

Небојша ЈОВАНОВИЋ*

ДОПУСТИВОСТ АРБИТРАЖЕ УОПШТЕ И У САОБРАЋАЈУ ПОСЕБНО**

Сажетак

Писац у овом прилогу за саветовање најпре разматра уставност арбитраже у Србији, као посебног начина решавања спорова и заштите субјективних права поред судског начина. Ту указује да Устав Србије не предвиђа било какав други начин заштите права правних субјеката и решавања спорова, осим судског, чиме се ствара недоумица о томе да ли су арбитраже уопште допуштене. Упркос непрепознавању арбитраже у Уставу, писац закључује да његова правила о судовима треба да се тумаче тако да нису сметња таквом начину решавања спорова. У наставку рада се разматра допуштеност арбитражног начина решавања спорова у саобраћају, у којем је у појединим случајевима оправдано забрањен.

Кључне речи: арбитража, уставност, арбитрабилност, саобраћај

І Увод

Арбитража је, у суштини, недржавни (приватни) суд који је надлежан по вољи (уговору) странака да пресуди њихов спор уместо државног суда, који би иначе по закону био надлежан.¹ Уговарањем надлежности арбитраже за решавање спорова, странке искључују надлежност држав-

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

** Рад се објављује као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду.

1 Напомена – Детаљније о дефиницијама арбитраже вид. Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет, Београд 2000, 32-34; Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1999, 398; Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Удружење за европско право, Крагујевац 2012, 859-862; Francesco Berlingieri, International Maritime Arbitration, *Journal of Maritime Law and Commerce* (даље у фуснотама: JMLC), vol. 10 No. 2/1979, 199; Macleod, Hudson, Stevens & Borrie *Mercantile Law*, Butterworths, London 1978, 3.

них судова, чиме се ствара „вандржавни“ систем решавања спорова, као конкуренција систему државних судова. Решавање спорова и заштита субјективних права правних субјеката једна је од кључних функција државе. Отуда је нужно да држава прописима допусти арбитражу, као орган за решавање спорова, поред судова које сама успоставља, како би њене одлуке биле правно обавезујуће. Ако је допусти, онда тиме себе развлашћује, јер судовање, као један облик своје власти, делимично преноси на недржавне органе. Ако је не допусти, онда њене одлуке нису принудно обавезујуће и извршиве, већ се њихово поштовање заснива искључиво на вољи (моралу) странака у спору.

Србија је арбитраже наизглед допустила и уредила Законом о арбитражи из 2006. год.² Тим законом је релативно детаљно уредила арбитражу, њене врсте, арбитрабилност, образовање, однос са судовима, споразум о арбитражи, њену надлежност, поступак, одлуку и судски поништај одлуке. Њиме Србија, међутим, није одредила појам арбитраже, створивши тиме празнину у свом правном поретку. Због те празнине јавља се недоумица да ли је она уопште допуштена у Србији, јер Устав из 2006. год. поверава функцију решавања спорова и заштите права грађана искључиво судовима, као државним органима (чл. 32 и 143).³ Пошто Закон о арбитражи не одређује да ли је арбитража суд, како то Устав захтева, спорно је да ли је она уопште допуштена код нас, па и да ли је сам тај закон уставан.

II Улога арбитраже у систему државних органа Србије

Устав Србије не садржи дефиницију судова, али их уређује на два места, ако се занемари Уставни суд, као посебна врста суда која штити уставност и законитост (Шести део Устава, чл. 166-175). Најпре их уређује у другом делу који је посвећен људским и мањинским правима и слободама. Потом их уређује у петом делу насловљеном „Уређење власти“, као једну врсту органа власти, поред Скупштине, председника Републике, Владе и других државних органа (чл. 142-151).

2 Сл. гласник РС, 46/2006 (даље у фуснотама: ЗА). Хвалоспеве овом закону уз по коју примедбу дао је Тома Рајчевић, као један од његових писаца, у чланку „Закон о арбитражи Републике Србије“. Вид. *Право и привреда*, Удружење правника у привреди Србије (даље: ПП), Београд 5-8/2007, 310-315. О примедбама на Закон о арбитражи више вид. Владимир Павић, Милена Ђорђевић, Новине у правном оквиру за АДР у Србији, *Хармониус*, Београд 2014, 255-257.

3 Сл. гласник РС, 98/2006.

У делу о људским и мањинским правима Уставом се свим лицима зајемчује право *на правично суђење*, као људско право, и то само пред „законом већ установљеним судовима...“ (чл. 32). Овим правилом се готово искључује могућност да се о правима (и обавезама) суди пред судовима који нису постојећи у часу настанка њихове повреде (нпр. ненамирење тражбине о доспелости, повреда својине, *извршење* кривичног дела) и који нису установљени законом.⁴ Тиме се, у суштини, функција суђења поверава искључиво државним судовима, као органима који су „законом већ установљени“ у часу повреде нечијег права. Из тога се закључује да се уставним правилом о праву на правично суђење готово забрањује да о правима и обавезама правних субјеката одлучују арбитраже, и то из више разлога.

Прво, спорно је да ли су арбитраже судови, јер им Устав не одређује појам, нити то чини Закон о арбитражи.⁵ Ако се прихвати да нису судови, као што то многи тврде, јасно је да су по Уставу забрањене, јер само судови могу да омогуће правично суђење. Друго, арбитраже у Србији јесу уређене законом, али се њиме не успостављају у сваком поједином случају. Оне се успостављају уговором странака, којим се одлучивање у спору препушта њима, уместо судовима, као државним органима установљеним законима. Уговор свакако није закон, те арбитража не испуњава ни услов установљености законом, да би омогућила „правично суђење“ у складу са Уставом. Треће, правично суђење по Уставу може да омогући

4 *Напомена* – Наглашава се да се по Кривичном законик у Србије, а тиме и у српском правничком језику, кривично дело „извршава“ или „чини“, те да се лице које га извршава зове извршилац или учинилац (Сл. гласник РС, 85/2005, ..., 94/2016; нпр. чл. 2, 15-16). Изрази „починити“ кривично дело, те „починилац“ званично не постоје, иако су их новинари у јавним гласилима, па и многи правници, олако и широко прихватили под утицајем хрватског новоговора. Оваква пракса у нашем језику само је један од показатеља колико је српски народ помодан и поводљив за страним вредностима, као и колико се олако одриче сопствених. Она указује не само на ниску свест нашег народа о потреби очувања својих вредности, па и националних интереса, већ и на недостатак његове интелигенције.

5 *Напомена* – У ЗА се, додуше, користи израз „арбитражни суд“ (нпр. чл. 9. и 16), те би из тога могло да се закључи да су арбитраже у Србији по својој природи судови, слично државним. Ипак, тај израз није чврста тврдња о природи арбитраже, каква би била да је у закону садржана дефиниција, већ је више средство законописачке технике. Наиме, он се више користи да би се једним изразом обједињено назвало и арбитражно веће и арбитар појединац, као два могућа састава арбитраже у поступку, него што се желело указати на судску природу арбитраже. Осим тога, утисак је да је тај израз више превод на српски енглеског израза „*arbitral tribunal*“, него што се њиме желело да устврди да је арбитража код нас суд. Тај енглески израз потиче из УНЦИТРАЛ-овог Модела закона о међународној трговинској арбитражи из 1985. год. са изменама из 2006. год. (нпр. чл. 10), који је послужио као узор нашем закону.

само суд, и то онај који је установљен већ у часу кад се јави питање (спор) о правима и обавезама неког лица. Арбитража редовно не испуњава ни овај услов из Устава, јер се образује (установљава) тек после настанка спора. Условно може да се тврди да постојање у часу настанка спора испуњава стална (институционална) арбитража, а никако повремена (*ad hoc*) арбитража. Код сталне арбитраже већ постоји организација (нпр. трговинска комора, удружење) у оквиру које се она образује и која обавља административне послове за њене потребе. Ипак, и тврдња да стална арбитража постоји у часу настанка спора није поуздана, јер се арбитар односно арбитражно веће одређује и почиње да ради тек кад се поднесе тужба, а то је час после настанка спора. Најзад, четврто, да би било суђење правично, Устав захтева да оно буде јавно, а арбитражни поступци су редовно поверљиви, јер је из њих искључена јавност. Сметња јавности суђења за допуштење арбитража јесте отклоњива, јер Устав допушта њено искључење у поступку из разлога заштите приватности његових учесника, што је случај са арбитражама (чл. 32, ст. 1 и 3).

У петом делу, којим се уређује власт, Уставом се одређује да „судска власт припада судовима опште и посебне надлежности“, да се њихово оснивање, организација, надлежност, уређење и састав уређује законом, те да не могу да се оснивају привремени, преки или ванредни судови (чл. 143). Из наведених правила се изводи неколико закључака о судовима који су од значаја за допуштеноост арбитража. Закључци су да су судови органи власти, да су државни органи, да могу да буду опште и посебне надлежности, да се уређују законом, те да су забрањени привремени и ванредни судови. Ови закључци стварају додатне сметње за допустивост арбитража у Србији.

Арбитраже свакако нису државни органи, а Устав поверава функцију суђења само судовима као државним органима. Ипак, могло би да се тврди да су арбитраже органи власти, те да стога испуњавају уставни услов да врше функцију суђења. Оне би могле да се сматрају органима власти, јер одлучивањем у споровима и доношењем правно обавезујућих одлука врше судску функцију, као једну од функција власти. Њихове одлуке су извршне исправе, те поверилац има право на принудно извршење по основу њих преко суда или извршитеља.⁶ Ако се прихвати да арбитраже јесу судови, као „недржавни“ органи, настаје проблем у вези са њиховом привременошћу, повременошћу и ванредношћу у решавању

⁶ Закон о извршењу и обезбеђењу Србије (Сл. гласник, 106/2015), чл. 106/2015, чл. 4, 40 и 41; ЗА, чл. 64.

спорова. Наиме, оне се образују само кад настане спор, а Уставом су забрањени привремени судови. Ако се прихвати да сталне арбитраже нису привремени судови, него стални, остаје закључак да су Уставом свакако забрањене повремене (*ad hoc*) арбитраже, које се образују за сваки спор појединачно после његовог настанка. Надаље, Уставом су забрањени ванредни судови, а арбитраже се ванредно образују тек кад настане спор. Из тога би се закључило да су забрањене по нашем уставу, јер он не садржи дефиницију ванредног суда. Најзад, по Уставу судови могу да буду опште надлежности, који у начелу одлучују у свим правним стварима, осим у оним које су законом стављене у надлежност судова посебне надлежности (нпр. трговински суд, управи суд). Арбитраже свакако немају општу надлежност, као што то имају судови, иако, у начелу, правни субјекти могу да им повере решавање било ког спора о имовинским правима којим могу слободно да располажу.⁷ Неке сталне арбитраже су, међутим, специјализоване за решавање само одређених врста спорова (нпр. инвестиционе, трговинске, поморске или спортске арбитраже).⁸

Из свега реченог се закључује да је врло спорна, ако не и забрањена, улога арбитража, као органа за решавање спорова и заштиту права правних субјеката у систему државних органа Србије. Разлог је тај што Устав уопште не предвиђа арбитражу као начин решавања спорова, иако је изричито не забрањује. Он, међутим, функцију суђења поверава искључиво судовима, које сврстава у државне органе. Како арбитража није државни орган, закључује се да није ни суд, те да не може да врши судску функцију решавања спорова, која је један облик државне власти поред законодавне и извршне власти.

III Пример Устава СФРЈ из 1974. године

За разлику од важећег устава Србије, Устав Социјалистичке Федеративне Републике Југославије из 1974. год. изричито је предвиђао арбитражу и „избране судове“, као врсту судова. По њему су постојали редов-

7 У Србији само унутрашње арбитраже могу да буду опште, док се међународне арбитраже ограничавају на трговинске, јер могу да решавају спорове само из међународних пословних односа (ЗА, чл. 1 и 3). Разлог за ограничавање међународних арбитража само на трговинске односе јесте резерва коју је наша земља ставила у том питању на Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Вид. Мирјана Цукавац, Границе арбитрабилности према југословенском праву, *ПП* 5-8/2003, 248; Т. Рајчевић, 310.

8 Н. Holman, *A Handy Book for Shipowners and Masters*, Thos. R. Miller & Son, London 1964, 392; Мирослав Север, Спортска арбитража, *ПП*, 1-2/2004, 138-146; F. Berlingieri, 201; М. Трајковић, 8, 72.

ни судови, као органи државе, и самоуправни судови, као посебна грана судства, у које су спадале и арбитраже, односно избрани судови (чл. 205, 217 и 225). Тиме је уставом била одређена правна природа арбитраже као врсте суда, те се није могла јавити недоумица о њиховој допуштености.⁹ У то време се у социјалистичкој Југославији настојало да се што више развије самоуправљање, те да се држава што више „подруштвени“, односно „развласти“ и тиме „приближи народу и грађанима“. То је значило, у ствари, да се што више њених функција пренесе у надлежност недржавних или полу-државних органа (нпр. друштвени правобранилац самоуправљања). У складу с тим настојањем, и судска функција решавања спорова о имовинским слободно преносивим правима дата је „избраним судовима“ (односно арбитражама), ако су странке у спору уговориле њихову надлежност. Избрани судови и поступак пред њима били су детаљно уређени Законом о парничном поступку СФРЈ из 1977. год. (чл. 468а-487) све до 2006. год, када су његова правила у овом питању укинута Законом о арбитражи (чл. 69).¹⁰ Тиме је Србија прешла са система обједињеног уређивања материје грађанског процесног права у једном великом закону (законику) на систем њеног разједињеног уређивања у више посебних закона. Тиме је напустила кодификаторску традицију континентално-европских правних система, прешавши у овој материји на *common law* начин њеног уређивања.¹¹

IV Оспоравање уставности арбитраже у другим земљама

Упркос томе што Устав допушта искључиво судски начин решавања спорова и што Закон о арбитражи не одређује да је арбитража врста суда, у Србији нико до сад из тог разлога није оспорио правну ваљаност арбитражних одлука у нашем правном поретку. То, међутим, не значи да се тога нико убудуће неће сетити, те да се неће пред судом јавити питање да ли је арбитража уопште смела да поступа у спору. Због тога ваља да се

9 Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1982, 385.

10 Сл. лист СФРЈ, 4/1977, ..., 3/2002).

11 *Напомена* – Већина земаља континенталне Европе уређује арбитраже и поступак пред њима законима о грађанском судском поступку (нпр. Француска, Италија, Белгија). Вид. F. Berlingieri, 201-207.

Оваква законодавна политика Србије је смушена, јер се тренутно, с једне стране, ради на кодификацији грађанског материјалног права у Грађанском законнику, а с друге стране се материја грађанског процесног права „разбија“ на више посебних закона, као што су Закон о парничном поступку, Закон о извршењу и обезбеђењу, Закон о арбитражи и Закон о ванпарничном поступку. Утисак је да се то ради под утицајем којекаквих стручњака из страних земаља, као да српски државници и правници не умеју да размишљају својом главом.

укаже да је у другим земљама било озбиљног оспоравања уставности арбитражног начина решавања спорова, те да се размотри како су оне и њихови судови поступили тим поводом.

Најозбиљније оспоравање се десило у САД у 19. веку, и то баш из разлога што устав те земље, као и наш важећи устав, не предвиђа арбитражу као начин решавања спорова и заштите права грађана. Тамо су, као и код нас, по уставу једино судови надлежни да штите права грађана. Осим тога, тамо је уставом предвиђен систем пороте, као облик „народног“ суђења, чиме је грађанима дато право да у њиховим споровима одлучује порота о кључним питањима уместо професионалног судије. Због тога се јавило питање да ли је арбитража уопште допуштена, односно какву правну снагу има њена одлука.¹²

Оспоритељи уставности арбитраже и правне обавезности њених одлука у САД оправдавали су своје тврдње истицањем неколико разлога. Прво, по уставу само суд сме да одлучи у спору о правима и обавезама његових учесника. Арбитража није суд, већ приватан начин решавања спора, те је због тога неуставна. Друго, грађанима је уставом зајемчено право да им суд одлучи у спору. Како је то право неотуђиво, ни сам грађанин не може да га се одрекне својом вољом, маколико да устав јемчи њену слободу, а то значи да не може да га се одрекне ни арбитражним споразумом. Ако је арбитражни споразум правно ваљан због уставног начела слободе воље, не значи да арбитража има право да донесе правно обавезујућу одлуку, јер није суд, због чега не сме да узурпира његову власт. Њена одлука ствара само моралну (неутуживу) обавезу за губитника у спору, који је може извршити добровољно, али га добитник не може на то принудити. Да би добитник натерао губитника у арбитражном спору, он мора да тражи од суда да цео поступак покрене из почетка пред судом, или да тражи накнаду штете због повреде арбитражног споразума, и то опет пред судом.¹³ Треће, ни суд нема право да укине грађанима уставно право на суђење пред државним судом признавањем пуноважности арбитражног споразума и арбитражне одлуке, већ мора да мериторно преиспита законитост арбитражне одлуке, ако то од њега буде тражено. Четврто, по уставу грађани имају право да им суди народ путем пороте, и

12 Georgios I. Zekos, *Constitutionality of Commercial/Maritime Arbitration*, *JMLC*, vol. 44 No. 3, 44-53.

13 Истим разлогом су и енглески судови у прошлости оправдавали своја одбијања да спроведу принудно извршење арбитражне одлуке против невољног губитника арбитражног спора. Вид. Richard H. Sommer, *Maritime Arbitration – Some of the Legal Aspects*, 49 *Tulane Law Review*, vol. 49, 1974/75. 48.

то пред државним судом и уз присуство јавности. Како пороте нема у арбитражном поступку, који је нејаван (поверљив), онда је свакако такав поступак неуставан, јер укида право грађана на пороту и јавност суђења.

Судови су у САД у почетку били непријатељски настројени према арбитражама, јер су сматрали да се тиме развлашћују. На арбитраже су гледали као на неуставну конкуренцију у обављању своје функције. Осим тога, сматрали су да је за њих понижавајуће да се подреде арбитражи, као приватној установи, кад би им победник у арбитражном спору тражио да губитника принуде да изврши своје обавезе из арбитражне одлуке. Због тога су одбијали да спроведу принудно извршење арбитражних одлука, узимајући за себе право да преиспитују њихову законитост. Чак је расправљано и о уставности Савезног закона о арбитражи САД из 1925. год. (*Federal Arbitration Act*; скр. FAA).¹⁴

У овој расправи временом су превладали разлози у корист уставности арбитраже и пуноважности њених одлука. Заузео се став да се уставом зајемчена слобода воље грађана не може оспорити, ако су њом ваљано прихватили да им спор реши арбитража уместо суда. Судским непризнавањем арбитраже на коју су странке слободном вољом пристале, подстицало би се преварно понашање у трговинским и другим односима између људи. Губитник арбитражног спора би на тај начин могао да избегне своју обавезу из арбитражне одлуке, иако је ризик њеног доношења на своју штету раније прихватио закључењем арбитражног споразума. Тиме би се нанело грађанима више штете, правне несигурности и неправде, него судским признавањем пуноважности арбитражних одлука. Такође, судови су временом схватили да их арбитраже растерећују у обављању њихових послова, чиме им олакшавају функцију. Уставност Закона о арбитражи САД је нашла упориште у уставном праву Конгреса, као законодавног органа, да доноси законе којим уређује трговину између лица из различитих држава чланица федерације (тзв. *intrastate commerce*).¹⁵

Није се само у САД водила расправа о уставности арбитраже. У Бразилу се дуго оспоравала уставност Закона о арбитражи, док 2001. год. његов Врховни суд није пресудио да је уставан. И у Енглеској су судови дуго били невољни да признају и извршавају арбитражне одлуке. Оваква правна спорења немају земље чији устави изричито допуштају арбитражу. Тако, у Грчкој устав допушта искључење надлежности државног суда,

14 G. Zekos, 44, 52 и 53; Georgios I. Zekos, *Maritime Arbitration and the Rule of Law, JMLC*, vol. 39 No. 4/2008, 525-527.

15 G. Zekos, *Constitutionality...*, 50 и 53.

ако је то учињено пуноважним споразумом странака у спору. Под изразом „судија“ у грчком уставу се не сматра само државни судија, већ и арбитар (чл. 8, 87 и 867). И у Бугарској устав предвиђа да у грађанским споровима странке имају право да уговоре арбитражу, али то уједно забрањује у одређеним грађанским и кривичним стварима.¹⁶

V Испуњавање правне празнине у Србији (отклањање противречности)

Непознавање арбитража у Уставу Србије ствара празнину у нашем правном поретку. Осим тога, уставно непознавање арбитража и њихово уређивање Законом о арбитражи, без одређивања да су врста судова, јесте противречно и правно бесмислено. Противречност Закона о арбитражи са Уставом се састоји у томе што Устав одређује да само државни судови могу да суде, док се Законом о арбитражи допушта да суде и арбитраже, као недржавни органи. Њиме се чак наређује суду да обустави поступак који је пред њим покренут у ствари у којој је закључен арбитражни споразум, ако му странка (обично тужени) поднесе приговор пре него што се упусти у расправу о његовом предмету (чл. 14). Осим тога, њиме се одређује да су арбитражне одлуке извршне исправе, односно да имају снагу као правноснажне судске одлуке (чл. 64). Пошто устав има већу правну снагу од закона, ову противречност у правном поретку би Уставни суд у евентуалном спору морао да реши стављањем ван снаге Закона о арбитражи. Тиме би се, међутим, доследна правна логика сукобила са праксом у којој постоје и раде арбитраже, а државни судови поштују њихове одлуке, осим кад их пониште из законом прописаних разлога. Због тога се јавља питање да ли је могуће објашњену празнину испунити, односно да ли се противречност може отклонити. На ово питање је могуће дати три одговора.

Прво, могуће је изменити Устав, тако што би се једном реченицом арбитраже признале као посебна врста судова. Тим правилом би требало упутити на посебан закон ради њиховог детаљног правног уређивања. Ова могућност је најбоља по арбитраже, јер би отклонила сваку противречност и недоумицу. Ипак, она је мало вероватна, због тога што се наш устав тешко мења (чл. 203 и 204).

Друга могућност је измена Закона о арбитражи. Измена би се састојала у томе што би се арбитража појмовно одредила као суд образо-

16 G. Zekos, *Constitutionality...*, 45.

ван на основу воље (уговора) странака у спору ради његовог решавања.¹⁷ Тиме би се бар језички Закон о арбитражи ускладио са Уставом у питању допуштености арбитраже. Наиме, Устав не дефинише суд, нити изричито одређује да је он државни орган. Ипак, његовим систематским тумачењем се закључује да суд јесте државни орган. То проистиче из његове одредбе о законодавној надлежности Републике, којом се одређује да је она надлежна да уређује „поступак пред судовима и другим државним органима“ (чл. 97, ст. 1 тач. 2).

Трећи могући начин испуњавања празнине и отклањања противречности јесте широко тумачење уставних правила о суђењу, решавању спорова и „заштити слобода и права грађана“. Оно би се састојало у заузимању става у пракси да арбитраже јесу врста судова, иако нису државни органи.¹⁸ Тиме би им се признала могућност да буду надлежне да решавају спорове, те да одлучују о правима и обавезама правних субјеката, ако странке на то пристану. Ово широко тумачење би могло да се оправда на више начина.

Прво, Устав упућује на закон у питању детаљног уређења судова законом (чл. 143), а арбитраже су уређене Законом о арбитражи као да јесу судови. Друго, иако арбитраже нису државни органи, као што су „прави“ судови, држава по Уставу има законодавну надлежност да уреди и „друге односе од интереса за Републику“ (чл. 97, ст. 1, тач. 17). Ти други односи могу да буду и односи у вези са арбитражним решавањем спорова. Треће,

17 *Напомена* – Судска природа арбитраже је дубоко укореењена међу правницима. Чак се тврди да је она, као начин решавања спорова, претходила систему државних судова. Вид. William Holdsworth, *A History of English Law*, Gooldhart & Hanbury eds., 1964, 187 (према G. Zekos, *Constitutionality...*, 36). Било је и времена кад је преувеличаван значај арбитраже. Тако се у време Француске буржоаске револуције сматрало да су арбитраже „природан“ и главни начин решавања спорова, а да судови треба да буду супсидијеран начин (вид. G. Zekos, *Maritime Arbitration...*, 524). Такав став у то време је био у складу са тада преовлађујућом теоријом о природном праву Хуга Гроцијуса.

18 У правној науци постоје три схватања о правној природи арбитраже. Прво је процесноправно схватање, по којем је арбитража суд (нпр. избрани суд). Оно преовлађује у нашој правној науци. Друго схватање је материјалноправно, по којем је она уговор. Треће схватање је да је она мешовите природе, односно да је суд који је заснован на уговору странака у спору. Вид. М. Трајковић, *Правна природа трговинске арбитраже*, *ПП* 5-8/2003, 242-245; Радомир Ђуровић, Александар Ђирић, *Међународно трговинско право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2005, 266; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 686; Б. Познић, 384, 385.

Има мишљења да је и у УНЦИТРАЛ-овом Моделу закона о међународној трговинској арбитражи из 1985. год. прихваћено да је арбитража суд (чл. 57, 58). Вид. Т. Раичевић, 313.

чињеница да арбитраже, као недржавни судови, одлучују у споровима, не значи да су тиме правни субјекти у Србији потпуно лишени заштите у остваривању својих права, коју пружају државни судови. Разлог је тај што државни судови ипак задржавају право надзора над радом арбитража и законитошћу њихових одлука. Они имају право да пониште арбитражну одлуку из законом предвиђених разлога по тужби незадовољне странке у арбитражном поступку (нпр. због ништавости арбитражног споразума, повреде начела расправности или непрописног састава арбитраже). Четврто, судови одлучују о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Србија се обавезала међународним конвенцијама да признаје и извршава на својој територији одлуке страних арбитража.¹⁹ Ако је наша држава обавезна да признаје и извршава стране арбитражне одлуке, мора да признаје и одлуке домаћих арбитража. У супротном, настала би правна бесмислица по којој би страни органи имали више права код нас него домаћи органи. Ако признајемо стране арбитражне одлуке, онда морамо да признајемо и домаће арбитраже и њихове одлуке. У супротном би домаће арбитраже ставили у подређени положај у односу на стране, а начело је да странци у домаћој земљи не могу да имају више права од домаћих лица. Најзад, пето, у демократским политичким режимима, какав је наш по Уставу (чл. 1), филозофско правно начело је да је допуштено све што изричито није забрањено уставом и законом. Пошто наш устав не забрањује изричито арбитражни начин решавања, закључује се да је он допуштен, с тим што мора да се уреди законом.

VI Допустивост арбитраже у саобраћају

1. Начелна допуштеност арбитраже

Саобраћај је сложена делатност у којој се успостављају бројни односи између његових учесника (нпр. организациони, управни, безбедносни, имовински). Најчешћи су имовински односи из уговора о превозу, али и из других извора (нпр. поводом повреде стварних права на бродовима и другим возилима, загађивања околине, судара бродова или других возила). Због тога су у њему чести спорови, и то пре свега у вези са проузроковањем штете у превозу и наплатом превознине. Штета се често

19 На пример, још је социјалистичка Југославија 1982. год. ратификовала Конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука (Њујорк) из 1958. год. Србија је ратификацију потврдила 1992. год. Вид. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (приступљено 15.02.2018. О ратификованим арбитражним конвенцијама више вид. М. Цукавац, 248.

дешава у саобраћају због брзине његовог одвијања, иако је безбедност једна од битних његових особина, поред брзине и економичности (исплативости).²⁰ У уговорима о превозу и превозним исправама (нпр. товарном листу, теретници), чести су углавци о надлежности суда или арбитраже. Због тога се јавља питање да ли је допуштено да такве спорове решава арбитража. У правној науци се ово питање често назива арбитрабилношћу неког спора, при чему се разликује субјективна и објективна арбитрабилност.²¹

Субјективна арбитрабилност јесте допуштено да се води арбитражни спор против одређених субјеката (лица). Имовински спорови су начелно субјективно арбитрабилни, осим кад је прописима изричито забрањено да се воде против одређених лица. Значи, ако је прописима забрањено да се против одређеног лица води арбитражни спор, онда се каже да је он субјективно неарбитрабилан. У саобраћају се субјективна неарбитрабилност махом своди на забрану да се држава тужи у арбитражном спору или против ње води извршни поступак (тзв. имунитет државе). Она се нарочито јавља кад у саобраћајним односима учествује јавно возило (нпр. војни или полицијски брод или ваздухоплов; в. поднаслов 2. овог наслова).²² Осим тога, српско право познаје и један случај субјективне неарбитрабилности пред страном арбитражом, који није особен само за саобраћај, јер је забрана опште природе (важи за све делатности). Наиме, субјективно су неарбитрабилни пред страном арбитражом сви спорови који се воде између домаћих лица, а то су српски држављани и правна лица са седиштем у Србији. Ова лица имају право да уговоре само домаћу арбитражу. Разлог је тај што надлежност страног суда може да се уговори само у споровима у којим је бар једна странка страном лице (тј. страни држављанин или правно лице са седиштем у иностранству).²³ Ако је домаћим лицима у спору забрањено да уговарају надлежност страног

20 Славко Царић, Ивица Јанковец, Предраг Шулејић, Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 8, 9.

21 Јелена Перовић, Међународна трговинска арбитража и питање арбитрабилности, *ПП* 5-8/1998, 503, 506; М. Цукавац, 252.

22 *Напомена* – Јавно возило је оно које користи држава за нетрговачке сврхе, односно за јавне потребе (нпр. ратни или полицијски брод). Држава не мора да му буде власник, јер је довољно да га користи по неком ужем правном основу (нпр. закуп, реквизиција).

23 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља РС (Сл. лист СФРЈ, 43/1982, ..., Сл. гласник РС, 46/2006; даље у фуснотама: ЗРСЗ), чл. 49.

суда, значи да им је забрањено да уговарају и надлежност стране арбитраже, као органа са мање власти за решавање спорова.²⁴

Објективна арбитрабилност је допуштено да арбитража одлучи у спору с обзиром на његов предмет (врсту, природу). Ако је прописима забрањено да арбитража одлучује у одређеној врсти односа, због његове „осетљиве“ суштине (природе), каже се да је спор објективно неарбитрабилан. Његово решавање је тада резервисано само за државне судове или друге њене органе (нпр. орган заштите тржишног надметања). Због тога треба прво да се утврди природа односа у којем је дошло до спора, јер је арбитража допуштена само у имовинским споровима. Ако је реч о неимовинском спору, као што је онај поводом вршења управне функције неког органа или другог јавноправног учесника у саобраћају (нпр. лучка капетанија), свакако да је арбитража забрањена. Такође је забрањена у кривичним и прекршајним стварима у саобраћају. За такве спорове искључиво је надлежан суд. У имовинским споровима у саобраћају је арбитража начелно допуштена, али под два услова. Први је да се спор тиче права учесника у саобраћају којим они могу својом вољом слободно да располажу. То су углавном слободно преносива права, као што су стварна и облигациона права. То могу да буду и стварна права која су везана за личност свог имаоца, упркос томе што нису преносива, јер и њима може да се слободно располаже (нпр. спор постојању плодуживања одређеног лица на туђем броду). Други услов је да за спор није предвиђена искључива надлежност суда с обзиром на његов предмет (в. поднаслов 3. овог наслова).

2. Судски (арбитражни) имунитет

Судски имунитет је изузеће одређених лица од могућности да буду тужена у парничном поступку, односно да буду извршеници у извршном поступку. Забрана да се против одређеног лица покрене парнични или извршни поступак заснива се на закону одређене земље, а у саобра-

24 Обрнуто, ова забрана не важи за уговарање надлежности српске арбитраже у спору између страних лица. Значи, иако је спор искључиво између страних лица, допуштено им је да уговоре надлежност српске (домаће) арбитраже. То је допуштено нарочито ако имају седишта (пребивалишта) у различитим државама, па и ако их имају у истој држави, под условом да је ван ње место арбитраже, или претежно испуњење њихових обавеза из спорног односа, или предмет спора. Страна лица из исте државе имају право да уговоре надлежност српске арбитраже и кад се ван ње не налази место претежног испуњења њихових обавеза, ни предмет спора, под условом да су се изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава. Вид. ЗА, чл. 3.

ћају се често заснива и на међународним уговорима. Разлог ове забрана је настојање државе да заштити своје опште интересе у саобраћају у одређеним питањима, која се углавном тичу очувања возила од јавног (безбедносног) значаја (нпр. војни бродови и ваздухоплови).

Заштићено лице може да ужива две врсте судског имунитета. Једна је парнични имунитет, што значи да не може да буде тужено у парничном поступку. Друга врста је извршни имунитет, што значи да се против заштићеног лица односно његове имовине не сме да води извршни поступак (нпр. да се она заплени и прода). Заштићено лице обично ужива обе врсте имунитета. Могуће је, међутим, да се деси да не ужива парнични имунитет (нпр. страна држава га се одрекне у парници пред домаћим судом или арбитражом), али да ужива извршни имунитет (нпр. кад изгуби парницу, страна држава се позове на извршни имунитет пред домаћим органом извршења). У пракси се, међутим, углавном заузео став да се држава или друго заштићено лице одрицањем од парничног имунитета одриче и извршног имунитета. Сматра се да се заштићено лице одриче имунитета кад пристане на парничење, било закључењем уговора о томе са другом страном у послу (нпр. арбитражни углавак у главном уговору или посебан арбитражни споразум), или улажењем у расправу о предмету спора, иако претходно није закључило уговор којим се одриче имунитета.²⁵ Пристанком на арбитражу у прописаној форми (нпр. писменим споразумом, улажењем у расправу у меритуму) заштићено лице се одриче свог парничног имунитета, због чега је арбитражни имунитет редак у пракси.

Заштићено лице је углавном држава, и то страна држава у поступцима пред домаћим судовима, односно арбитражама. Домаћа држава не ужива имунитет у поступцима пред домаћим судовима. Она не ужива имунитет ни кад закључи арбитражни споразум, јер га се тиме одриче.

25 О проблему извршења одлука поморских арбитража против страних држава вид. Martin Domke, *The Enforcement of Maritime Arbitration Agreement with Foreign Governments*, *JMLC* vol. 2 No. 3/1971, 617-624.

У једном арбитражном спору у САД, америчка поморска компанија је, као тужилац, тражила намирење свог потраживања од Републике Вијетнам. Вијетнам је изгубио спор, те је тужилац тражио намирење тражбине запленом новца тужене државе, који је она имала на рачунима у америчким банкама. Туженик је приговорио да ужива извршни имунитет. Јавило се питање да ли се држава закључењем арбитражног споразума, којим се одриче од парничног имунитета, уједно одриче и од извршног имунитета. Амерички суд је одбио приговор и допустио извршење на новцу тужене државе. Вид. одлуку у парници *Pan American Tankers Corp. v. The Republic of Viet Nam*, 291 F. Supp. 49 (S.D.N.Y. 1968) према M. Domke, 620.

Међутим, и кад га се држава не одрекне, имунитет јој је делимичан (тзв. обим имунитета). То значи да је изузета од могућности да буде тужена пред страним судом или арбитражом само у споровима поводом њених јавноправних функција. У споровима из послова у којим наступа као обичан пословни субјект, она не ужива имунитет.²⁶

У српском саобраћајном праву постоји неколико случајева имунитета стране државе и других страних јавноправних субјеката у поступцима пред домаћим судовима и арбитражама. Они се односе само на водени и ваздушни саобраћај, јер се у копненим гранама саобраћаја не признаје имунитет. Најпре, у случајевима у којим српско право успоставља искључиву надлежност домаћих судова, очекује се да се и страни судови и арбитраже уздрже од оглашавања своје надлежности, препуштајући је српским судовима. Затим, постоји неколико случајева потпуног извршног имунитета, јер је забрањена пленидба и продаја брода и ваздухоплова из разлога заштите општег интереса.

Домаћем суду, а тиме и арбитражи, забрањено је да спроведе извршење, обезбеђење и заустављање бродова у неколико случајева. Прво, забрана се односи на свако ратно пловило, као и на други јавни брод (не и на пловила која нису брод), без обзира на то да ли је домаћи или страни. Друго, не сме да се зауставља, плени и продаје страни трговачки брод у нешкодљивом пролазу унутрашњим водама Србије. Треће, не сме да се зауставља, плени и прода страни брод у нужди. То је брод који се задржава на домаћим унутрашњим водама због више силе или због привремене обуставе пловидбе, док трају односне сметње у пловидби. У другом и трећем случају имунитет ужива власник трговачког брода, иако није држава. Разлог признавања имунитета је заштита поверења у слободу и сигурност пловидбе кроз туђе територијалне воде. Ипак, да се ова слобода не би злоупотребљавала, поверилац има право да заплени и прода и страни брод у нешкодљивом пролазу или у нужди, али само ради

26 У парници *Socobelge v. Etat H el enique* из 1951. год. белгијска компанија је градила железничке пруге у Грчкој по основу уговора који је са њом закључила. Уговором је била предвиђена надлежност арбитраже. Грчка није намирила нека потраживања белгијској компанији, те ју је ова тужила. Арбитража је пресудила спор у корист компаније, као тужиоца. Пошто Грчка није хтела да испуни своје обавезе из арбитражне одлуке, компанија је тражила заплени новца грчке државе у белгијским банкама, како би намирила тражбину. Суд јој је то допустио, упркос позивању тужене државе на извршни имунитет. Суд је сматрао да је био посреди спор из трговинског посла, а не из посла који је Грчка држава обављала у јавноправне сврхе (нпр. ради одбране земље, заштите јавне безбедности). Вид. М. Domke, 622.

намирења својих потраживања која су настала током његовог проласка или задржавања у домаћим водама.²⁷

У ваздушном саобраћају забрањено је извршење (извршни имунитет) на: 1) државном ваздухоплову, ваздухоплову за медицински превоз и ватрогасном ваздухоплову, без обзира на то да ли је страни или домаћи; 2) страном ваздухоплову који прелеће територију Србије у складу са важећим прописима; 3) страном ваздухоплову који слети на аеродром у Србији због више силе или другог безбедносног разлога (ваздухоплов у нужди), док траје нужда; и 4) страном ваздухоплову који је слетео на аеродром у Србији по наређењу надлежног органа. Власник страног ваздухоплова у другом, трећем и четвртном случају ужива имунитет, иако није држава, из разлога заштите слободе прелета и пружања помоћи у нужди у домаћој држави. Ипак, он не ужива имунитет за потраживања која је његов ваздухоплов створио током прелета или боравка у Србији (нпр. накнада држави за прелет, аеродромска такса, накнада за оправку, накнада за гориво). Најзад, ваздухоплов који је основно средство у обављању делатности привредног субјекта не сме да се плени и продаје. Овим случајем извршног имунитета власника ваздухоплова настоји се заштитити ваздухопловна делатност, како би се подстакао њен развој, као ризичне гране саобраћаја. Изузетно, ваздухоплов који је основно средство за обављање делатности може се заплени и продати ради намирења прописаних врста потраживања. То су, у суштини, потраживања у вези са обављањем ваздухопловне делатности, због чега се могу назвати ваздухопловним потраживањима. Она су: 1) потраживања која су обезбеђена залогом на ваздухоплову, при чему није значајно да ли је она уговорна или законска; 2) потраживања накнаде штете због смрти или телесне повреде изазване ваздухопловом лицима на земљи или на њему током његове употребе (нпр. полетања, летења или слетања); 3) потраживања из уговора о превозу или другог уговора о искоришћавању предметног ваздухоплова; 4) потраживања изазвана трагањем, спасавањем, пружањем помоћи или чувањем ваздухоплова; 5) потраживања за снабдевање (нпр. гориво, мазиво, храна) или оправке ваздухоплова или

27 *Напомена* – Србија је углавном преузела случајеве судског имунитета из Бриселске конвенције о уједначавању неких правила о имунитету државних бродова из 1926. год., како је измењена Бриселским протоколом из 1967. год., иако је није ратификовала. Пошто наша земља третнутно нема излас на море, ови случајеви важе само у речној пловидби, иако законом нису ограничени само на њу. Вид. Закон о трговачком бродарству РС (Сл. гласник, 96/2015; даље у фуснотама: ЗТБ), чл. 274.

његове опреме.²⁸ Закључује се да је забрањено извршење на ваздухоплову који је основно средство само ради намирења „неваздухопловних“ потраживања.

3. Забрана арбитраже с обзиром на предмет спора

Српско право забрањује арбитражу у неколико случајева због особености предмета спора, дајући у њима судовима искључиву надлежност.

Први случај се односи на спорове поводом својине, другог стварног права и права закупа на броду или ваздухоплову, који су уписани у домаће уписнике. За њих је искључиво надлежан привредни суд на чијем подручју се налази уписник предметног брода или ваздухоплова. Ако је реч о сметању поседа на броду или ваздухоплову, онда може да буде месно надлежан и привредни суд на чијем подручју се десило сметање поседа, поред суда места где је уписник брода односно ваздухоплова.²⁹ Разлог за овај случај искључиве надлежности суда јесте тај што се у праву бродови и ваздухоплови изједначавају са непокретностима, због њихове велике вредности и значаја за привреду и безбедност земље чију националност имају (тзв. пловећи односно летећи делови државне територије). Због тога се успоставља искључива надлежност суда у месту њиховог уписа, слично искључивој надлежности суда места налажења непокретности у споровима поводом стварних права на њима.³⁰ Овај случај искључиве надлежности суда не важи за стварноправне и државинске спорове који се тичу копнених возила (нпр. камион, аутобус, ауто, локомотива, вагон), јер она немају државну припадност (националност), као што је имају бродови и ваздухоплови.

Други случај искључиве надлежности судова тиче се спорова који настају поводом или током извршног или стечајног поступка. За њихово решавање искључиво је месно надлежан суд који спроводи извршни или стечајни поступак, односно суд на чијем подручју се спроводи извршење.³¹ То је тзв. привлачење месне надлежности, којим се настоји повећати делотворност вођења извршног или стечајног поступка. Тиме се ума-

28 Закон о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају (Сл. гласник, 87/2011), чл. 159 и 160.

29 Закон о парничном поступку (Сл. гласник, 72/11, ..., 55/14; даље у фуснотама), чл. 52; ЗРСЗ, чл. 56 и 58.

30 *Напомена* – И у енглеском праву су спорови о стварним правима на непокретностима неарбитрабилни. В. Macleod, Hudson, 762.

31 ЗПП, чл. 58.

њује ризик одуговлачења ових врста поступака због неусклађености рада судова различите месне надлежности за стечајни (извршни) поступак и за парничне поступке поводом стечаја односно извршења. Привлачење месне надлежности у корист стечајног (извршног) суда је од посебног значаја за пловидбено право, јер оно има посебна правила о пленидби бродова и ваздухоплова у имовини стечајног дужника, као и о њиховој продаји ради принудног намирења тражбина.³²

Трећи случај објективне неарбитрабилности спора у саобраћају оправдава се истим разлозима као и случај привлачења надлежности у корист стечајног суда. Реч је о споровима поводом оспоравања потраживања пријављених у поступку њиховог намирења из фонда општег начина ограничења одговорности бродара за штету, који је успостављен код домаћег суда.³³ За те спорове искључиво је међународно надлежан дома-

32 *Расправа* – Овај случај забране арбитраже се у науци оспорава тврдњом да се обавеза уступања месне надлежности односи само на судове, а не и на арбитраже, јер оне немају месну надлежност. У одредби ЗПП-а којом се уређује овај случај искључиве надлежности суда се не спомињу арбитраже, већ само судови. Због тога се тумачењем на основу разлога супротности закључује да арбитраже нису обавезне да уступе предмет стечајном (извршном) суду. Осим тога, арбитраже брже решавају спорове од судова, а често су и од њих стручније за предмет спора, те тиме отпада оправдање правила о привлачењу надлежности у корист стечајног, односно извршног суда. Вид. Урош Живковић, Јелена Лепетић, Последице отварања стечаја на арбитражни поступак у праву Србије”, *ПП* 7–9/2014, 453–468; М. Ђорђевић, 256, 257.

Чини се да оспоравање овог случаја неарбитрабилности није оправдано из три разлога. Прво, циљ правила о привлачењу надлежности за парничне у корист стечајног (извршног) суда није само убрзање парничних поступака, већ и обједињено и усклађено решавање свих спорова истог чињеничног стања поводом стечаја (извршења). Тај циљ је тешко остварљив, ако се допусти арбитражама да започињу или настављају поступке упркос покретању стечајног односно извршног поступка. Мало вероватно да би разне арбитраже раштркане по разним местима доносиле уједначене одлуке поводом оспорених потраживања, нарочито кад би за сваки спор било меродавно различито национално право. Друго, за стечај је стварно надлежан привредни суд, те није реч о привлачењу само месне надлежности, већ и о могућној промени надлежности врсте суда. Треће, ако парнични суд, као државни орган мора да уступи предмет стечајном (извршном) суду, свакако да то мора да учини и арбитража, као орган са мање власти од суда. У супротном, арбитражама би се дало више права него судовима, што је, чини се, правно нелогично.

33 *Објашњење* – Бродар има право да ограничи своју одговорност за масовну штету коју је бродом нанео свим лицима једним догађајем (нпр. судар, бродолом, насуквање), тако што успоставља фонд за њихову накнаду (одштетни фонд). У фонд је обавезан да уплати најмање прописани износ, који се одређује према регистарској тони брода којим је изазвао штетни догађај. Новчана маса у фонду се израчунава множењем прописаног износа са укупним бројем регистарских тона предметног брода. На пример, ако брод има 10.000 регистарских тона, а најмањи износ ограничења је 100.000 динара, онда фонд износи милијарду (1.000.000.000) динара.

ћи суд код којег је бродар установио фонд ограничења одговорности за штету нанету свим оштећеницима једним штетним догађајем (нпр. судар, бродолом, пожар).³⁴ Иако наше право предвиђа да се овај случај односи само на међународну надлежност домаћег суда, требало би га тумачити тако да важи и за спорове поводом општег начина ограничења одговорности бродара унутар Србије, односно за спорове у којим нема страног елемента (нпр. оштећени је странац, штета настала ван Србије).

Четврти случај забране арбитраже проистиче из особене природе брода, односно ваздухоплова. Домаћи суд искључиво је надлежан за догађаје на домаћем броду и ваздухоплову и кад се налазе ван територије домаће земље (нпр. крађа, радни односи, рођење, смрт, завештање, закључење уговора, наношење штете). Сматра се да су домаћи брод и ваздухоплов пловећи, односно летећи делови домаће територије, те се за догађаје на њима предност даје домаћем праву и надлежности домаћих судова у односу на стране. Ово правило се доследно примењује на догађаје на домаћем броду док плови отвореним морем, као и на домаћем ваздухоплову док лети. Од њега постоје мањи изузеци кад брод плови унутрашњим морем стране државе, односно кад авион слети на аеродром у страни држави. Тада су страни судови надлежни за догађаје којим се повређује њен суверенитет, иако се десе на домаћем броду или ваздухоплову.³⁵ Овај случај неарбитрабилности не односи се, међутим, на односе у које превозилац ступа са другим лицима у обављању делатности употребом брода или ваздухоплова. Исто важи и за друга лица која искори-

Фонд се успоставља код суда, који води поступак ограничења одговорности бродара. Тај поступак је сличан стечајном поступку. У њему суд, пошто у фонд бродар уплати прописани износ, огласом позива оштећенике, као повериоце, да пријаве потраживања штета која су претрпели у догађају за који је фонд успостављен. По истеку огласног рока, суд на рочишту испитује и утврђује пријављена потраживања, а повериоце оспорених потраживања или њихове оспоритеље упућује на парницу. Након тога суд расподељује фонд међу повериоцима утврђених потраживања, при чему сваки поверилац намирају потраживање умањено сразмерно укупном мањку фонда у односу на укупну масу свих утврђених потраживања. На пример, ако фонд има милијарду динара, а укупна потраживања износе две милијарде, сваки поверилац намирају своје потраживање умањено за једну половину. Вид. Небојша Јовановић, Општи начин ограничења одговорности речног превозиоца робе, *Правни живот* 10–11/1995, Удружење правника Србије, Београд, 341–351; Светислав Јанковић, Опште ограничење одговорности у унутрашњој пловидби, *ПП* 7–9/2014, 354–374.

34 ЗТБ, чл. 780.

35 Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 396.

шћавају брод или ваздухоплов у пословима који нису превоз (нпр. спасавање, тегљење, истраживање).

Пети случај забране арбитраже је спор о награди за спасавање домаћег ратног или другог јавног пловила (нпр. полицијски брод), јер је за њега искључиво надлежан домаћи суд. У таквом спору туженик је држава, неки њен орган или друго јавноправно лице, као власник или корисник пловила у јавноправном интересу. Због тога се инсистира на њиховом имунитету пред страним органима. Надлежност арбитраже или страног суда у овом случају не може да се оспори ако се домаћа држава одрекне свог имунитета *после* настанка спора (нпр. закључењем арбитражног споразума, тужбом или упуштањем у расправу о предмету спора пред арбитражом или страним судом). Одривање од имунитета *пре* настанка спора (нпр. арбитражним споразумом) јесте ништавно, јер је оно забрањено законским правилом о искључивој надлежности домаћег суда. И овај случај неарбитрабилности требало би да се прошири на спорове без страног елемента, иако по закону важи само за међународну надлежност домаћег суда.

Најзад, шести случај у којем је домаћи суд искључиво надлежан у конкуренцији са страним судовима (арбитражама) важи за спорове о накнади штете због судара у којем учествује домаће ратно или друго јавно пловило. Он се оправдава истим разлозима као и случај награде за спасавање, те за њега важе иста правила.

VII Закључак

Овај рад није писан у намери да се у пракси спроведе забрана рада арбитража у Србији, већ у намери да се отклони ризик уставног спора о њиховој допуштености. Због празине у Уставу Србије, као и због неодређивања арбитраже као врсте суда у Закону о арбитражи, постоји ризик да губитник арбитражног спора оспори арбитражну одлуку тврђом да је неуставана. Могуће је да одбије да изврши арбитражну одлуку, те да покрене поступак пред Уставним судом позивајући се на уставна правила која је наводно искључују. Због тога се у раду објашњавају разлози који оправдавају широко тумачење уставних правила о решавању спорова и заштити права грађана. Чини се, међутим, да ни та оправдања нису довољно чврста да се обори јасна правна логика у тумачењу Устава Србије, по којој су судови једини органи задужени за решавање спорова у нашој земљи. Због тога би било најбоље кад би се Устав допунио у овом питању правилом о надлежности арбитража за решавање спорова, с тим

да се упути на закон ради њиховог детаљнијег уређивања. Пошто се тренутно Устав мења, и то баш у питању судства, прилика је да се у њега унесе и описана допуна.

У Србији је арбитражни начин решавања спорова слабо развијен, иако за то нема оправдања, поготово кад се има у виду спорост и непоузданост наших судова. У саобраћају се у Србији арбитраже још мање користе за решавање спорова него у другим делатностима, а поготово у поређењу са страним земљама, упркос предностима које пружа у односу на судски начин решавања спорова.³⁶ Због брзине одвијања, саобраћај не трпи предуге спорове, какви су код нас судски. Брзо окончање спора учесницима у саобраћају (нпр. превозиоцима) омогућава арбитража. Поред брзине и једноставности поступка, посебна предност арбитража над судовима у Србији јесте њихова већа стручност. Странке у спору могу да именују за арбитре сручњаке за саобраћај, који чак не морају да буду правници (нпр. инжењери за саобраћај, машинство, технологију). Такву могућност немају у судовима, јер суд сам одређује поступајућег судију, односно веће. Осим тога, домаће судије слабо познају саобраћајно право, јер се ово мало изучава на домаћим универзитетима, иако је оно једна од најчешће примењиваних грана права у пракси. Због тога се препоручује учесницима у имовинским односима у саобраћају да што више уговарају надлежност арбитраже за решавање спорова, уз упозорење да воде рачуна о питањима у којим је она забрањена.

36 О предностима арбитраже над судовима вид. F. Berlingieri, 199, 200; Macleod, Hudson, 3; Ahmed Saad, Ziha Rizvi, Maritime Arbitration – Legal Perspectives, *Court Uncourt*, vol. 4, 2017, 8; М. Трајковић, *Међународно...*, 25-31; Т. Рајчевић, 311.

Ph.D. Nebojša JOVANOVIĆ

Full-time professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

**PERMISSIBILITY OF ARBITRATION IN GENERAL
AND IN TRAFFIC PARTICULARLY***

Summary

The writer of this paper considers constitutionality of arbitration in Serbia, as a special method of solving the contests and protecting the rights of persons at law, which is concurrent to judicial method. The Constitution of Serbia recognises just judicial way of protecting the rights of persons at law, which makes doubt if the arbitration is permissible at all. The writer thinks that there is a mistake in the Arbitration Act of Serbia, because it does not define arbitration as a type of court formed by the will of the parties in contest. He also considers permissibility of arbitral way of solving the contests in traffic, where exists justifiable reasons for its prohibition in special cases.

Keywords: *arbitration, constitutionality, arbitrability, traffic, transport*

* This paper is published as the author's contribution to the project "Identity Transformation of Serbia" of the Faculty of Law in the University of Belgrade.