

који мора покрити како стварну штету тако и изгубљену добит; но, притом, оштећени нема право на већу количину добара и новца но што је то потребно за његово потпуно обештећење (7).

6. — С обзиром на то да је потпуно обештећење лица које претрпи штету проузроковану од више лица основни мотив због кога је у законодавствима скоро свих земаља установљаване солидарне одговорности ових лица добило своје одређено место, разумљиво је што ће се и приликом одређивања висине накнаде коју та лица дугују оштећеном поступити на начин као што је то напред изложено. Наиме, приликом одмеравања накнаде узете се у обзир како стварна штета коју је оштећени претрпео, тако и онај добитак који би он сигурно остварио да штете није било. Притом ће се водити рачуна о томе да он треба да буде потпуно обештећен, али и да се неосновано не обогати примањем веће накнаде но што износи штета коју је претрпео. — На тај начин примениће се основни принцип у материји накнаде штете: Накнадити сву штету, али не више од штете!

Др. Марија М. Тороман

ДЕЈСТВО АРБИТРАЖНЕ КЛАУЗУЛЕ НА НАДЛЕЖНОСТ РЕДОВНОГ СУДА

1. — Према нашем закону о парничном поступку од 8 децембра 1956 за решавање спорова у којима се странке могу поравнати допуштено је уговарање избраног суда само ако није у питању спор који спада у искључиву надлежност редовних судова, и то под условом да је бар једна од уговорних страна стране физичко или правно лице (чл. 437). Према томе, постојање елемента иностраности је услов од кога зависи да ли ће се у неком случају допустити уговарање избраног судства или неће.

Уговарање избраног судства није допуштено у случају кад су обе уговорне стране југословенски држављани. Ово ограничење слободе уговорних страна у погледу избора органа који ће решавати спорове који између њих настану, уколико се односи на наше привредне организације и привредне спорове који настају у оквиру њиховог пословања (у коме се оквиру углавном и крећу ова разматрања), има свој корен у карактеру наше привреде. Јер, наша привредна предузећа, која би у пракси најчешће и долазила у ситуацију да уговарају надлежност изабраних судова, по својој структури се битно разликују од приватних привредних организација. Она у свом целокупном пословању треба да су инспирисана циљевима наше данашње привредне политике и да, у првом реду, служе општим друштвеним интересима. Зато и орган пред којим ће се решавати спорови који настану између наших привредних предузећа треба да има такву организациону структуру која ће му омогућити да, држећи се законских прописа, допринесе остварењу поменутих циљева. А такви органи су, према ставу заузетом у позитивним прописима, пре привредни судови него избрани судови, у чијем формирању учествују и саме странке бирајући своје арбитраже.

Међутим, ситуација је другачија онда кад су обе или једна од уговорних страна инострани држављани. У том случају недостаје јединство циљева којима

(7) Збирка судских одлука, Београд, 1956, I књига, III св., с. 153.

оне својом делатношћу служе. Тада је ради несметаног тока послова и унапређења међународног привредног промета опортуно да се странкама омогући да своје међусобне спорове решавају путем избраног суда. Јер, решавање спора пред редовним (привредним) судом једне земље неминовно намеће обавезу, бар једне од странака, да призна одлуку суда стране државе донету најчешће на основу правних прописа који јој могу бити потпуно страни. А и искуство је показало да се инострани партнери наших привредних организација тешко одлучују на прихватање надлежности наших редовних и привредних судова за решавање својих евентуалних спорова. Чак и уговарање Спољнотрговинске арбитраже у Београду раније је наишло на доста велики отпор иностраних фирми. Тек последњих година стање се нешто изменило, мада још увек иностране фирме најчешће захтевају уговарање арбитража *ad hoc* или страних институционалних арбитража.

У таквој ситуацији избрано судство се показује као најбољи начин за решавање спорова који настану између уговорача од којих је бар један страна физичко или правно лице. У оваквим случајевима избрано судство има преимућства над редовним не само зато што свака уговорна страна има право да изабере свога арбитра и на тај начин решавање спора повери лицу коме она поклања пуно поверење, него и зато што су избрани судови у свом раду мање везани за посебно законодавство, већ се знатно више приближују општеприхваћеним стандардима у међународној трговини.

Скоро да овде није ни потребно истаћи да је у овим случајевима остављено странкама да слободно одлуче да ли ће уговорити избрани суд или не, тј. да ли ће остварити ову могућност коју им закон даје или неће. И баш због диспозитивног карактера прописа којим се допушта уговарање избраног судства у пракси могу да се појаве извесни проблеми, међу којима, несумњиво, видно место заузима проблем односа надлежности између избраног и редовног суда у случају постојања пуноважне арбитражне клаузуле.

2. — Као што је познато, арбитражна клаузула је писмени споразум између странака којим се оне обавезују да ће своје већ настале или будуће спорове решавати путем избраног суда.

Основно дејство арбитражне клаузуле састоји се, између осталог, у томе да она изузима решавање једног спора из надлежности редовних судова и даје га на решавање избраном суду, разуме се, под условима предвиђеним у важећим правним прописима. Тако, према закону о парничном поступку, да би један спор могао да се реши путем избраног суда, треба, као што је напред поменуто, да је спор такве природе да се странке могу поравнати и да за њега није надлежан искључиво југословенски суд, као и да је бар једна од странака инострано физичко или правно лице. — Према правилнику о Спољнотрговинској арбитражи при Савезној спољнотрговинској комори од 26 јуна 1958, спор који се износи на решавање пред Спољнотрговинску арбитражу као сталан избрани суд треба да буде привредни или поморски спор који је настао из спољнотрговинских односа домаћих привредних предузећа, установа или организација са иностраним физичким или правним лицима (чл. 1).

3. — Нарочито интересантно питање у вези са дејством арбитражне клаузуле јесте питање да ли се редовни суд, у случају постојања пуноважне арбитра-

жне клаузуле, може и треба по службеној дужности прогласити ненадлежним или то може учинити само по приговору странака.

У пракси се дешава да једна од странака поднесе тужбу редовном суду, захтевајући да се по њој поступи и донесе одлука, иако постоји уговор о избраном суду по коме су се странке споразумеле да своје евентуалне спорове изузму из надлежности редовних судова и решавају их путем арбитраже. У оваквој ситуацији противна страна може поступити на два начина: или може уложити приговор ненадлежности редовног суда с обзиром на постојање арбитражне клаузуле, тј. може се позивати на недопустивост редовног правног пута; или противна страна не мора уложити никакав приговор у погледу надлежности и може се упустити у поступак пред редовним судом.

4. — У случају да постоји пуноважна арбитражна клаузула и да се тужена страна на њу позове, редован суд је дужан да се огласи ненадлежним. Јер, арбитражна клаузула представља уговор између странака којим су се оне споразумеле да свој спор изузму из надлежности редовних судова у оним случајевима у којима то закон дозвољава и да га расправе пред изабраним судом. Тај споразум се, као и сваки други уговор, мора поштовати, и не може се раскинути једнострано, већ само сагласношћу обеју странака.

Уколико једна од странака, не поштујући арбитражну клаузулу, поднесе тужбу редовном суду, овај је само дужан да по приговору друге стране утврди постојање таквог пуноважног уговора, да на основу тога себе огласи ненадлежним и да својим одбијањем да спор решава, странку која је прекршила уговор о арбитражи у ствари присили на његово извршење. То се постиже посредно тиме што ће она морати да покрене поступак пред изабраним судом, уколико хоће да дође до остварења својих права из самог уговора који је обухваћен арбитражном клаузулом.

У овом погледу су и позитивно право и теорија једнодушни у већини земаља.

Тако, Женевски протокол о арбитражној клаузули од 24 септембра 1923, који се примењује на односе између држављана различитих земаља, а који је и наша држава ратификовала, садржи овакво решење:

„4. Судови страна уговорница код којих је покренут поступак ради расправљања спора из уговора закљученог између лица на која се примењује чл. 1 и који садржи споразум о арбитражи за садашње или будуће спорове, који је у важности према поменутом члану, упутиће странке на захтев било које од њих, да о спору одлуку донесу арбитра.“

Затим, и скоро све друге државе у којима постоји установа избраног судства предвиђају овакво решење и искључују надлежност редовних судова у случају приговора (1).

Врло су ретки изузеци од овог правила, и то само у оним државама чији сами правни системи имају својих специфичности.

Тако, на пример, у Енглеској судови имају дискреционо право да обуставе или не обуставе поступак ако се уложи приговор у случају постојања арбитражне

(1) Arbitrage international commercial. Rapporteur général Peter Sanders. Paris, Dalloz et Sirey; L'arbitrage commercial et la Loi dans les différents pays, Verlag für Recht und Gesellschaft A. G., Basel, 1951.

клаузуле (2). То свакако потиче одатле што енглеско право, за разлику од других, не прецизира услове пуноважности уговора о арбитражи, већ оставља судији да, прихватајући или одбацујући приговор ненадлежности, одлучи о томе да ли у сваком поједном случају такав споразум треба да производи дејство или не, с обзиром на личности које су га закључиле, предмет спора и слично (3).

И теорија већине земаља је једнодушна у погледу обавезне примене арбитражне клаузуле по приговору једне од уговорних страна (4). Једино о чему се дискутује је питање о каквој је врсти приговора овде реч, те према томе, у коме се стадијуму поступка приговор има учинити: да ли се мора учинити *in limine litis*, пре свих других приговора или одбране, или је то приговор *rationae materiae*, тако да се може учинити у сваком стадијуму поступка (5).

5. — Питање је нешто сложеније у оним случајевима у којима, и поред постојања пуноважне арбитражне клаузуле једна странка поднесе тужбу суду, а друга томе ништа не приговори него се упусти у спор. Да ли суд и тада може да се по службеној дужности огласи ненадлежним, уколико из поднетих доказа утврди постојање пуноважне арбитражне клаузуле.

Приликом решавања овог питања мора се поћи од основне карактеристике избраног судства. А она је да је избрано судство, уколико није у питању обавезна арбитража, уговорног карактера: спор се може путем арбитраже решавати само онда када постоји изричита воља странака да се њихов спор изузме из надлежности редовних судова и да се реши путем арбитраже под условима које закон прописује.

Из ове особине произилази и друга карактеристика арбитражног судства: уговор о арбитражи је обавезан само дотле док га се бар једна од уговорних страна придржава, односно док тражи примену тог споразума. Ако се странке које су споразум о арбитражи закључиле тог споразума одрекну, онда он више, као ни сваки други уговор, не производи никакво дејство, и за решавање спора у погледу надлежности органа који ће о спору одлучивати важе општи прописи (6).

У вези са проблемом који разматрамо од значаја је питање на који се начин мора извршити раскид уговора о избраном суду, да би имао своја дејства, односно да би се утврдио какво треба да буде држање суда у појединим ситуацијама.

Раскид уговора о арбитражи може бити изричан или прећутан (7). Када је раскид изричан онда најчешће мора бити учињен у писменој форми, док прећу-

(2) The Arbitration Act, 1950, sec. 4 (1).

(3) Међутим, и Енглеска, као потписница Женевске конвенције, примењује ово начело у случајевима у којима се Конвенција примењује (The Arbitration Act, 1950, sec. 4 (2)).

(4) Jean Robert: *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, deuxième édition, Paris, 1955, Sirey, p. 119; G. Hamonic: *L'arbitrage en droit commercial*, Paris, 1950, Librairie générale de droit, p. 33; Jean Robert: *Précis pratique de l'arbitrage commercial*, Paris, 1951, Sirey, p. 28; Retail: *Code annoté de l'expertise et de l'arbitrage*, Paris, 1954, Sirey, p. 217; Gaston Grech: *Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial*, Paris, 1952, Librairie générale de droit, p. 121.

(5) Тако је, на пример, у Француској и пракса и доктрина доскора сматрала да је приговор ненадлежности морао да се учини *in limine litis*. Међутим, 1950 Париски суд је донео одлуку (Gaz. Pal. 1951. 1. 269) по којој је сматрао да је реч о приговору *rationae materiae*, те да се може подићи у сваком стадијуму поступка. Исту одлуку донео је и Трговачки суд Сене. Теорија је против ових гледишта одлучно устала (в. Hamonic: *A propos de la clause compromissoire*, Gaz. Pal., 1951, Doctrine, 54).

(6) Robert: *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, p. 120; Robert: *Précis pratique de l'arbitrage commercial*, p. 28; Grech: *op. cit.*, p. 125.

(7) Hamonic: *op. cit.*, p. 33.

тан може да се изрази на више начина. Један од случајева прећутног раскида постоји онда када једна странка, и поред уговорене арбитражне клаузуле, поднесе тужбу редовном суду а друга странка не уложи приговор његове ненадлежности већ се упусти у спор.

Како суд у таквим случајевима треба да поступа?

Ако закон захтева одређену форму за раскид уговора, онда нема никаквог двоумљења: раскид извршен на било који други начин не производи никакво дејство.

Међутим, много тежи проблем постоји онда када законом није предвиђен начин раскида уговора о избраном суду а странке се њега одрекну на прећутан начин, као у случају који смо горе навели. Такве ситуације могу наступити код нас, с обзиром на то да наш закон о парничном поступку захтева у чл. 439 само писмену форму за закључење уговора а не говори ништа о начину раскида.

Наши судови често стоје на становишту да одрицање од споразума о арбитражи треба да се учини на изричит начин. Тако, на пример, у одлуци Врховног суда НР Хрватске Гж. бр. 1868/56 од 31 децембра 1956, између осталог, стоји:

„У смислу прописа чл. 111 Закона о привредним судовима за рјешавање привредних спорова (а такав је према пропису чл. 3 цитираног закона конкретни спор између тужитељице и друготуженог предузећа) који настају из вањско-трговинских односа домаћих привредних организација, установа или организација са иноземним подuzeћима, установама или организацијама остаје и даље надлежна Вањско-трговинска арбитража у Београду, ако су парничне странке писмено уговориле њезину надлежност.

„Прописом чл. 3 Закона о привредним судовима предвиђено је, како то правилно истиче првостепени суд, да привредни судови суде и привредне спорове између домаћих правних особа, ако није уговорена надлежност избраног суда.

„С обзиром на неспорну чињеницу, да је за случај спора између тужитеља и друготуженог подuzeћа уговорена и то писмено надлежност избраног суда, који је у смислу прописа чл. 111 цитираног закона и даље задржао своју надлежност, правилно је првостепени суд утврдио своју ненадлежност и закључио да се тужба против друготуженог подuzeћа уступи Арбитражи за спољну трговину код Трговинске коморе у Београду.“

Према томе, полази се од тога да се код нас за пуноважност уговора о избраном суду захтева изричит писмени споразум странака (чл. 439 закона о парничном поступку и чл. 11 правилника о Спољнотрговинској арбитражи), те да према томе и његов раскид мора бити учињен на исти начин. Прећутно изражено одрицање од споразума о избраном суду није довољно. Како се у таквим случајевима сматра да је арбитражна клаузула и даље пуноважна, то се онда суд по службеној дужности оглашава ненадлежним, јер се ова ненадлежност сматра апсолутном (чл. 15 закона о парничном поступку).

Овде има места питању да ли би у овој ствари требало бити тако строг у погледу форме у којој се мора извршити одрицање од споразума о избраном суду, или би се, као у великој већини земаља (8) требало задовољити и прећутним одрицањем, које би се изразило упуштањем у спор без улагања приговора ненадлеж-

(8) L'arbitrage commercial et la Loi dans les différents pays.

ности? Овоме утолико пре има места што код нас нема прописа који би ово изричито регулисали.

Полазна тачка при одлучивању за једно или друго решење требало би да буду значај који има закључивање уговора о избраном суду и значај који има његов раскид, посматрани како са гледишта јавног поретка, тако и интереса самих странака.

Закључивањем уговора о избраном суду ствара се изузетак од општег правила да решавање свих спорова долази у искључиву надлежност државних судова. Овим уговором се, на основу дозволе садржане у законском пропису, спор предаје на решавање избраном суду и тиме излази из државне компетенције. Ово се може учинити само у одређеним случајевима. Због значаја овог уговора који, као што се види, задире делом и у јавни поредак, сасвим је оправдано што се захтева строга, писмена форма, да би се његово постојање увек могло несумњиво утврдити.

Међутим, раскид споразума о избраном суду већ има друкчији значај. Њим се решавање спора, које је само изузетно изашло испод надлежности државних судова, враћа поново њима, тј. један изузетак то престаје бити и спор се решава по општим правилима. Због тога би требало сматрати довољним свако одрицање од споразума о избраном суду којим се јасно манифестује воља странака да се свога уговора одрекну и да поново желе да свој спор расправе пред редовним судом. А неулагање приговора ненадлежности то сасвим јасно изражава. Тако и сматра француска пракса: „Тужени који се не позове *in limine litis* на ненадлежност суда пред којим је тужен, одриче се компромисорне клаузуле, што је његов противник већ учинио изабравши државни суд [...]”⁽⁹⁾.

Таква је и пракса наше Спољнотрговинске арбитраже која је у спору (Т-13/57) између једног нашег спољнотрговинског предузећа и једне немачке фирме, који су једновремено водили спор о истом предмету и пред редовним немачким судом, стала на становиште да је „у овом случају споразумом странака укинута клаузула о надлежности ове Арбитраже уговорене у закључници од 7. XII 1956.”

Према томе, основано се може заступати гледиште да суд не би требало по службеној дужности да се огласи ненадлежним у случају постојања пуноважне арбитражне клаузуле, већ да би требало да по поднетој тужби поступа и донесе одлуку, уколико није уложен приговор ненадлежности. Супротно решење би значило да суд присиљава странке да се држе једног свог уговора који су оне сагласношћу воља раскинуле и чију примену више не желе.

Једини изузетак би могао бити само у случају када тужена страна не би ни уложила приговор ненадлежности, нити би се упустила у спор. Тада се из њеног држања не би могло закључити да се одрекла арбитражне клаузуле, те би суд тада требало по службеној дужности да се огласи ненадлежним и одбаци тужбу.

6. — Код нас није законом одређено на који се начин мора извршити раскид уговора о избраном суду, тј. да ли он мора бити извршен, као и закључивање уговора, у писменој форми или не. Али је несумњиво да се из постојећих одредаба не може извести закључак, као у наведеној одлуци НР Хрватске, да се суд у таквом случају има огласити ненадлежним по службеној дужности. Одредба

(9) Nouveau Répertoire Dalloz, 51.

чл. 111 закона о привредним судовима, која је и данас садржана у чл. 16 уводног закона за закон о парничном поступку од 8 децембра 1956 гласи:

„За решавање привредних спорова који настану из спољнотрговинских односа домаћих привредних предузећа, установа или организација са иностраним физичким или правним лицима остаје и даље надлежна Спољнотрговинска арбитража у Београду, ако су парничне странке писмено уговориле њену надлежност.“

Наведену одредбу треба тумачити у склопу целог текста закона. А основна идеја закона у овом погледу је да је у овој материји надлежност привредних судова правило а изабрано судство изузетак. Тај изузетак је дозвољен само у привредним споровима са елементом иностраности. Па чак и овде је правило да и ови спорови долазе под надлежност привредних судова (чл. 467 закона о парничном поступку), али се једино у њиховом случају чини изузетак и дозвољава да странке свој спор реше путем изабраног суда односно Спољнотрговинске арбитраже као сталног изабраног суда. Према томе, поента ових законских прописа није у томе да они наређују да спорове за које је уговорен изабрани суд никако не смеју да решавају привредни судови, већ у томе да дозвољавају странкама да, само у овим случајевима, уговоре изабрани суд односно Спољнотрговинску арбитражу. Притом, основно начело изабраног судства остаје недирнуто, а садржи га и законски текст, према коме ће се спор изузети из надлежности редовних судова само ако су странке писмено уговориле изабрани суд. Али, изабрани суд је уговорен само дотле док странке тај свој споразум сагласно не раскину. Закон не садржи одредбу према којој би једанпут уговорен изабрани суд везивао странке чак и против њихове воље, нити решава питање на који начин раскид уговора треба да се изврши. Пошто ниједан законски пропис за раскид овог споразума не тражи одређену форму, то се основано може сматрати да се он може извршити на сваки начин којим се воља странака за то јасно манифестује. И тада, пошто је отпао основ који је дозвољавао изузетак, спор опет долази у надлежност редовног суда.

А код међународних привредних спорова такво решење је још погодније, јер међународни трговински промет захтева што мање крутости у решавању спорова и брзину која се не сме спутавати никаквим непотребним процедуралним формалностима.

Др. Светислав Т. Аранђеловић