojnostim, ki jo različna notranja prava dodeljujejo sodiščem, da spremenijo ali celo zavrnejo preživninske dogovore med strankama, kadar vodijo do nepoštenih ali neprimernih rezultatov. Vendar so bile delegacije zaskrbljene tudi zaradi tega, da bi neomejena pristojnost sodišča, da zavrne izbrano pravo, popolnoma ogrozila možnost strank za sklenitev dogovorov o izbiri prava po členu 8. Zato je bil sklenjen dogovor, da se pristojnost sodišča, da samo izbere najugodnejše pravo, omeji z določitvijo tega, da se odstavek 5 ne bi uporabljal, če bi bili stranki v celoti seznanjeni s posledicami svoje določitve in bi se posledic zavedali. Namen tega stavka je, da bi pravno svetovanje o posledicah izbire strank pred sklenitvijo dogovora omogočilo, da se za stranke zmanjša tveganje zavrnitve njunega dogovora. Zahteva, da morata biti stranki „v celoti seznanjeni s posledicami svoje odločitve in se posledic zavedati“, pomeni ne le, da morata stranki prejeti ustrezne informacije, ampak tudi da jih morata biti sposobni razumeti; ta besedna zveza ni odvečna, saj je nekdo lahko v celoti seznanjen s posledicami svoje odločitve, vendar se jih ne zaveda.

f Obstoj in veljavnost dogovora med strankama

152 V Protokolu razen nekaterih omejitev glede dopustnosti izbire prava, ki se uporablja, ter nekaterih navedb glede časa in oblike navedene izbire ostajajo odprta druga vprašanja v zvezi z obstojem in veljavnostjo dogovora, v katerem stranki določita pravo, ki se uporablja (na primer ni določen učinek morebitne odsotnosti soglasja). Ta vprašanja bo treba rešiti v skladu s pravom, ki se uporablja za dogovor o določitvi med strankama, toda navedeno pravo v Protokolu ni izrecno določeno. Boljša rešitev za obravnavanje te pomanjkljivosti je upoštevanje, da bo ta vprašanja urejalo pravo, ki ga določita stranki. Ta pristop, ki je sestavljen iz tega, da se veljavnost *optio legis* zaveže pravu, ki bi se uporabljalo, če bi bil dogovor med strankama veljaven, je zelo običajna v mednarodnih instrumentih, ki priznavajo

avtonomijo strank, zlasti glede obstoja in veljavnosti soglasja⁵⁶. Njegova glavna prednost je v zagotavljanju, da so te zadeve v različnih državah pogodbenicah Protokola določene enotno.

Člen 9 „Domicile“ namesto „državljanstva“

Država, v kateri pojem „domicile“ velja za navezno okoliščino v družinskih zadevah, lahko stalni urad Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu obvesti, da se v zadevah, ki jih bodo obravnavali njeni organi, izraz „državljanstvo“ iz členov 4 in 6 nadomesti z izrazom „domicile“ v skladu z opredelitvijo v tej državi.

153 V tej določbi je določeno, da država, v kateri pojem „domicil“ velja za navezno okoliščino v družinskih zadevah, lahko Stalni urad Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu obvesti, da se v zadevah, ki jih bodo obravnavali njeni organi, izraz „državljanstvo“ iz členov 4 in 6 nadomesti z izrazom „domicil“ v skladu z opredelitvijo v tej državi.

154 Na podlagi predloga Evropske skupnosti je bila ta določba v Protokol vključena na diplomatskem zasedanju⁵⁷. Njen namen je poenostaviti uporabo Protokola v državah (zlasti državah z anglosaškim pravnim sistemom), ki niso vajene, da bi v mednarodnem zasebnem pravu uporabljale navezno okoliščino državljanstva. Tem državam je torej dopuščeno, da zamenjajo merilo državljanstva, ki se uporablja v členih 4 in 6, z domicilom, kot ga opredeljujejo navedene države. Podobne določbe obstajajo v nekaterih instrumentih Evropske skupnosti v korist Združenega kraljestva in Irske⁵⁸.

155 Čeprav določitev kroga držav, ki lahko imajo koristi od tega posebnega pravila, ni zelo natančna, je jasno, da lahko anglosaški pravni sistemi, ki v družinskih zadevah uporabljajo navezno okoliščino „domicila“, uporabljajo člen 9. Besedilo iz člena 9, v katerem je navedeno: „Država, v kateri pojem „domicile“ velja za navezno okoliščino v družinskih zadevah“, pa uporabe navedenega člena ne omejuje izrecno na države z anglosaškim pravnim sistemom. Obstaja več držav s kontinentalnim pravnim sistemom, ki v družinskih zadevah prav tako uporabljajo navezovanje na „domicil“⁵⁹. Glede na besedilo člena 9 se zdi, da lahko take države možnost, ki jo priznava ta določba, tudi uveljavljajo. Vendar to pojasnilo ni skladno z duhom predloga Evropske skupnosti, katerega navedeni namen je bil poenostaviti nalogo državam, ki v svojih nacionalnih

⁵⁶ Primerjaj člen 10 Haaške konvencije z dne 14. marca 1978 o pravu, ki se uporablja za premoženjska razmerja med zakoncema, člen 10(1) Haaške konvencije z dne 22. decembra 1986 o pravu, ki se uporablja v pogodbah o mednarodni prodaji blaga, člen 5(2) Haaške konvencije z dne 1. avgusta 1989 o pravu, ki se uporablja v zapušinskih postopkih, člena 3(4) in 8(1) Rimske konvencije z dne 19. junija 1980 ter člena 3(5) in 10(1) Uredbe Rim I (Uredba (ES) št. 593/2008 z dne 17. junija 2008).

⁵⁷ Delovni dokumenti št. 2, 6 in 11.

⁵⁸ Primerjaj člen 3(2) in člen 6(b) Uredbe Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 (Uredba Bruselj IIa).

⁵⁹ Na primer Švica, v kateri je domicil opredeljen kot kraj, na katerem oseba „prebiva z namenom naselitve“, primerjaj člen 20(1)(a) Zveznega zakona z dne 18. decembra 1987 o mednarodnem zasebnem pravu.

sistemih mednarodnega zasebnega prava niso vajene uporabljati navezne okoliščine državljanstva⁶⁰. Zato se zdi, da država nima koristi od posebnega pravila iz člena 9, če pozna in praviloma uporablja načelo državljanstva pri vprašanih kolizije zakonov, celo na subsidiarni podlagi.

156 V državi, ki uveljavlja možnost iz člena 9, mora biti merilo domicila uporabljeno, „kot je opredeljeno v navedeni državi“. Torej je to sklic na notranje pravo zadevne države in njeno lastno opredelitev domicila. Ta pristop pa seveda ni zelo naklonjen enotni uporabi Protokola, vendar njegovega učinka ne bi smeli precenjevati, saj bo ostal omejen na določbi člena 4(4) in člena 6 Protokola. Navesti je treba še, da se sklic na notranji pojem domicila uporablja tudi v drugih instrumentih enotnega mednarodnega zasebnega prava, ne da bi ustvaril večje pomanjkljivosti pri uporabi navedenih instrumentov⁶¹.

157 Nadomestitev pojma državljanstva s pojmom domicil v pomenu člena 9 je določena le glede uporabe členov 4 in 6 Protokola, in sicer dveh določb, ki kot merilo uporabljata skupno državljanstvo strank. Ta nadomestitev v členu 4(4) pomeni, da lahko upravičenec, ki ne more dobiti preživitve niti po pravu svojega običajnega prebivališča niti po *lex fori* (v takem ali obratnem vrstnem redu, primerjaj člen 4(3)), v državah pogodbenicah Protokola, ki uveljavljajo to možnost, svoj zahtevek vseeno utemelji na pravu države, v kateri imata obe stranki domicil. Nadomestitev v členu 6 pomeni, da lahko preživitveni zavezanec v zadevni državi izpodbija zahtevek upravičenca, če obveznost ne obstaja niti po pravu njegovega običajnega prebivališča niti po pravu države, v kateri imata obe stranki domicil.

158 V obeh primerih iz člena 9 ima nadomestitev državljanstva z domicilom posledice le za državo pogodbenico, ki je uveljavila možnost iz navedene določbe. To pomeni, da drugim državam ne bo treba uporabljati merila domicila in da se bo zanje, nasprotno, še naprej uporabljalo merilo državljanstva. Za člen 9 ne velja zahteva po vzajemnosti. Iz tega izhaja, da drugim državam ni treba uporabljati pojma domicila, kot je opredeljen v zadevni državi; ta člen njihovim organom naloge torej ne otežuje.

159 Nadomestitev iz člena 9 pa ne bo imela učinka na člen 8, čeprav je tudi v odstavku 1(a) navedene določbe uporabljeno merilo državljanstva (stranki izbereta nacionalno pravo ene od njiju). To se pojasni s pomislekom, da bi se preprečilo, da bi se lahko določitev nacionalnega prava ene od strank, narejena skladno s členom 8, izkazala za neveljavno v drugi državi pogodbenici, ki bi uporabila člen 9, z utemeljitvijo, da nobena od strank ni imela domicila v državi, katere pravo je bilo izbrano, ali da bi se, nasprotno, v državi pogodbenici, ki bi ostala zvesta merilu državljanstva, za neveljavno štela določitev prava domicila.

160 Poudariti je treba, da za nadomestitev državljanstva z domicilom kot merilom po členu 9 velja obveznost

priglasitve Stalnemu uradu, ki bo navedeno informacijo sporočil drugim državam pogodbenicam.

Člen 10 Javne institucije

Pravico javne institucije, da zahteva povračilo nadomestila, izplačanega upravičencu namesto preživitve, ureja pravo, ki velja za to institucijo.

161 V tej določbi je navedeno, da pravico javne institucije, da zahteva povračilo nadomestila, izplačanega upravičencu namesto preživitve, ureja pravo, ki velja za to institucijo.

162 To pravilo ni novo, saj se je z nekaj spremembami redakcijske narave pojavilo že v členu 9 Haaške konvencije o preživitvah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja). Da bi se besedilo Protokola uskladilo z besedilom Konvencije⁶², se je francoska različica besedne zveze „*institution publique*“ iz prejšnje Konvencije nadomestila z zvezo „*organisme public*“.

163 To pravilo je na mednarodni ravni široko priznano, kar potrjuje dejstvo, da je bila določba z isto vsebino vključena tudi v besedilo Konvencije (člen 36(2) Konvencije). Zato se to pravilo uporablja v vseh državah pogodbenicah Konvencije, in sicer ne glede na to, ali so pogodbenice Protokola ali ne (in torej ne glede na pravo, ki ga uporabljajo za preživitvene obveznosti).

164 Navesti je treba, da se navezovanje na pravo javnega organa uporablja le glede pravice slednjega, da zahteva povračilo (bodisi na podlagi subrogacije ali odstopa terjatve po samem zakonu), pri čemer obstoj in obseg preživitvenega zahtevka ureja pravo, ki se uporablja za navedeno obveznost (primerjaj člen 11(f)). Zaradi pojasnitve razmerja med obema določbama je bil stavek „pravica, da se pridobi nadomestilo“, ki se je pojavil v Haaški konvenciji o preživitvah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), nadomeščen s stavkom „pravica [...], da zahteva povračilo“. Prejem nadomestila ni odvisen od prava javnega organa, ampak od prava, ki se uporablja za preživitvene obveznosti. V nekaterih primerih eno in drugo pravo sovpadata; to običajno velja, če preživitvene obveznosti ureja pravo običajnega prebivališča upravičenca (člen 3), saj javni organ, ki zagotavlja nadomestilo upravičencu, praviloma deluje v državi njegovega prebivališča v skladu z lokalnim pravom. Verjetnost, da se eno in drugo pravo ločita, je večja, ko za preživitvene obveznosti velja pravo, ki ni pravo države, v kateri ima upravičenec običajno prebivališče, na podlagi člena 4, 5, 7 ali 8.

165 Poleg tega je jasno, da pravilo velja le za povračilo nadomestila, izplačanega namesto preživitve, ne pa za nadomestila druge vrste, kot so javne subvencije, ki jih upravičencu ni treba povrniti.

Člen 11 Področje uporabe prava, ki se uporablja

Pravo, ki se uporablja za preživitveno obveznost, med drugim določa:

166 V tej določbi so nadalje podrobneje pojasnjene zadeve, določene v pravu, ki se uporablja za preživitvene obveznosti, iz člena 3, 4, 5, 7 ali 8 Protokola. Opredelitev

⁶⁰ Primerjaj Zapisnik št. 5, točka 31.

⁶¹ Primerjaj člen 52 Bruselske konvencije z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in trgovinskih zadevah ter Lugansko konvencijo iz leta 1988.

⁶² Primerjaj člen 36 Konvencije.

področja uporabe navedenega prava je dokaj široka, skladno s pristopom, značilnim za Haaško konvencijo o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja)⁶³ in druge mednarodne instrumente⁶⁴.

167 Navedi je treba, da se seznam iz člena 11, kot je naveden z izrazom „med drugim“, ne šteje za izčrpnega in da so lahko istemu pravu zavezane tudi druge zadeve, ki tu niso navedene.

Odstavek (a) – ali lahko upravičenec zahteva preživnino, v kakšnem obsegu in od koga;

168 Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, najprej ureja obstoj preživninske obveznosti in določitev upravičenca. Brez omejevanja določa upravičenost osebe do preživnine, pri čemer se upošteva družinsko razmerje navedene osebe z zavezancem in njena starost.

Odstavek (b) – v kolikšni meri lahko upravičenec zahteva preživnino za nazaj;

169 Isto pravo določa tudi obseg obveznosti. Protokol ostaja zvest pristopu haaških konvencij o preživninah iz leta 1956 in leta 1973, pri čemer predpisuje, da enotno pravo določa, ali lahko upravičenec zahteva preživnino in v kolikšni meri. Ni se uporabila ločitev med obstojem in obsegom zahtevka, ki se uporablja v nekaterih pravnih sistemih (zlasti v nekaterih kanadskih provincah).

Odstavek (c) – podlago za odmero zneska preživnine in njeno indeksacijo;

170 V obseg obveznosti ni zajeta le podlaga, na kateri se izračuna preživnina, temveč tudi to, v kolikšni meri lahko upravičenec zahteva preživnino za nazaj (primerjaj člen 11(b)). V različnih pravnih sistemih je ta možnost ponavadi omejena na zneske, ki se dolgujejo v letih, neposredno pred zahtevkom upravičenca.

171 Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ureja tudi vprašanje indeksacije zneska, ki se dolguje za preživnino. O tem vprašanju je razpravljala posebna komisija, saj so teoretično mogoče tudi druge rešitve (na primer sistematična uporaba prava običajnega prebivališča upravičenca ali *lex fori*). Posebna komisija je nazadnje menila, da je to vprašanje povezano z določitvijo obsega preživninskih obveznosti in da naj bi ga torej urejalo pravo, ki se uporablja za slednje.

Odstavek (d) – kdo lahko uvede preživninski postopek, razen vprašanj glede procesne sposobnosti in zastopanja v postopku;

172 Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, tudi določa, kdo lahko začne preživninski postopek. Ta rešitev ustreza rešitvi iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) (člen 10(2)). To pravico ima praviloma preživninski upravičenec, če pa upravičenec ni polnoleten, lahko postopek včasih začne eden od njegovih staršev ali javni organ. To vprašanje je ločeno od vprašanja zastopanja oseb, ki niso sposobne odločati o sebi, kar ne spada na področje uporabe Protokola. Tega vprašanja se prav tako ne bi smelo

zamenjevati z vprašanji procesne sposobnosti in zastopanja v postopku, za kar se uporablja *lex fori*.

Odstavek (e) – prekluzivne in zastaralne roke;

173 Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, ureja tudi zastaralne roke za preživninske postopke in druge časovne zahteve za njihov začetek (na primer prekluzivne roke). Ta vprašanja so ustrezno označena kot materialna in ne procesna, kot so bila že v Haaški konvenciji o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) (člen 10(2)). Drugačno vprašanje pa se nanaša na obdobje, v katerem se lahko izvršijo zaostala plačila na podlagi tuje odločbe. Tega vprašanja pa ne ureja Protokol, ampak člen 32(5) Konvencije, v skladu s katerim „[n]astop zastaranja izostalih plačil določi pravo države izvora odločbe ali pravo države naslovnice, in sicer tiste, ki določa daljši rok za zastaranje“.

Odstavek (f) – v kakšnem obsegu je preživninski zavezanec javni instituciji dolžan povrniti nadomestilo, ki ga je ta izplačala upravičencu namesto preživnine.

174 Pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti, v primeru postopka za povračilo, ki ga začne javni organ, ureja obstoj in obseg (ter s tem omejitve) navedene obveznosti, pravico, da se zahteva povračilo, pa ureja pravo zadevnega organa (člen 9). To pravilo, ki ustreza pravilu iz člena 10(3) Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), je povsem logično: če v pravu, ki se uporablja za preživninsko obveznost, zahtevki ni določen, javni organ od zavezanca ne sme zahtevati povračila nadomestila, ki ga je zagotavljal.

Člen 12 Izključitev zavračanja

V tem protokolu izraz „pravo“ pomeni pravo, ki velja v državi, z izjemo pravil o izbiri prava.

175 V tej določbi je navedeno, da kolizijska pravila v Protokolu določajo notranje pravo zadevne države razen pravil o izbiri prava. Torej je izključeno zavračanje, četudi je pravo, ki je določeno, pravo države nepogodbence. Ta rešitev je skladna z rešitvijo iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) in številnih drugih instrumentov, ki jih je sestavila Haaška konferenca⁶⁵. Zato ne potrebuje posebnih pojasnil.

Člen 13 Javni red

Uporaba prava, določenega v Protokolu, se lahko zavrne le, če bi bile posledice uporabe tega prava očitno nezdružljive z javnim redom pristojnega sodišča.

176 S tem členom je zagotovljena možnost izključitve prava, ki se uporablja, kadar bi bile njegove posledice očitno nezdružljive z javnim redom pristojnega sodišča. Vsebinska te določbe ustreza določbi iz Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja)

⁶³ Primerjaj člen 10 navedene Konvencije.

⁶⁴ Primerjaj člen 7 Montevidejske konvencije iz leta 1989.

⁶⁵ Primerjaj člen 10 Haaške konvencije z dne 5. julija 2006 o pravu, ki se uporablja za nekatere pravice v zvezi z vrednostnimi papirji, ki se nahajajo pri posredniku, in člen 19 Haaške konvencije z dne 13. januarja 2000 o mednarodni zaščiti odraslih.

(člen 11(1)) in številnim instrumentom enotnega mednarodnega zasebnega prava.

177 Izjemo javnega reda je treba uporabljati zelo omejevalno. V členu 13 je zahteva, da morajo biti posledice tujega prava *očitno* nezdržljive z javnim redom pristojnega sodišča, tj. jasno v nasprotju s temeljnimi načelom države pristojnega sodišča.

178 Kadar preživninski zahtevek glede na tuje *lex causae* temelji na družinskem razmerju, ki v državi pristojnega sodišča ni priznано in ki se v navedeni državi obravnava kot neustrezno, se včasih sklicujejo na izjemo javnega reda. Vendar je treba v zvezi s tem poudariti, da je treba presojo javnega reda izvesti *in concreto* glede na posledice uporabe tujega prava, ki ga določa Protokol. Zdi se, da je ta pomislek zlasti pomemben na področju preživnin, saj se v takih primerih posledice uporabe tujega prava vsekakor občutijo na področju premoženja⁶⁶. Da bi se lahko sklicevali na javni red, zato ne bo zadostovalo, da bi bilo družinsko razmerje, na katerem temelji preživninski zahtevek, kot tako v navzkrižju z javnim redom države pristojnega sodišča, temveč bo treba kot neprimerno samo po sebi obravnavati dejstvo, da je neka oseba na podlagi takega razmerja prisiljena plačevati preživnino drugi osebi. To ločevanje ni teoretično. Znano je, da je sodna praksa v več državah članicah pripravljena priznati določene posebne pravice (premoženjske ali osebne narave), ki izhajajo iz družinskega razmerja, čeprav slednje same po sebi kršijo javni red sodišča. Najbolj znan primer se nanaša na priznanje določenih posledic poligamije v nekaterih evropskih državah (Francija, Nemčija); čeprav navedenega razmerja v navedenih državah ne morejo priznati, ker ni skladno s temeljnimi načeli *lex fori*, se v teh državah dejstvo, da mož zagotavlja preživnino različnim ženam, ne šteje za neprimerno. Podobni pomisleki bi se lahko smiselno uporabili pri drugih spornih razmerjih, kot so istospolna partnerstva ali zakonske zveze.

179 Protokol za razliko od drugih nacionalnih ali mednarodnih instrumentov ne izraža pridržkov glede „*lois de police*“ (prisilnih predpisov) sodišča (ali pravil za takojšnjo uporabo), tj. obveznih pravil, ki se zaradi svojega bistvenega pomena za državo pristojnega sodišča uporabljajo ne glede na pravo, določeno s pravili o izbiri prava. Torej se zdi, da morajo organi, pri katerih je bil vložen zahtevek, v vsakem primeru določiti vsebino prava, ki ga določa Protokol, ki pa se lahko zavrne le, če so posledice v posamezni zadevi nezdržljive z načeli javnega reda *lex fori*.

Člen 14 Določitev zneska preživnine

Čeprav pravo, ki se uporabi, določa drugače, se pri določitvi zneska preživnine upoštevajo potrebe upravičenca in sredstva zavezanca ter vsa nadomestila, ki jih je upravičenec prejel namesto rednega plačila preživnine.

180 V členu 14 je navedeno, da, čeprav pravo, ki se uporabi, določa drugače, se pri določitvi zneska preživnine upoštevajo potrebe upravičenca in sredstva zavezanca ter vsa nadomestila, ki jih je upravičenec prejel

namesto rednega plačila preživnine. To je pravilo materialnega prava, ki je za državo pogodbenico zavezujoče, ne glede na način, na katerega se obravnava pravo, ki se uporablja za preživninsko obveznost.

181 Besedilo te določbe večinoma povzema člen 11(2) Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), vendar vsebuje dve pomembni novosti.

182 Prva razlika temelji na dejstvu, da je člen 14 predmet posebne določbe, ki je neodvisna od določbe v zvezi z javnim redom, zaradi česar se razlikuje od člena 11(2) Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja). To rešitev so sprejeli na diplomatskem zasedanju po dolgotrajnih razpravah v okviru delovne skupine in posebne komisije. Ima pomembno posledico: zadevno pravilo materialnega prava ni zgolj omejitev uporabe tujega prava, temveč jo bodo uporabili organi države pogodbenice, četudi je v posamezni zadevi pravo, ki je določeno s Protokolom, *lex fori*.

183 Navesti je treba, da upoštevanje potreb in sredstev ne zajema nujno pristojnosti presoje organa v konkretni zadevi, ampak lahko posredno temelji na načinu izračuna preživnine, ki izhaja iz prava, ki se uporablja, na primer z določitvijo zneska preživnine, dolgotrajnega upravičencu v posameznem primeru, s pomočjo tabel, ki so dovolj prožne, da upoštevajo potrebe in sredstva strank. Ta točka je pomembna v povezavi z upravnimi sistemi, ki se prav tako nanašajo na potrebe upravičenca in sredstva zavezanca, čeprav se taki dejavniki upoštevajo bolj abstraktno kot v pravnih sistemih.

184 Druga razlika od člena 11(2) Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) temelji na sklicu v členu 14 na „vsa nadomestila, ki jih je upravičenec prejel namesto rednega plačila preživnine“. Na podlagi predloga delegacije Evropske skupnosti je bila tudi ta novost uvedena na diplomatskem zasedanju⁶⁷. Nanaša se zlasti na primere, v katerih je ob razvezi zakonske zveze eden od zakoncev prejel izplačilo v enkratnem znesku ali mu je bil dodeljen del (nepremičnega ali osebnega) premoženja, ki je v lasti drugega zakonca (kot na primer v nekaterih anglosaških pravnih sistemih), da se poplačajo vse njegove terjatve, vključno s preživnino. To rešitev uporablja več nacionalnih sistemov, da se dokončno razrešijo ustrezni zahtevki zakoncev ob razvezi zakonske zveze, s čimer se njuno razmerje, vsaj kar zadeva premoženje, konča s „čistim razmor“ (načelo „clean break“). V takem primeru se je treba izogibati temu, da bi lahko eden od zakoncev na podlagi prava, ki ne priznava take oblike nadomestila, naknadno uveljavljal preživninske zahtevke, ki niso združljivi s prejšnjim dogovorom. Če bi pravo, določeno v Protokolu, temeljilo na trenutnih potrebah upravičenca, pri čemer pa se ne bi upoštevalo nadomestilo, ki ga je že prejel, bi se lahko rezultat dejansko izkazal za nepoštenega. Zato se lahko pravilo materialnega prava iz člena 14 uporabi, da se po potrebi popravijo rešitve, ki izhajajo iz prava, ki se uporablja za preživninske zahtevke.

⁶⁶ Primerjaj tudi člen 1(2) Protokola, po katerem odločbe, izdane v skladu s tem protokolom, ne vplivajo na obstoj družinskega razmerja.

⁶⁷ Glej Delovni dokument št. 2, točko 64 in naslednje Zapisnika št. 1 ter točko 1 in naslednje Zapisnika št. 2.

Členi 15 do 17 Neenotni pravni sistemi

185 Ti členi vsebujejo določbe, ki se nanašajo na uporabo Protokola v državah z neenotnimi pravnimi sistemi. Te določbe so v haaških konvencijah običajne, vendar je treba njihovo pripravo prilagoditi področju uporabe *ratione materiae* vsake posamezne konvencije. V primeru Protokola je osnutke členov pripravil Stalni urad⁶⁸. Ti členi so bili z nekaj spremembami sprejeti na diplomatskem zasedanju. V členu 15 je določeno, da se Protokol ne uporablja za kolizije, ki so v državi pogodbenici strogo notranje, medtem ko se členu 16 in 17 nanašata na uporabo Protokola v pravnih sistemih, ki niso enotni na personalni ali ozemeljski podlagi.

Člen 15 Neuporaba Protokola za notranje kolizije

Odstavek 1 – Državi pogodbenici, v kateri se za preživninske obveznosti uporabljajo različni pravni sistemi ali sklopi pravil, določb Protokola ni treba uporabljati pri koliziji zgolj teh različnih pravnih sistemov ali sklopov pravil.

186 V tem členu je določeno, da v državi, v kateri se za preživninske obveznosti uporabljata dva ali več različnih pravnih sistemov ali sklopov pravil, določb Protokola ni treba uporabljati pri reševanju posledičnih notranjih kolizij. Protokol je namenjen reševanju kolizije zakonov v mednarodnih razmerah in si ne prizadeva za uporabo v strogo notranjih razmerah. To se nanaša na personalne kolizije (tj. kadar uporaba različnih pravnih sistemov temelji na osebnem merilu, kot je vera zadevnih oseb) ali medozemeljske kolizije (kadar se v različnih ozemeljskih enotah uporabljajo različni sistemi ali sklopi pravil).

187 Zadevna država se lahko strogo prostovoljno in enostransko odloči uporabljati Protokol za reševanje notranjih kolizij, če tako želi. Ta rešitev, ki se lahko zagotovo upošteva pri medozemeljskih kolizijah, pa se ne zdi primerna za personalne kolizije.

Odstavek 2 – Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

188 Člen 15 se v skladu z drugim odstavkom ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje. Države, ki sodelujejo v takih organizacijah, so neodvisne, zato se ne morejo obravnavati kot ozemeljske enote države z več enotami.

Člen 16 Neenotni pravni sistemi – ozemeljsko

Odstavek 1 – Za državo članico, v kateri so zadeve, obravnavane v tem protokolu, v različnih ozemeljskih enotah urejene z dvema ali več pravnimi sistemi ali sklopi pravil, velja naslednje:

pododstavek (a) – sklicevanje na pravo države se po potrebi šteje za sklicevanje na pravo, veljavno v zadevni ozemeljski enoti;

pododstavek (b) – sklicevanje na pristojne organe ali javne institucije navedene države se po potrebi šteje za sklicevanje na organe, ki so v zadevni ozemeljski enoti pooblašteni za delovanje;

pododstavek (c) – sklicevanje na običajno prebivališče v navedeni državi se po potrebi šteje za sklicevanje na običajno prebivališče v zadevni ozemeljski enoti;

pododstavek (d) – sklicevanje na državo, katere državljan sta obe osebi, se šteje za sklicevanje na ozemeljsko enoto, določeno po pravu navedene države, če pa ustreznih pravil ni, za sklicevanje na ozemeljsko enoto, s katero je preživninska obveznost najtesneje povezana;

pododstavek (e) – sklicevanje na državo, katere državljan je ena od oseb, se šteje za sklicevanje na ozemeljsko enoto, določeno po pravu navedene države, če pa ustreznih pravil ni, za sklicevanje na ozemeljsko enoto, s katero je oseba najtesneje povezana.

189 V tem členu je navedeno, kako je treba postopati, ko je v mednarodnih razmerah pravo, ki ga določa Protokol, pravo neenotnega sistema, v katerem se za preživninske obveznosti v različnih ozemeljskih enotah uporabljata dva ali več pravnih sistemov ali sklopov pravil. Navedi je treba, da se to vprašanje ne poraja le v državah z več ozemeljskimi enotami, temveč se lahko pojavi v vseh državah pogodbenicah Protokola, kadar slednje za pravo, ki se uporablja, določijo pravo države z več enotami. Če je na primer v Protokolu določeno pravo države A, ker ima upravičenec v navedeni državi svoje običajno prebivališče, navedena država pa ima neenotni sistem, bo moral organ države B (pogodbenice Protokola), pri katerem je bil vložen zahtevek, določiti, ali so pravila, ki se uporabljajo, pravila ene ali druge od različnih ozemeljskih enot države A.

Odstavek 2 – Pri določanju prava, ki se na podlagi Protokola uporablja v državi z dvema ali več ozemeljskimi enotami, od katerih ima vsaka svoj pravni sistem ali sklop pravil za zadeve, obravnavane v tem protokolu, veljajo naslednja pravila:

pododstavek (a) – če v tej državi obstajajo veljavna pravila za določitev ozemeljske enote, katere pravo se uporabi, se uporabi pravo te ozemeljske enote;

pododstavek (b) – če teh pravil ni, se uporabi pravo ustrezne ozemeljske enote, opredeljene v odstavku 1.

190 V skladu s členom 16(2) se pri določanju prava, ki se na podlagi Protokola uporablja v takem primeru, najprej uporabljajo veljavna pravila zadevne države za določitev ozemeljske enote, katere pravo se uporabi (člen 16(2)(a)). V navedenem primeru se organ države B torej najprej sklicuje na pravila, ki se v državi A uporabljajo za reševanje medozemeljskih kolizij, iz česar lahko na primer izhaja uporaba prava druge ozemeljske enote od tiste, v kateri ima upravičenec svoje običajno prebivališče (na primer pravo običajnega prebivališča zavezanca, če se navedeno merilo uporablja v državi A).

191 Glede na pravila Protokola se bo pravo, ki se uporablja, opredelilo le, če takih notranjih pravil ni, in torej na strogo subsidiarni podlagi (člen 16(2)(a)). Za ta namen je v členu 16(1) določeno, kako je treba razlagati pojme iz Protokola; ta določba se uporablja le, če se uporablja pododstavek 2(b). Splošna zamisel za to določbo temelji na tem, da se poiščejo prostorski elementi

⁶⁸ Delovni dokument št. 12.

navezovanja, dogovorjeni v Protokolu, za ozemeljsko enoto, v kateri se dejansko nahajajo.

192 Zato se vsako sklicevanje na pravo države po potrebi nanaša na pravo, veljavno v zadevni ozemeljski enoti (člen 16(1)(a)); šteje se, da na primer izraz „lex fori“ pomeni veljavno pravo v ozemeljski enoti, v kateri se nahaja organ, pri katerem je bil vložen zahtevek). Prav tako se vsako sklicevanje na pristojne organe ali javne institucije navedene države po potrebi šteje za sklicevanje na organe ali institucije, ki so v zadevni ozemeljski enoti pooblaščen za delovanje (na primer pravico javne institucije, da zahteva povračilo nadomestila, izplačanega upravičencu namesto preživnine, po členu 10, ureja pravo, veljavno v ozemeljski enoti, v kateri je navedena institucija pooblaščen za delovanje). Nadalje se vsako sklicevanje na običajno prebivališče v navedeni državi po potrebi šteje za sklicevanje na stalno prebivališče v zadevni ozemeljski enoti (zato bo pravo, ki se uporablja po členu 3, pravo, veljavno v ozemeljski enoti, v kateri ima upravičenec stalno prebivališče).

193 V nekaterih določbah Protokola se uporablja pojem državljanstva (člen 4(4), člen 6 in člen 8(1)(a)), vendar slednje ni najprimernejše za reševanje notranjih kolizij preprosto zato, ker ozemeljske enote države z več enotami praviloma ne dodeljujejo državljanstva, ki bi se razlikovalo od državljanstva zadevne države. Zato je v takih primerih v pododstavkih (d) in (e) člena 16(1) določeno, da se, če ustreznih pravil v zadevni državi ni, uporabi pravo ustrezne ozemeljske enote, s katero je oseba najtesneje povezana. Ta rešitev je nedvomno precej težko izvedljiva, vendar praviloma zagotovi premik z mrtve točke.

Odstavek 3 – Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

194 V skladu z odstavkom 3 se člen 16 ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje. Države, ki sodelujejo v takih organizacijah, so neodvisne, zato se ne morejo obravnavati kot ozemeljske enote države z več enotami.

Člen 17 Neenotni pravni sistemi – personalne kolizije

Pri določanju prava, ki se na podlagi Protokola uporablja v zvezi z državo z dvema ali več pravnimi sistemi ali sklopi pravil, ki se uporabljajo za različne kategorije oseb za zadeve, ki jih zajema ta protokol, se vsako sklicevanje na pravo te države šteje za sklicevanje na pravni sistem, ki ga določajo pravila, ki veljajo v tej državi.

195 Ta člen se nanaša na primer, v katerem je pravo, določeno s Protokolom, pravo države z več pravnimi sistemi ali sklopi pravil, ki se uporabljajo za različne kategorije oseb (na primer na podlagi vere). V takem primeru je edino merilo, ki se uporablja, merilo sklicevanja na notranja kolizijska pravila zadevne države. Iz te rešitve je razvidna rešitev, sprejeta v vseh haaških konvencijah, ki so se lotile tega vprašanja. To je nujno, saj pravila Protokola, ki praviloma temeljijo na ozemeljskem merilu, niso primerna za reševanje

personalnih kolizij. V Protokolu za razliko od drugih konvencij ni določeno subsidiarno merilo za primere, v katerih v zadevni državi ni notranjih pravil. Na diplomatskem zasedanju so predlagali, da bi morale države z več neenotnimi sistemi prava, ki se na področju preživitinskih obveznosti uporablja za različne kategorije oseb, in brez povezanih notranjih kolizijskih pravil taka pravila sprejeti, preden postanejo pogodbenice Protokola.

Člen 18 Usklajevanje s prejšnjima haaškima konvencijama o preživitinah

Za države pogodbenice ta protokol nadomešča Haaško konvencijo z dne 2. oktobra 1973 o pravu, ki se uporablja za preživitinske obveznosti, in Haaško konvencijo z dne 24. oktobra 1956 o pravu, ki se uporablja za preživitinske obveznosti do otrok.

196 V tem členu je določeno, da je Protokol v odnosih med državami pogodbenicami namenjen temu, da bo nadomestil haaški konvenciji o preživitinah iz leta 1956 in leta 1973. To pravilo smiselno povzema pravilo iz člena 18 Konvencije iz leta 1973.

197 Nadomestitev se zgodi le v odnosih med državami pogodbenicami, kar pomeni, da se prejšnji konvenciji še vedno uporabljata, celo v državi, ki je postala pogodbenica Protokola, v odnosih z drugimi državami, ki so pogodbenice navedenih instrumentov in niso pristopile k Protokolu.

198 Haaška konvencija o preživitinah iz leta 1956 se uporablja le, kadar se zaradi nje uporablja pravo države pogodbenice. Torej v njej ni predviden učinek *erga omnes*⁶⁹. V členu 18 je nadalje določeno, da Protokol „za države pogodbenice“ nadomešča Konvencijo iz leta 1956, ne da bi zahteval njeno odpoved. Jasno je, da zaradi te določbe uporaba Protokola prevlada nad prejšnjo Konvencijo, vsaj za države pogodbenice obeh instrumentov. Nedvomno bi lahko zaključili, da člen 18 državi pogodbenici obeh instrumentov dopušča, da odstopi od uporabe Protokola v odnosih z državo, ki je pogodbenica Konvencije iz leta 1956, vendar je ne zavezuje Protokol. Tak primer bi bil vsekakor izjemen, vendar bi ga bilo predvsem težko obravnavati, ker ni posebnega merila za določitev, kdaj gre za odnose s tako državo. Glede na to nejasnost bi se lahko zgledovali po cilju člena 18, da bi tudi v takem primeru dali prednost uporabi Protokola.

199 Usklajenost s Haaško konvencijo o preživitinah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja) je težja, saj je v navedenem instrumentu, prav tako kot v Protokolu, zahteva po univerzalni uporabi⁷⁰. Učinek člena 18 je kot v primeru Haaške konvencije o preživitinah iz leta 1956 vsaj v tem, da bo „za države pogodbenice“ Protokol prevladal, ne da bi se bilo treba odpovedati Konvenciji iz leta 1973. Ugotovi se lahko tudi, da ta določba dopušča, da država, ki je pogodbenica Protokola in Konvencije iz leta 1973, v svojih odnosih z državo, ki je pogodbenica Konvencije iz leta 1973, ne pa Protokola, odstopi od uporabe Protokola. Vendar se s tem ne reši vprašanje kolizije instrumentov, kadar v konkretnem primeru dva instrumenta v praksi ponujata različni rešitvi, če ni merila

⁶⁹ Primerjaj člen 6 navedene konvencije.

⁷⁰ Primerjaj člen 3 Konvencije iz leta 1973 in člen 2 Protokola.

za določitev, kdaj gre za vprašanje „za države pogodbenice“. Taki primeri bodo verjetno bolj pogosti kot primeri iz prejšnjega odstavka zaradi univerzalne uporabe obeh instrumentov. Glede na to težavo obstaja še močnejši razlog, da bi se zgledovali po cilju člena 18 pri dajanju prednosti uporabi Protokola, ki je sodobnejši sistem, s katerim naj bi se nadomestil učinek pravil Konvencije iz leta 1973 glede na njeno uporabo. Ta ugotovitev se lahko še dodatno podpre s členom 19 Konvencije iz leta 1973, v skladu s katerim „[t]a konvencija ne bo vplivala na druge mednarodne instrumente z določbami o zadevah, ki jih ureja ta konvencija, katere podpisnica je ali postane država pogodbenica“.

Člen 19 Usklajenost z drugimi instrumenti

Odstavek 1 – Ta protokol ne vpliva na druge mednarodne instrumente, katerih podpisnice so ali postanejo države pogodbenice in ki vsebujejo določbe o zadevah, ki jih ureja Protokol, razen če države pogodbenice dajo nasprotno izjavo v zvezi z navedenimi instrumenti.

200 Usklajenost z drugimi instrumenti je lažja, saj po členu 19 Protokol ne vpliva na druge mednarodne instrumente, katerih podpisnice so ali postanejo države pogodbenice in ki vsebujejo določbe, ki se nanašajo na pravo, ki se uporablja za preživninske obveznosti. Protokol bo prevladal nad takimi prejšnjimi ali poznejšimi instrumenti le v primeru nasprotne izjave držav, ki jih taki instrumenti zavezujejo.

Odstavek 2 – Odstavek 1 se uporablja tudi za enotne zakone, ki temeljijo na posebnih regionalnih ali drugih povezanostih med zadevnimi državami.

201 Poudariti je treba, da se ta rešitev po členu 19(2) uporablja tudi za odnose med Protokolom in enotnimi zakoni, ki temeljijo na obstoju posebnih povezanosti med zadevnimi državami, ki so zlasti regionalne narave. Iz tega na primer izhaja, da bi Protokol po potrebi prepustil mesto prihodnjemu regionalnemu instrumentu, ki bi urejal isti predmet.

Člen 20 Enotna razlaga

Pri razlaganju tega protokola se upoštevata njegov mednarodni značaj in potreba po spodbujanju njegove enotne uporabe.

202 S to določbo, ki je postala običajna v vseh enotnih pravnih instrumentih, o katerih se sporazumejo pogodbenice Protokola, se pri razlaganju Protokola upoštevata njegov mednarodni značaj in potreba po spodbujanju njegove enotne uporabe. To med drugim pomeni, da morajo organi držav pogodbenic čim bolj upoštevati odločbe, sprejete na podlagi Protokola v drugih državah pogodbenicah. Seveda so te odločbe le prepričljivi precedensi, saj za organe druge države niso zavezujoče.

Člen 21 Pregled praktičnega izvajanja Protokola

Odstavek 1 – Generalni sekretar Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu po potrebi skliče posebno komisijo, ki pregleda praktično izvajanje Protokola.

203 Za zagotovitev spremljanja je v členu 21 določeno, da lahko generalni sekretar po potrebi skliče posebno komisijo, ki pregleda praktično izvajanje Protokola.

Odstavek 2 – Države pogodbenice za namene tega pregleda pri zbiranju sodne prakse v zvezi z uporabo Protokola sodelujejo s stalnim uradom Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu.

204 Države pogodbenice se z istim namenom in za to, da se organom držav pogodbenic omogoči dostop do odločb, sprejetih v drugih državah na podlagi Protokola, strinjajo s tem, da pri zbiranju sodne prakse v zvezi z uporabo Protokola sodelujejo s Stalnim uradom.

Člen 22 Prehodne določbe

Ta protokol se ne uporablja za preživnino, ki se jo zahteva v državi pogodbenici v obdobju pred njegovim začetkom veljavnosti v tej državi.

205 Glede na ta člen se Protokol ne uporablja za preživnino, ki se zahteva v državi pogodbenici v obdobju pred njegovim začetkom veljavnosti v tej državi. Namen te določbe je, da se prepreči, da bi nova pravila vplivala na pravice in dolžnosti strank, ki so obstajale pred njegovim začetkom veljavnosti v tej državi. Ta rešitev ustreza rešitvi iz člena 12 Haaške konvencije o preživninah iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja)⁷¹.

206 Protokol se za razliko od Konvencije (primerjaj člen 56(1)) torej ne bo uporabljal za vse postopke, začete po njegovem začetku veljavnosti; nasprotno pa njegova uporaba ni izključena, če so bili postopki začeti pred navedenim datumom. V obeh primerih pa bo treba določiti, za katero obdobje se zahteva preživnina. Če se zahteva za obdobje pred začetkom veljavnosti novega instrumenta (na primer, če upravičenec zahteva plačilo izostalih plačil), se bo uporabljal Protokol, četudi je bila tožba začeta po njegovem začetku veljavnosti. Za preživninske obveznosti se bodo v navedenem obdobju uporabljala pravila mednarodnega zasebnega prava (na podlagi konvencije ali notranjih virov), ki so se uporabljali v državi sodišča pred začetkom veljavnosti Protokola. Nasprotno pa bo moral organ, ki bo moral o dolgovani preživnini za naprej odločati po začetku veljavnosti Protokola, uporabljati navedeni instrument, čeprav je bila tožba vložena pred njegovim začetkom veljavnosti.

Člen 23 Podpis, ratifikacija in pristop

Odstavek 1 – Ta protokol lahko podpišejo vse države.

Odstavek 2 – Države podpisnice ta protokol ratificirajo, sprejmejo ali odobrijo.

Odstavek 3 – K temu protokolu lahko pristopijo vse države.

Odstavek 4 – Listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu se deponirajo pri Ministrstvu za zunanje zadeve Kraljevine Nizozemske, ki je depozitar Protokola.

⁷¹ Verwilghenovo poročilo (navedeno v opombi 14), točka 182 in naslednje.

207 Ta določba ustreza določbam iz večine haaških konvencij. Pravila, ki jih vzpostavlja za podpis, ratifikacijo in pristop, so skladna z običajnimi rešitvami in torej ne potrebujejo posebnih pojasnil⁷².

208 Ta določba pa ima poseben pomen v primeru instrumenta z nazivom Protokol, saj vzpostavlja načelo avtonomije navedenega instrumenta glede na Konvencijo, skupaj s katero je bil razvit. Kot je bilo že navedeno, lahko Protokol podpiše, ga ratificira ali k njemu pristopi katera koli država, četudi ni podpisala ali ratificirala Konvencije ali k njej pristopila. Na diplomatskem zasedanju so to rešitev po nekaterih pomislekih sprejeli, ne da bi se s tem po mnenju delegatov utemeljila sprememba naslova iz Protokola v Konvencijo (primerjaj točko 15 in naslednje zgoraj).

Člen 24 Regionalne organizacije za gospodarsko povezovanje

Odstavek 1 – Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje, ki jo ustanovijo samo suverene države in ima pristojnost za nekatere ali vse zadeve, ki jih ureja Protokol, lahko podobno podpiše, sprejme, odobri Protokol ali k njemu pristopi. Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje ima v navedenem primeru pravice in obveznosti države pogodbenice, če ima organizacija pristojnost v zadevah, ki jih ureja Protokol.

Odstavek 2 – Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje ob podpisu, sprejetju, odobritvi ali pristopu pisno obvesti depozitarja o zadevah, ki jih ureja Protokol in v zvezi s katerimi so države članice organizacije prenesle pristojnost na navedeno organizacijo. Organizacija nemudoma pisno obvesti depozitarja o vseh spremembah svoje pristojnosti, kakor je določena v najnovejšem obvestilu, predloženem v skladu s tem odstavkom.

Odstavek 3 – Regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje lahko v skladu s členom 28 ob podpisu, sprejetju, odobritvi ali pristopu izjavi, da izvaja pristojnost v vseh zadevah, ki jih ureja Protokol, in da bo države članice, ki so pristojnost prenesle na regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje, v zvezi z zadevnim vprašanjem zavezoval podpis, sprejetje, odobritev ali pristop organizacije.

Odstavek 4 – Za namene začetka veljavnosti Protokola se ne upošteva noben instrument, ki ga deponira regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje, razen če regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje da izjavo na podlagi odstavka 3.

Odstavek 5 – Vsako sklicevanje na „državo pogodbenico“ ali „državo“ v Protokolu se po potrebi enako uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko sodelovanje, ki je pogodbenica Protokola. Če regionalna organizacija za gospodarsko povezovanje da izjavo na podlagi odstavka 3, se vsako sklicevanje na „državo pogodbenico“ ali „državo“ v Protokolu po potrebi enako uporablja za zadevne države članice organizacije.

209 Protokol tako kot Konvencija (primerjaj člen 59) vsebuje določbo, ki določa pogoje, pod katerimi lahko regionalna organizacija za gospodarsko sodelovanje postane pogodbenica Protokola. To je končna določba nedavnega izvora, ki jo je mogoče najti le v najnovejših instrumentih, sprejetih v okviru Haaške konference⁷³. Opomniti je treba, da je bil Statut Haaške konference prav tako spremenjen leta 2007, da je lahko regionalna organizacija za gospodarsko sodelovanje postala članica te konference⁷⁴. Ta razvoj je v glavnem povezan z razvojem, ki je potekal v Evropski uniji po Amsterdamski pogodbi, na podlagi katere je Evropska skupnost dobila notranje in zunanje pristojnosti glede mednarodnega zasebnega prava. Evropska skupnost je 3. aprila 2007 postala članica Haaške konference. Seveda je člen 24 sestavljen na splošno in se lahko po potrebi uporablja za druge regionalne organizacije za gospodarsko sodelovanje, ki bi lahko imele pristojnosti v zadevah, ki jih ureja Protokol.

210 Določbe tega člena so povsem enake določbam člena 59 Konvencije. Za pojasnila torej glejte odstavke 695 do 700 poročila Borrásove in Degelingove.

Člen 25 Začetek veljavnosti

Odstavek 1 – Protokol začne veljati prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka po deponiranju druge listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu iz člena 23.

211 V členu 25(1) je glede začetka veljavnosti Protokola določeno deponiranje dveh listin o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu. S to rešitvijo, ki je enaka rešitvi iz Konvencije (primerjaj člen 60) in drugih instrumentov, ki jih je nedavno sprejela Haaška konferenca⁷⁵, se zlasti podpira začetek veljavnosti instrumenta. Utemeljena je s pomislekom, da pri uporabi Protokola samo med dvema državama, če ti dve državi tako želita, ni slabih strani. Opozoriti je treba, da se Protokol uporablja *erga omnes* ne glede na število držav pogodbenic Protokola (primerjaj člen 2).

Odstavek 2 – Od tedaj začne Protokol veljati –

⁷² Primerjaj člen 58 Konvencije ter točke 689–694 poročila Borrásove in Degelingove.

⁷³ Zlasti člen 29 Haaške konvencije z dne 30. junija 2005 o sporazumih o izbiri sodišča in člen 18 Haaške konvencije z dne 5. julija 2006 o pravu, ki se uporablja za nekatere pravice v zvezi z vrednostnimi papirji, ki se nahajajo pri posredniku.

⁷⁴ Primerjaj člen 3 Statuta.

⁷⁵ Primerjaj člen 31 Haaške konvencije z dne 30. junija 2005 o sporazumih o izbiri sodišča in člen 19 Haaške konvencije z dne 5. julija 2006 o pravu, ki se uporablja za nekatere pravice v zvezi z vrednostnimi papirji, ki se nahajajo pri posredniku.

pododstavek (a) – za vsako državo ali regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje iz člena 24, ki Protokol naknadno ratificira, sprejme, odobri ali k njemu pristopi, prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka po deponiranju listine o ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu;

pododstavek (b) – za ozemeljsko enoto, za katero Protokol velja v skladu s členom 26, prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega roka od uradne obvestitve o izjavi iz navedenega člena.

212 Druga pravila iz člena 25 so prav tako enaka pravilom iz člena 60 Konvencije in drugih instrumentov, ki jih je sprejela Haaška konferenca.

Člen 26 *Izjave v zvezi z neenotnimi pravnimi sistemi*

Odstavek 1 – Če ima država dve ali več ozemeljskih enot, v katerih se glede zadev, obravnavanih v tem protokolu, uporabljajo različni pravni sistemi, lahko ob podpisu, ratifikaciji, sprejemu, odobritvi ali pristopu v skladu s členom 28 izjavi, da se Protokol uporablja za vse ozemeljske enote ali le za eno ali več takih enot, ter lahko to izjavo kadar koli spremeni s predložitvijo nove izjave.

Odstavek 2 – O vsaki taki izjavi uradno obvesti depozitarja in izrecno navede ozemeljske enote, za katere se Protokol uporablja.

Odstavek 3 – Če država ne da izjave na podlagi tega člena, se Protokol uporablja za vse ozemeljske enote navedene države.

Odstavek 4 – Ta člen se ne uporablja za regionalno organizacijo za gospodarsko povezovanje.

213 Člen 26(1) v skladu z običajnim pristopom dopušča, da lahko država, ki ima dve ali več ozemeljskih enot, v katerih se glede zadev, obravnavanih v tem protokolu, uporabljajo različni pravni sistemi, izjavi, da se ta instrument uporablja za vse ozemeljske enote ali le za eno ali več takih enot. Če navedena izjava ne obstaja, se Protokol uporablja za vse ozemeljske enote navedene države (člen 26(3)).

Člen 27 *Pridržki*

Pridržki k temu protokolu niso mogoči.

214 Ta člen je zelo pomemben, saj določa načelo, da pridržki k Protokolu niso mogoči. Kot je bilo že navedeno (primerjaj točko 25 zgoraj), se ta rešitev zelo razlikuje od rešitve iz Haaške konvencije o preživetnih iz leta 1973 (pravo, ki se uporablja), ki državam dopušča, da uporabo Konvencije omejujejo na določene preživetninske obveznosti (kot so obveznosti med zakoncema in bivšima zakoncema in/ali obveznosti do oseb, ki niso dopolnile 21. leta starosti in niso poročene; primerjaj člen 13) ali da izključijo uporabo določenih preživetninskih obveznosti (med osebami, ki so v sorodstvenem razmerju v stranski vrsti ali v svaštvu, ali v nekaterih primerih med razvezanima zakoncema ali zakoncema, ki živita ločeno, ali zakoncema, katerih zakonska zveza je bila razglašena za neobstoječo ali je bila razveljavljena; primerjaj člen 14). Poleg tega je v členu 15 Konvencije dopuščen pridržek glede uporabe *lex fori*, kadar imata upravičenec

in zavezanec državljanstvo zadevne države in če ima zavezanec v njej svoje običajno prebivališče. Pridržke je razglasilo več držav pogodbenic. Zaradi člena 27 ni mogoče omejiti področja uporabe Protokola in ni mogoče predvideti nobenih izjem pri rešitvah iz tega besedila glede prava, ki se uporablja.

Členi 28 do 30 *Izjave, odpoved, uradno obvestilo*

Člen 28 *Izjave*

Odstavek 1 – Izjave iz člena 24(3) in člena 26(1) se lahko dajo ob podpisu, ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu ali kadar koli zatem in se lahko kadar koli spremenijo ali preklicajo.

Odstavek 2 – O izjavah, spremembah in preklicih je uradno obveščen depozitar.

Odstavek 3 – Izjava, dana ob podpisu, ratifikaciji, sprejetju, odobritvi ali pristopu začne veljati sočasno z začetkom veljavnosti tega protokola za zadevno državo.

Odstavek 4 – Izjava, dana pozneje, in vsaka sprememba ali preklic izjave začnejo učinkovati prvi dan v mesecu po poteku trimesečnega obdobja od datuma, ko je depozitar sprejel uradno obvestilo.

Člen 29 *Odpoved*

Odstavek 1 – Država pogodbenica tega protokola lahko tega odpove tako, da o tem pisno obvesti depozitarja. Odpoved je lahko omejena na nekatere ozemeljske enote države z neenotnim pravnim sistemom, za katere se uporablja Protokol.

Odstavek 2 – Odpoved začne veljati prvi dan v mesecu po poteku 12-mesečnega roka od datuma, ko je depozitar prejel uradno obvestilo. Kadar je v uradnem obvestilu določen daljši odpovedni rok za začetek veljavnosti odpovedi, odpoved začne veljati po preteku takega daljšega obdobja po datumu, ko je depozitar prejel uradno obvestilo.

Člen 30 Uradno obvestilo

Depozitar uradno obvesti članice Haaške konference o mednarodnem zasebnem pravu ter druge države in regionalne organizacije za gospodarsko povezovanje, ki so podpisale, ratificirale, sprejele, odobrile ali pristopile v skladu s členoma 23 in 24, o naslednjem:

odstavek (a) podpisih, ratifikacijah, sprejetjih, odobritvah in pristopih iz členov 23 in 24;

odstavek (b) datumu začetka veljavnosti tega Protokola v skladu s členom 25;

odstavek (c) izjavah iz člena 24(3) in člena 26(1);

odstavek (d) odpovedih iz člena 29.

215 Ti členi povzemajo običajne rešitve. Zato ne potrebujejo posebnih pojasnil.

V Lausanni, 26. avgusta 2009

Stálý výbor Haagské konference o mezinárodním právu soukromém

Churchillplein 6b

2517 JW Haag

Nizozemska

Tel. +31 70 363 3303

Faks +31 70 360 4867

E-pošta: secretariat@hcch.net

Spletna stran: www.hcch.net

DS-02-14-736-SL-N



ISBN 978-92-79-39270-2



doi : 10.2838/23800