

потпуно се у стварности (ће и у цитатима) занемарује тврдња Маркса и Енгелса да је грађанско право надградња над робноновчаним односима. Насупрот томе, полазећи од бирократске претпоставке да законодавац све може, проглашује се и грађанско право, и правна личност предузећа, и право управљања („оперативно“ управљање) у пуне инструменте за остварење „државног“ плана и државних задатака. Из тога, онда, настаје много противречности које се никаквим нагомилавањем норми ни конструкција не могу решити. Зато ни Венедиктов у својој монографији *Државна социјалистичка својина* не наглашује *самосталну* имовину код правних лица него момент да је то „колектив радника и службеника на челу са одговарајућим руководиоцем“. Управо на овом питању видимо јасно нормативизам совјетског права.

Др. Андреја Гамс

ИЗБРАНИ СУДОВИ И НАШИ НОВИ ПРАВОСУДНИ ЗАКОНИ

По чл. 7 Закона о привредним судовима, за спорове из надлежности привредних судова не могу се оснивати нити уговарати избрани судови, осим ако законом није друкчије одређено. Данас нема закона који предвиђа могућност уговарања надлежности избраног суда за спорове из чл. 3 овог закона у којима су обе стране домаћа правна лица. Према томе, домаћа правна лица не могу између себе уопште уговарати надлежност избраног суда.

Што се тиче могућности уговарања надлежности избраног суда за спор између домаћег правног лица и страног физичког или правног лица, о њој је реч у чл. 3, ст.2, овог закона који предвиђа да привредни судови суде и привредне спорове између ових странака, ако није уговорена надлежност избраног суда. Пошто се могућност уговарања надлежности по овој одредби не ограничава на домаћи избрани суд, то значи да домаће правно лице може са странцем уговорити надлежност како домаћег тако и страног избраног суда (1). Као домаћи избрани суд долази у обзир, пре свега, спољнотрговинска арбитража која је, ако не по називу а оно по својој природи, несумњиво један избрани суд. Могућност уговарања надлежности спољнотрговинске арбитраже изрично је предвиђена одредбом чл. 111 Закона о привредним судовима. Може се поставити питање да ли се домаћем правном лицу по овом закону

(1) Овде се може поставити питање који би се избрани суд сматрао као инострани: да ли онај који није састављен од југословенских држављана или онај чија би се одлука имала сматрати као страна одлука. Ако би се усвојило ово друго схватање, онда опет има више могућности. Одлука се може сматрати страном: а) зато што је уговором о избраном суду искључена надлежност југословенског редовног суда, или б) зато што је донесена у иностранству, или в) зато што се по начелима међународног приватног права на уговор о избраном суду у датом случају примењује страном а не југословенско право, итд.

дозвољава да уговори надлежност и неког другог домаћег изабраног суда, осим спољнотрговинске арбитраже. Мислимо да на ово питање треба одговорити потврдно. Одредба чл. 3, ст. 2, Закона о привредним судовима каже да су привредни судови надлежни и за спорове између домаћих правних лица и страних физичких или правних лица, „ако није уговорена надлежност изабраног суда“. Том одредбом се, дакле, могућност уговарања изабраног суда не ограничава само на спољнотрговинску арбитражу, уколико је реч о домаћем изабраном суду.

У Закону о судовима изабрани суд се уопште не помиње. Ова празнина може се тумачити тако да у споровима за чије би решавање био надлежан југословенски редовни суд није допуштено уговарати надлежност изабраног суда. Овакво тумачење може се извести из одредбе чл. 1, ст. 1, у вези са одредбом чл. 16 овог закона. Наиме, у првој од ових двеју одредаба каже се да у Југославији суђење врше редовни, привредни и војни судови, а у другој се набрајају судови који улазе у редовне. Међу овима се изабрани судови не наводе, што значи да такви судови не могу у Југославији вршити суђење у стварима које су стављене у надлежност редовних судова (чл. 17—24). Овакво тумачење одговарало би схватању да изабрани суд врши државну правосудну функцију (јавноправна, процесноправна теорија). Како наш законодавац не жели да у нашој земљи ову функцију врши и суд кога странке постављају, то он на један прећутан начин искључује могућност уговарања надлежности изабраних судова. Али, могуће је и друкчије тумачење које би се састојало у овоме: Закон о судовима исцрпно набраја само оне судове који врше суђење као државни органи. Других државних органа који врше суђење у нашој земљи нема. То ипак не значи да заинтересовани грађани не могу уговарати изабране судове, — ако се пође од тога да ови судови нису судови у правом смислу те речи, да они не врше државну правосудну функцију. Овакво тумачење одговарало би концепцији по којој су изабрани судови приватна ствар странака, резултат њихове правне воље, и као такви не улазе у оквир државног правосуђа (цивилистичка, уговорна теорија). Против овог другог тумачења говори то што и последњи (пети) пројект Законика о грађанском парничном поступку уопште не помиње изабране судове. Изгледа да Закон о судовима одиста садржи прећутну забрану уговарања надлежности изабраних судова за спорове за које су надлежни редовни судови. Разуме се, предње тумачење не искључује могућност да домаћи држављанин уговори са странцем надлежност страног изабраног суда за спорове за које југословенски редовни суд по нашем закону не би био надлежан.

Недопуштеност изабраних судова треба вероватно приписати оним недостацима ових судова који се као такви у правној литератури обично наводе. Пре свега, није ретко да се поједине судије

избраног суда понашају уствари као заступници странака које су их изабрале. Уместо да теже правилној одлуци, овакве судије уствари бране интересе својих странака. Притом нису искључене и злоупотребе. Странка се излаже опасности да буде оштећена одлуком коју такве судије доносе. Ово поготово ако није уговорена могућност жалбе вишем избраном суду, или ако државни суд не даје егзекутуру на пресуду или ако није овлашћен да одлуку испитује у меритуму (*révision au fond*). Избраним судовима упућује се даље замерка да уговор којим се њихова надлежност утврђује може понекад бити резултат надмоћности једне уговорне стране над другом. Економски јача уговорна страна намеће другој надлежност избраног суда тако што закључење привредног уговора у словљава надлежношћу избраног суда за спорове из тога уговора. Надмоћност једне стране не мора се изразити само у томе. Она се може огледати и у условима под којим избрани суд треба да врши своју функцију. Тако, напр., уговорне одредбе о поступку уопште, а посебно о именовању судија, итд. могу једну страну довести у неравноправан положај према другој. Овим општим разлозима који говоре против избраног судства треба додати и друге који су специфични за нашу земљу. Обично се као позитивне стране избраних судова наводе: 1) могућност учешћа у њима лаика, боље рећи неправника, који су иначе стручни за привредну страну спорнога односа, због чега их странке осећају као себи ближе, него редовни суд, и 2) упрошћеност, а самим тим и брзина поступка. И један и други разлог губе у нашем праву много од свога значаја. Оба поменута закона предвиђају у саставу судских већа повремене судије и судије поротнике који не морају бити правници. Осим тога, у оба закона предвиђено је да претседници судова могу одредити да у суђењу спорова одређене врсте учествују поједине повремене судије односно судије поротници, ако би њихово стручно знање и искуство допринело бољем решавању ствари (чл. 91, ст. 3, Закона о привредним судовима, чл. 112, ст. 3, Закона о судовима). Што се тиче захтева упрошћености и брзине поступка, арбитражна и судска пракса у нашој новој држави показивале су досад сталну тежњу да одговоре овом захтеву, па треба очекивати да ће он доћи до пуног изражаја и у Законику о грађанском парничном поступку. Најзад, у погледу привредних судова може се у прилог забране избраног суђења навести још један разлог који није од малог значаја иако га наводимо после других. Ако би се допустило да спорове између домаћих привредних организација суде избрани судови, онда би то отворило могућност да се један већи број оваквих спорова изузима из надлежности редовних судова. То би значило да би државно правосуђе било искључено од решавања низа односа који могу имати велики привредни значај (2).

(2) Ова замерка установи избраног суда може се наћи и у процесно-правној литератури капиталистичких земаља — Niklsch, *Zivilprozessrecht*, II Aufl., S. 588.

Сваки од наведених разлога утицао је, поред вероватно и других у већој или мањој мери да се напим новим правосудним законима предвиди недопуштеност уговарања надлежности изабраних судова.

Но, оно што нас на овом месту интересује више него правнополитички мотиви који оправдавају недопуштеност уговарања надлежности изабраних судова, то је смисао ове забране. Какво је правно дејство норме која каже да домаћа правна лица односно грађани не могу међу собом уговорати надлежност изабраних судова? Несумњиво је да се на постојању уговора о изабраном суду не може засновати приговор надлежности редовног суда нити се на пресуди изабраног суда може засновати приговор правоснажно пресуђене ствари. Исто је тако несумњиво да се, без обзира на тумачење које се даје, принудно извршење правоснажне пресуде изабраног суда не може од редовног суда захтевати. Другим речима, таква пресуда није извршни наслов. Укратко, уговор о изабраном суду нема никакво процесноправно дејство. Али, има ли материјалноправно? Рекли смо већ напред да о правној природи овог уговора постоје две основне теорије: уговорна (цивилистичка) и процесноправна (јавноправна). По првој, уговор о изабраном суду је материјалноправни уговор међу странкама. Избрани суд не врши правосуђе, него извршује вољу странака. Његова улога је слична улози трећег лица коме су купац и продавац поверили да одреди цену. Његова пресуда није ауторитативни правни акт, него се по својој суштини своди на уговор којим странке утврђују свој однос. Избране судије у пресуди утврђују, као пуномоћници странака, њихова права и дужности (3).

Ако се прихвати ова друга теорија, онда би то значило да је странка која је пресудом изабраног суда обавезана, дужна да своју обавезу изврши на основу једног приватноправног уговора који је сам по себи пуноважан. Ако она то не би добровољно хтела учинити, другој страни стоји на располагању тужба редовном суду

(3) Ову природу уговора о изабраном суду сликовито изражава Мерлин кад каже да пресуда изабраног суда није ништа друго него „уговор који су странке потписале руком судија изабраног суда“. Оваква концепција овог уговора практично долази до изражаја нарочито код тзв. *arbitrato con foglio bianco*, која је уобичајена у неким земљама а нарочито у Италији. Странке предају арбитру блатко потписан лист који он накнадно испуњује својом одлуком. Та одлука важи онда као поравнање и судска пракса признаје га као такво. (B. Ascarelli, „Das Schiedsgerichtverfahren nach italienischen Recht“ у *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen*, св. 1, стр. 93). Из онога би следовало да се пресуда изабраног суда има да пресуђује по принципима који важе за уговор, а не по онима који важе за пресуду (Nussbaum). На овом месту не можемо се упуштати у оцену уговорне и процесноправне теорије. Напоменућемо само то да је приватноправна концепција најдаље отишла у Француској и Белгији. У Немачкој и Аустрији су мишљења о правној природи уговора о изабраном суду подељена. За приватноправну концепцију изјашњавају се Schönke, Nussbaum, Bernhardt. Практично на истом становишту стоји и Rosenberg кад каже да избрани судови не врше државно правосуђе и да уговор о изабраном суду не припада процесном праву, него оној правној области којој припада и спорни однос (Lehrbuch, S. 585).

за извршење ове обавезе *ex iudicato* (4). Једном речју, уговор о избраном суду не би имао процесноправних дејстава, али би материјалноправно био пуноважан и производио би своје обавезе као и сваки други. Исто би тако била пуноважна и обавеза странака да изабраним судијама плате хонорар.

Против предњег тумачења говори сам текст чл. 7 Закона о привредним судовима који каже да се за спорове из надлежности привредних судова не могу *уговорати* избрани судови. То би значило да је већ сам уговор о избраном суду противан јавном поретку, и као такав недопуштен и апсолутно ништав. Из таквог уговора не могу настати никаква права и обавезе, па ни обавеза на извршење пресуде избраног суда. Зато се не би могла покренути парница пред редовним судом за извршење чинидбе на коју пресуда избраног суда гласи. Ово тумачење значило би и то да избране судије не би имали право на хонорар. Занимљиво је питање да ли би, ако се прихвати ово тумачење чл. 7 поменутог закона, странка која је после одлуке избраног суда извршила чинидбу на коју та одлука гласи, могла тражити повраћај, позивајући се на то да је одлука суда један непуноважан, ништаван акт. Ми бисмо били за одречан одговор. У овом случају извршење дуговане чинидбе треба узети просто као извршење обавезе из односа поводом кога је дошло до спора, а не као извршење одлуке. Није одлучно то што се чинидба која је извршена поклапа по садржају и величини са чинидбом на коју гласи одлука. Било би необично да дужник може пре одлуке избраног суда извршити своју обавезу, а не може то учинити после тога. Напоменули смо напред да забрана уговарања надлежности избраног суда одговара теориској концепцији да избрани суд врши државну правосудну функцију (5). Доследно спроведена забрана вршења ове функције од стране избраног суда значила би забрану да из уговора о избраном суду настане макакво пуноважно право или обавеза. Ово тумачење изгледа нам ближе. Ипак, једна одредба која би на несумњив начин предвидела смисао забране садржане у чл. 7 Закона о привредним судовима не би била сувишна. Што се тиче изабраних судова којима би се искључивала надлежност редовних судова, и ту би једна одредба о забрани уговарања надлежности изабраних судова

(4) Овако би се могло узети и у случају ако се одлучи избраног суда у једној земљи не даје еквекатура у другој зато што није испуњен начелан услов за то (реципроцитет, владина изјава).

(5) Ову, процесноправну теорију заступају у немачкој науци, напр., Goldschmidt (*Zivilprozessrecht*, S. 198) и Nikisch (*Zivilprozessrecht*, S. 588). У аустриској науци процесноправну теорију одлучно брани Sperl (*Rechtspflege*, S. 782—783). Овај писац указује на то да је Бечки врховни суд у својој пракси од 1915 напустио цивилистичку теорију и прешао на процесноправну. Бранећи ову другу, Шперл истиче да странке не испуњавају приватноправне дужности кад бивају позване да поставе избране судије и да још мање може бити речи о томе да су оне уговорно обавезане да се подвргну избраном суду и да поступају по његовој пресуди. Пресуда избраног суда је, по њему, вршење судиске дужности, изналажење а не допуна објективног права. Она је пружање правне заштите. Иза пресуде избраног суда стоји суверенитет државе (ор. cit.).

(ако је то смисао тога закона по овом питању) била потребна. Како те одредбе нису ушле у помјнуте законе, то се још увек могу унети у Законик о грађанском парничном поступку.

Поводом потпуног недостатка одредаба о изабраним судовима у пројекту овог законика, треба приметити да тај недостатак после доношења Закона о привредним судовима није оправдан. Видели смо напред да домаћа правна лица могу са странцима уговорати надлежност домаћег изабраног суда. Функционисање таквог изабраног суда захтева постојање државних правних норми које материју изабраног суда регулишу. Непостојање таквих норми могло би довести до нерешивих правних ситуација. Шта би се, напр., у недостатку одговарајуће одредбе радило ако једна од странака одбија да постави свога изабраног судију? На основу којих прописа би се могао тражити поништај пресуде изабраног суда ако Законик о парничном поступку не би садржавао о томе никаква правила? Већ сама могућност функционисања изабраног суда на подручју наше земље налаже, дакле, постојање државних правних норми о изабраном суду.

Треба поменути још и то да непостојање одредаба о изабраним судовима у домаћем законодавству може довести до тешкоће и у области међународног приватног права, и то у оним случајевима у којима би се у иностранству имала на уговор о изабраном суду применити југословенска правна норма, напр. поставља се, с обзиром на форму закључења, питање пуноважности уговора који је закључен у нашој земљи.

Др. Боривоје Познић