

*Проф. др Божидар С. Марковић
професор Правног факултета у Београду, у пензији*

СУЂЕЊЕ ПО ПРАВИЧНОСТИ У ОПШТЕМ И У АРБИТРАЖНОМ ПРАВУ

Суђење по правичности означава такав начин суђења при којем се судија не ограничава само на примену законских прописа него их доуњава и посматрањем друштвених чињеница, сипарајући се да у сваком конкретном случају донесе одлуку у складу са друштвеним схватањем правде даиоџ иренушка. Суђење по сипроџом праву ослања се међуиим искључиво на формалнолоџичко резоновање по законским шексиповима и услед шоџа доводи до „законске правде“, која није ни увек ни пошуну исповейина с друштвеном правдом. — Правичност на шај начин врши ипројаку функцију: исправља недосипаишке законскоџ иправила, индивидуалише аисипрактину ойишу норму и уводи у иозиитивни иоредак ново право које се временом сипвара у друштиву. А суђење по правичности није ни субјективно ни произвољно суђење, него је изразишо научно, социолошко суђење, које се руководи објективним, рационалним и владајућим друштвеним крииперијумима. Неџова крајња сврха је да се иосипиџне иприближна једнакост иресипаиша, иш. да само сипроџом ирименом законских и уџговорних одреџаба једна сипрана не иосипиџне неосновану корисип, огностно, да друџа сипрана не иоднесе неоиравдан ишерей.

Кључне речи: Ойишше иправо. — Арбиипражно иправо. — Правичностип. — Правда

У општем праву контипенталне Европе редовно се суди по формулисаним и писаним правним правилима, ређе по обичајном праву, тј. по усменим, но ипак одређеним и формулисаним правилима. Али, истовремено, сви европски правни системи упуђују судове да у појединим областима и случајевима одлучују и по правичности.

Слично поступа и арбитражно право које, поред правила општег права, сачињавају одреџбе о избраним судовима, међународне конвенције о арбитражи, правилници и статуту сталних арбитража и избраних судова, као и арбитражни уговори странака којима оне заснивају надлежност одређене арбитраже.

Арбитри, као и судије редовних судова, доносе своје одлуке првенствено по општем праву, на основу прописа надлежног материјалног и процесног права, обичајног права, одредаба уговора и правичности тамо где их опште право упућује на правичност. Али у арбитражном праву се арбитрима отвара и једно знатно шире поље за суђење по правичности него што је то случај са суђењем по правичности од стране редовних судова. Наиме, већина правилника сталних арбитража садржи одредбе према којима странке могу овластити арбитре да у њиховом спору одлуче применом начела правичности у целој области права а не само у случајевима где их закон упућује на правичност. То проширење власти арбитра предствља уједно и најзначајнију разлику између суђења и правичности у општем и у арбитражном праву.

Опште право о суђењу по правичности кодификовано је најчешће у грађанским законима појединих земаља. — Тако по члану 1135 француског Грађанског законика из 1804: „Уговори обавезују не само на оно што је у њима изражено, него и на све последице које правичност, обичај и закон везују за облигацију према њеној природи”. — По члану 4. швајцарског Грађанског законика из 1907: „Судија примењује правила права и правичности, кад му закон додељује власт оцењивања или му налаже да доноси одлуку водећи рачуна било о околностима било о правичним побудама”, а таквих случајева у самом Грађанском законнику има око 70. — Швајцарски Законик о облигацијама од 1912. упућује судију на одлучивање по правичности посебно у области накнаде штете и при одмеравању висине штете (чл. 26, 29, 39, 44, 47, 52, 54). — Немачки Грађански законик од 1900. не садржи општу одредбу о суђењу по правичности, ту улогу по немачком праву великим делом обавља стандард „поверење и поштење” („Treu und Glauben”), али тај Законик у великом броју случајева упућује судију и на „захтеве правичности” и на „правичну накнаду штете” (чл. 660, 829, 847, 971, 1300, 1361, 1579, итд). — Општи аустријски грађански законик из 1811. се не позива изричито на правичност, али његов § 7 садржи све битне елементе појма правичност кад налаже судији како ће попуњавати празнине у закону.

Што се, посебно, тиче југословенског општег права о суђењу по правичности, оно је дошло до израза у више законских текстова. — Српски Грађански законик из 1844. изјављује нпр. у своме § 2 да он прописује „постојана правила ради правде и правце”, а у §-у 8 каже, ако се неки случај не би могао расправити ни тумачењем ни помоћу аналогије, да га онда „треба протумачити тако да се са основима здравог разума и природне правце слаже”. — Веома сличну одредбу садржи и Богишићев Општи имовински законик из 1888, према чијем члану 3 кад се појаве празнине у закону, случај треба решавати „по општим основама правде и

правице”, док се у члану 782. дају ближа упутства о томе како треба судити по правди и правичности. — За југословенско опште право о суђењу по правичности од посебног практичног значаја су и одредбе Закона о облигационим односима из 1978. године. Јер тај закон, поред одредаба општег значаја о суђењу по правичности (чл. 101, 133/1, 208), упућује судију односно арбитра да и у двадесетак конкретних случајева доноси своје одлуке по начелима правичности.

Арбитражно право о суђењу по правичности дошло је до израза нарочито у правилницима и статутима иностраних, међународних и наших сталних арбитража. — Тако на пример члан 5 Правилника Арбитраже при цирншкој Трговинској комори садржи лаконску одредбу према којој „странке могу закључити споразум којим овлашћују арбитражни суд да одлучи према праведности”, што чини без икаквих даљих упутстава или ограничења, чиме тој Арбитражи оставља пуно слободу при доношењу одлука по правичности. — Статут Сталног арбитражног суда при Немачкој арбитражној комисији даје арбитрама једно још шире овлашћење, јер у §-у 30 само каже: „Суд ће своју одлуку донети према праведности”, при чему такав начин суђења не условљава чак ни овлашћењем странака. — Правилник Арбитражног суда Међународне трговинске коморе у Паризу има посебно обележје. По члану 13 став 4 тога Правилника „Арбитража добија овлашћења пријатељског посредника (*amiable compositeur*) ако су странке сагласне да му даду ова овлашћења”. Суђење по правичности и пријатељско посредовање су свакако две различите установе, али којима је заједничко то што се обе супротстављају суђењу по строгом праву, што арбитрама дају широка овлашћења при доношењу одлуке, и што им је крајња сврха постизање правичног решења. — Потребно је још напоменути да и међународне конвенције о арбитражи чешће регулишу пријатељско посредовање него суђење по правичности. Тако Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 1961. прописује у своме члану 7 став 2: „Арбитри ће одлучити као пријатељски посредници ако је таква воља странака и ако то допушта закон који важи за арбитражу.” Истоветну одредбу садржи и члан 39 Правилника Арбитражне економске комисије за Европу при Организацији Уједињених нација из 1966. године.

У погледу југословенског арбитражног права о суђењу по правичности од најширег значаја је Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије од 1984. године. Према члану 41 став 6 тог Правилника „Арбитри могу доносити одлуке држећи се искључиво начела правичности само ако су им странке дале такво овлашћење”. — Битно друкчију формулу садржи члан 53 став 2 Правилника о Избраном суду (Арбитража)

при Привредној комори Југославије, према којем: „По сагласном предлогу странака арбитри могу да одлуче и применом принципа правичности, држећи се основних начела југословенског права, узанси и пословних обичаја.” — Као што се из предњег може закључити, југословенско позитивно право о суђењу по правичности није јединствено, него зависи од арбитражног форума који је надлежан да одлучује у појединим конкретним случајевима.

Поводом суђења по правичности постављају се и извесна општа теоријска питања. — Једно од њих је зашто сви правни системи упућују судије и арбитре да поред суђења по формулисаним правним правилима доносе своје одлуке и по начелима правичности. Разлози томе су тројаки. Законодавци прибегавају правичности на првом месту да би се исправили недостаци формулисаног правила, посебно да би се отклониле законске нејасности и попуниле празнине у закону. Други разлог је апстрактност формулисаних правила, која због своје општости нужно занемарују значајне специфичне околности многих индивидуалних случајева. Трећи разлог је дејство времена на законске текстове, тј. стална еволуција животних односа која непрскидно доноси нове чињенице и нова схватања друштвених вредности а с њима и промене у области права. Правичност на тај начин представља и допунски извор права који ступа на сцену кад је позитивно правно правило нејасно, недовољно, непостојеће или застарело. Укратко, правичност исправља техничке недостатке писаних правила, прилагођава апстрактну норму особеностима конкретног случаја и доводи је у временски склад са актуелним мерилима друштвених вредности.

Друго питање од општег теоријског значаја је однос који постоји између правде и правичности као блиских и сродних појмова. У суштини оба та израза имају исто значење, при чему се наизменично употребљавају и као синоними. Данас је међутим уобичајено и опште прихваћено да се термин правда првенствено употребљава кад хоће да се изрази апстрактна и објективна идеја правде као философска категорија, док се правичност претежно користи кад је реч о остваривању правде у пракси и у конкретним случајевима.

Идеја правде се изводи из логичког и математичког принципа идентитета као основног закона природе и правилног мишљења, наиме из става да је свака ствар равна самој себи. Из тог принципа идентитета проистиче даље и етичко начело правде, које налаже да се с једнаким стварима једнако поступа а с неједнаким стварима неједнако али сразмерно њиховој неједнакости. Које су, пак, ствари једнаке односно у којој су мери неједнаке оцењују друштво и држава према њиховима сазнањима и незнањима, циљевима, веровањима, идеологијама и заблудама. Услед тога, правда је садржин-

ски битно релативна и променљива категорија, зависна од научних, метафизичких и друштвених мерила вредности.

Правичности је задатак да позитивно право у конкретним случајевима доводи у склад са друштвеним схватањем праведног, отклањајући нарочито негативне последице формализма, општости и статичности правила позитивног права. Правичност се у томе смислу противставља строгом праву које се руководи ригорозном применом логичког резоновања по формулисаним правним правилима, без обзира да ли ће такво резоновање довести и до правичног решења — *dura lex sed lex*. Правичност, међутим, има за главну сврху изналажење праведног решења, ради чега се служи слободнијим закључивањем које није везано само за законске текстове него улази и непосредно у спорни однос и у животну стварност. Она тако представља неку врсту директног правног метода.

Посебан значај представља питање шта значи суђење по правичности односно како треба судити по правичности. Као што је напред изложено, поједини законски текстови и арбитражни правилници и статuti дају у томе правцу судијама и арбитрама основна упутства, која међутим треба допунити и ближним објашњењима.

Суђење по правичности на првом месту није ни субјективно ни произвољно суђење, али не сме бити ни сентиментално нићи идеолошко суђење, засновано искључиво на некој апстрактној догми, религијској, философској или политичкој. Оно треба да буде једно изразито научно, ако се хоће социолошко суђење, које се руководи објективним, рационалним и владајућим друштвеним критеријумима вредности.

Судија и арбитар, судећи по правичности, расправљају конкретан спор директно и без посредовања правних конструкција. Улазе у суштину правног односа, у његову социјалну и економску позадину, у мотиве који су руководили странке да заснују спорна права и обавезе и у њихову савесност. У имовинскоправној области посебно настоје на приближној једнакости престаџија, тј. да само строгом применом законских и уговорних одредаба једна страна не постигне економски неосновану корист, односно да друга страна не поднесе економски неоправдан терет.

Суђење по правичности расправља тако правне спорове из вишеструке перспективе. Полази од формалног позитивноправног поретка и уговора странака, које допуњава, често и коригује, улази у материјалне изворе права, у мотиве странака и у крајњи резултат решења. Подразумева, дакле, пре свега формалноправну анализу сировог стварног односа, даље психолошку анализу странака и њихових воља и најзад практичан исход решења.

Силазећи тако са чисто јуристичког плана у суштину правног спора и у коначан резултат одлучивања, суђење по правичности

представља сложено и комплетно суђење, које је због тога и најтежи и најодговорнији облик дељења правде.

Dr Božidar Marković

Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

ADMINISTERING JUSTICE ACCORDING TO EQUITY IN THE GENERAL AND ARBITRATION LAWS

Summary

The general law concerning administration of justice according to equity is codified in the civil codes in individual countries, while the law of arbitration concerning the same subject matter — in the international arbitration conventions, then in the regulations and internal statutes of permanent arbitration tribunals, as well as in the arbitration agreements entered into by the interested parties.

Particularly significant for the administration of justice according to equity in the present-day Yugoslav general law are the provisions of paragraph 8 of the Serbian Civil Code of 1844, as well as articles 101, 133/1 and 208 of the Yugoslav Law on Obligation Relations (Torts and Contract Law) of 1978.

Administering justice according to equity requires, first of all, making a formal legal analysis of the disputed case, followed by an economic and wider sociological analysis of the raw actual relationship, the psychological analysis of the parties, including their intention (will), and finally — the practical consideration of the outcome of the solution sought.

Equity is derived out of the notion of justice. Justice means an equal approach in treating equal things and unequal treatment in approaching the unequal things — proportionately to their inequality. Administering justice according to equity, on its part, has as its aim the bringing into accord the positive law in specific cases with the social conception of the just at a given moment.

Key words: *Administering justice. — Equity. — General law. — Law of arbitration.*

dr Božidar Marković

professeur émérite à la Faculté de droit de Belgrade

ACTE DE STATUER EN ÉQUITÉ DANS LE DROIT COMMUN ET DANS LE DROIT ARBITRAL

Résumé

Le droit commun sur l'acte de statuer en équité est codifié dans les Codes civils des pays particuliers et le droit d'arbitrage sur le même sujet dans les conventions internationales sur l'arbitrage, dans les règlement et les statuts des arbitrages permanentes, ainsi que dans les conventions d'arbitrage des parties mêmes. Les arbitres peuvent prendre des décisions en équité sortant du cadre des dispositions du droit commun lorsque le droit d'arbitrage et les parties les y autorisent.

Concernant l'acte de statuer en équité dans le droit yougoslave commun contemporain une importance particulière est attachée aux dispositions du paragraphe 8 du Code civil serbe de 1844; ainsi qu'à l'article 101, 130/1 et 208 de la Loi yougoslave sur les rapports d'obligation de 1978. Concernant notre droit d'arbitrage contemporain, la disposition fondamentale est contenue dans l'article 41/6 du Règlement d'arbitrage sur le commerce extérieur auprès de la Chambre économique yougoslave de 1984.

L'acte de statuer en équité exige tout d'abord une analyse juridique formelle du cas litigieux, puis une analyse économique et sociologique la plus large possible du rapport réel brut, ensuite une analyse psychologique des parties et de leur volonté et enfin l'issu pratique de la solution.

L'équité est déduite de la notion de justice. Alors que la justice désigne un traitement égale envers des choses égales et un traitement inégal envers des choses inégales, proportionnellement à leur inégalité, l'acte de statuer en équité a pour objectif de mettre en accord dans des cas concrets le droit positif avec la compréhension du juste de la société dans un moment donné.

Mots clés: *Droit commun. — Droit arbitral. — Equité. — Justice.*