

**Проф. др Душица Палачковић,  
ванредни професор Правног факултета, Крагујевац**

## **Литиспенденција у судском и арбитражном поступку**

Примена процесног института литиспенденције (*lis pendens, lis alibi pendens*) има значајне консеквенце у националним правима, односно правосудним системима, али и у међународном процесном праву. Забрана вишеструке литиспенденције, односно забрана истовременог или сукцесивног покретања и вођења две или више парница о истој правној ствари између истих лица важна је гаранција правне сигурности. Проблем је теоријски и практично колико важан толико и сложен, посебно са аспекта успостављања критеријума за оцену ”идентитета правних ствари,” односно “истоветности тужбених захтева.”

Како наслов рада ограничава тему на (не)могућност истовремених парница које би текле пред два (или више) националних државних судова, односно пред судом и арбитражом, потенцијално је реч о привредним споровима, а конкуренција идентичних парница пред судом и арбитражом условљена је постојањем елемента иностраности. Стога се у овом раду појам арбитраже ограничава у суштини на међународну трговинску арбитражу.

У дефинисању појма “привредни спор” актуелно југословенско законодавство даје основа извесним дилемама па се опредељујемо да под њим подразумевамо спор настао између привредних субјеката који се односи на несагласности о постојању, садржини или елементима привредно-правног односа и за његово решавање је надлежан привредни суд.<sup>1)</sup>

1. Видети о дилемама одређења које чине ЗПП, републички закони о судовима и ЗОО у погледу овог појма више *Ракић-Водинелић, Палачковић*, Литиспенденција пред арбитражом и државним судом са освртом на спорове са постјугословенским страним елементом, ПЖ, Први том, бр.9 до 10., стр.1361 до 1365.

Упредно правно су уочљива различита решења националних правних система у погледу забране вишеструке литиспенденције како пред државним националним судовима тако и пред домаћим и страним државним судом (у оквирима Европске уније хармонизацију правила доноси Бриселска конвенција<sup>2)</sup>), да би се проблем додатно компликовао на терену односа државног суда и арбитраже с обзиром на могућу надлежност једног и другог за исте правне ствари. С обзиром на различитост приступа државног суда и арбитраже оцени надлежности отвара се и проблем конкуренције два приговора: ненадлежности државног суда и литиспенденције.

Истовремено, значајно је напоменути да у конкуренцији приговора литиспенденције и *res judicata*, правноснажно пресуђена ствар, без обзира на моменат заснивања парнице има примат.

### 1. Забрана вишеструке литиспенденције пред домаћим судовима

Уколико проблем ограничимо само на однос два или више судова, дакле државних органа, тада је у чистом процесном смислу решење ситуације у којој су истовремено или сукцесивно поднете две, или чак више тужби, и покренута два, или чак више парничних поступака између истих лица и о истој правној ствари, прилично једноставно. Наиме, наше процесно право, по узору на аустријско, за овакав случај прописују обавезу суда пред којим је парница доцније почела тећи да одбаци тужбу (уп.чл. 288.ст.2. ЗПП).<sup>3)</sup> Релевантан моменат за оцену је, дакле, моменат достављања тужбе туженом (*Streitanhangigkeit* уп.чл.194.ст.1. ЗПП), а не моменат покретања парничног поступка подношењем тужбе суду (*Gerichtsanhangigkeit*, уп.чл.185. ЗПП). При томе, мада је реч о неотклоњивој процесној сметњи на коју суд мора да пази *ex offio*, извесно је да у пракси за овакав недостатак суд сазнаје по правилу по приговору странке. Одлуку на припремном рочишту доноси председник већа.

2. Конвенција о надлежностима и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима, донета у Бриселу 1968. Доцније, 1988., државама ЕЕС придружују се и земље ЕФТА, и настаје текст Лугано конвенције, са извесним, мањим разликама у односу на текст Бриселске Конвенције. Основна разлика је у "отворености" ове друге и за земље изван ЕФТА, али по посебном поступку квалификације. Друга важна разлика је у приступу тумачењу једне и друге: док се прва јединствено тумачила од стране Европског Суда, уз другу је потписан Протокол о тумачењу, као прилог Конвенције којим су се државе потписнице обавезале на прихватање свих тумачења ЕС до момента потписивања Лугано конвенције, на поштовање принципа садржаних у одлукама националних судова других држава чланица уз реципрочну изјаву о међусобном уважавању императивних одлука поводом обе Конвенције. Видети више, Ракић-Водинелић, Кнежевић, Грађанско процесно право Европске Уније, Бгд., 1998., стр.213 до215.
3. Напомињемо да је нумерација чланова ЗПП стара, односно пре најновијих измена и допуна извршених Законом о изменама и допунама ЗПП који је објављен у Сл.лист СРЈ, бр.12.,од 16.марта 1998.

Истовремено ЗПП оставља и могућност да се о овој процесној сметњи одлучи и у даљем тогу поступка, под претпоставком да није одлучио председник већа по приговору или по службеној дужности и да је настављено расправљање. У таквом случају одлучиваће веће посебним решењем или у склопу одлуке о главној ствари.

С обзиром на извесне специфичности поступка у привредним споровима треба додати да ће приговор литиспенденције странка истицати по правилу у фази када је тужба достављена, али у овом случају на одговор (уп.чл.495.ст.1.ЗПП). Односно, уместо одговора, који би заправо значао суштинско упуштање у расправљање о главној ствари, тужени реагује приговором литиспенденције. Но, ако је председник већа, у хитним случајевима, а по овлашћењу Закона (уп.чл.495.ст.3.ЗПП), одмах по претходном испитивању тужбе заказао припремно рочиште или рочиште за главну расправу, приговор се истиче до закључења припремног или до упуштања у расправљање о главној ствари на првом рочишту за главну расправу (уп.чл.20.ст.1.ЗПП).

Мада предмет рада не може бити расправљање сложеног теоријског питања идентитета парница, односно предмета спора нужно је ипак поменути да се ставови групишу у два дијаметрално супротна. Према првом, које у суштини усваја наша наука и пракса, истоветност се одређује према оба могућа елемента структуре тужбеног захтева, односно и према чињеничном основу тужбе и према правној последици која се из њега изводи од стране тужиоца.<sup>4)</sup> Промена сваког од њих условљава промену идентитета, односно истоветности захтева тужбе. Изузетак је само измена типа допуне чињеничног комплекса тужбе. Свака друга која условљава различиту правну последицу значи и измену тужбеног захтева. Према другом ставу, једино мерило за промену истоветности тужбеног захтева је промена садржине правне последице која је и јединствени елемент тужбеног захтева.<sup>5)</sup>

## 2. Забрана вишеструке литиспенденције пред домаћим и страним судом

Уколико је истовремено или сукцесивно покренута идентична парница пред нашим и страним судом, ситуација је процесноправно другачија. Наиме, одредбом чл.80. ЗРСЗ, утврђено је да ће наш суд прекинути поступак, по захтеву странке,

4. Ово схватање у нашој теорији цивилног процесног права заступају *Познић, Ракић-Водинелић*, ГПП, Бгд., 1999., стр.195., *Сџанковић*, Грађанско процесно право, Ниш, 1998., стр.321., *Сџаровић, Кеча*, Грађанско процесно право, Нови Сад, 1995.,стр.172., а владајуће је и у аустријској и немачкој теорији, видети, нпр., *Zeiss, Zivilprozessrecht, Tubingen, 1985.*, s.124-133.
5. У теорији цивилног процесног права овакав став заступају *Трива*, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1983., стр.312-314., *Трива, Белајец, Дика*, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1986., стр., 229., *Juhart*, Цивилно процесно право, Љубљана, 1961., а у немачкој науци, нпр., *Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1966.*, s.566-567.

ако је у току спор пред страним судом у истој правној ствари и између истих странака, а под условом:

1. да је прво пред страним судом покренут поступак у односном спору;
2. да је у питању спор за чије суђење не постоји искључива надлежност нашег суда; и
3. да постоји узајамност.

Реч је о тзв. условном прекиду поступка, односно одлагању његовог евентуалног наставка до кога долази ако се поступак пред страним судом, из најразличитијих разлога, не оконча мериторном одлуком подобном за правноснажност. Наставак поступка пред нашим судом је, дакле, могућ. Могуће је и обуставити га, у случају *res judicata* пред страним судом.

Сви побројани услови морају бити кумулативно испуњени, а у теорији се говори и о још једном, овога пута имплиците постављеном услову, са позивом на чл.91. ЗРСЗ, односно да би таква одлука страног суда могла бити призната и извршена у нашој земљи. О томе, међутим, нема сагласности.<sup>6)</sup>

Посебно је значајно питање меродавног права за оцену момента према коме се констатује литиспенденција пред страним судом. Формулација “ако је прво пред страним судом покренут поступак” неспорно указује да је релевантан момент, уз коришћење стандардне терминологије ЗПП, онај када је тужба поднета, дакле супротно случају вишеструке литиспенденције пред домаћим судовима. У теорији је овај несклад законодавне регулативе (ЗРСЗ и ЗПП) протумачен као неслагање редактора ЗРСЗ у класичној процесној терминологији,<sup>7)</sup> па је изведен у складу са тим и закључак да је релевантан момент достављања тужбе од стране нашег суда, али се за парницу пред страним судом мора прихватити решење страног процесног права у оцени релевантног момента за наступање литиспенденције пред судом те државе.<sup>8)</sup>

На терену привредних спорова интересантно је и који од њих улазе у оквире примене правила о искључивој надлежности нашег суда. Искључиву надлежност суда СРЈ може прописати само савезни закон, и то чине и ЗРСЗ и ЗПП. Били би то они из чл.56. ЗРСЗ, односно о својини и другим стварним правима на непо-

6. Тако, *Познић*, у Осврту на неке процесноправне одредбе ЗРСЗ, ПЖ, бр. 6-7/83., стр.731., не прихвата и овај услов. Такође, са аргументацијом да се о могућности признања стране одлуке тешко може компетентно судити у моменту када ова још увек није донета и не зна се како гласи, *Вуковић*, Међународно грађанско процесно право, 1987., стр.104., као и *Varady*, Међународно приватно право, Н.Сад., 1983., стр.338., а супротно *Дика*, *Кнежевић*, *Свијојановић*, Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, стр.255.

7. *Дика*, *Кнежевић*, *Свијојановић*, оп.цит., стр.256-257.

8. Неслагања у погледу релевантног момента евидентна су упоредноправно. Тако, док је у Француској, Италији, Немачкој, то питање регулисано као и у нашем праву, супротно томе, у правним системима Велике Британије и Белгије, нпр., релевантан и за саснивање парнису је момент подношења тужбе. Видети, *Ракић-Водинелић*, Прилагођавање југословенског грађанског процесног права праву Европске Уније, Актуелна питања југословенског процесног законодавства, Зборник радова, Бгд., 1996., стр.83.

кретностима, о сметању поседа на непокретностима и о закупу непокретности, али и они из чл. 57., 61., 63. ЗПП који се односе на: спорове о стварним правима или сметању поседа на броду или ваздухоплову, спорове против федерације из односа који је настао са војном јединицом и спорове настале у току или поводом судског или административног извршног поступка. Сви ови спорови морају бити привредни спорови према одређењу из увода овог рада.

Оваква посебна месна надлежност у процесноправном смислу је посебно значајна: она се не може искључити вољом странака, односно не може се пророгирати пуноважно надлежност другог суда, а не може се искључити ни уговарањем надлежности стране арбитраже. Одлуке донете у оваквим случајевима не могу у СРЈ бити ни признате ни извршене, а када је реч о вишеструкој литиспенденцији нашег и страног суда у оваквим случајевима, суд СРЈ није у обавези да прекине поступак због раније литиспенденције пред страним судом.

У контексту побројаних услова интересантно је и питање меродавног права за оцену идентитета предмета спора када је парница прво заснована пред страним судом. Поменута комплексност овог проблема у унутрашњим правним оквирима условљава његову само још већу сложеност у међународном процесном праву. Одговор о идентитету ипак се мора тражити у нормама југословенског процесног права када ваља прекинути поступак пред нашим судом. Аргумент који се наводи у нашој правној теорији повезан је уз могућност признања и извршења одлуке страног суда, односно да ли би одлука била *res judicata* у спору који је био покренут пред нашим судом, али је, услед раније литиспенденције пред страним судом, био прекинут по одредби чл.80.ЗРСЗ.<sup>9)</sup> Са аспекта критеријума увек би то, дакле, био *lex fori*.

Опште усвојен код нас је и став да терет доказивања постојања парнице пред страним судом и услова узајамности пада на странку која захтева прекид поступка пред нашим судом са позивом на ранију литиспенденцију пред судом страног суверенитета, односно да се за случај сумње у погледу постојања узајамности мора обратити савезном органу надлежном за послове правосуђа.

Такође, о релевантном моменту до кога се приговор литиспенденције пред страним судом може изјавити постоје различита мишљења. Према једном, у оваквом се случају имају аналогно применити одредбе о прекиду поступка поводом предлога за повраћај у пређашње стање.<sup>10)</sup> Приговор литиспенденције стога се може истицати све до правноснажности одлуке донете у првостепеном поступку. Према другом мишљењу, које полази од става да је литиспенденција пред страним судом само релативна процесна претпоставка,<sup>11)</sup> односно она на коју домаћи суд пази само по захтеву странке, а не и по службеној дужности, адекватан режим

9. Видејши, Дика, Кнежевић, Сјојановић, оп.цит., стр.258.

10. Тако, Пак, Међународно приватно право, Бгд., 1986., стр.122., сматра да се овај може ставити све до правноснажности одлуке, позивајући се на одредбе ЗПП о прекиду поступка и повраћају у пређашње стање, те би се применитле ове друге.

11. Тако, Дика, Кнежевић, Сјојановић, оп.цит., стр.259 и 260., као и Трива, оп.цит., стр.319.

би био онај за сва друге такве претпоставке- уговор о избраном суду, пророгација, захтев за обезбеђење парничних трошкова. То би, пак, значило да се на литиспенденцију странка може позвати само на припремном рочишту или првом рочишту за главну расправу, ако припремно није одржано, и то само до упуштања у расправљање о главној ствари. Како припремно рочиште у привредним споровима није правило, то би се приговор истицао, по правилу уместо одговора на тужбу, или ако тужени није одговорио, онда тек на првом рочишту за главну расправу и то као прва парнична радња.

### 3. Кратак упоредноправни приказ ставова о (не)уважавању литиспенденције

Упоредноправно се препознају две опције у погледу литиспенденције пред националним и страним судом. Једну, теорију релеванције, односно принципијелног уважавања забране вођења две или више идентичних парница пред судовима две или више држава усваја већина европских држава, док је друга, теорија ирелеванције, односно допустивости две или чак више идентичних парница пред два или више судова различитих држава, преовлађујућа у англоамеричком систему. Коректив овако крутог принципа, међутим, препознаје се и у правном систему Велике Британије и Сједињених Америчких Држава, са сличним изузецима када је уважавање приговора литиспенденције могуће. Тако, у америчком праву, то ће бити случај када се вођењем идентичних парница истовремено чини злоупотреба процесних овлашћења или када настанак парнице пред домаћим судом није оправдан, док ће се у британском праву изузеци, и то искључиво по оцени суда, односити на случајеве шикане и недопуштених притисака на странку, што је свакако вид злоупотребе процесних овлашћења.<sup>12)</sup>

Истовремено треба истаћи и да континентални правни системи, па ни они држава Европске Уније, нису јединствено прихватили теорију релеванције. Тако, за разлику од немачког права у оквирима држава ЕУ, и права Аустрије и Швајцарске, који стоје на становишту релеванције, право Француске и Италије, нпр., не уважавају ранију литиспенденцију пред страним судом изван подручја примене Бриселске конвенције, односно у односу на парнице раније започете пред судовима држава које нису приступиле Конвенцији. Уколико су идентичне парнице засновне пред судовима држава-уговорница, прихватају се, наравно, решења која Конвенција предвиђа, дакле, практикују се два одвојена, засебна и практично супротна решања када је вишеструка литиспенденција у питању.<sup>13)</sup>

12. Видети, *Wedam-Lukic*, *Меднародна и медрепубличка пристојност*, Љубљана, 1983., *Сћанивуковић*, *Директна међународна надлежност судова у имовинскоправним споровима у праву САД, ЕЕЗ и ЕФТА*, докт.дисерт., Нови сад, 1994., *Сћанивуковић*, *Међународна надлежност судова у праву САД, Европске Уније и ЕФТА*, Нови Сад, 1995., *Познић*, *Осврт...*, оп.цит., *Ракић-Водинелић*, *Прилагођавање...*, оп.цит., *Ракић-Водинелић*, *Кнежевић*, оп.цит.

Аргументација која се користи у оправдавању уважавања дејстава раније литиспенденције пред страним судом углавном полази од потребе за признањем и извршењем стране судске одлуке донете у парници која је раније започета.

#### 4. Одредбе Бриселске конвенције о вишеструкој литиспенденцији

Правила ове Конвенције, посебно у њеној Лугано-верзији, као отвореног међународног правног акта, постају и за нас интересантна у циљу хармонизације нашег и права ЕУ.

Прво питање, у склопу теме овог рада свакако је подручје примене Конвенције, односно, пре свих, објективне границе. Њих поставља чл.1. Конвенције, и то су "грађанске и трговачке ствари без обзира на природу правосудне инстанце", уз искључење примене у: пореским, царинским и управним стварима; статусу и способностима физичких лица; имовинским правима која проистичу из брака, тестаментна и наслеђивања; стечају, поступцима повезаним са ликвидацијом инсолвентних предузећа и других правних лица, принудним поравнањем, сједињавањем и другим сличним поступцима; поступцима у вези социјалног осигурања, и коначно у арбитражном поступку.

Основно учење о вишеструкој литиспенденцији пред судовима држава-уговорница Конвенције може се свести на следеће:

- усвојена је чиста теорија релеванције, односно сви судови држава-уговорница, осим онога пред којим је прво покренут поступак, морају прекинути поступак;
- поступак се прекида *ex offio* ;
- прекид траје док суд пред којим је прво покренут поступак не утврди да ли је надлежан;
- када овај суд утврди своју надлежност, сви остали се морају огласити ненадлежним у корист тог суда (чл.21. Конвенције).

У погледу момента заснивања парнице прихваћен је став да је реч о националном, а не конвенцијском, аутономном појму, док у погледу идентитета парница чл.21. Конвенције помиње оба елемента као релевантне, и објективни "исти предмет спора" и субјективни "између истих странака". Пракса Европског суда потврђује објективни као аутономан, конвенцијски појам, супротно општем ставу теорије међународног приватног права и примени принципа *lex fori*, док субјективни идентитет остаје национални, па се и његова оцена врши у складу са тим. Мада у теорији цивилног процесног права нема сагласности о томе на основу којих елементарна треба процењивати истоветност тужбених захтева, ЕС је формулисао став да су то оба могућа елемента: и истоветност тужбеног захтева и истоветност материјалноправног основа, на коме се захтев оснива, поред нужног субјективног идентитета у коме замена странаčkih улога није релевантна.<sup>14)</sup>

---

13. Видети, више, *Ракић-Водинелић, Кнежевић*, оп.цит.стр.137-139.

Правило из чл.23.Конвенције односи се на случај када је више судова држава-уговорница искључиво надлежно за односни тужбени захтев. Тада се сви судови, осим онога пред којим је прво покренут поступак, морају по службеној дужности огласити ненадлежним у корист односног суда.

Што се поступка за случај идентичних парница тиче, поступак се има наставити, испитивањем надлежности, само пред судом пред којим је прво покренут поступак. Он има обавезу да применом конвенцијских правила испита своју надлежност, а затим, применом свог и осталих релевантних националних права, оцени да ли је управо пред њим прво заснована парница. Тек кад је исход овог разматрања коначан и у корист односног суда, остали ће се огласити ненадлежним у односној правној ствари без одбацивања тужбе.

Конвенција је, међутим, отишла и корак даље, прописујући да се, под одређеним условима, мора уважити и постојање парница које нису идентичне, али се воде о захтевима који стоје “у одређеној међусобној вези” (чл.22. Конвенције). Овде није прописана обавеза прекида поступка пред судовима пред којима су доцније покренути поступци, али се они “могу” прекинути до окончања првостепеног поступка. “Могу” се и огласити ненадлежним, на предлог једне од странака, под условом да национално право суда пред којим је прво покренут поступак допушта спајање поступака по међусобно повезаним захтевима и ако је тај суд надлежан за оба оваква захтева (чл.22.ст.2.).

Но, о тзв. “међусобној вези” оваквих захтева Конвенција (чл.22.ст.3.) каже само толико да треба да “постоји таква блиска повезаност која обезбеђује да се о њима ефикасно расправи и истовремено одлучи, те да се избегне доношење противречних одлука у одвојеним поступцима”. Није, дакле, нужно да су захтеви идентични у чињеничном комплексу и материјалноправном основу, већ да су само “слични”, те се веза тумачи као процесноправна.<sup>15)</sup>

## 5. Привредни спорови у надлежности арбитраже

Одредбом члана 469. ЗПП утврђују се могућност, односно општи услови које спор мора задовољити да би о њему могла одлучивати домаћа или страна арбитража (*ad hoc* или институционална): да је спор са елементом иностраности и да је настао о правима којима странке могу слободно да располажу, при чему ограничења проистичу из правила о искључивој надлежност југословенског суда.

Могућност уговарања надлежности стране арбитраже зависи, при том, и од правила о међународној надлежности југословенског суда (уп.чл.27.ЗПП, и чл.47. и 56. ЗРСЗ о искључивој међународној надлежности наших судова). Исти ограничавајући фактор односи се на арбитраже са седиштем у СРЈ које се на основу са-

14. Ibidem, стр.142-144., као и *Ракић-Водинелић*, Прилагођавање ..., оп.цит., стр.83-84., са потивом на став ЕС у случају *Grubisch v. Palambo*, Rc 144/86, нав. код *Kropholler*, Europaisches Zivilprozessrecht, Heidelberg, , 1987, с.217.

15. Ibidem, стр.146-148.

везног закона или међународног уговора сматрају страним арбитражама (уп.чл.468а ЗПП). Правилници институционалних арбитража, при чему се решавање спорова из пословних односа најчешће управо њима поверава додатно утичу на могућност уговарања њихове надлежности.<sup>16)</sup> Надлежност стране арбитраже у привредним споровима може се уговорити ако за такав спор није искључиво надлежан југословенски суд, а таква његова надлежност, како је речено, може бити прописана само савезним законом. Који су то конкретно спорови који имају атрибуте привредних спорова већ је наведено.

Треба, међутим, додати и то да је страна арбитража по правилу она која има седиште ван СРЈ. Али, изменама ЗПП из 1990. (чл.468а), страном се сматра и арбитража која има седиште у СРЈ, али се по савезном закону или међународном уговору има сматрати као страна.

Када су, пак, стране арбитражне одлуке у питању, основни принцип је да су то оне донете ван СРЈ, али се ствар додатно компликује могућношћу из чл.97.ст.3,4. ЗРСЗ, која под страном арбитражном одлуком подразумева и ону која је донета у СРЈ, применом страног процесног права, под условом да то није у супротности са императивним нормама правног система СРЈ.

Интересантно питање постављено је у нашој теорији у погледу могућности уговарања надлежности арбитраже у привредним споровима, наиме да ли се може уговорати надлежност арбитраже са седиштем у СРЈ, која доноси одлуку у СРЈ, али се одлука има сматрати страном арбитражном одлуком, а да је при томе реч о споровима из искључиве надлежности југословенског суда?<sup>17)</sup> Одговор се проналази тек екстензивним тумачењем појма "искључива надлежност суда СРЈ". Наиме, мада се овај појам традиционално користи за означавање само надлежности суда, а не и неких других државних органа, ЗРСЗ је, одредбама чл.66.ст.2,3., чл.74.ст.1. и чл.75., уредио и искључиву надлежност несудских органа СРЈ. Међутим нигде није прецизирано да ли се одредбе о искључивој надлежности тичу само државног суда или било ког суда па, дакле, и арбитраже као "недржавног суда." Истовремено, одлуке арбитраже подобне су за правноснажност и извршне су исправе, дакле уподобљене су одлукама државног суда у овом смислу. Следио би закључак да би појам "искључива надлежност југословенског суда" ваљало тумач

---

16. Тако, нпр., Правилник СТА управо под посебним насловом "Спорови из међународних пословних односа" набраја врсте ових спорова за које се може уговорати надлежност те Арбитраже и то општом одредницом "спорови из спољнотрговинских и других међународних пословних односа", да би, даље, посебно у оквиру спорова за које је Арбитража надлежна убрзојао оне у вези: бродова и ваздухоплова, односно оне на које се примењује ваздухопловно и пловидбено право; уговора о оснивању предузећа и других облика организовања у мешовитој својини; уговора о страним улагањима; уговора о концесији; уговора о правима интелектуалне својине (ауторским и сродним правима, правима индустријске својине, правној заштити *know-how*-а, права из области нелојалне конкуренције) и спорове о заштити фирме; као и друге спрове из међународних пословних односа.

17. Тако, *Ракић-Водинелић* ово питање поставља у раду: *Ракић-Водинелић, Палачковић, Литиспенденција...*, оп.цит., стр.1367.

чити у смислу искључиве надлежности југословенског државног суда и југословенске арбитраже, па би арбитражна одлука била страна, односно без дејства (арг. чл.99. ст. 1. т. 2. ЗРСЗ).<sup>18)</sup>

## 6. Литиспенденција пред арбитражом и пред државним судом

Проблем који се овде поставља јесте домашај правила о забрани вишеструке литиспенденције пред арбитражом и државним судом пред којима су покренуте идентичне парнице, дакле у оквирима могуће конкуренције надлежности једног и другог органа у привредним споровима. Он није разрешив искључиво по приговору литиспенденције већ и стога што државни суд нема обавезу да на постојање арбитражног уговора пази по службеној дужности. Он, наиме, о томе сазнаје искључиво из приговора туженог. Тако, заправо долазимо у ситуацију могуће конкуренције две сметње за вођење поступака, ненадлежности и литиспенденције. Државни суд о својој надлежности пази по службеној дужности и у току целог поступка, што, заправо значи да своју надлежност у конкретној правној ствари испитује одмах по пријему тужбе, односно да има обавезу и да се огласи ненадлежним и пре достављања тужбе туженом, а у привредним споровима пре достављања на одговор. Односно, то чини и пре него је парница отпочела.

Оваква обавеза државног суда није са подједнаком оштрином постављена за све врсте, типове надлежности о којима државни суд мора да заузме став. Тако, управо када је уговорена надлежност арбитраже, како је већ речено, реч је о релативној процесној сметњи, односно оној коју државни суд узима у обзир само по приговору туженог. Одредба чл. 473.ст.1,2. ЗПП, тако, обавезује државни суд да се, по приговору туженог да је уговорена надлежност арбитраже, за случај да је тужба ипак поднета државном суду у истом спору и између истих странака (идентитет парница), огласи ненадлежним, укине све до тада спроведене радње и одбаци тужбу у тој правној ствари. Приговор се, при том, може изјавити најкасније на припремном рочишту, односно на главној расправи, под условом да припремно рочиште није одржано и пре упуштања туженог у расправљање о главној ствари. Реч је о тзв. приговору у ужем смислу о коме суд води рачуна само ако се на њега тужени позвао, а ограничен је и роком који је преклузиван.

Закон, дакле, проблем идентичних парница пред државним судом и арбитражом разрешава на терену приговора ненадлежности државног суда. Приговор литиспенденције није узет изричито у разматрање. При томе и у теорији налазимо

18. Ракић. Водинелић, Палачковић, оп.цит., стр.1368. Исти закључак изводи и Кнежевић, Значај седишта арбитраже за решавање арбитражног спора, Право и привреда, бр.5-8/99., стр.416-417., уз додатак да странке иначе веома ретко уговарају процесно право меродавно за њихов сор, односно да се у пракси примењује заправо у највећем броју спорова процесно право земље седишта арбитраже. На супротном, аутономистичком становишту, које при избору процесног права искључује примену свих, диспозитивних, али и императивних норми земље седишта арбитраже, стоје Швајцарска, Француска и Италија.

став да: "У односу између државног суда и арбитраже нема места приговору литиспенденције."<sup>19)</sup> Једини аргумент који се овде истиче, међутим, јесте да је приговор литиспенденције могућ само ако су и државни суд и арбитража надлежни за решавање истог спора, а тада се проблем разрешава искључиво на терену надлежности, односно оспоравања ("сукоба") надлежности. Тако се тврди да у хипотетичком случају када је странка пред државним судом тужена, а онда она поднесе тужбу арбитражи у идентичној парници, друга страна ће оспорити надлежност арбитраже, а тиме и овлашћење да одлучује да ли је приговор литиспенденције основан. Даље се тврди да позитиван "сукоб надлежности" државног суда и арбитраже није могућ са аргументацијом да "недопуштеност два истовремена поступка у истој ствари важи само ако оба органа улазе у оквир истог организационог система, као што је случај са два државна суда, или два управна органа. За алтернативну надлежност две арбитраже (сталне) смисао уговора проналази се у томе да се право једне од странака гаси када друга учини избор."<sup>20)</sup> Избрани суд, међутим, не улази у систем државног правосуђа."<sup>21)</sup> Без обзира на то што арбитража није везана решењем којим државни суд одбија приговор ненадлежности, као ни оним којим прихватајући овај приговор одбацује тужбу, да ли је, међутим, овако искључив став оправдан?

Арбитража је, наиме, везана само правноснажном пресудом о постојању или непостојању арбитражног споразума. Чак и када је тужба у вези споразума поднесена док већ траје арбитражни поступак, или када је поступак пред арбитражом покренут после подношења ове тужбе, арбитража није дужна да прекине поступак. Но, коректив оваквог става арбитраже често је поништење њене одлуке када државни суд утврди да споразум не постоји.

Размотримо, ипак, две хипотетичке ситуације: 1. поднесена је тужба државном суду, а био је закључен арбитражни споразум, и, 2. поднесена је тужба арбитражи, а затим, идентична тужба државном суду.

### **6.1. Поднесена је тужба државном суду, а био је закључен арбитражни уговор**

У оваквом случају, с обзиром на речено у погледу приговора да је закључен арбитражни споразум, вођење даљег поступка пред државним судом искључиво зависи од понашања туженог. Он, пак, може да се понаша у суштини на два начина: да не приговори, односно да једноставно ћути о постојању споразума, или да приговори постојање арбитражног споразума. Ако изабере пасивно понашање све до момента у парници до кога може да приговори постојање арбитражног споразума, парница пред државним судом је легитимно заснована моментом достављања тужбе. Релативна процесна сметња је тако отклоњена истеком преклузивног

---

19. Тако, *Трива, Познић, Ворџић, Varady*, Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973., стр.95., као и Познић, у *Познић, Ракић-Водинелић*, оп.цит., стр.405.

20. *Ibidem*, стр.92.

21. *Ibidem*, стр.95-96.

рока за истицање приговора ненадлежности државног суда услед постојања арбитражног споразума.

Но, проблем идентичних парница ипак није тиме до краја разрешив. Може се, наиме, догодити да је парница заснована пред државним судом, али још увек тече рок за приговор ненадлежности државног суда, и у том међувремену буде поднета и тужба арбитражи у идентичној правној ствари. Тек када истекне овај рок, а тужени не приговори ненадлежност државног суда, парница пред њим је легитимно заснована, а како се то временски раније десило, државни суд наставља поступак. Дакле, арбитража мора одбацити тужбу. Комбинација два приговора овде је у потпуном складу. Аргумент више је и то да је овде тужени, стога што није приговорио ненадлежност државног суда, заправо прећутно одустао од надлежности арбитраже. Истовремено и тужени је већ учинио исто тиме што је поднео тужбу државном суду, а знао је за постојање арбитражног споразума.

Но, ствар је нешто сложеније за случај да је тужба додуше прво поднета државном суду, али пред њим парница није заснована у моменту када је тужба са истим предметом спора између истих странака поднета арбитражи. Дакле, свакако је постојао арбитражни споразум и он је подношењем тужбе реализован. Тада је могуће и то да се пред арбитражом прво заснује парница. Како ЗПП када је заснивање идентичних парница ни једном одредбом не прави разлику између државног суда и арбитраже (уп.чл.194.ст.3. ЗПП који помиње само "исти тужбени захтев"), а без обзира на то што Правилник СТА говори само о томе да "спор почиње подношењем тужбе" (уп.чл.20.ст.1. Правилника), чини се неспорним да се и пред арбитражом тек достављањем тужбе заснива парница.<sup>22)</sup> О литиспенденцији државни суд води рачуна по службеној дужности, односно релевантно је његово сазнање о овој чињеници од било кога и на било који начин.

Ако је парница пред арбитражом у претходном случају заснована пре оне пред државним судом, и он на било који начин о томе сазна, у обавези је да одбаца тужбу због сметње за даљи ток поступка. Тако су, дакле, две процесне претпоставке, надлежности државног суда и литиспенденција потпуно одвојиве.

Но, ако је заснована парница пред државним судом и пред арбитражом, стога што тужени није приговорио ненадлежност државног суда, а државни суд о литиспенденцији нема сазнање (тужени ћути, других извора сазнања, такође, нема), па тек накнадно државни суд сазна о ранијој литиспенденцији пред арбитражом, да ли је у обавези да настави раније започети поступак или мора одбацити тужбу у моменту када сазна за идентичну парницу пред арбитражом (јер о њој мора водити рачуна по службеној дужности)?

Државни суд не сме одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан (уп.чл.2.ст.2. ЗПП), а тужени је пропустио да приговори ненадлежност државног суда и тиме је његова надлежност заснована у конкретној правној ствари. Исто-

22. Ово следи из излагања у *Трива, Познић, Ворџић, Varady*, оп.цит., стр.105-106., са позивом на изричиту одредбу ондашњег Правилника за Избрани суд про Привредној комори Хрватске, чл.25.,а о томе видети и *Ракић-Водинелић, Палачковић*, оп.цит., стр.1371.

времено, закон му наређује одбацивање тужбе ако је идентична парница раније заснована, а она је овде пред арбитражом раније заснована. Којој солуцији дати предност? Аргумент оних који јасно раздвајају државно од арбитражног суђења није довољно озбиљан већ услед претње различитих одлука о истој правној ствари између истих лица што је на нивоу једног правосуђа, али и у међународном процесном праву недопустиво. Закон, наиме, не прави разлику парнице пред државним судом и оне пред арбитражом, односно у погледу дејстава правноснажности и извршења обе одлуке имају исти значај. Уз то постоји пуноважан арбитражни споразум, парница је раније заснована пред арбитражом, а странке, не приговарајући ненадлежност државног суда и не обавештавајући га о раније заснованој парници пред арбитражом једноставно не врше своја процесна права, а не чине њихову злоупотребу. Такође, о литиспенденцији државни суд мора по службеној дужности водити рачуна.

Сви поменути аргументи чине се довољно озбиљним за закључак да у понуђеној солуцији државни суд има одбацити тужбу због процесне сметње раније литиспенденције пред арбитражом.

## **6.2. Поднесена је тужба арбитражи, а затим идентична тужба државном суду**

Уколико је постојао арбитражни споразум, тужба је поднета арбитражи и парница заснована, а онда поднета тужба државном суду, разликујемо две могућности. 1. приговорена је ненадлежност државног суда услед постојања арбитражног споразума; и 2. није приговорена, па се временски доцније заснује идентична парница пред државним судом. Какав је однос два приговора у овим солуцијама.

У првој, суд по приговору ненадлежности разрешава ситуацију те приговору литиспенденције нема потребе ни прибегавати. Но, ако ненадлежност државног суда није приговорена упркос постојања арбитражног споразума, с обзиром на правне карактеристике ове врсте приговора, односно и саме надлежности, тј. да на постојање арбитражног уговора суд нема обавезу да пази *ex officio*, он заснива своју надлежност, достављајући тужбу заснива и парницу, па се странка може доцније, у преклузивним роковима за приговор литиспенденције, бранити само на овај начин. Суд ће тада свакако и одбацити тужбу услед неотклоњиве процесне сметње.

Но, пажњу заслужује једна специфична ситуација, односно када није закључен арбитражни споразум, а тужба, ипак, буде поднесена арбитражи. Правилник СТА (уп.чл.16.) даје у оваквом случају овлашћење Секретаријату Арбитраже да позове туженог да се, у року од 30 дана од пријем позива, изјасни да ли прихвата надлежност арбитраже. Међутим, Правилник је пропустио да нормира достављање тужбе у оваквој ситуацији: да ли уз позив или доцније, по протеку рока за изјашњавање. Пракса СТА управо бира варијанту достављања тужбе уз поменути позив. Ако тужени у року да сагласност, односно прихвати надлежност, поступаће се као да је закључен арбитражни споразум.

Но, истим чланом Правилник прописује да, ако тужени не одговори или одбије изричито надлежност арбитраже, Секретаријат Арбитраже мора обавестити туженог да се Арбитражи не може приступити. Дакле, њена надлежност није прихваћена, односно заснована.

Основни проблем који остаје у овој солуцији је да ли је у поменутом року од 30 дана за изјашњавање туженог заснована парница пред Арбитражом. У теорији налазимо став да је овде реч о тзв. условном заснивању парнице. Односно, ако се надлежност Арбитраже прихвати од стране туженог, парница је заснована у моменту достављања тужбе. Уколико се не изјасни, или изричито одбије надлежност, парница није почела тећи без обзира на достављање тужбе које је већ извршено.

Тада се може створити проблем идентичне парнице зановане пред државним судом управо у року који је туженом остављен да (не)прихвати надлежност Арбитраже.

Решење зависи управо од момента заснивања идентичних парница. Када тужени не прихвати надлежност Арбитраже, поступак се регуларно наставља пред државним судом. Када прихвати надлежност Арбитраже у остављеном року, методаван је моменат заснивања релевантних парница. У парници која је доцније заснована, по приговору литиспенденције државни суд или арбитража одбациће тужбу услед неотклоњиве процесне сметње.

### **Уместо закључка**

У значајном броју савремених националних правних система, и то оних тзв. континенталних (за разлику од англоамеричког) усвојен је принцип забране дво-струких или вишеструких литиспенденција, односно истовремено легитимно вођење две или више парница о истом предмету спора и између истих лица. Ова забрана релевантна је и са аспекта међународног процесног права па јој, тако, Бри-селска конвенција посвећује нужну пажњу. Поред значаја који ова забрана има у конкуренцији два државна суда, постоје и процесне ситуације када она постаје релевантна и у конкуренцији државног суда и арбитраже пред којима су засноване идентичне парнице. Њен значај у овој солуцији делимично релативизује, али не искључује, ипак, у потпуности, приговор ненадлежности државног суда, за случај постојања арбитражног споразума.