

Zasnivanje ugovorene (prorogacione) međunarodne nadležnosti pravosuđa Bosne i Hercegovine.

U našem ZMPP propisana je mogućnost prorogacije nadležnosti u dvije različite ravni: prvi stav člana 49. ZMPP propisuje kada stranke mogu sporazumno odrediti nadležnost nekog stranog suda (tada govorimo o prorogaciji nadležnosti stranog suda i istovremenoj derogaciji nadležnosti domaćeg suda), a drugi stav člana 49. ZMPP govori o obrnutom slučaju, kada stranke mogu sporazumno odrediti nadležnost suda Bosne i Hercegovine (tada govorimo o prorogaciji nadležnosti domaćeg suda i derogaciji nadležnosti stranog suda).

Dakle, iako se ovaj vid međunarodne nadležnosti tretira kao sporazumno određena nadležnost koji omogućava strankama da međusobnim dogovorom izaberu nadležnost nekog suda za rješavanje određenog pravnog odnosa između njih, činjenica je da i ova vrsta zasnivanja međunarodne nadležnosti svoje uporište ima u zakonu. Zakon propisuje uslove koji moraju biti ispunjeni da bi prorogacija nadležnosti bila dozvoljena, tj. postavlja dvije vrste ograničenja kod ugovaranja međunarodne nadležnosti. Prvo se odnosi na materiju, a drugo na osobe.

Naime, prema našim propisima o međunarodnoj nadležnosti stranke mogu odrediti nadležnost stranog suda, ako je jedna strana naš državljanin ili pravno lice sa sjedištem u Bosni i Hercegovini, a druga stranka je stranac ili apatrid i ako se ne radi o pravnoj stvari koja se tiče bračnih, porodičnih i statusnih odnosa, te ako ne postoji isključiva nadležnost našeg suda. S druge strane moguće je ugovoriti nadležnost našeg suda ako je bar jedan ugovarač naš državljanin ili pravno lice sa sjedištem u Bosni i Hercegovini i ako se ne radi o pravnoj stvari koja se tiče bračnih, porodičnih i statusnih odnosa.

Pritom svakako treba naglasiti da nemogućnost ugovaranja nadležnosti suda BiH ukoliko su stranke strani državljani ili pravna lica sa sjedištem izvan BIH treba tumačiti samo na način, da ne mogu ugovoriti nadležnost redovnih sudova, ali ne i domaće arbitraže.

Prorogacija nadležnosti sporazumom stranaka može biti izričita kada je pismenim putem ugovorena između strana u vidu prorogacione klauzule u okviru nekog ugovora ili u vidu posebnog sporazuma o prorogaciji. Najčešće se prorogacija ugovara kao prorogaciona klauzula preventivno prilikom zaključenja nekog ugovora dok do spora još nije ni došlo. Poseban sporazum o prorogaciji najčešće se javlja kada je do spora došlo i ugovorne strane žele da sporazumno odrede koji sud će biti nadležan da odlučuje o njihovom sporu ako takvim zahtjevom mogu disponirati. Iako se radi o posebnom ugovoru nije moguće ga zaključiti na način da stranke sve svoje eventualne sporove povjeravaju u nadležnost nekoj državi već mora biti konkretizirano o kojem sporu se radi, tj. iz kojeg pravnog odnosa između stranaka proizilazi taj spor. Dakle po svojoj prirodi prorogacioni sporazum kao poseban pravni akt bi se mogao zaključiti za neku buduću spor iz konkretnog, već postojećeg, pravnog odnosa između stranaka ili za već postojeći spor. Naprijed navedeni način prorogacije nadležnosti se naziva izričita prorogacija nadležnosti. Moguća je i prećutna prorogacija nadležnosti, a o

prećutnoj prorogaciji govorimo u slučaju kada strane nisu izabrale nadležni sud ili ako i jesu izabrale okviru svog ugovornog odnosa, ali tužba nije podnesena tom sudu već drugom sudu, i pri tome se tuženi upusti u parnicu tako što da odgovor na tužbu, a ne istakne prigovor nenadležnosti ili se upusti u raspravljanje.

Što se forme prorogacionog sporazuma tiče, iako izričito ZMPP ne propisuje formu prorogacionog sporazuma, u pravnoj teoriji i praksi je nesporno da prorogacioni sporazum formalne prirode, te se za njegovu punovažnost traži pisana forma. U konačnici postojanje pisane forme za sporazum o određivanju mjesne nadležnosti propisan je u ZPP-u pa je analogija potpuno opravdana. Također nesporno je da se pisana forma treba tumačiti malo fleksibilnije pa se pod pisanom formom smatraju podnesci upućeni telegramom, telefaksom ili elektronskom poštom što je također propisano ZPP-om. Ako se prorogacijom bira nadležnost neke arbitraže tada također iz ZPP-a jasno proizilazi da ugovor o arbitraži mora biti sklopljen u pisanom obliku, a da se smatra da pisana forma postoji i kada je sklopljen razmjenom pisama, telegrama, telexa ili drugih telekomunikacijskih sredstava koja omogućuju pisani dokaz o sklopljenom ugovoru.

Pravna priroda prorogacionog sporazuma u pravnoj teoriji je sporna, jer se postavlja pitanje da li je to ugovor materijalnog ili procesnog prava. Tako pojedini autori smatraju da je sporazum o nadležnosti materijalno pravni ugovor koji svoje stranke obavezuje u procesnom smislu, dok drugi smatraju da se radi o procesnopravnom ugovoru stranaka kojim one određeni, već nastali ili budući spor daju u nadležnost pravosuđu određene države. No bez obzira na teoretske dileme da li se radi o materijalnom ili procesnom ugovoru, njegov učinak je nesporan: on proizvodi neposredan procesno-pravni učinak.

Bez obzira na način zaključenja sporazuma o prorogaciji nadležnosti, tj. da li se radi o prorogacionoj klauzuli u sklopu osnovnog ugovora među strankama ili o posebnom prorogacionom ugovoru, ovaj sporazum ne dijeli sudbinu glavnog ugovora, što znači da ako je glavni ugovor iz kojeg proizilaze odnosi koji se podvrgavaju sporazumno nadležnosti nekog suda ništav, to ne može značiti da je i sporazum o prorogaciji ništav.

Postavlja se i pitanje koje je pravo mjerodavno za ocjenu valjanosti sporazuma o prorogaciji. Ovo pitanje se legitimno nameće sa aspekta dva pravna poretka, sa aspekta države čija je nadležnost prorogirana, ali i sa aspekta države čija je nadležnost derogiranja. S obzirom da se radi o ugovoru koji ima procesno-pravne učinke, valjanost sporazuma o prorogaciji se cijeni sa aspekta prava države pred kojom se postupak na osnovu prorogacionog sporazuma pokreće.

Pravni učinak sporazuma o prorogaciji

Prvo pitanje koje možemo postaviti u vezi sa pravnim učinkom sporazum o prorogaciji jeste njegov odnos sa mjesnom nadležnošću konkretnog suda unutar države čije je pravosuđe prorogirano sporazumom stranaka. Naime, postavlja se pitanje da li u sporazum o međunarodnoj nadležnosti, treba biti sadržan i sporazum o mjesnoj nadležnosti nekog konkretnog suda u državi čija je nadležnost ugovorena, dakle kakav je njegov uticaj na mjesnu nadležnost konkretnog suda u okviru jurisdikcije koja je ugovorena.

Ako prorogacioni sporazum posmatramo sa aspekta našeg prava, dakle ako bi prorogacionim sporazumom bila ugovorena nadležnost našeg suda, takvo preciziranje mjesne nadležnosti ne bi bilo nužno jer naš ZMPP ne postavlja bilo kakve uslove u tom pogledu, stoga bi se do mjesne nadležnosti došlo na osnovu pravila našeg procesnog prava. Naravno ako bi takav sporazum o mjesnoj nadležnosti nekog konkretnog suda postojao on bi obavezivao stranke. Međutim, ako je prorogacionim sporazumom ugovorena nadležnost neke druge države, situacija može bit drugačija. Naime, pravom te države može biti propisano da prorogacioni sporazum mora sadržavati i podatke o mjesnoj nadležnosti konkretnog suda, tada bi stranke mogle doći u opasnost od uskrate suđenja (*deni de justice*) jer bi se moglo desiti da prema propisima države čija je nadležnost suda derogirana takav sporazum o prorogaciji bude valjan, a da se prema propisima države čija je nadležnost suda prorogirana mjesna nadležnost se ne može utvrditi, stoga je svakako korisno da strane već u prorogacionom sporazumu konkretizuju koji sud unutar ugovorene jurisdikcije je nadležan da rješava konkretan spor.

Značajan je i uticaj prorogacije nadležnosti na mogućnost atrakcije nadležnosti izabranog suda. Naime, procesno pravo i pravna teorija poznaju institut atrakcije nadležnosti ili privlačenja nadležnosti koja postoji u onim slučajevima kada se nadležnost određenog suda zasniva na činjenica da se pred tim sudom već vodi postupak koji se nalazi u određenoj vezi sa postupkom koji se treba pokrenuti, a zasnivanje nadležnosti na ovaj način svoje opravdanje nalazi u ekonomičnosti i koncentraciji postupka.

Atrakcija (privlačenje) međunarodne nadležnosti može se zasnovati u slučaju postojanja više povezanih tužbenih zahtjeva (objektivna kumulacija) ili u slučaju postojanja suparničarstva na strani jedne procesne stranke (subjektivna kumulacija). Kada se radi o međunarodnoj nadležnosti koja se zasniva na dogovoru stranaka za konkretan predmet, postavlja se pitanje da li nadležnost zasnovana na taj način može biti osnov za uspostavu nadležnosti tog suda i za suparničare koji nisu potpisali sporazum o prorogaciji nadležnosti ili za povezani tužbeni zahtjevi. Odnosno, posmatrano s druge strane ako dođe do spora pred određenim sudom na osnovu radnje jednog suparničara da li taj sud može postati nadležan i sa suparničara koji je imao potpisan ugovor o međunarodnoj nadležnosti kojom je ugovorena nadležnost nekog drugog suda.

Odgovor na ova pitanja ne može se dati generalno, već je potrebno razmotriti određene činjenice koje su vezane za konkretan slučaj kako bi se utvrdilo da li je *in concreto* moguća atrakcija nadležnosti kod subjektivne ili objektivne kumulacije.

Naime, prema našem ZMPP, ako u parnici ima više tuženih sa svojstvom materijalnih suparničara, nadležnost suda BiH postoji i kad jedan od tuženih ima prebivalište odnosno sjedište u BiH, dakle ZMPP mogućnost atrakcije nadležnosti suda BiH vezuje samo za prebivalište odnosno sjedište strake u BiH, dok nema odredbe koje regulišu mogućnost atrakcije nadležnosti u slučaju da je sud nadležan na osnovu sporazuma jednog od suparničara, ako to povežemo i sa ZPP koji propisuje da ako je jednom tužbom tuženo više osoba u svojstvu materijalnih suparničara, a za njih ne postoji mjesna nadležnost istog suda, nadležan je sud koji je mjesno nadležan za jednog od tuženih, treba razlikovati i da li se radi o običnim materijalnim suparničarima ili jedinstvenim materijalnim suparničarima.

Kod tzv. „običnog“ materijalnog suparničarstva svaki od suparničara ima položaj samostalne stranke u parnici, prema tome bi sporazum o prorogaciji nadležnosti, ako ispunjava sve pretpostavke imao važnost između stranaka koje su ga potpisale, a mogućnost atrakcije nadležnosti na ostale suparničare, koji nisu potpisali sporazum, ne bi mogla doći u obzir po osnovu potpisanog sporazuma. Ipak, taj sud bi mogao suditi i drugim suparničarima ako bi se njegova nadležnost mogla uspostaviti po osnovu ZMPP-a tj. ako bi kad jedan od suparničara imao prebivalište odnosno sjedište u BiH.

Kada je u pitanju jedinstveno suparničarstvo, ugovor o prorogaciji nadležnosti stranog suda koji su zaključili samo neki od jedinstvenih suparničara ne bi obavezivao niti jednog od njih, a u slučaju da je za bilo kojeg jedinstvenog suparničara predviđena isključiva nadležnost suda BiH, odnosno prorogacija nadležnosti domaćeg suda ne bi mogla biti utemeljena ako ona ne bi mogla biti utemeljena bar za jednog od njih.

Shodno tome, u slučaju da je pokrenut postupak pred određenim sudom između pojedinih stranaka, a drugi suparničar/i su zaključili sporazum o prorogaciji ne bi moglo doći do atrakcije nadležnosti suda pred kojim je pokrenut postupak ako bi se radilo o običnim, materijalnim, suparničarima. Dakle stav teorije je da se uvijek treba dati prednost autonomiji volje ugovornih strana, osim ako ne postoji isključiva međunarodna nadležnost, pa atrakcijom nadležnosti sud čija nadležnost je „privučena“, postaje isključivo nadležan za sve potencijalne suparničare.

Kada je riječ o tzv. objektivnoj kumulaciji tj. o odlučivanju po protivtužbi, postavlja se pitanje da li sud čija nadležnost je prorogirana ima nadležnost odlučivanja i po protivtužbenom zahtjevu. Drugačije rečeno, postavlja se pitanje da li se u sporovima sa međunarodnim elementom mogu primijeniti odredbe ZPP kojima je regulisano da tuženi može u odgovoru na tužbu, a najkasnije na pripremnom ročištu, podnijeti protivtužbu, ako je zahtjev protivtužbe u vezi s tužbenim zahtjevom (koneksni zahtjev), ili ako se taj zahtjev može prebiti (kompenzacioni zahtjev), ili ako se protivtužbom traži utvrđenje nekog prava ili

pravnog odnosa o čijem postojanju ili nepostojanju zavisi u cijelosti ili djelomično odluka o tužbenom zahtjevu (prejudicijelni zahtjev).

ZMPP ne sadrži odredbe koje bi nam mogle izričito dati odgovor na ova pitanja, međutim pravna teorija je stava da je atrakcija nadležnosti po osnovu koneksne protivtužbe moguća po pravilima ZPP-a posebno zato što je tužilac dobrovoljno podvrgao nadležnosti domaćeg suda pa nema razloga da se pred istim sudom, protiv njega, ne podnese protivtužbeni zahtjev koji je u vezi sa tim predmetom. Jedino odstupanje od ovog pravila bi postojalo u slučaju da za protivtužbeni zahtjev postoji isključiva nadležnost neko drugog suda.

To se u potpunosti se odnosi i na tzv. kompenzacionu protivtužbu, dok bi situacija mogla bi različita u slučaju prejudicijelne protivtužbe. Naime, u ovom slučaju da li će sud čija nadležnost je prorogirana biti nadležan da odlučuje o nekom pitanju koje se pojavljuje kao prethodno pitanje u odnosu na konkretni tužbeni zahtjev zavisiće od nekoliko činjenica. Prije svega potrebno je utvrditi da li sud koji vodi postupak o glavnom pitanju može donijeti utvrđujuću presudu o prethodnom pitanju ili može samo odlučiti o tom pitanju u kontekstu konkretnog spora i drugo pitanje jeste šta ako o prethodnom pitanju postoji presuda stranog suda, da li je obavezujuća za taj sud ili ne, te u konačnici šta ako konkretni sud odluči o prethodnom pitanju, a naknadno strani sud donese odluku po istom pitanju na drugačiji način. Ako posmatramo sa aspekta našeg prava, smatramo da bi naš sud bio ovlašten da odluči o prethodnom pitanju, ali samo s dejstvom u konkretnoj parnici, dakle ne bi bio ovlašten da donese presudu s dejstvom pravosnažnosti i to pod uslovom da strani sud nije donio pravosnažnu presudu koja je priznata u BiH. Ako je strani sud donio pravosnažnu presudu koja je priznata u BiH o prethodnom pitanju naš sud bi bio vezan tom presudom. Ako strani sud koji je nadležan naknadno odluči o prethodnom pitanju sa dejstvom pravosnažnosti i presuda bude priznata u BiH, a ishod spora bude drugačiji od odluke koju je donio naš sud prilikom odlučivanja o prethodnom pitanju u konkretnoj parnici, to bi bio razlog za ponavljanje postupka.

Postavlja se pitanje i mogućnosti prenosa sporazuma o prorogaciji. Naime naš Zakon o obligacionim odnosima, kao i većina suvremenih zakona dozvoljava ustupanje ugovora tako da svaka strana u dvostranom ugovoru može, ako na to pristane druga strana, ustupiti ugovor nekom trećem licu, koje time postaje nosilac svih njenih prava i obaveza iz tog ugovora.

Ustupanjem ugovora, ugovorni odnos između ustupioca i druge strane prelazi na primaoca i drugu stranu u času kad je druga strana pristala na ustupanje, a ako je druga strana dala svoj pristanak unaprijed, u času kad je druga strana obaviještena o ustupanju.

Dakle postavlja se pitanje da li se na ovaj način može prenijeti i sporazum o prorogaciji, bilo da je u formi prorogacione klauzule u sklopu prenesenog ugovora ili kao poseban ugovor o prorogaciji vezan za preneseni ugovor. Načelno odgovor pravne teorije je potvrđan, međutim tu svakako moramo voditi računa o tome da li su ustupanjem ugovora zadržane i osnovne pretpostavke za postojanje prorogacije.

Naime, ako je nakon prenosa ugovora nastala situacija u kojoj su obje ugovorne strane domaći državljani ili pravne osobe sa sjedištem u BiH, prorogacija nadležnosti stranog suda

ne bi više bila moguća, odnosno ako bi ustupanjem ugovora došlo do situacije da su obje ugovorne strane strani državljani ili strane pravne osobe, nadležnost suda BiH ne bi bila moguća (*pogledati i protumačiti član 49. ZMPP*).

Uz sve to, mora se imati u vidu i to da pomenuti ugovor o prorogaciji nadležnosti može imati posredan uticaj na izbor mjerodavnog prava, naročito ukoliko stranke nisu predvidjele koje je pravo mjerodavno za taj konkretan pravni odnos za koji su ugovorili međunarodno nadležnost.

Naime, nadležni sud će primjenom domaćih kolizionih normi odrediti i pravo koje je mjerodavno za konkretni slučaj. Naravno, sud uvijek ima na raspolaganju instrumente kojima ipak može otkloniti primjenu stranog prava, npr. institut javnog poretka, *renvoi*, izigravanje zakona, prethodno pitanje i (eventualno) norme neposredne primjene.

Kada je riječ o pravnom učinku sporazuma o prorogaciji, potrebno je razmotriti i pravnu prirodu nadležnosti zasnovane na sporazumu stranaka: da li takva nadležnost postaje isključiva nadležnost i da li ima isti značaj i karakter kao isključiva nadležnost zasnovana na osnovu zakona.

Naš ZMPP ne daje izričit odgovor na ovo pitanje, međutim stav teorije je da ukoliko stranke nisu izričito odredile o kakvoj nadležnosti se radi, da su ugovorile isključivu nadležnost ugovorenog suda. Međutim ugovorena isključiva nadležnost ipak nema isti značaj i posljedice kao isključiva nadležnost zasnovana na zakonu. Pored one, očigledne, razlike na kojem temelju su nastale, postoji i suštinske razlike, npr. sud ne pazi po službenoj dužnosti na postojanje prorogacionog sporazuma već samo po prigovoru stranaka. Sem toga, ugovorena nadležnost nema isti značaj ni u slučaju priznavanja strane presude, na način da povreda pravila o ugovorenoj međunarodnoj nadležnosti neće uticati na odbijanje priznanja strane presude ako su ispunjeni ostali uslovi. Najznačajnija razlika između isključive nadležnosti zasnovane na zakonu i nadležnosti zasnovane na osnovu ugovora leži u činjenici, da ukoliko tuženi ne uloži prigovor međunarodne nenadležnosti i upusti se u raspravljanje u parnici, sporazum o nadležnosti će biti derogiran, što naravno nije moguće kod zakonske isključive nadležnosti.

Značajno je i pitanje mogućnosti osporavanja prorogacionog sporazuma. Da li bi se, primjera radi, prorogacioni sporazum mogao poništavati zbog svih razloga zbog kojih se mogu poništavati druge vrste ugovora prema pravilima obligacionog prava, recimo zbog nedostatka poslovne sposobnosti, zbog prinude, prijetnje, zablude i sl.?

Pitanje za razmišljanje: da li bi se dakle opća pravila ugovornog prava o valjanosti ugovora trebala primjenjivati i na ugovore procesnopravne prirode, kakav je prorogacioni sporazum o međunarodnoj nadležnosti suda u privatnopravnim odnosim s međunarodnim obilježjima?