

# Nove granice arbitrabilnosti prema Zakonu o arbitraži

Doc. dr. sc. Alan Uzelac

## I. Uvod

Nakon dugih priprema i mnogobrojnih radnih verzija, novi hrvatski Zakon o arbitraži napokon je ugledao svjetlo dana.<sup>1</sup> Jedna od tema koja je posebno zaokupljala članove radnih skupina koje su pripremale prijedlog zakona, najprije pod pokroviteljstvom Stalnog izbranog sudišta pri HGK, a potom u okviru Ministarstva pravosuđa, uprave i lokalne samouprave RH, odnosila se na određenje granica u kojima će prema novome zakonu biti moguće podvrgnuti sporove arbitraži. Gotovo sva od standardnih pitanja o granicama arbitrabilnosti zaokupljala su pozornost u raspravama kao potencijalno problematična. Riječ je o sljedećim, međusobno povezanim tematskim cjelinama:

- Koji se sporovi mogu podnijeti pred arbitražu (objektivne granice arbitrabilnosti ili arbitrabilnost *ratione materiae*)?
- Koje stranke mogu svoje sporove podnositi pred arbitražu (subjektivne granice arbitrabilnosti, ili arbitrabilnost *ratione personae*)?
- Može li se pojedine sporove iznositi samo pred arbitražu koja se smatra domaćom ili je za pojedine sporove moguće arbitražu provoditi i u inozemstvu (teritorijalne granice arbitrabilnosti, ili arbitrabilnost *ratione territorii*)?
- Može li se pojedine sporove iznositi samo pred arbitražne institucije (i koji bi trebali biti eventualni uvjeti za njihovo osnivanje i rad), ili bi trebalo biti moguće iznositi sporove i pred unaprijed neorganizirane forme arbitraže – tzv. *ad hoc* arbitraže (institucionalne granice arbitrabilnosti, ili arbitrabilnost *ratione institutionis*)?

Da su ova pitanja neobično aktualna u kontekstu reforme hrvatskog arbitražnog prava pokazala je i međunarodna konferencija održana 1998. godine u Zagrebu, a čija je glavna tema upravo i bila posvećena granicama arbitrabilnosti.<sup>2</sup> Rasprave u krugovima domaćih i inozemnih arbitražnih eksperata pokazale su da su sazrijele okolnosti za razmjerno dalekosežne promjene.<sup>3</sup> Tako je u konačnici novi Zakon o arbitraži, premda su u njemu sadržane mnoge novosti važne za arbitražu, zasigurno i u praktičnom i u teorijskom pogledu možda najveće promjene donio upravo u ovome području.

<sup>1</sup> Zakon o arbitraži objavljen je u Narodnim novinama 88/2001. Stupio je na snagu 19. listopada 2001. godine. O historijatu donošenja i osnovnim odlikama ZA vidi Triva, S., Zakon o arbitraži, *Pravo u gospodarstvu*, 40/5:2001, str. 4-32.

<sup>2</sup> Šesti hrvatski arbitražni dani: Nove granice arbitrabilnosti organizirani su od strane Stalnog izbranog sudišta pri HGK i Hrvatske arbitražne udruge od 10.-11. prosinca 1998. godine u Zagrebu.

<sup>3</sup> Od radova posvećenih problemima arbitrabilnosti tijekom rasprave o reformi hrvatskoga arbitražnog prava vidi npr. Sajko, K., Arbitražni sporazum i arbitrabilnost – riješena i otvorena pitanja u hrvatskom i poredbenom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, 35/3-4:1996, str. 272-281; Dika, M., Arbitražno rješavanje stečajnih sporova u hrvatskom pravu, *Pravo u gospodarstvu*, 36/1:1997, str. 50-62; Čulinović-Herc, Arbitrabilnost sporova iz nelojalne utakmice, *Pravo u gospodarstvu*, 35/3-4, str. 382-395; Dika, M., Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova, *Pravo u gospodarstvu*, 38/1:1999, str. 25-42. Mnogi od ovih radova objavljeni su i na engleskom jeziku u časopisu *Croatian Arbitration Yearbook*.

## II. Arbitrabilnost prema dosadašnjim propisima

### a) Općenito

Propisi koji reguliraju arbitražu do sada su bili sadržani u više pravnih izvora, od kojih su najvažniji bili Zakon o parničnom postupku<sup>4</sup> i Zakon o rješavanju sukoba zakona<sup>5</sup>. Odredbe o arbitrabilnosti u svome su najvažnijem dijelu bile sadržane u člancima 469. i 469a. ZPP-a. Riječ je o odredbama koje su svoj konačni oblik u tom zakonu dobile u noveli iz 1990. godine, kojom je dotadašnji tekst razlomljen na dva članka i bitno promijenjen<sup>6</sup>, s intencijom da proširi dotadašnje mogućnosti arbitraže, i to u prvome redu u personalnom i personalno-kauzalnom pogledu, jer je do 1990. godine u sporovima bez elementa inozemnosti arbitraža bila moguća samo između (nekih) pravnih osoba, odnosno samo u pogledu sporova iz trgovačkih odnosa.<sup>7</sup> Nakon te značajne novele, navedene odredbe o arbitrabilnosti, koje su važile sve dok ih nije ukinuo Zakon o arbitraži, glasile su ovako:

#### Član 469.

Za sporove s međunarodnim elementom o pravima kojima slobodno raspolažu, stranke mogu ugovoriti nadležnost domaćeg ili inozemnog izbranog suda ako je barem jedna od njih fizička osoba s prebivalištem ili trajnijim boravištem u inozemstvu odnosno pravna osoba sa sjedištem u inozemstvu, ako za te sporove nije predviđena isključiva nadležnost suda u Republici Hrvatskoj.

#### Član 469a

Sporove bez međunarodnog elementa o pravima kojima slobodno raspolažu, stranke mogu iznositi pred stalne izbrane sudove, osnovane pri privrednim komorama i drugim organizacijama predviđenim zakonom, ako zakonom nije utvrđeno da određene vrste sporova rješavaju isključivo drugi sudovi.

Nadležnost izbranih sudova u drugim slučajevima može se predvidjeti samo zakonom.

### b) Ograničenja u pogledu osoba i institucija licenciranih za provođenje arbitraže

U desetak godina važenja ovih pravila, ona su se često navodila kao razmjerno liberalna i prikladna za daljnji razvoj arbitraže. U svakom slučaju, u odnosu na prethodno uređenje, ova su pravila zaista otišla značajan korak naprijed. Prvenstveno, ograničenja *ratione personae* su značajno ublažena, posebno u odnosu na ranije razlikovanje između fizičkih i pravnih osoba u sporovima bez elementa inozemnosti. Nakon 1990, sve osobe, bez obzira na njihov status, mogle su ugovarati arbitražu u sporovima o svojim dispozitivnim pravima. U cijelosti je napuštena i referencija na trgovačke sporove, tako da je, načelno, čitav spektar sporova o dispozitivnim pravima postao podoban za arbitražu.

<sup>4</sup> Glava 31: Postupak pred izbranim sudovima, čl. 468a-487.

<sup>5</sup> Glava 4, drugi dio: Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka, čl. 97-101.

<sup>6</sup> Vidi Zakon o izmjenama i dopunama ZPP-a, SLSFRJ 27/90 od 16.5.1990, čl. 43. i 44.

<sup>7</sup> Do 1990. arbitražu su međusobno mogle ugovarati samo tzv. društvene pravne osobe bez obzira na prirodu spora. Privatne pravne osobe («društvene organizacije i udruženja građana») mogle su je ugovoriti samo u sporovima «iz privredne djelatnosti», a fizičke osobe uopće nisu bile sposobne ugovoriti arbitražu ako nije bila riječ o obrtnicima (tada: imaocima radnje).

Ipak, u nekim svojim elementima Zakon o parničnom postupku je i dalje zadržao dalekosežna, iako na prvi pogled ne sasvim vidljiva ograničenja, koja su se tijekom vremena pokazala za potencijalno ograničavajući čimbenik u pogledu širenja i razvoja arbitraže u Hrvatskoj.

U prvom redu, ZPP je početkom devedesetih načelno zadržao stav ranijeg zakonodavstva o diferenciranom odnosu prema «nacionalnim» i «internacionalnim» sporovima, koji potječe još iz doba socijalističkog državnog paternalizma gdje je bio dobio svoju punu profilaciju. Naime, odnos prema arbitraži u tzv. socijalističkom bloku bio je, generalno uzevši, posvuda sličan: smatralo se da je riječ o instrumentu koji prije svega služi za poticanje ulagača iz zapadnih zemalja, koji su svoje investicije uvjetovali izuzećem od jurisdikcije nacionalnih sudova u tim zemljama. Stoga se arbitraži u odnosima u kojima su se pojavljivale inozemne strane («sporovi s elementom inozemnosti») davao povlašten tretman, a često ju se koristilo i kao instrument ideološke reklame, primjer prijateljskog i *fer* odnosa prema stranim kapitalističkim partnerima, kojima se «čak» dopuštalo da u odnosima sa socijalističkom državom i njenim državnim ili paradržavnim poduzećima iznose sporove iz zemlje, pred «stranu» arbitražu. U tom kontekstu treba primijetiti da je takav odnos prema međunarodnoj arbitraži često *de facto* dovodio do toga da glavina ekonomski relevantnih sporova završava pred inozemnim arbitražnim institucijama i *ad hoc* arbitražama, a da su rijetke bile nacionalne arbitražne institucije koje su se uspjele etablirati kao prihvatljivi forum za rješavanje odnosa između domaćih gospodarskih subjekata i stranih partnera. Upravo zbog činjenice da se glavina takovih predmeta podnosila na arbitražu u trećim zemljama, pojačana je pozornost bila davana instrumentima koji su se ticali priznanja i ovrhe arbitražnih odluka.<sup>8</sup> Arbitražna praksa unutar socijalističkih zemalja, članica nekadašnjeg SEV-a, razvijala se u velikoj mjeri samo u pogledu međusobnih unutarblokovskih gospodarskih odnosa, dobrim dijelom na temelju instrumenata koji su predviđali tzv. obvezatnu arbitražu.<sup>9</sup> Zbog toga, premda je u odnosima s elementom inozemnosti načelno bila dopuštena i *ad hoc* arbitraža u tuzemstvu, praksa *ad hoc* arbitraže se u razdoblju blokovske podjele na teritoriju socijalističkih država nikada nije razvila.

Što se tiče odnosa između gospodarskih subjekata unutar etatički organiziranih socijalističkih gospodarstava, već sama činjenica da se radilo mahom o državnim tvrtkama (dakle, tvrtkama u vlasništvu istog vlasnika) otkriva zašto praksa «nacionalne» arbitraže (arbitraže između isključivo domaćih subjekata) u takvim državama nikada nije bila zaživjela. Pritisci iz državnih struktura (često kanalizirani i kroz neformalne partijske mehanizme jednostranačke države) smatrali su se efikasnijim i primjerenijim načinima rješavanja konflikata nego li arbitraža. Ako se tome pridoda i činjenica da «prava» arbitraža počiva na principima stranačke autonomije te da arbitražni sud kao privatni pravosudni medij nije neposredno podložan izravnim instrumentima državne intervencije, jasno je zašto u većini

<sup>8</sup> U tom svjetlu treba promatrati i globalni uspjeh Newyorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih presuda iz 1958. godine.

<sup>9</sup> Zemlje članice SEV-a bile su velikim dijelom potpisnice Moskovske konvencije o rješavanju sporova iz ekonomske, znanstvene i tehničke suradnje iz 1972. godine, koja je predviđala da se sporovi između poduzeća iz dvije zemlje članice imaju rješavati arbitražom pred arbitražnim sudištem pri gospodarskoj komori zemlje tuženika. Za provođenje takve arbitraže, arbitražni sporazum nije bio neophodan – čak štoviše, arbitražni sporazum koji bi nešto drugo određivao nije bio dopušten.

realsocijalističkih zemalja arbitraža u odnosima između subjekata istoga pravnoga sustava nije uopće bila dozvoljena.

Bivša samoupravna i socijalistička Jugoslavija (i Hrvatska kao njena konstitutivna jedinica) bila je u odnosu na druge istočnoeuropske socijalističke zemlje u specifičnom položaju. SFRJ zbog svoje blokovske nesvrstanosti nije nikada bila članica Moskovske konvencije, pa nije niti poznavala njene mandatorne arbitražne mehanizme. S druge strane, doktrina samoupravljanja, federalizacija ekonomije u državi i razmjerno veća razina autonomije gospodarskih subjekata omogućila je da niti u odnosima domaćih pravnih subjekata arbitraža ne bude nezamisliva. Bivša je Jugoslavija tako bila jedina europska socijalistička zemlja koja je razvila kakvu-takvu arbitražnu praksu za nacionalne («domaće») sporove. Naime, premda je ZPP iz 1956. godine u sovjetskoj maniri rezervirao arbitražu samo za «sporove s inozemcima», već je od 1963. godine otvorena mogućnost i za arbitražu u odnosima domaćih poduzeća, što je kasnije i dovelo do formiranja arbitražnih institucija pri gospodarskim komorama republika i pokrajina tadašnje Jugoslavije.<sup>10</sup>

No, osnovne odlike opisanog odnosa prema arbitraži su preostale čak i iza 1990., jednako kao i dvojnost u odnosu i režimu za «nacionalne» i «internacionalne» arbitraže. Dok je međunarodna arbitraža u cijelosti prepuštena autonomnoj inicijativi stranaka, nacionalna («domaća») arbitraža i dalje je bila tretirana kao pomalo suspektno tijelo, stavljeno pod prismotru i tutorstvo nacionalne legislative.

Tako do 19. listopada 2001. godine između dva hrvatska pravna subjekta uopće nije bilo moguće valjano ugovoriti arbitražu, ako to ne bi bila arbitraža koja zadovoljava usko određene institucionalne kriterije: da je riječ o arbitraži pred institucijama «osnovanim pri privrednim komorama i drugim organizacijama predviđenim zakonom». Praktički, uz malobrojne specijalizirane arbitraže u nekim granama, to je značilo da je jedina institucija kojoj se spor mogao podnijeti na rješavanje bila Stalno izbrano sudište pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Unatoč reputaciji te institucije i koncentraciji iskustva kod njenih arbitara, postalo je teško pedagoškim i drugim argumentima pravdati takav (u dobroj mjeri neželjeni) monopol na tržištu pružanja arbitražnih usluga. Posebno treba istaknuti i da je zakon generalno dozvoljavao arbitražu u mnogim područjima reguliranim dispozitivnim propisima, dok je SIS-HGK kao praktički jedina relevantna nacionalna arbitražna institucija ipak i po svojim pravilima, i po svojoj tarifi, i po svojoj matičnoj organizaciji u punoj mjeri mogao biti prikladan forum samo za trgovačke sporove, i to one u kojima je riječ o složenijim, većim i ekonomski značajnijim sporovima. Naposljetku, čak su i neka iskakanja u sudskoj praksi pokazala da su teze o «konkurenciji» i «oduzimanju stranaka» između državnih i arbitražnih sudova potpuno neprimjerene: naime, sudovi su tendirali poštivati arbitražne klauzule čak i onda kada su upućivale na «nedopuštene» institucije, pa bi se *stricto sensu* trebale smatrati ništavima.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Ta je mogućnost najprije naznačena Ustavom Jugoslavije iz 1963. godine, a potom sankcionirana u Osnovnom zakonu o poduzećima od 1965. godine. Na takvim je pretpostavkama nastavio i Zakon o parničnom postupku iz 1976. godine.

<sup>11</sup> Navodimo slučaj jednog suda iz Slavonije koji je kao obvezujući priznao arbitražnu klauzulu u ugovoru o angažiranju sportaša-profesionalca, koji je predviđao arbitražu sportskog saveza, iako takva ne zadovoljava uvjete iz čl. 469a (a k tome je tada baš bila pri početku rada i arbitražna ustanova pri Hrvatskom olimpijskom odboru, osnovana na temelju izričite zakonske norme, koja je nedvojbeno zadovoljavala uvjere za arbitrabilnost *ratione institutionis*).

c) *Problem isključive nadležnosti kao negativne pretpostavke arbitrabilnosti*

Zacijelo još značajnije ograničenje sadržano u propisima do stupanja na snagu Zakona o arbitraži iz 2001. godine bilo je specifično formulirano ograničenje *ratione materiae*, ogrnuto u oblik dodatne (negativne) pretpostavke za ugovaranje arbitraže – ograničenje isključive nadležnosti. Naime, uz dispozitivnu narav spora («spor o pravima kojima slobodno raspolažu»), ZPP je za dopustivost arbitraže *ratione materiae* tražio da se, kao *dodatno* ograničenje, kumulativno ispuni još jedan uvjet – da za rješavanje spora nije propisana isključiva nadležnost.<sup>12</sup>

I na ovom je mjestu ograničenje bilo drugačije formulirano u pogledu sporova s elementom inozemnosti, kod kojih se tražilo da ne postoji «isključiva nadležnost suda u RH», odnosno u pogledu sporova bez elementa inozemnosti, gdje je formulacija upućivala na odsutnost pravila o tome da vrstu spora o kojemu je riječ «rješavaju isključivo drugi sudovi.» Dok se prva formulacija manje-više može jednoznačno povezati s postojanjem tzv. *isključive međunarodne nadležnosti*, dotle druga nije sasvim razvidna, no potencijalna (maksimalna) teza bila bi da je riječ o *isključivoj stvarnoj* i *isključivoj mjesnoj nadležnosti*.<sup>13</sup> Ponovo, potencijalni opseg restriktivnosti ovdje je daleko širi u odnosu na sporove među domaćim pravnim subjektima. Pri tome se negativnom učinku restriktivnosti ovdje mogao pridodati i negativni učinak pravne nesigurnosti, jer ovako formulirana pravna norma, čak i ako se teleološki i ekstenzivno tumačila, nije otklanjala sve dvojbe oko toga hoće li sud u konkretnom slučaju neki spor zbog ovog razloga proglasiti za nearbitrabilan, te zbog toga poništiti donijetu arbitražnu presudu.

Ako promotrimo potencijalni krug dispozitivnih sporova na koje se mogla odnositi ova norma (sporovi kod kojih je propisana bilo koja forma isključive nadležnosti), on je potencijalno golem. Različiti oblici isključive nadležnosti propisani su tako u sljedećim slučajevima:

- sporovi o vlasništvu i o drugim stvarnim pravnima na nekretninama<sup>14</sup> (čl. 56. st. 1. ZPP i čl. 56. ZRSZ);
- sporovi zbog smetanja posjeda na nekretnini (čl. 56. st. 1. ZPP i čl. 56. ZRSZ);
- sporovi iz zakupnih ili najamnih odnosa na nekretnini (čl. 56. st. 1. ZPP i čl. 56. ZRSZ);
- sporovi iz ugovora o korištenju stana ili poslovnih prostorija (čl. 56. st. 1. ZPP i čl. 56. ZRSZ);
- sporovi o pravu vlasništva<sup>15</sup> ili drugim stvarnim pravnima<sup>16</sup> na zrakoplovu, pomorskom brodu i brodu unutrašnje plovidbe (čl. 57. st. 1. ZPP);
- sporovi iz zakupnih odnosa na zrakoplovu ili brodu (čl. 57. st. 1. ZPP);
- sporovi iz odnosa s vojnim jedinicama (čl. 61 ZPP);
- sporovi koji nastaju u tijeku i u povodu sudskog ili administrativnog postupka ovrhe (čl. 63. ZPP);
- sporovi koji nastaju u tijeku i u povodu stečajnog postupka (čl. 63. ZPP);
- sporovi o nekretninama u Republici Hrvatskoj kao predmetu spora iz nasljednopravnih odnosa (čl. 71. st. 4. ZRSZ i čl. 72. st. 3. ZRSZ);

<sup>12</sup> O isključivoj nadležnosti kao negativnoj pretpostavci za ugovaranje arbitraže vidi Dika, M., Arbitrabilnost i isključiva nadležnost sudova, *cit.*, str. 25-42.

<sup>13</sup> *Cf. ibid.*, str. 33-36.

<sup>14</sup> Ovdje ZPP još uvijek navodi i sporove o pravu korištenja i raspolaganja nekretninama u društvenom vlasništvu, što je napuštanjem društvenog vlasništva kao pravne kategorije derogirano, ali može još uvijek biti potencijalno relevantno u nekim slučajevima.

<sup>15</sup> I ovdje zakon još sadrži i referenciju na ustavnopravno napuštenu kategoriju «prava korištenja i raspolaganja».

<sup>16</sup> Zakon posebno ovdje ističe založno pravo (kod bivšeg društvenog vlasništva).

- sporovi o nagradi za spašavanje hrvatskih ratnih brodova i hrvatskih javnih brodova (čl. 1009. st. 1. PZ);
- sporovi o naknadi štete nastale zbog sudara brodova od kojih je jedan hrvatski ratni brod (čl. 1009. st. 1. PZ);
- sporovi u vezi s postupkom ograničenja brodareve odgovornosti koji provodi hrvatski sud kad vjerovnik ospori da je njegova tražbina podvrgnuta tom ograničenju, a predlagatelj se s tim osporavanjem ne složi i sl. (čl. 1009. st. 2. PZ);
- sporovi koji nastanu u tijeku i u vezi sa sudskim ovršnim postupkom koji hrvatski sud provodi na brodovima (čl. 1009. st. 3. PZ);
- sporovi o obvezi notifikacije u odnosu na dioničare trgovačkog društva (čl. 288. st. 1. ZTD);
- sporovi u kojima član društva pobija odluku glavne skupštine društva (čl. 363. ZTD) odnosno traži utvrđenje ništavosti odluka skupštine (čl. 447. st. 1. ZTD);
- sporovi o prestanku društva (čl. 468. ZTD).

Uz navedenu listu, koja nema ambiciju biti isključiva, neki su oblici isključive nadležnosti propisani i prema bilateralnim i multilateralnim konvencijama.<sup>17</sup>

Već je letimičan pogled na ovu listu slučajeva dovoljan da pokaže u kojoj se mjeri ona može pojavljivati kao ograničavajući čimbenik za ugovaranje arbitraže. Dovoljno je kazati da bi iz isključive nadležnosti kao negativne pretpostavke arbitrabilnosti slijedilo da arbitraža do sada nije bila moguća praktički u svakom sporu koji se ticao nekretnina. Ako bi se, dakle, u nekom složenom međunarodnom investicijskom poduhvatu – za kakve je danas arbitraža globalno standardni način rješavanja sporova – radilo *inter alia* o kupnji nekretnine (npr. zemljišta na kojem hotel ili tvornica leže), pa čak i ako bi se radilo samo o zakupu zemljišta, poslovnog prostora ili stana, arbitraža ne bi bila moguća. Ako bi se i provela, donijetu bi se domaću arbitražnu odluku moglo poništiti, a strana se arbitražna odluka ne bi mogla priznati i izvršiti.<sup>18</sup>

Isključiva nadležnost kao zapreka arbitrabilnosti mogla bi se atribuirati istome ozračju socijalističkoga paternalizma koje je kumovalo i drugim ogradama i preprekama koje su se postavljale razvitku domaće arbitraže. Isključiva nadležnost kao zapreka arbitrabilnosti nije postojala u hrvatskoj pravnoj tradiciji sve do Drugog svjetskog rata. Niti u Privremenom parbenom postupniku iz 1852.<sup>19</sup>, niti u Zakoniku o sudskom postupku u građanskim parnicama iz 1929.<sup>20</sup> nema odredbe koja bi tražila da se, uz dispozitivnu narav pravnog odnosa, ispuni još kakva pozitivna ili negativna pretpostavka u pogledu arbitrabilnosti *ratione materiae*. Takve odredbe nema niti u zakonodavstvu zemalja iz koje smo u najvećoj mjeri crpili inspiraciju za građansko

<sup>17</sup> Vidi Dika, *op. cit.*, str. 31.

<sup>18</sup> Strogost ovih zaključaka nastojalo se u praksi ublažiti upućivanjem na potrebu teleološke interpretacije i fleksibilnog pristupa (npr. razdvajanjem stvarnopravnih i obveznopravnih komponenata kod ugovora o kupoprodaji ili zakupu nekretnina), no preostaje činjenica da je, uz pravnu nesigurnost u pogledu univerzalnog prihvaćanja takvih teza, i sama separacija aspekata mogla dovesti do dvostrukog kolosijeka u rješavanju. Paralelno vođenje arbitražnog i sudskog postupka oko istih odnosa uzrokuje, pak, dvostruke troškove i samim tim nije uvijek prihvatljivo.

<sup>19</sup> Objektivne granice arbitrabilnosti bile su određene u PPP u § 376. (Pravo, sklapati pogodbu pristatnu na sljedeći način: «Stranke mogu parbene svoje poslove, u koliko su vlastne razredljivat s njimi slobodno i sposobne po zakonih sklapati nagodu, podvrći u zamjenitom porazumljenju izreki jednoga ili više obranika». Vidi Rušnov A.; Šilović, J., *Tumač građanskomu parbenomu postupniku*, Zagreb, n.d. (oko 1895).

<sup>20</sup> Vidi ZSPGP, § 672. st. 1. (Ugovor o izbranom sudu): «Ugovor, da izvesan pravni spor ima da presudi jedan ili više izbranih sudija (ugovor o izbranom sudu), ima utoliko pravno dejstvo, ukoliko su stranke sposobne sklopiti poravnanje u pogledu predmeta spora.» Usp. Najman, G., *Komentar građanskog parničnog postupka*, Beograd, 1935., str. 672 i d.

procesno zakonodavstvo – Austrije<sup>21</sup>, Njemačke<sup>22</sup>, Francuske<sup>23</sup>: jedini uvjet *ratione materiae* u zakonodavstvu tih zemalja je da su stranke «o predmetu spora bile ovlaštene zaključiti nagodbu», odnosno «mogućnost slobodnog raspolaganja predmetom spora». Prvi građanski procesni zakon koji je ovo ograničenje propisivao, bio je Zakon o parničnom postupku iz 1956. godine, prema kojem su arbitralni bili sporovi «u kojima se stranke mogu nagoditi, osim sporova za koje je nadležan ... sud na osnovu odredaba ovog zakona o isključivoj mjesnoj nadležnosti.»<sup>24</sup> Ideja ovoga ograničenja zacijelo je bila sadržana u političkoj ocjeni neprikladnosti toga da o predmetima od posebnog nacionalnog interesa (kakvima su se smatrali sporovi o nekretninama ili sporovi s vojnim jedinicama) ne može odlučivati tijelo u inozemstvu (jer se, u skladu sa socijalističkom praksom arbitraže, ponajviše i računalo na to da će arbitraža u sporovima sa stranim elementom biti ponajviše i provođena u inozemstvu). Kada je, uvođenjem samoupravljanja, otvorena mogućnost i za arbitražu, čini se da je ista logika, bez puno razmišljanja, preslikana i na arbitraže bez elementa inozemnosti koje su se mogle voditi samo u tuzemstvu.

Jedan od razloga prihvaćanja klauzule o isključivoj nadležnosti u dosadašnjem zakonodavstvu bio je sadržan i u svojevrsnoj zavodljivoj kvaliteti pojma isključive nadležnosti. Naime, naznaka *isključivosti* može lako navesti na pomisao da je riječ o apsolutnom ekskluzivitetu – da se, ako isključiva nadležnost postoji, postupak ne može voditi nigdje drugdje negoli kod foruma koji je propisan kao isključiv. To, međutim, nije (nužno) tako. Rodno mjesto pojma isključive nadležnosti jest u kontekstu *isključive mjesne nadležnosti*. Taj pojam, kako nas uči procesna teorija, ubraja se u jednu od vrsta *posebne mjesne nadležnosti*, i u bitnome je određen u suodnosu prema *općoj mjesnoj nadležnosti*.<sup>25</sup> Isključiva nadležnost u tome kontekstu znači da se, pri određivanju nadležnosti, isključuje nadležnost općemjesno nadležnog suda (*forum generale*), pa će, u odsutnosti stranačkog sporazuma ili drugih okolnosti, nadležan biti sud u drugom mjestu koje pravni sustav u konkretnom slučaju smatra prikladnijim od općemjesno nadležnog foruma. Konceptualno, to ne znači da bi «isključivost» ovdje automatski morala značiti i svaku drugu isključivost – npr. u smislu isključenja mogućnosti zaključenja ugovora o prorogaciji. To je vidljivo još u starijoj procesnoj teoriji, kod koje mogu naći izričito navodi da je za pojedine oblike isključive mjesne nadležnosti prorogacija nadležnosti na drugi stvarno nadležni sud dopuštena.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vidi § 577 öZPO. Tekst ovog paragrafa nepromijenjen je od 1895. godine do danas.

<sup>22</sup> Vidi § 1025 dZPO (i prije i poslije reforme od 1997. godine).

<sup>23</sup> Vidi čl. 1676. Code judiciaire.

<sup>24</sup> Vidi čl. 437. st. 1. ZPP56; cf. Zuglia, S.; Triva, S., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., II sv., str. 420-421.

<sup>25</sup> Tako i kod Triva/Belajec/Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, str. 210-211; nažalost, na ovom je mjestu odnos opće i posebne nadležnosti dosta skraćeno i rudimentarno opisan, što bi moglo navesti i na pogrešne zaključke o apsolutnom ekskluzivitetu isključive nadležnosti.

<sup>26</sup> Primjerice, u određenju pojma posebne mjesne nadležnosti Neumannov komentar ZSPGP ističe da isključiva mjesna nadležnost nije «isključiva u tom smislu, da na njeno mjesto izričitim sporazumom stranaka ... ne bi mogla stupiti druga nadležnost»; nadalje navodi da se od svih odredaba ZSPGP o isključivoj nadležnosti (§§ 73-82) jedino u pogledu sporova iz § 82 ne bi mogao zaključiti sporazum o prorogaciji. Najman, *op. cit.*, str. 140-141. Komentar Verone i Zuglie ide i dalje i koristi pojam isključive nadležnosti u kontekstu prorogirane nadležnosti: «Dali [sic!] će prorogirani sud postati isključivo nadležan ili samo po izboru, to zavisi od sporazuma stranaka. Redovno će stranke htjeti, da sporazumom određeni sud postane isključivo nadležan, ali može biti da stranke sporazumom odrede više prorogiranih sudova elektivno, ili da između više sudova, koji su po samom zakonu elektivno

No, čak i u onim slučajevima u kojima prorogacija nadležnosti na drugi državni sud ne bi bila dopuštena, to ne bi intrinzično značilo da bi stranke bile u takvim predmetima automatski nesposobne zaključiti ugovor o arbitraži. Takvo poimanje – istina dosta prisutno i prošireno – u bitnome znači izjednačavanje arbitražnog suda s državnim sudom (što je svakako u određenim razdobljima razvoja arbitraže u okrilju socijalističkog samoupravnog sudovanja bio vladajući trend). No, takav stav previđa da je arbitraža privatni pravosudni medij, koji djeluje pod premisama koje su ponekad bitno različite od onih na kojima počiva državno pravosuđe. Jedna od takvih premisa kod parničnog postupka – upravo suprotno u odnosu na arbitražu – jest nemogućnost vođenja tzv. *konvencionalnog postupka*: stranke se, pokrećući postupak kod državnog suda, mogu samo u uskim granicama sporazumjeti oko nekih postupovnih pitanja, dok je u velikoj većini slučajeva procesno pravo *ius cogens*. Stoga i nemogućnost prorogiranja nadležnosti u većini slučajeva izvire iz logike da stranke, *kada i ako* već vode postupak kod državnog suda, moraju poštivati pravila ustrojstva i postupanja državnog pravosudnog sustava, kojemu same ne mogu nametati vlastita pravila o nadležnosti i postupanju. Tako i u savršeno dispozitivnom sporu stranke ne mogu prorogirati stvarnu nadležnost, čak i kada bi prorogirani sud možda bio i prikladniji i kvalificiraniji za njegovo rješavanje.

Za razliku od državnih sudova, postupanje i nadležnosti arbitražnih sudova može u iznimno visokoj mjeri biti determinirano voljom stranaka – njihovom sporazumu o rješavanju dispozitivnih sporova praktički ništa ne stoji na putu, osim prirodnih ograničenja medija i temeljnih pravila procesne pravičnosti (pravo na pošteno suđenje, *fair trial*). Prorogiranje nadležnosti koje je rezultat ugovora o arbitraži ne proizlazi iz logike prorogiranja unutar državnog pravosudnog aparata, gdje je riječ o ograničenoj licenci stranaka da, pri vođenju postupka unutar sustava državnog pravosuđa, u uskim granicama mogu sporazumom mijenjati neka unaprijed zadana pravila za postupanje tijela državne vlasti. Prorogacija je kod ugovora o arbitraži, naprotiv, logičan nastavak na pravo stranaka da o predmetu spora zaključe nagodbu – a ako stranke o nekom sporu mogu zaključiti nagodbu, onda *a fortiori* mogu ovlastiti i nekog trećeg da im pomogne u zaključenju te nagodbe (dakle, ugovore postupak mirenja), ili, eventualno, tog trećeg ovlaste i da – u nedostatku nagodbe – donese odluku koja će za njih imati obvezujuće značenje (dakle, ugovore arbitražu).<sup>27</sup> Iz svih ovih razloga dosadašnje ekstenzivno ograničavanje arbitralnosti isključivom nadležnošću, posebno u domaćim sporovima, pokazalo se ne samo praktički veoma otežavajućim čimbenikom za ugovaranje arbitraže, nego i teorijski neodrživim, jer nameće restrikcije tamo gdje za to, u novim uvjetima tržišnog gospodarstva i demokratskog poretka zasnovanog na vladavini prava, nema nikakve systemske i pravno-političke osnove.

---

nadležni, odrede jedan kao isključivo nadležan.» Verona, A.; Zuglia, S., *Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (građanski parnični postupak)*, Zagreb, n.d., str. 159.

<sup>27</sup> O «unutarnjem srodstvu između ugovora o izbranom sudu i nagodbe» vidi kod Neumanna, *op. cit.*, str. 95.



### III. Arbitrabilnost prema Zakonu o arbitraži

#### a) Općenito

Tijekom pripremanja Zakona o arbitraži, nacrt odredbe koja je sadržavala osnovne obrise arbitrabilnosti *ratione materiae* i *ratione personae* više je puta bio promijenjen. Zajednički stav svih koji su sudjelovali u diskusiji bio je da dosadašnje odredbe nisu primjerene i da bi ih trebalo temeljito reformirati. Izražena su bila, međutim, različita mišljenja o tome u kojem bi smjeru promjene trebale ići. Stavovi su tijekom javne rasprave i stručne diskusije, koja je uključila i pisane komentare i sugestije više uglednih domaćih i inozemnih arbitražnih eksperata, postupno sazrijevali. Razmjerno razno oblikovao se konsenzus oko toga da bi u maksimalnoj mogućoj mjeri trebalo ukloniti ograničenja koja su do sada bila postavljena tzv. arbitraži bez elementa inozemnosti (arbitraži između domaćih stranaka). Nešto je duže trajala diskusija oko pitanja isključive nadležnosti, pa je u tome pravcu konačni tekst nacrta bio doradivan sve do posljednjih stadija zakonodavne procedure. Konačni tekst članka 3. Zakona o arbitraži tako sada glasi:

#### *Arbitrabilnost*

##### Članak 3.

(1) Stranke mogu ugovoriti domaću arbitražu za rješavanje sporova o pravima kojima mogu slobodno raspolagati.

(2) U sporovima s međunarodnim obilježjem stranke mogu ugovoriti i arbitražu čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske, osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj.

(3) Stranke se mogu sporazumjeti o tome da sporove iz stavka 1. ovog članka iznesu pred arbitražni sud bez obzira na to organizira li njegovo djelovanje arbitražna ustanova ili ne.

U prvom planu novog određenja arbitrabilnosti *ratione materiae* tako je, u prvom stavku članka 3., samo i isključivo dispozitivna priroda spora. Određenje dispozitivnog spora kao «spora o pravima kojima se može slobodno raspolagati» zadržano je iz ranijeg zakonodavstva. Iako postoje i neki pokušaji da se pojmovno razlikuju «prava kojima se može slobodno raspolagati» i «prava o kojima se može zaključiti nagodba», čini nam se da ova dva izraza ipak za sve praktične potrebe predstavljaju sinonime, tako da prvi stavak u bitnome predstavlja povratak u uređenje kakvo postoji u većini zemalja našega pravnoga kruga, a kakvo je i postojalo u starim postupnicima koji su važili na teritoriju Hrvatske (PPP, ZSPGP).

Ovakav, znatno pojednostavljeni i liberalizirani tekst odredbe o arbitrabilnosti značajno mijenja dosadašnje uređenje, posebno u odnosu na arbitražu bez obilježja inozemnosti. Posebno navodimo promjene u odnosu na internacionalnu i nacionalnu arbitražu.

#### b) Arbitrabilnost u sporovima s međunarodnim obilježjem – promjene

U odnosu na međunarodnu arbitražu, promjene u određenju arbitrabilnosti razmjerno su male i jednim se dijelom svode na terminološke finese. Ono što svakako treba naglasiti jest da je zadržana objektivna definicija međunarodne arbitraže (tj. arbitraže

s međunarodnim obilježjem<sup>28</sup>) iz prethodnog pravnog uređenja, pa tako nije prihvaćen pristup iz UNCITRAL-ovog Model zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži koji omogućava «subjektiviranje» internacionalnosti – određivanje nekog spora kao međunarodnog sporazumom stranaka, bez obzira na njihov status i status spora o kome je riječ. Međunarodnim se tako smatraju samo one arbitraže u kojima barem jedna od stranaka ima svoje prebivalište ili uobičajeno boravište u inozemstvu (za fizičke osobe), odnosno sporovi u kojima sudjeluju kao stranke pravne osobe osnovane po stranom pravu.<sup>29</sup>

Promjene oko uređenja arbitrabilnosti kod međunarodne arbitraže u pogledu oblika arbitraže i arbitražnog suda koji arbitražu provodi (arbitrabilnost *ratione institutionis*) i nisu bile neophodne, jer je već dosadašnji zakon ovdje otvarao maksimalno moguću slobodu. Dakle, za međunarodnu arbitražu moguće je ugovoriti nadležnosti bilo kojeg tipa arbitražnog suda, bilo institucionalnog (administriranog), ili *ad hoc*. Eksplicitno je jamstvo mogućnosti ugovaranja *ad hoc* arbitraže sadržano u čl. 3. st. 3. («...bez obzira organizira li njegovo djelovanje arbitražna ustanova ili ne...»), no takva dvojba u pogledu međunarodne arbitraže nije postojala niti ranije.

Što se tiče mogućnosti iznošenja spora pred strane arbitražne sudove (*arbitrabilnost ratione territorii*) zakon za arbitražu s međunarodnim obilježjem izričito dopušta i ugovaranje arbitraže čije je mjesto izvan područja Republike, «osim ako je posebnim zakonom propisano da takav spor može rješavati samo sud u Republici Hrvatskoj». Takvo određenje sadržajno se, kada je riječ o mogućnosti iznošenja spora pred *strani* arbitražni sud, u velikoj mjeri poklapa s dosadašnjim uređenjem. Naime, i do sada je u sporovima s međunarodnim obilježjem bilo moguće ugovoriti arbitražu «ako za te sporove nije predviđena isključiva nadležnost suda u Republici Hrvatskoj». Zbog već ranije navedenih problema s konceptom isključive nadležnosti i njegovim utjecajem na arbitrabilnost, zakon ovdje izbjegava izraz «isključiva nadležnost», no sadržajno obuhvaća one odredbe o nadležnosti sadržane u drugim zakonima koje upućuju na to da je intencija zakonodavca bila da se određeni spor procesuiru u okviru domaćeg sustava pravosuđa. Kako je pokazala i rasprava u Saboru prilikom prvog čitanja nacrtu Zakona o arbitraži, bila je i dalje izražena politička volja da se neki sporovi, premda dispozitivni, ne iznose pred «strane» mehanizme rješavanja sporova. Utoliko, ugovaranje *strane arbitraže* (arbitraže čije je mjesto izvan područja Republike Hrvatske) – bilo institucionalne ili *ad hoc* – nije dopušteno u sporovima s međunarodnim obilježjem (a ni u sporovima bez njega) ako zakon propisuje da određeni spor može rješavati samo sud u RH. To bi za najveći broj slučajeva značilo da strana arbitraža nije dopuštena ako je propisana tzv. isključiva međunarodna nadležnost suda Republike Hrvatske (iako je promjena formulacije intendirana na to da se pozornost pri primjeni ne stavi na mehanički interpretiranu riječ «isključiv», već na sadržaj konkretnog propisa – rezerviranje spora za domaće mehanizme rješavanja sporova). Zbog toga se i dalje sporovi o nekretninama, sporovi o vlasništvu i stvarnim pravima na brodu ili zrakoplovu, sporovi iz odnosa s vojnim postrojbama, pa i sporovi

<sup>28</sup> Umjesto pomalo neodređene i ideološki obojene riječi «element» iz ZPP novi ZA koristi izraz «obilježje», smatrajući ga prikladnijim, jer definicija «sporova s međunarodnim obilježjem» određuje u bitnome sporove čija je priroda (karakteristika, obilježje) međunarodna. Vidi čl. 2. st. 1. t. 7. Zakona o arbitraži.

<sup>29</sup> Novi zakon, umjesto dosadašnje poveznice sjedišta, za određenje inozemnosti kod pravnih osoba koristi noviji pristup iz ZRSZ-a, čl. 17. Praktičke razlike između obje metode određivanja državne pripadnosti pravne osobe nisu, međutim, veoma velike.

koji se javljaju tijekom ovršnog ili stečajnog postupka ne bi mogli podvrgavati arbitraži čije bi sjedište bilo izvan Republike Hrvatske.

S druge strane, međutim, čak i u takvim sporovima prema novome bi zakonu bilo moguće ugovarati *domaću arbitražu*<sup>30</sup> – arbitražu na teritoriju Republike Hrvatske, tj. arbitražu koju u najvećem broju svojih normi i uređuje ZA.<sup>31</sup> Naime, prema odredbi čl. 3. st. 1. ZA, za provođenje arbitraže s mjestom u tuzemstvu relevantna je jedino dispozitivna narav spora – isključiva sudska nadležnost uopće više nije zapreka za takvu arbitražu.

Osim što se na ovaj način hrvatsko uređenje arbitrabilnosti harmonizira s europskim i svjetskim arbitražnim pravom, valja naglasiti da je ovakvo uređenje i sasvim logično. Naime, arbitražni pravorijek donesen u Republici Hrvatskoj nije strano tijelo u odnosu na domaće mehanizme rješavanja pravnih sporova dispozitivne naravi. Arbitražni pravorijek u domaćoj arbitraži ima prema strankama u pravilu snagu pravomoćne sudske presude. Pravni poredak presumira njegovu valjanost i izjednačenost s pravomoćnim presudama državnog suda.<sup>32</sup> Arbitražni pravorijek u domaćoj arbitraži jest ovršna isprava, i može se podnijeti na ovrhu bez posebnog postupka priznanja.<sup>33</sup> K tome, pravorijek u domaćoj arbitraži podložan je i kontroli državnih sudova Republike Hrvatske povodom tužbe za poništaj kao specifičnog ograničenog pravnog sredstva, a u dva ključna – iako vrlo usko omeđena aspekta – u pogledu arbitrabilnosti i javnog poretka, on se može kontrolirati i u postupku ovrhe. Zbog svega ovoga, može se reći da je domaća arbitraža u svemu integrirana u nacionalni pravni sustav rješavanja građanskih, trgovačkih i drugih dispozitivnih sporova.

Stoga, čak i ako je, zacijelo s pravom, zadržan pomalo skeptični stav u pogledu potencijalnih negativnih učinaka strane arbitraže – kod domaće arbitraže mjesta takvoj skepsi nema, jer postoje višestruke mogućnosti kontrole domaćeg pravorijeka i njegovog eventualnog poništaja u slučaju povrede onih malobrojnih, ali fundamentalnih pravila procesne pravičnosti u predmetima koji bi se mogli ticati i javnih interesa u nekim oblicima dispozitivnih sporova. Jasno, sadašnje uređenje načelno ne priječi zakonodavca da – iz nekih važnih razloga koje trenutačno ne bismo mogli dokučiti – ocijeni da su neke vrste dispozitivnih sporova podobne jedino za državno pravosuđe, pa da u takvim predmetima zabrani svaku, i stranu i domaću arbitražu. No, za to bi bilo potrebno posebno izričito zakonsko pravilo koje bi stipuliralo da je za pojedinu vrstu spora svaka arbitraža isključena. Takva bi zakonska pravila prema načelu *lex specialis derogat legi generali* mogla ograničiti u

<sup>30</sup> Za određenje pojma «domaće» arbitraže, kao arbitraže čije je mjesto na području RH, vidi čl. 2. st. 1. t. 2; *a contrario*, arbitraža čije je mjesto izvan područja RH trebala bi se smatrati stranom arbitražom. Za određenje arbitraže kao domaće ili strane irelevantne su druge okolnosti – nacionalnost arbitara, jezik postupka, primijenjeno pravo u pogledu merituma spora, a – budući da je poveznica procesnog prava u novome zakonu ispuštena – teorijski bi bila moguća čak i primjena stranog procesnog prava u domaćoj arbitraži. Domaća arbitraža može biti sa ili bez obilježja inozemnosti. Budući da je određenje arbitraže kao domaće ili strane iznimno važno, zakon nalaže da se u pravorijeku mora navesti, uz dan njegovog donošenja, i mjesto u kojem je donesen (čl. 30. st. 4.). Mjesto arbitraže određuju stranke svojim sporazumom, a u odsutnosti takvog sporazuma određuju ga arbitri vodeći računa o okolnostima spora (čl. 19. st. 1. i 2.).

<sup>31</sup> U čl. 1. područje primjene ZA i određeno je kao 1.) domaća arbitraža; 2.) priznanje i ovrha stranih pravorijeka; 3.) nadležnost i postupanje državnih sudova u vezi s domaćom arbitražom i drugim propisanim slučajevima u kojima državni sudovi interveniraju.

<sup>32</sup> Vidi čl. 31. ZA koji govori o pravnoj snazi (domaćeg) pravorijeka.

<sup>33</sup> Vidi čl. 39. (ovrha domaćeg pravorijeka).

konkretnim slučajevima doseg sadašnjeg općeg pravila da je za domaću arbitražu relevantna samo dispozitivna narav spora. No, takvih odredbi za sada u hrvatskom pravnom sustavu nema, a nadamo se da ih, bez prijeke potrebe, neće niti biti.

*b) Arbitrabilnost u sporovima bez međunarodnog obilježja – promjene*

Mnogo su dramatičnije promjene u pogledu arbitraže u kojoj sudjeluju samo hrvatske stranke. Prva promjena u tim arbitražama odnosi se na *moгуćnost ugovaranja ad hoc arbitraže*. Do sada je, naime, arbitraža između hrvatskih stranaka bila dopuštena samo ako ju je organizirala posebna arbitražna ustanova (izbrano sudište) – tzv. *institucionalna* ili *administrirana* arbitraža. U Hrvatskoj je, dobrim dijelom iz ovog razloga, *ad hoc* arbitraža bila praktički gotovo nepoznata – malobrojni slučajevi *ad hoc* arbitraža u kojima su sudjelovale stranke iz Hrvatske listom su se odvijali u inozemstvu. Novo uređenje otvara kod *ad hoc* arbitraže velike mogućnosti, ali i velike opasnosti, jer je riječ o formi arbitraže u kojoj se voljom stranaka i arbitara, posebno po mjeri konkretnog slučaja, slobodno formuliraju i pravila postupanja, i praksa u svakom – pa i tehničkom i administrativnom – aspektu slučaja. Usprkos mogućih lutanja i grešaka koje se mogu u prvom razdoblju dogoditi, za očekivati je da će na duže staze, nakon razdoblja adaptacije, *ad hoc* arbitraža, kao najfleksibilnija od svih formi arbitraže, pronaći važno mjesto u spektru mogućih formi arbitraže.

Druga promjena tiče se ukidanja dosadašnjeg monopola na osnivanje arbitražnih ustanova – ustanova koje bi, kao svoju glavnu djelatnost, ili uz svoju glavnu djelatnost, nudile i arbitražno rješavanje sporova. Do sada su se pružanjem arbitražnog servisa mogla baviti samo sudišta osnovana pri gospodarskim komorama (dakle u Hrvatskoj, praktički, samo pri HGK), odnosno arbitražne ustanove osnovane zakonom. Potonjih je slučajeva bilo tek nekoliko. Arbitražno sudište predviđeno je Zakonom o obrtu (no nikada nije osnovano, već se po međusobnom sporazumu dviju komora nastavio koristiti arbitražni servis SIS-HGK). Arbitražno sudište osnovano je i pri Hrvatskom olimpijskom odboru temeljem odredaba Zakona o športu, no niti njegova praksa nije u cijelosti zaživjela. S druge strane, pojedine su stručne organizacije, pa i korporacije i trgovački koncerni, već duže vremena izražavale svoju želju da osnuju specijalizirane forume za arbitražu u odnosima svojih članova, no zbog restriktivnosti dosadašnjeg zakona to im nije bilo dopušteno. I sama ideja da arbitražne institucije moraju biti osnovane na temelju posebnog zakonskog ovlaštenja rezultat je ranijih ideoloških određenja arbitražnih sudova kao posebne vrste «samoupravnog suda», dakle suda koji je svojevrsno državno para-sudsko tijelo. U gospodarstvu utemeljenom na privatnom vlasništvu, i u političkom sustavu koji je organizirana na strogom razlikovanju između države i civilnog društva, arbitražni sudovi bez sumnje pripadaju sferi civilnog društva – privatnom sektoru.<sup>34</sup> U privatnom su sektoru, pak, monopoli neodrživi – čak i onda ako su uspostavljeni u korist tako uglednih, dugovječnih i renomiranih organizacija kao što je Stalno izbrano sudište pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Zato je Zakon o arbitraži ispustio u čl. 3. svaku individualnu referenciju na organizacije koje bi bile licencirane da provode arbitražu, osim općeg upućivanja na mogućnost arbitraže kako pred arbitražnim ustanovama, tako i bez njihovog involviranja. U čl. 2. arbitražna je ustanova definirana kao «pravna osoba ili tijelo pravne osobe koje organizira i osigurava

<sup>34</sup> Tim više što arbitražne ustanove nemaju javne ovlasti – one samo organiziraju pretpostavke za neometano djelovanje arbitara u konkretnim sporovima, nude strankama svoja pravila, liste arbitara i tarife i pomažu strankama i arbitrima u međusobnoj komunikaciji.

djelovanje arbitražnih sudova» – iz čega proizlazi da arbitražne ustanove mogu biti slobodno osnivane i ustrojavane, bilo kao posebne organizacije s pravnom osobnošću, bilo kao tijela drugih pravnih osoba. Ako se arbitražna ustanova organizira kao pravna osoba, ona može poprimiti bilo koju od zakonom dopuštenih formi – ne bi trebalo isključivati stoga niti pluralnost oblika, npr. na način da se neke arbitražne institucije osnuju i djeluju kao profitne, a druge kao neprofitne organizacije. Posebno, trebalo bi podržati arbitražne mehanizme u okrilju pojedinih stručnih organizacija, koje bi u visoko specijaliziranim područjima mogle ponuditi visoko specijalizirane arbitre, materiji prilagođena pravila i druge posebne servise (literaturu, tehniku, stručne savjete i sl.).

U arbitraži između domaćih stranaka, nadalje, otpalo je i ograničenje isključive nadležnosti - na isti način i iz istih razloga kao i kod međunarodne arbitraže. No, kod nacionalne arbitraže promjena je još veća, jer je kod nje ranije pravilo bilo redigirano na način koji je dopuštao tumačenje prema kojem bi ovdje stupanj restrikcije bio još veći, obuhvaćajući ne samo isključivu međunarodnu nadležnost, već i isključivu mjesnu i isključivu stvarnu nadležnost.

### *c) Restrikcije arbitrabilnosti – što nije promijenjeno*

Na kraju, treba navesti i jedno važno ograničenje koje je kod arbitraže bez obilježja inozemnosti ipak i dalje preostalo. Naime, u sporovima između domaćih pravnih subjekata propisano je da se stranke mogu sporazumjeti samo o vođenju *domaće arbitraže* – dakle arbitraže koja bi svoje mjesto (sjedište) imala u Republici Hrvatskoj.<sup>35</sup> Drugim riječima, u sporovima u kojima su obje stranke hrvatski pravni subjekti, nije dopušteno niti ugovaranje institucionalne niti *ad hoc* arbitraže sa sjedištem u inozemstvu. Kada bi u takvom sporu stranke i provele arbitražu u inozemstvu, arbitražni pravorijek koji bi bio donesen smatrao bi se stranim arbitražnim pravorijekom, koji bi, da bi proizvodio učinke u Republici Hrvatskoj, podlijegao postupku priznanja. U postupku priznanja (bilo da se takav postupak provodi u obliku samostalnog delibacijskog postupka, bilo da se o priznanju odlučuje kao o prethodnom pitanju u postupku ovrhe) sud bi u takvim sporovima morao po službenoj dužnosti odbiti priznati doneseni pravorijek zbog toga što prema zakonima Republike Hrvatske nije arbitrabilan.<sup>36</sup> Jasno, takav pravorijek kao strani pravorijek ne bi podlijegao tužbi za poništaj u Republici Hrvatskoj (između ostaloga i zbog toga što za pravni poredak u Hrvatskoj pravno uopće ne bi postojao – a ono što ne postoji ne može se niti poništiti); njegova ovrha također možda ne bi bila nemoguća u nekoj trećoj zemlji. No, za hrvatski pravni poredak strani pravorijek donesen u sporu bez međunarodnog obilježja ne može biti osnova koju bi se priznavalo kao autoritativni regulator odnosa među strankama.

Ovo jedino preostalo ograničenje zadržano je nakon duže javne i stručne rasprave kao svojevrsna «poticajna restrikcija». Naime, svrha Zakona o arbitraži kao akta koji je i prihvaćen s obrazloženjem da se njime želi potaći arbitraža kao način rješavanja trgovačkih i svih drugih sporova koji opterećuju nacionalno pravosuđe, trebala bi posebno biti u razvoju arbitražne kulture u Hrvatskoj – u razvijanju i intenziviranju *domaće arbitraže*. To je posebno važno spomenuti ima li se u vidu da su u mnogim dosadašnjim nacionalnim i međunarodnim forumima za međunarodnu trgovačku arbitražu u prvome planu bila nastojanja da se ostvari liberalan režim priznanja i

<sup>35</sup> Arg. iz čl. 3. st. 1. i 2.

<sup>36</sup> Vidi čl. 40. st. 2.

ovrhe *stranih* arbitražnih pravorijeka, što je u mnogim zemljama srodnim Hrvatskoj dovelo *de facto* do toga da su mnogi sporovi vezani uz investicije u tim zemljama koji su se mogli brže, jednostavnije i jeftinije rješavati na licu mjesta, bili eksportirani pred strane arbitražne forume. U nekim od tih slučajeva strani je forum ugovoren na poticaj jače ugovorne strane; često je, međutim, izbor foruma bio tek rezultat svojevrsne mode i nepromišljenog izbora «poznate» institucije (bez obzira na njenu prikladnost u konkretnom slučaju). Ograničenje *ratione territorii* na domaću arbitražu kod sporova bez obilježja inozemnosti trebalo bi barem u jednom manjem broju slučajeva doprinijeti razvoju *aktivne arbitražne kulture* – arbitražne kulture zemlje davatelja, a ne zemlje recipijenta arbitražnih usluga.

Da pitanje o mogućnosti iznošenja domaćih sporova pred strane arbitražne forume nije tek akademsko pitanje svjedoči okolnost da među pravnim subjektima koji su osnovani po hrvatskom pravu ima sve više onih u kojima manji ili veći vlasnički udio imaju inozemni pravni subjekti. Još tijekom javne rasprave neki su sudionici predlagali da se barem za slučajeve trgovačkih društava u kojima stranci imaju značajan ili pretežan ekonomski udio omogući, prema uzoru na UNCITRAL Model zakon, umjetna «internacionalizacija» takvih sporova – njihovo tretiranje kao međunarodnih sporova. Bilo je i prijedloga da se u cijelosti odustane od restrikcija u ovome pogledu. No, naposljetku je kao optimalno rješenje prihvaćen sadašnji tekst. Posvemašnja sloboda odbačena je radi poticanja domaće arbitraže (a posebno i zbog toga što se Zakon o arbitraži ne odnosi samo na trgovačke, već i sve druge dispozitivne sporove, gdje je iz edukativnih i protektivnih razloga ipak potrebno zadržati veći stupanj restriktivnosti). S druge strane, posebne iznimke nisu se uklapale u tradicionalno domaće poimanje «inozemnosti», a niti su udovoljavale zahtjevima pravne sigurnosti. Naime, kriterij ekonomske participacije u vlasništvu bilo je vrlo teško, ako ne nemoguće dosljedno oblikovati (koji postotak? u kojem trenutku? posljedice promjene u vlasničkoj strukturi?), a sloboda sporazuma o tome da se spor domaćih subjekata ima smatrati «međunarodnim» protivila se temeljnoj predodžbi o tome da su kategorije «domaće» i «strano» *objektivne* kategorije.<sup>37</sup> Takva subjektivizacija međunarodnog obilježja činila se stoga jednako toliko opravdanom i prihvatljivom kao i sporazum o tome da će se određeno trgovačko društvo osnovano po hrvatskom pravu za potrebe oporezivanja smatrati stranim trgovačkim društvom.

Stvarnih sadržajnih razloga za načelno omogućavanje da se sporovi domaćih subjekata iznose pred strani forum (bilo sudski ili arbitražni) u Zakonu o arbitraži i nema. Naime, čak i ako je riječ o sporu dva dionička društva sa sjedištem u Hrvatskoj, no u potpunom vlasništvu inozemnih investitora, sve njihove eventualne praktične potrebe za režimom međunarodne arbitraže mogu se ostvariti i kroz arbitražu u Republici Hrvatskoj. Naime, i za nacionalnu i za internacionalnu arbitražu pravila su dalekosežno izjednačena i u pogledu izbora arbitra, i u pogledu izbora mjerodavnog prava i jezika. Tako će u navedenom slučaju, ako stranke tako žele, moći i u formalno nacionalnom («domaćem») sporu biti imenovani kao arbitri strani državljani; kao mjerodavno pravo određeno strano pravo (materijalno, a u određenim granicama i procesno pravo); jezik arbitraže ne mora nužno biti hrvatski; mnoge, ako ne i sve radnje u postupku mogu se poduzimati i u inozemstvu. Pravorijek donijet u takvoj

<sup>37</sup> Uostalom, sloboda ugovaranja «internacionalnosti» lako može dovesti do apsurdnih konzekvencija: spor koji objektivno ima više «inozemnog elementa» mogao bi se smatrati nacionalnim, od spora u kojem takvog elementa uopće nema, no stranke su u arbitražnoj klauzuli odredile da će se njihov spor smatrati «sporom s međunarodnim obilježjem».

domaćoj arbitraži će za stranke k tome u Hrvatskoj biti i jednostavnije ovršiv, jer se, za razliku od stranog pravorijeka, smatra da već svojim donošenjem proizvodi među strankama pravne učinke pravomoćne odluke. Ako se ocijeni da niti to nije dovoljno da zadovolji apetite stranih investitora, državi stoji na raspolaganju mogućnost da za ulagače iz pojedinih zemalja ili tipova ulaganja propiše posebne iznimke u odgovarajućim bilateralnim i multilateralnim međunarodnim instrumentima. Tu je mogućnost Hrvatska već sada obilato koristila u mnogim međunarodnim sporazumima o poticaju i zaštiti ulaganja.<sup>38</sup>

#### IV. Zaključak

Zakon o arbitraži značajno širi granice mogućnosti ugovaranja arbitraže, kako u pogledu tipova sporova koji se mogu podvrgnuti arbitraži, tako i u pogledu odabira načina arbitraže. Njime su široko otvorena vrata za razvoj arbitraže, posebno domaće arbitraže. Za one koji danas ugovaraju arbitražu sa sjedištem u Hrvatskoj dovoljno je znati prosuditi je li spor oko kojeg ugovaraju arbitražu spor o pravima kojima mogu slobodno raspolagati. Ako je odgovor potvrđan – ako se oko spornih prava i obveza može zaključiti nagodba, i arbitraža će biti moguća i dopuštena. Pri tome, izbor načina arbitraže sada je širok, bez obzira na obilježje spora oko kojeg se arbitraža ugovara. Ugovoriti se može i institucionalna i *ad hoc* arbitraža, a instituciju koja arbitražu provodi može se slobodno birati. Zakonsko uređenje arbitrabilnosti harmonizirano je s drugim europskim nacionalnim zakonodavstvima i preporukama međunarodnih organizacija.<sup>39</sup>

Kolika će biti praktična važnost bitnih promjena u Zakonu o arbitraži ne može se trenutno točno predvidjeti, no njihov je potencijal golem. Dovoljno je samo spomenuti da stranke sada mogu ugovarati arbitražu u složenim poslovnim poduhvatima, koji između ostaloga obuhvaćaju i kupoprodaju nekretnina – zemljišta i zgrada, njihovo davanje u zakup ili najam i sl. Također, otvoren je i novi prostor za arbitražu u pomorskim stvarima, jer se o vlasništvu, hipoteci i drugim stvarnim pravima na brodovima sada može u Hrvatskoj voditi arbitraža. Stranke se ne moraju brinuti za sudbinu svoga arbitražnog postupka ako se nad njihovim poslovnim partnerom – sada protustrankom u arbitraži – otvori stečaj: ako stečajni upravitelj ne prizna spornu tražbinu, arbitraža će se moći nastaviti. Neki sporovi iz prava društava sada su također nesumnjivo arbitrabilni. Ako svemu tome pridodamo i mogućnost osnivanja novih, specijaliziranih arbitražnih centara, pa i mogućnost da se neki odnosi unutar zatvorenih sustava (koncerna, holdinga) rješavaju internim arbitražama, kao i mogućnost da se ugovori arbitraža *ad hoc* koja bi u cijelosti bila oblikovana i provedena po mjeri individualnog spora stranaka, jasno je da se novim zakonom otvaraju novi horizonti. Arbitraža je već i do sada bila značajan instrument za prevladavanje kriznih situacija, ponajviše između gospodarskih subjekata; novim zakonom arbitraža postaje i više od toga – ona postaje moćno oružje u rukama stranaka za rješavanje svih vrsta dispozitivnih sporova. Kao i svako drugo oružje, ona

<sup>38</sup> Vidi Sajko, K., Arbitražno rješavanje sporova na osnovi dvostranih konvencija o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja: izabrane teme, *Pravo u gospodarstvu*, 37/1:1998, str. 49-65; također objavljeno u: *Croatian Arbitration Yearbook*, 5:1998, str. 123-138.

<sup>39</sup> Što se tiče novijeg europskog uređenja arbitrabilnosti, uz već spomenute odredbe zakona Austrije, Njemačke i Francuske, treba spomenuti i izmijenjene odredbe slovenskog ZPP-a iz 1999. godine, koji u čl. 460. sadrži određenje arbitrabilnosti veoma slično određenju sadržanom u čl. 3. st. 3. Zakona o arbitraži (uključujući i «poticajno ograničenje» kod nacionalnih sporova).

će nesumnjivo donijeti i nove izazove. Na praksi je da ovo oružje primjereno iskoristi, i da na izazove pronađe primjereni odgovor.