

## НЕКА ПИТАЊА НАДЛЕЖНОСТИ ИЗБРАНОГ СУДА

*Академик и професор Милан Бартош даје већ деценијама, у земљи и у страном свету, крупне прилоге правној науци. Мало је области у којима се он није огледао писаном или живом речју. Честитајући слављенику 70-годишњицу живота, ми му желимо да своју плодну делатност настави још много година. Нека ових неколико мисли посвећених избраном судству буде признање и за оно што је он на том пољу дао и још увек даје.*

1. — Надлежност избраног суда не разликује се појмовно од надлежности државног. Она је, по класичној дефиницији, право (овлашћење) и дужност пресуђења једног спора. За разлику од државног суда, надлежност избраног заснована је на вољи странака, тачније, на уговору који ту надлежност предвиђа<sup>(1)</sup>. Према томе, избрани суд надлежан је ако тај уговор постоји и ако је пуноважан. Да би уговор био постојећи, није довољно да се он састоји од сагласних изјава којима странке поверавају спор на пресуђење избраном суду, него је потребно да то буде онај избрани суд пред којим је парница покренута. За овај избрани суд, непостојећи је онај уговор којим су странке, по тумачењу које он даје, предвиделе надлежност другог избраног суда. Као непостојећи, трсба узети и уговор који је престао да постоји споразумом странака, наступањем раскидног услова, истеком времена за које је био закључен, ако је такво ограничење било уговорено, итд. Уговор је непуноважан ако он, истина, постоји и предвиђа надлежност избраног суда пред којим је парница покренута, али из неког разлога не дејствује, што ће рећи не отклања надлежност државног суда. Разлог може бити различите природе: недостатак у изјави воље потписника уговора; недостатак овлашћења за његово закључење; неравноправност странака која се огледа у томе што је једна од њих обезбедила уговором одлучујући утицај на састав избраног суда; неподобност спора да буде предмет арбитражног суђења уопште итд. Мислимо да је за стални избрани суд непуноважан и уговор о његовој надлежности за спор о коме он по својим статутарним одредбама није позван да суди, као и уговор који садржи одредбе противне начелима по којима он поступа. Непуноважност главног (материјалноправног) уговора не повлачи за собом аутоматски и непуноважност компромисорне клаузуле. Ова ће бити непуноважна због

---

(1) Остављамо по страни обавезну арбитражу.

неке мане главног уговора само ако је мана таква да и њу погађа<sup>(1а)</sup>. За дискусију је питање да ли недостатак законом прописане писмене форме чини уговор о избраном суду — као и уговор материјалног права — ништавим (непуноважним) или непостојећим. Питање је од практичног значаја за онај стални избрани суд који поводом непостојања уговора не поступа на исти начин као и поводом његове непуноважности. То је, на пример, случај са Спољнотрговинском арбитражом при Савезној привредној комори. По правилнику по коме она ради, недостатак писмене форме уговора био би, по нашем мишљењу, третиран као непостојање уговора.

2. — Данас је у науци и у пракси готово опште прихваћено да је избрани суд овлашћен и дужан да цени своју надлежност<sup>(2)</sup>. Та његова оцена није коначна. Избраном суду не припада тзв. *Kompetenz-Kompetenz*, што значи да странке не могу уговорити да се његова надлежност неће моћи довести у питање пред државним судом. Пресуда избраног суда може увек бити нападнута тужбом за поништај из разлога што избрани суд који је одлучио није био надлежан. Право туженог да се тужбом позива на тај разлог изрично је прописано у чл. 451. ЗПП-а. Поводом тог права не постављају се питања која би заслуживала посебан осврт. Већу пажњу привлачи однос државног и избраног суда по питању надлежности у случајевима у којима избрани суд није још мериторно одлучио, или је одбио да то учини. О таквим ситуацијама ЗПП изрично не говори.

3. — Пре свега, могућно је да у току поступка пред избраним судом буде државном суду поднесена тужба за утврђење да уговор о избраном суду не постоји или да је непуноважан. Избрани суд није дужан да прекине поступак, да би сачекао одлуку државног<sup>(3а)</sup>. Али ако он то не учини, онда излаже тужиоца ризику трошкова поступка који је пред њим вођен. Јер пресудом којом државни суд правноснажно усваја поменути тужбени захтев, прејудицира се питање надлежности у поступку пред избраним судом. Та пресуда представља основ за поништај пресуде избраног суда. Да ли ће избрани суд прекинути поступак, зависи од тога како он цени изгледе за усвајање тужбеног захтева пред државним судом. Ако је овоме тужба поднесена пошто је избрани суд већ одбио приговор ненадлежности, онда прекид не би имао оправдања. Јер тиме што је одбио приговор, он је нашао да је надлежан и треба даље да ради, иако он то — као што смо рекли — чини на ризик тужиоца. Све то важи и за случај да је пуноважност и постојање уговора о избраном суду учињено предметом спора пред државним судом пре него што је покренута парница пред из-

(1а) Принцип аутономије компромисорне клаузуле прихваћен је у пракси Спољнотрговинске арбитраже и представља владајући став у домаћој и страниј науци. Види: Стојковић, Материјалноправна аутономија арбитражне клаузуле ита., Спољнотрговинска арбитража, I, 1963; Јухарг, Цивилно процесно право, 1961, стр. 586; Трива, Грађ. проц. право, I, стр. 661; Познић, Грађ. проц. право, 1970, стр. 387. За страни право види нарочито *Klein, Du caractère autonome et procédural de la clause compromissoire etc., Revue de l'arbitrage*, 1961. стр. 48. Правилник Међународне трговинске коморе у Паризу, од 1955, изрично прописује аутономију компромисорне клаузуле (чл. 15, ст. 4).

(2) Супротно становиште се ретко среће у науци. Види *Sperl, Lehrbuch*, стр. 780.

(3а) У чл. 25. Правилника о сталном избраном суду при Савезној привредној комори то је изрично речено. Исто и у чл. 23. Правилника о избраном суду при Привредној комори Ср Црне Горе.

браним. Али ако ова парница не буде одлучена у време наступања правноснажности пресуде државног суда којом се утврђује да је уговор о избраном суду непостојећи или неваљан, избрани суд треба да се огласи ненадлежним, јер њега та пресуда везује.

4. — Питање надлежности може бити покренуто и приговором, и тако пред државним судом, тако и пред избраним. Могућно је замислити ситуацију да једна страна у материјалноправном односу, полазећи од тога да уговором није отклоњена надлежност државног суда, поднесе овоме тужбу, а да друга страна, стојећи на супротном становишту, покрене поступак пред избраним судом. Тако, на пример, продавац може пред државним судом да тужи за куповну цену, а тужени може избраном суду да поднесе захтев за накнаду штете проузроковане позитивном повредом уговора. У свакој од тих парница тужени може да истакне приговор ненадлежности. Али и кад не теку две парнице, него само једна, тужени се може пред избраним судом бранити да уговор о избраном суду не постоји или да је непуноважан, и обратно, његов противник у парници пред државним судом може се позвати на тај уговор и тврдити да је надлежан избрани суд.

5. — Ако се избрани суд огласи ненадлежним, онда уговор о избраном суду престаје да постоји, јер је његов циљ (решење спора) постао неостварив. При томе, акценат такве одлуке избраног суда није на ненадлежности, него просто на његовом одбијању да суди. Битно је у таквој одлуци да избрани суд неће да расправља и да пресуди. Отуда ускраћивање арбитражног суђења има за последицу престанак уговора и кад је избрани суд на питање своје надлежности дао одговор који је очигледно нетачан. Не треба изгубити из вида да се та оцена не може напасти никаквим правним средством пред државним судом. (Ако је уговорена могућност побијања такве одлуке пред избраним судом вишег степена, поменути последица наступа истеком рока за жалбу или потврдом одлуке.) Одбијањем надлежности од стране избраног суда искључује се могућност да у даљем току спорног односа дође до сукоба надлежности. Јер престанком уговора о избраном суду отпада могућност да се у парници пред државним судом тужени брани приговором ненадлежности, позивајући се на уговор.

6. — Избрани суд није везан решењем којим се државни суд огласио ненадлежним због постојања уговора о избраном суду. Истина, то решење је снабдевено материјалном правном снагом ако се побе од тога да ту снагу имају и решења којима се тужба одбацује. Али смисао дејства таквог решења састоји се само у томе да исти или други државни суд мора да одбаци нову тужбу са истим предметом спора ако се тужени опет брани да је надлежан избрани суд и при томе указује на решење о одбацивању исте тужбе поводом истог приговора<sup>(3)</sup>. У парници пред избраним судом, по тужби странке која је оспорила надлежност државног суда, то решење не дејствује јер је у тој парници тужба друга. Избрани суд може, супротно ставу државног суда, наћи да је уговор непостојећи или непуноважан и одбацили тужбу. Према ономе што је речено горе, под 5, таквом његовом одлуком отвара се могућност да државни суд одлучи о захтевима обеју

(3) За аустријско право, тако изрично *Fasching, Kommentar, III*, стр. 698.

странака из истог материјалноправног односа. Ако је после одбацивања тужбе од стране државног суда парницу пред изабраним покренула иста страна, избрани суд се, по правилу, не може огласити ненадлежним. Разлог за то не треба видети у његовој везаности решењем о одбацивању тужбе, него у томе што тужени не може оспорити његову надлежност. Њему се таква одбрана не може допустити, јер би она значила *venire contra factum proprium*. Ако је он у ранијој парници, да би постигао одбацивање тужбе, инсистирао на томе да је уговор о надлежности постојећи и пуноважан, онда је тиме изразио пристанак да му суди избрани суд. Неприхватљив је, дакле, његов приговор којим он, супротно свом држању у ранијој парници, тврди да уговором није заснована надлежност избраног суда, те да је надлежан државни. Таква одбрана била би допуштена само изузетно, и то ако је после парнице пред државним судом наступила чињеница која је проузроковала престанак уговора. Избрани суд могао би да се огласи ненадлежним и у случају ако спор по свом карактеру излази из круга његове надлежности или ако су правила уговореног поступка противна начелима по којима он суди.

7. — Ако је државни суд одбио приговор ненадлежности, питање дејства тог решења у парници пред изабраним судом не заслужује дискусију, просто зато што оно није способно за материјалну правноснажност. Избрани суд није дужан да у парници која пред њим после тога буде покренута или која у то време можда већ тече, одбаци тужбу странке која се пред државним судом позвала на уговор. У случају у коме избрани суд усвоји приговор ненадлежности, уговор престаје да постоји, и странци чија је тужба одбачена не остаје ништа друго него да државном суду поднесе противтужбу. Ако, пак, избрани суд одбије приговор ненадлежности, онда теку две парнице: по тужби једне странке пред државним судом и по тужби друге пред изабраним. Иако се тужбени захтев у једној парници разликује од тужбеног захтева у другој, пресуда једног суда дејствује својом правноснажношћу на парницу пред другим ако постоји прејудицијалитет, као у случају примера са спором из купопродајног уговора. Један суд, било који од два, мора правноснажну пресуду другог суда ставити у подлогу своје пресуде, тако да ова гласи у складу са ранијом. Купац који је осуђен да плати цену, није имао право да одустане од уговора и не припада му накнада штете. И обратно, усвајањем оштетног захтева због повреде обавезе искључује се постојање права на цену<sup>(3а)</sup>.

8. — Према изложеном, одлука државног суда о приговору ненадлежности, сама по себи, не обавезује избрани суд. Странка која жели да постигне одлуку којом ће избрани суд у погледу своје надлежности бити везан, може да пред државним судом истакне одговарајући захтев, и то тужилац — поред првобитно постављеног захтева — захтев за утврђење да уговор о изабраном суду не постоји или да је непуноважан, а тужени, противтужбу са захтевом супротне садржине. Ако је стављен један од тих захтева, прекид поступка може се пред изабраним судом показати као умесан. Одлука којом се избрани суд огласио ненадлежним, не дејствује својом правноснажношћу, него као чињеница којом се у сваком случају уговор

(3а) За немачко право, у истом смислу *Rosenberg, Schwab, Lehrbuch*, 1969, стр. 808. и 809.

о избраном суду гаси. Никакво дејство на парницу пред државним судом нема одлука којом избрани суд одбија приговор ненадлежности.

Из онога што је горе речено проистиче још једна консеквенца: у односу државног и избраног суда нема места приговору литиспенденције се принцип непоновимости (*Grundsatz der Einmaligkeit*) у ситуацији у односу између два државна суда. Приговором да парница тече изражава се принцип непоновимости (*Grundsatz der Einmaligkeit*) у ситуацији у којој су оба органа пред којима тече поступак надлежна за исту правну ствар. Кад се радн о истом спору пред државним и избраним судом, то није случај, јер је немогуће да су и један и други надлежни. Уместо приговора литиспенденције, истиче се приговор ненадлежности, и то пред државним судом позивањем на уговор о избраном суду, а пред избраним судом оспоравањем да је тај уговор постојећи или да је пуноважан. Управо, као што у односу између два државна суда нема места приговору литиспенденције ако се једна од странака позива на пророгациони уговор. Све ово важи и за однос једног избраног суда према другом.

9. — У ЗПП-у нема изричне одредбе о томе до ког тренутка у развоју поступка може пред државним судом да буде стављен приговор ненадлежности позивањем на уговор о избраном суду. Мислимо да одговор треба извести аналогијом из одредаба чл. 16, ст. 2 (приговор стварне ненадлежности окружног суда), чл. 19, ст. 2 (приговор месне ненадлежности) и чл. 158, ст. 2. (захтев за обезбеђење парничних трошкова). Из тих одредаба проистиче да би тужени могао истаћи приговор ненадлежности по основу постојања уговора о избраном суду најдоцније на припремном рочишту, а ако ово није одржано, онда на првом рочишту за главну расправу, пре него што се упусти у расправљање о главној ствари. Овом законском решењу може се упутити критичка замерка да туженом омогућује приговор ненадлежности и пошто се он на припремном рочишту, или можда пре тога у одговору на тужбу, упустио у мериторно расправљање. Теоријски, то је неправилно зато што свако мериторно расправљање туженог садржи, макар прећутно, његов предлог да суд пресудом одбије тужбени захтев. Тиме тужени у ствари изражава своју сагласност да у спору одлучи државни, а не избрани суд. Ова његова изјава може се, посматрана заједно са тужбом, конструисати као прећутно споразумно раскидање уговора о избраном суду. Изгледа необично да тужени и после тога, све до окончања припремног рочишта, може да оспори надлежност државног суда, позивајући се на уговор о надлежности избраног.

Постојање уговора о избраном суду, државни суд не узима у обзир по службеној дужности, него само по приговору. Он не може надлежност да одбије ни у случају у коме та чињеница проистиче из исправа приложених тужби, а тужени се у парници држи пасивно<sup>(4)</sup>.

10. — Закон не садржи одговор ни на питање постављено у супротном смислу: до кога тренутка у развоју поступка пред избраним судом може тужени да оспори надлежност? Одговор није ствар Закона, него од-

(4) За југословенско право, тако: Јухарт, навед. дело, стр. 587; Трива, наведено дело, стр. 27. За аустријско, *Sperl*, наведено дело, стр. 786. За немачко — *Rosenberg, Schwab*, наведено дело, стр. 466. Супротно *Pollak*, који узима да се уговором искључује редовни правни пут (*System*, стр. 776).

редаба којима се уређује поступак пред изабраним судом. Ако те одредбе не предвиђају што друго (а то друго није лако замислити!) важи правило да тужени може оспорити надлежност изабраног суда најкасније у исто време кад даје своју прву мериторну одбрану, било у поднеску који претходи усменом расправљању, било на рочишту. Овај став је у науци и пракси опште усвојен, и као такав нашао је своје место и у Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи (чл. VI).

11. — Супротно државном суду, избрани суд испитује постојање и ваљаност уговора о изабраном суду по службеној дужности, јер он своју надлежност заснива на том уговору. У погледу начина на који он ту своју дужност испуњава, меродавна су правила којима се уређује његов поступак. Могућно је замислити да та правила предвиђају да избрани суд своју надлежност испитује одмах по пријему тужбе и да ову, без икаквог претходног изјашњења тужене странке, одбацује ако нађе да уговор не постоји или је непуноважан. Укратко, могућно је да је по поменутих правилима избрани суд дужан да на надлежност пази онако како је то у погледу своје надлежности дужан да чини државни суд кад прими тужбу. Међутим, такво уређење било би необично. Јер избрани суд изводи своје овлашћење из воље странака, те је разумљиво да та воља има у погледу његове дужности да пази на своју надлежност јачи утицај него у парници пред државним судом. Отуда је у складу са природом изабраног суда да он о својој надлежности одлучује тек пошто је туженој страни пружио могућност да се о том питању изјасни. (Одступање је оправдано само ако се ради о правној ствари која не може бити предмет арбитражног суђења уопште, или не спада у ону врсту грађанских спорова о којима избрани суд по својим статутарним правилима може да одлучује, или ако су странке превиделе поступак који је у супротности са начелима његовог поступка.) И кад је непостојање уговора очигледно, још увек не треба искључити могућност да тужени изрично или прећутно прихвати надлежност изабраног суда.

12. — Кад је реч о уговору о изабраном суду, онда се обично мисли на уговор којим се отклања надлежност државног суда, дакле такав којим је надлежност изабраног предвиђена као обавезна. Могућно је, међутим, замислити да странке ту надлежност уговоре као факултативну<sup>(5)</sup>. Суштина таквог уговора састоји се у томе да странке уговарају надлежност државног или изабраног суда, по свом избору. Смисао права на избор не треба схватити тако да тужена странка може за своју тужбу да бира надлежност и кад је друга подношењем тужбе свој избор већ учинила. Такав смисао факултативне надлежности показује се као неприхватљив ако се има у виду да тужба туженог има карактер противтужбе. Мора се, дакле, узети да се право једне странке на избор гаси покретањем парнице од стране друге странке. Оно што је овде од интереса, то је питање од кога дана право на избор престаје тиме што је друга странка учинила избор. Питање је од практичног значаја за онај случај у коме је једна од странака покренула парницу пред државним, а друга пред изабраним судом, па треба утвр-

(5) У том смислу: за аустријско право, *Pollak*, навед. дело, стр. 770; за немачко — *Rosenberg, Schwab*, навед. дело, стр. 939.

диги чији је избор ранији. У обзир долазе дан кад је од стране суда тужба примљена и дан кад је тужени за то сазнао достављањем тужбе. У материјалном праву, повериочев избор између две алтернативне чинидбе постаје перфектан и производи дејство од тренутка кад је изјава о избору стављена до знања дужнику. Али у том односу друкчије не може ни бити, јер дужник мора знати на коју је чинидбу сведена његова обавеза, да би могао да је испуни. Кад је реч о избору између државног и избраног суда, тај разлог не говори у прилог гледишта да је избор учињен тек саопштењем туженику. Пријемом тужбе у државном или избраном суду постављен је захтев за правну заштиту пред органом који је позван да пресуди. Странка је тиме свој избор учинила. Не би било исправно дати предност другој странци чија је тужба касније у суду примљена, али достављена противнику раније него што је противникова достављена њој. Ако је у питању факултативна надлежност једног избраног суда *ad hoc*, чији састав није одређен уговором, требало би узети да је избор таквог суда учињен оног дана кад је једна странка добила од друге позив да именује арбитра. Тиме се странка која је позив упутила, изјашњава за надлежност избраног суда.

13. — Надлежност избраног суда може бити одређена и везивањем за седиште оне стране која у парници буде имали једну од двеју улога. Такво уговорање среће се нарочито у односима између странака из разних земаља. Тако је, на пример, уобичајено да источноевропске земље у својим међусобним уговорима предвиђају надлежност арбитраже при трговинској комори земље тужене стране. Могућно је замислити и обратно, да странке уговоре надлежност сталног избраног суда у земљи тужиоца<sup>(6)</sup>. Ма како то изгледало необично, не може се у случају таквог уговора ускратити туженом право да приговара ненадлежност ако је тужба поднесена арбитражи при његовој, а не тужиоцевој привредној комори. Уговор не треба да буде схваћен тако као да предвиђа алтернативу. Надлежност арбитраже у земљи тужиоца не представља за овога једну привилегију, којом он не мора да се користи. Не стоји аргумент да се туженом приговором ненадлежности не може допустити јер би том одбраном показао веће поверење у страни него у домаћи избрани суд. За допуштеност приговора говори не само текст уговора него и интерес који тужени може имати за надлежност оне арбитраже која је уговорена. Он може бити уверен да ће добити спор, па ће избећи делибациони поступак у земљи тужиоца за случај да досуђене парничне трошкове мора да остварује принудним путем. Овај аргумент је још значајнији ако тужени, сматрајући тужбени захтев неоснованим, хоће да поднесе противтужбу. Могуће је и да састав арбитраже и њен поступак у земљи тужиоца пружају туженом више гаранција за тачност мериторне одлуке.

14. — Дужност избраног суда да образложи своју одлуку о ненадлежности ствар је правила о његовом поступку. Та правила нису противна закону ако не предвиђају дужност образложења. Јер — као што смо већ рекли — није битно зашто избрани суд одбија да суди, него је битно да он то не жели. И кад је поменута дужност прописана, њена повреда не

(6) Тако у спору Масинимпорт (Букурешт) в. Југоелектро (Београд) пред Спољнотрговинском арбитражом у Београду (Т бр. 187/69).

повлачи никакве процесне последице, јер се одлука о одбацивању тужбе не може напасти тужбом за поништај. Пред државним судом, тужени може побијати само мериторну одлуку избраног суда. Овај, дакле, не дугује тужиоцу образложење за одбацивање тужбе. Ако избрани суд разлоге ипак даје, онда он то чини из куртоазије.

15. — Одлука о ненадлежности избраног суда разликује се од одговарајуће одлуке државног суда и по томе што се њоме не може одлучити о праву тужног на накнаду парничних трошкова<sup>(6а)</sup>. Ако себе сматра ненадлежним, избрани суд не може донети никакву ауторитативну одлуку, па ни ону којом се тужилац осуђује да туженом плати по поменутом основу извршан новчани износ. У првим годинама примене Правилника о Спољнотрговинској арбитражи било је по том питању колебања, с обзиром на одредбу члана 38, која упућује на ЗПП у погледу онога што Правилником није уређено. При томе се заборавило да се ЗПП супсидијерно примењује на арбитражни поступак само колико то одговара природи арбитражног суђења уопште, а не у погледу свега што Правилник не регулише. Данас је пракса Арбитраже устаљена у изложеном смислу. Но, ако избрани суд нема овлашћење да одбијајући од себе надлежност одлучује о трошковима, онда тиме није речено да тужени нема право на трошкове. Можда ће се рећи да трошкови нису били потребни, пошто би избрани суд, и да се тужени није држао пасивно, донео, пазећи по службеној дужности на своју надлежност, одлуку којом одбија да суди. Аргумент је неубудљив, јер и у поступку пред државним судом туженом припадају трошкови за одбрану против тужбе у једној правној ствари у којој редовни правни пут очигледно није допуштен, па суд ипак не одбија захтев за накнаду трошкова позивајући се на то да би тужба била одбачена и да тужени никакву радњу није предузео. Туженом, дакле, стоји, у циљу утврђења и остварења права на трошкове, отворен пут државног правосуђа.

16. — Посебан осврт заслужују неке одредбе Правилника о Спољнотрговинској арбитражи, које се тичу надлежности. Пре свега, нека разјашњења захтева текст чл. 13, по коме секретаријат Арбитраже позиву тужену страну да се у року од 30 дана изјасни да ли прихвата надлежност Арбитраже, „ако између странака не постоји арбитражна клаузула или ако клаузула на коју се тужилачка страна позива не предвиђа надлежност Арбитраже“. Прво, обе ове хипотезе — према оном што је горе речено — свде се на једну: непостојећа је и она клаузула која предвиђа надлежност неког другог избраног суда. Друго, питање да ли је реч о таквој клаузули, није увек просто. Понекад је за одговор потребно тумачење. Смисао клаузуле, међутим, позвано је да испитује председништво Арбитраже поводом туженикове одбране да клаузула не постоји, или поводом његовог пасивног става према тужби (чл. 12). Где је дакле граница? Другим речима, у коме случају се делатност Арбитраже своди на оно што је по чл. 13. позван да уради њен секретаријат, а када ће бити потребно да постојање клаузуле испитује њено председништво? Мислимо да одредба овог члана има у виду случај у коме ни у тужби ни у прилозима нема помена о постојању

(6а) Супротан став заузет је у чл. 26. Правилника о сталном избраном суду при Савезној привредној комори. Исто и у чл. 27. Правилника о избраном суду при Привредној комори СР Црне Горе.



неке арбитражне клаузуле, или сам тужилац изјављује да она не постоји и нуди другој страни њено закључење, или је клаузулом на коју се он позива предвиђена, сасвим несумњиво, надлежност другог избраног суда. У тим случајевима секретаријат, пошто поменути рок безуспешно протекне или тужени изрично одбије да прихвати надлежност, обавештава тужиоца да арбитражном поступку нема места и правна ствар се не износи пред председништво. У другим случајевима, па и кад је постојање клаузуле сумњиво, чл. 13. се не примењује и тужба се доставља на одговор.

17. — Из наведеног чл. 12. Правилника проистиче да се председништво не бави оном правном ствари у којој тужени свој приговор ненадлежности заснива на непуноважности клаузуле, не оспоравајући да она одиста предвиђа надлежност арбитраже<sup>(7)</sup>. Питањем пуноважности бави се само проширено веће. (Изузетак је прописан у чл. 14.) По наведеној одредби, председништво утврђује „да ли арбитражна клаузула материјално постоји”. У Правилнику није речено шта треба разумети под овим термином, који је преузет из Правилника Међународне трговинске коморе. Мислимо да клаузула материјално постоји ако је надлежност Арбитраже за покренути спор предвиђена текстом уговора из којег тужилац ту надлежност изводи. При томе се Председништво ограничава на тај текст, не упуштајући се у извођење евентуалних туженикових доказа о непостојању клаузуле, без обзира колико ти докази могу *prima facie* бити убедљиви<sup>(8)</sup>. Случај у коме тужени тврди да не постоји никаква арбитражна клаузула није лако замислити, просто зато што таква правна ствар треба да буде ликвидирана од стране секретаријата по чл. 13, тако да се не износи пред председништво. Оспоравање постојања арбитражне клаузуле састоји се најчешће у томе што тужени тврди да из текста клаузуле на који се тужилац позива, онако како тај текст гласи, не проистиче надлежност Арбитраже. Битно је да до одговора на питање постојања клаузуле председништво долази тумачењем текста клаузуле, а не изводи у том циљу доказе, нити расправља са странкама.

18. — Даљи ток поступка зависи од става председништва. Ако оно утврди материјално постојање клаузуле, правна ствар прелази у надлежност већа. Ово није везано ставом председништва да клаузула постоји. Ако се веће с тим ставом не слаже, онда оно у проширеном саставу одлучује о надлежности. Утврђење од стране председништва да клаузула материјално постоји има, дакле, карактер једне привремене одлуке. Правилник не садржи одредбу за случај да одговор председништва буде одречан, али из ст. 2, чл. 12. треба извести закључак да се поступак обуставља, и правна ствар се не износи пред веће.

19. — Кад је реч о испитивању да ли клаузула постоји, треба се с неколико речи осврнути на случај у коме тужилац тврди да је клаузула

(7) Редактори Правилника о Спољнотрговинској арбитражи одступили су овде од Правилника Међународне трговинске коморе у Паризу, који прописује да арбитража, пре него што правна ствар буде упућена арбитрама, утврђује не само постојање него и пуноважност клаузуле, ако је један или други недостатак истакнут приговором (чл. 13, ст. 3).

(8) Тужени је, на пример, могао да уз одговор на тужбу поднесе писма из којих проистиче да су странке споразумно раскинуле клаузулу.

закључена у писменој форми, али да је исправа у којој је она била садржана, уништена или изгубљена, или да се налази код противне странке или код трећег лица. По нашем мишљењу, овај случај треба узети као случај непостојеће клаузуле. Чињеница њеног постојања не може се пред Арбитражом доказивати друкчије него исправом. Не одговара природи арбитражног суђења да се поступак задржава саслушањем сведока, или можда странака, о чињеници од које зависи надлежност Арбитраже. То је став праксе од првог дана њене делатности<sup>(9)</sup>. Ипак, иако је у питању непостојање клаузуле, не би требало применити чл. 13. Правилника, него доставити тужбу на одговор, јер тужилац тврди да је клаузула закључена. Али, ако се чињеница њеног закључења може пред Арбитражом доказивати само исправом, у парници пред државним судом, по тужби за утврђење постојања клаузуле (уговора о избраном суду), може се та чињеница доказивати и другим доказним средствима. Она овде није претпоставка за надлежност суда пред којим парница тече, него има одлучујући значај за исход спора. Тешко је видети зашто би у спору по поменутој тужби било у том погледу друкчије него у спору у коме се утврђује право наслеђа по основу уништеног или изгубљеног тестамена или у коме је предложена осуда на предају поклоњене ствари по основу писмено закљученог уговора о даривању, који је после закључења нестао. У недостатку супротне одредбе којом се уређује поступак, све ово важи и за други избрани суд.

20. — Најзад, остаје нам још једна напомена поводом одредбе ст. 2, чл. 15, по којој странке могу оспоравати надлежност Арбитраже све до закључења расправе. Реч „странке“ оправдана је овде само утолико што тужилац може да приговори ненадлежност поводом приговора пребијања. Надлежност по противтужби, он оспорава у својству туженог. Поменути термин односи се, дакле, првенствено на туженог. Смисао поменуће одредбе није у томе да тужени то право има без обзира како се пре тога у парници држао. Право на приговор ненадлежности треба и овде разумети онако како је горе изложено за избрани суд уопште: тужени то право може да употреби све до закључења расправе ако се пре тога није без резерве, поднеском или на рочишту, упустио у расправљање о предмету спора. Из приказаних правила о поступку по питању надлежности проистиче да ће до ситуације у којој тужени оспорава надлежност тек на расправи, доћи ако се он у претходном поступку понашао пасивно, а председништво и веће нису нашли да је Арбитража ненадлежна.

*Б. Познић*

<sup>(9)</sup> Занимљиво је да сличан став заузимају државни судови у погледу пророгационог уговора (чл. 64. ЗПП). Тако, Врховни привредни суд узима да суд своју надлежност утврђује по општим одредбама о месној надлежности ако тужилац није тужба приложио исправу која садржи уговор. Накнадним прилагањем те исправе странка не може исправити последицу таквог пропуштања. Види одлуке: Р 31/65, од 14. 5. 1965; Сл. 1476/68, од 1. 7. 1968; Р 69/69, од 26. 5. 1969. (све из свиденције суда). ВС Словеније показује се као мање строг, јер допушта накнадно подношење писменог уговора (Гж 318/64, од 29. 5. 1964 — Билт. ВС Слов. 1964/2). Дакле, ниједан од поменутих судова не допушта доказивање постојања уговора другим доказним средствима, осим исправом која уговор садржи.

## РЕЗЮМЕ

*К вопросу компетенции третейских судов*

В статье, посвященной компетенции третейских судов, автор вначале останавливается на различии между принятой и существующей арбитражной оговоркой и ее правомерностью. Касаясь компромиссорной оговорки автор считает, что она является автономной по отношению к договору материального права, ее содержащему. Для третейского суда является обязательным решение, принятое государственным судом, который по праву, предоставленному ему законом, разрешил вопрос наличия оговорки или ее правомерности по иску, касающемуся данного вопроса. Наоборот, в случаях, когда государственный суд вынес решение по данному вопросу по жалобе ответчика, это решение не связывает третейский суд, независимо от того, было ли возражение признано основанным или было отклонено. Ответчику, сославшемуся на арбитражную оговорку не разрешается в третейском суде оспаривать ее как таковую или оспаривать ее правомерность. Третейский суд, как правило, ел *officio* решает о своей компетенции, но только лишь после того, как другая сторона изложит свои соображения об оговорке. Решение третейского суда, по которому данный вопрос не относится — к его компетенции, влечет за собой прекращение действия оговорки. Автор сторонник мнения, что в данном случае третейский суд не располагает правом решать о праве ответчика на возмещение издержек производства. В заключении статьи автор приводит свое толкование положений Устава внешнеторгового арбитража при Союзной хозяйственной палате в Белграде.

## SUMMARY

*Some Issues Concerning Jurisdiction of the Elected Tribunals*

The author points out, first of all, to the distinction between the existence and the validity of arbitrary clause. As to the compromisory clause, the author's standpoint is that it is autonomous with respect to the contract of material law which contains it. An elected tribunal is bound by the verdict of the state court, that is provided with authority of adjudicated matter, deciding whether the clause is existing or valid, under the appeal bearing on this matter. On the contrary, if the elected tribunal has adjudicated in the matter upon appeal of the accused, elected tribunal is not bound by this decision, regardless whether the appeal was accepted or rejected. The defendant referring to the arbitration clause is not allowed to contest at the elected tribunal its existence or validity. Elected tribunal, as a rule, examines *ex officio* its jurisdiction, but only after having allowed to the adverse party to make declaration about the clause. The decision of the elected tribunal to the effect that it is not competent entails invalidity of the clause. The author maintains that in such cases the elected tribunal is not authorized to decide about the right of the defendant to the compensation of procedure expenses. Finally, the author gives his interpretation of some provisions of the Rules on Foreign Trade Arbitration at the Federal Economic Chamber in Belgrade.

## RÉSUMÉ

*Quelques questions de la compétence du tribunal d'arbitrage*

Dans son article qui est consacré à la compétence du tribunal d'arbitrage l'auteur s'est arrêté en premier lieu sur la différence entre l'existence et la validité de la clause arbitrale. En ce qui concerne la clause compromissoire, l'auteur s'est placé sur le point de vue qu'elle est autonome par rapport au contrat de droit matériel dans lequel elle est insérée. Pour le tribunal d'arbitrage c'est le jugement du tribunal d'Etat qui est obligatoire, muni de l'autorité de la chose jugée, par lequel on a statué sur la question de l'existence de la clause ou de sa validité, par la plainte qui est limitée sur cette question. Au contraire, si le tribunal d'Etat a déjà statué sur cette question sur l'exception présentée par le défendeur, le tribunal d'arbitrage n'est pas lié par cette décision sans égards au fait si l'exception a été agréée ou rejetée. Le défendeur qui a invoqué la clause arbitrale n'a pas le droit de contester son existence ou sa validité devant le tribunal d'arbitrage. Le tribunal d'arbitrage, en règle générale, s'assure d'office de sa compétence, mais seulement après avoir donné la possibilité à la partie adverse de se prononcer sur la clause. La décision par laquelle le tribunal d'arbitrage décline sa compétence a pour conséquence la cessation de la clause. L'auteur soutient la thèse que dans ce cas le tribunal d'arbitrage n'est pas autorisé de statuer sur le droit du défendeur à la compensation des frais de procédure. A la fin de son travail l'auteur a exposé son interprétation de certaines dispositions du Règlement relatif à l'arbitrage de commerce extérieur près de la Chambre économique de Belgrade.