

*Јован Милићевић,
дипл. правник извршни директор
у ФГП „Рекорд“, Раковица*

.... Још нешто о надлежности арбитраже

I Уводне напомене

О надлежности Спољнотрговинске Арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду, наши правни теоретичари и практичари, писали су и расправљали, ни мало ни много. У ствари онолико колико је било и потребно.

Наиме, та расправа је и довела до Правилника о Спољнотрговинској Арбитражи при Привредној комори Југославије (у даљем тексту: Правилник), чије се норме, у поступку пред Арбитражом, примењују.

Није ни место, а ни жеља аутора, ни да хвали ни да критикује, како у целини, тако и поједина решења у Правилнику што би, уосталом, и нескромно било, обзиром на ауторитете, који су Правилник израдили, већ је циљ, да укаже на део проблематике, која се пред арбитражима јавља током вођења поступка одн. примене Правилника, будући да Правилник решења за тај део, не пружа.

Ради се о питању надлежности Спољнотрговинске арбитраже да одлучује и решава о компензационом приговору, који није снабдевен арбитражном клаузулом нити проистиче из истог правног односа као и тужбени захтев.

Наравно, није овде реч о некаквом капиталном питању од кога у бити зависи поступак пред Арбитражом, нашта указује чињеница, да по овоме, бар колико је аутору познато, до момента писања овог чланка, нема ни једне Одлуке југословенске Арбитраже, али је свакако питање, које заслужује пажњу у смислу правилног заузимања става за неке случајеве у будућности.

II Садашње стање теорије и праксе

У правној теорији, како у свету, тако и код нас, по овој проблематици постоје два опречна става. Први, по нама преоштро назван конзервативним, који не прихвата могућност, да Арбитража може расправљати и пуноважно одлучивати о питањима, која нису покривена арбитражним уговором, што се, наравно, односи и на компензациони приговор. Изузетак је случај када противпотраживање, које тужени ставља према тужиоцу у пребој, проистиче из истог правног односа, као и тужбени захтев. Очигледно, идентични захтеви као за противтужбу. Други став и даље мањински, односи се на оне ауторе, који се залажу за промене наведених опредељења, при чему, наравно, пружају одговарајуће аргументе за које сматрају да у потпуности оправдавају њихове супротне тврдње. Неки их сматрају ауторима напреднијих схватања.

И поред чињенице да ниједна међународна конвенција, ниједно национално законодавство, па ни Правилници разних арбитража широм света, изузев неколико швајцарских, нису нормирали, а тиме правно и допустили могућност, да се пред арбитражама расправља и одлучује о компензационом приговору, који није покривен арбитражним уговором, аутори овог, за сада, мањинског схватања, снагом својих аргумената, покушавају да уведу нову праксу, када се ради о примени ових правила у свету, а када је у питању југословенска Арбитража, пошто, како је већ речено, о овоме питању није донела, до сада, ни једну Одлуку, да припреме теоретску подлогу, на којој ће се заснивати поступак и опредељења будућих случајева односно будућих одлука ове Арбитраже.

III Аргументи теоретичара новијих сватања

Аутори-теоретичари, поборници овде набројаног, као другог схватања, подлогу за своје опредељење налазе у главном у три аргумента.

Тако, као прво, ови аутори указују на то, да туженом треба омогућити да се брани свим средствима.

Други аргумент ови аутори налазе у материјалном праву, као што су југословенско, немачко, швајцарско и нека друга, по којима компензациони приговор има материјално правни, а не процесни карактер, из чега извлаче закључак, позивајући се на југословенски Закон о облигационим односима, да је то у ствари приговор недоуговања, јер су се међусобна потраживања странака, будући једнородна и доспела, самом изјавом туженог која делује временски ретроактивно, пребила, тако да тужилац и није имао основа да тужбу до висине уложеног приговора пребијања и подноси.

Трећи аргумент ови аутори налазе у владајућем становишту, да је Арбитража овлашћена да расправља, као о претходном питању о постојању прејудицијелног односа и кад овај није обухваћен арбитражним уговором, па се ови аутори питају,

због чега би се код компензационог приговора поступало другачије, кад и од овог приговора зависи основаност или не, тужбеног захтева.

IV Моменти, који доводе у питање напред истакнуте аргументе

Снага наведених аргумената је свакако врло јака. Аутор није ни желео да се упушта у некакве полемике, или да покуша да ове аргументе побија, већ ће са своје стране, ниже изложено, указати на још неке врло важне моменте, од којих зависи правилно опредељење по овом питању, остављајући читаоцу, да сам дође до закључка, да ли је изнети став тзв. напредних аутора прихватљив за будући рад југословенске Арбитраже, или је подложен озбиљној критици.

Тако:

1. Једно од основних начела, на којима се заснива тзв. изабрано судство, а тиме и Арбитража, за разлику од тзв. редовног-државног судства, јесте воља странака. Дакле, странке сачињавају уговор у коме договарају да ће оно што не могу мирним путем решити, а спорно је међу њима, изнети пред изабрани суд одн. Арбитражу, чију ће одлуку поштовати, јер иста постаје коначна и правоснажна. Према томе, јасно је, да су странке израженом својом вољом, иза чега очигледно стоји одређени интерес, желеле да “избегну” редовни-државни суд и да свој спорни однос повере на решавање Арбитражи одн. неком другом изабраном суду. Насупрот овако јасном начелу (воља странака), пом. аутори инсистирају, да се о компензационом приговору пред Арбитражом расправља, без обзира што исти није обухваћен арбитражним уговором нити проистиче из истог правног односа, као и тужбени захтев. Значи, једну страну, у конкретном случају тужиоца, наравно, под претпоставком да оспори противпотраживање, које се ставља у пребој, терамо, противу њене воље, да пред Арбитражом расправља о неком односу о коме она није желела да пред том институцијом, расправља. По нама веома тешка повреда пом. начела воље странака. Да је то тако указује и чињеница да Правилник Арбитраже строго указује, да странке морају исказати ту вољу да им однос решава Арбитража, било да су то предвиделе уговором или на други начин, како је то предвиђено Правилником, а што се опет своди на изражавање воље странака.

2. С друге стране, не тражењем од улагача компензационог приговора да пружи све оно што се веома строго тражи од тужиоца (па и од противтужиоца) ако жели да заснује спор пред Арбитражом, битно доводи у питање начело једнакости странака. Нема основаног аргумента, који би оправдао повреду овог начела, јер би у таквом случају имали диктат једне странке у поступку који се води, а то свакако не би био поступак који се води у једном цивилизацијском одн. демократском друштву, поготову ако се ради о грађанском-парничном поступку, какав је поступак овде у питању.

3. Став да туженом треба дозволити, да се брани свим средствима и да му, чак, треба помоћи, те да то оправдава зашто се од туженог при улагању компензацио-

ног приговора не тражи да је његово потраживање обухваћено арбитражним уговором, по нашем мишљењу, апсолутно не стоји, са најмање два разлога. Прво, зашто би се тужени форсирао у односу на тужиоца, ако су они две равноправне странке. Да је у питању кривично право, односно кривични поступак, то би се још некако могло разумети, јер је кривично-правна теорија давно расправила, да је држава, у кривичним поступцима, који се воде *ex officio*, заинтересована да успе одбрана, односно окривљени, што свакако произилази из презумције невиности окривљеног. У парничном поступку, чија се правила примењују у Правилнику, ова теорија се никако не може применити. Напротив, ако хоћемо да будемо модерни, у смислу данашњег тренутка, онда би се свака “помоћ” туженом могла схватити, као помоћ дужнику, односно у крајњем случају подржавање дужничког лобија, што се данас окарактерисава, као веома негативна појава.

Друго, у моменту улагања противпотраживања, од стране туженог, ради пребоја, бар што се тог потраживања тиче, заборавља се да су се улоге странака сада промениле: тужилац је у улози туженог, а тужени у улози тужиоца. Зашто се за таквог туженог не каже да му треба омогућити сва средства одбране, па и основан приговор ненадлежности Арбитраже, због већ познатих недостатака приговора компензације јер и приговор ненадлежности је врста одбране туженог? Ово опет указује, колико би се начело једнакости странака довело у питање.

4. Поредећи противтужбу и компензациони приговор, као институте, са којима тужени располаже у заштиту својих интереса у парници у којој учествује, долазимо до првог и основног закључка, да противтужбу тужени улаже када тужбени захтев у потпуности не признаје, већ истиче свој захтев, који тражи да му се досуди, док компензациони приговор улаже најчешће када тужбени захтев признаје, па предлаже да се исти пребије са његовим противтражењем. Ређе, у овом случају, тужени оспорава тужбени захтев уз истицање, да ако суд ипак тужбени захтев усвоји, онда предлаже да се његово и тужиочево потраживање пребију. Као што знамо Правилник за противтужбу изричито тражи да је захтев који из ње проистиче обухваћен арбитражним уговором или да потиче из истог правног односа као и тужбени захтев док компензациони приговор не помиње. Наведена општа разлика између ова два правна института не упућује на одговор по питању: зашто се код противтужбе тако строго постављају услови да би Арбитража била надлежна да о њој расправља и пуноважно одлучује, док се компензациони приговор чак и не помиње? Да ли је то случајан или намеран пропуст? Није нам намера да нагађамо, то аутори Правилника само знају, али мислимо, да поменута разлика више упућује да оба ова института, по овоме питању, ваља третирати подједнако и ако већ треба да постоје какви услови који морају бити испуњени, да би се о овим институтима пред Арбитражом расправљало, онда ти услови треба да буду једнаки, како код противтужбе, тако код компензационог приговора.

Са тврдњом аутора, који пледирају супротно од напред изнетог, да компензациони приговор има материјално правни, а не процесни карактер, апсолутно се слажемо, али не прихватамо да је то ваљан аргумент за тезу, по којој Арбитража

треба о овом приговору да расправља без икаквих претходних услова. Наиме, та теза има основа у примени парничног поступка, само пред редовним-државним судовима, где је надлежност суда утврђена *ex lege*. Код уговорног судства у шта спада и Арбитража, то је не- прихватљиво, јер оно делује на основу искључиве воље странака, која је основни услов за заснивање надлежности Арбитраже.

5. Једна од основних карактеристика Спољнотрговинске Арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду, је њен углед у свету и у земљи. Тај углед се заснивао првенствено на стручности, објективности и непристрасности. Прихватањем и стварањем евентуалне праксе пред Арбитражом, да се пред њом може расправљати о приговору пребоја, без икаквих претходних услова, битно би, по нашем мишљењу, довело у питање раније стечени углед Арбитраже, о коме смо већ говорили. Не верујемо да се аутори ове нове праксе за ову своју тезу залажу ради заштите интереса страних физичких или правних лица, евентуалних тужених пред Арбитражом, већ на против у жељи да се помогне домаћим предузећима. Овај закључак се врло лако наслуђује и намеће. То се с једне стране може поздравити, нарочито у овом тренутку и окружењу, али битно штети стеченом угледу Арбитраже, поготову што тако добар углед Арбитражи треба и за будућност, док је овај тренутак и окружење, бар се надамо, само тренутак и окружење, који ће врло брзо проћи.

6. Најзад и сами аутори, који се залажу за тзв. модерни приступ у решавању проблема надлежности Арбитраже, када је у питању компензациони приговор, истичу да се одлука Арбитраже о овом приговору не би смела унети у диспозитив, јер би у том случају у смислу одредаба југословенског Закона о парничном поступку и тај део диспозитива постао правоснажан. Међутим, како потраживање по том приговору није обухваћено арбитражним уговором, то ово није могуће, па се решење код ових аутора налази у томе да се препоручује, да одлука о овом приговору важи само за текућу парницу на који начин се избегава да такав део Одлуке Арбитраже постане правоснажан. Очигледно још једна “помоћ” туженом, који пред таквим фактичним стањем може да покуша пред Арбитражом, па ако не успе увек му остаје надлежни суд за остварење његових интереса. Не верујемо, такође, да је и ово добро за Арбитражу, ово утолико пре, што ЗПП изричито захтева, да се део одлуке о приговору пребоја, о коме се расправљало, мора унети у диспозитив Одлуке.

V Место закључка

Као што смо већ нагласили, на место закључка остављамо читаоцу да се сам определи који је од изнетих ставова, у вези овога питања, правилнији и за нашу Арбитражу прикладнији, а што и не рећи, кориснији, убеђени да ће веома лако утврдити зашта се аутор овога чланка залаже.

(чланак примљен 5. V 2000.)