

Нина Кршљанин

студент четврте године

Правног факултета Универзитета у Београду

FORUM NON CONVENIENS

Конкурентна међународна надлежност доводи до појаве познате као forum shopping – опортунистичког избора суда пред којим ће се тужити. Англосаксонско право на њу одговара установом forum non conveniens – могућношћу да суд одбије надлежност, јер је алтернативни страни форум погоднији. Од краја XIX века у Шкотској, до савремених система Енглеске и САД, ова установа се развија до препознатљивих црта, а своје модерно лице добија 1987. године у Енглеској, у случају Spiliada, где су постављена два услова за примену – да постоји очигледно прикладнији страни форум и да правда не захтева да се суди у Енглеској. Међутим, после доношења Брисел I Регулative Европске уније, његова примена је онемогућена, што је и потврђено у случају Owusu v Jackson. Данас остаје карактеристичан за САД, али расту примедбе да служи за заштиту мултинационалних корпорација.

Кључне речи: *Forum non conveniens*. – Одбијање надлежности. – Англосаксонско право. – *Forum shopping*. – Судска надлежност по Брисел I Регулative.

1. УВОД: МЕЂУНАРОДНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ И *FORUM SHOPPING*

Међународна судска надлежност је компетенција националног правосуђа на међународном плану, делокруг у којем „има право и дужност да поступа“¹. Упркос покушајима партикуларне унификације ове материје путем међународних конвенција, пре свега из породичног и статусног права,² опште је правило да је прописују зако-

¹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд 2007, 493.

² Кроз активност Хашке конференције и на нивоу Европске уније.

ном саме државе. Природну жељу сваке од њих да што већи број ситуација обухвати својом јурисдикцијом ублажава не само свест о потреби међународне хармонизације, већ и свест о вероватноћи признања у иностранству одлука донетих путем нелегитимно „растегнуте“ надлежности. Тако се државе при одређивању надлежности руководе интересом сопственог суверенитета, интересима странака и интересом ефикасног и правичног вођења поступка.

Искључива међународна надлежност – надлежност правосуђа једне земље уз искључење свих осталих – веома је ограничена појава. Државе је предвиђају само у стварима које су у тако блиској вези с домаћим поретком да би препуштање вођења поступка судовима стране државе било у посебном сукобу са домаћим интересима.³ Далеко чешћи случај је конкурентна надлежност – ситуација у којој више држава сматра своје правосуђе надлежним да поступа у одређеној ствари, а ниједна је не убраја у искључиву јурисдикцију и признање поводом ње донете стране одлуке. Тако странке (тачније тужилац)⁴ обично могу одабрати најпогоднији форум, по правним и ванправним критеријумима. Тај одабир земље где ће се поднети тужба на англосаксонском подручју носи назив *forum shopping*.⁵

И на унутрашњем, и на међународном плану је нормално да тужилац пре подношења тужбе размисли где му највише одговара да то учини. Релевантни фактори који на то утичу су: процесна правила земље суда, њене колизионе норме, став према страном праву, могућност признања страних одлука,⁶ трошкови поступка, симпатије које странка може имати код судија, могућност утицаја на избор пороте (у англосаксонским земљама),⁷ просек трајања те врсте спорова. У случају већих разлика међу потенцијалним форумима може доћи до тога да избор форума практично гарантује одређени исход спора.

³ Рецимо, наш Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, предвиђа само седам случајева искључиве надлежности судова, који сви спадају у породично право или спорове око права на некретностима – области за чију контролу одувек постоји висока заинтересованост државе.

⁴ Ако се странке договоре пред који суд ће изнети спор, већ говоримо о прогираној надлежности.

⁵ Фраза *shopping for a forum* је први пут употребљена у пресуди 1942, а термин *forum shopping* 1951. године. В. „Forum shopping reconsidered – introduction notes“, *Harvard Law Review* 103/1989–1990, 1677.

⁶ Тако Јунгер наводи пример из САД, где су 40-их година многи парови ишли у федералне јединице са најлибералнијим правом да би се развели, будући да је Врховни суд донео одлуку о аутоматском признавању одлука о разводу све док је један од супружника домицилиран у држави форума. В. ближе Ф. К. Јуенгер, „Forum Shopping, Domestic and International“, *Tulane Law Review* 63/1989, 558.

⁷ В. „Forum shopping reconsidered“, 1678–1679. Ово је поготово честа појава у САД, будући да је тамо *forum shopping* и на унутрашњем нивоу врло честа, чак редовна појава.

Тиме тужилац добија диспропорционалну предност, а спорни материјалноправни односи се претачу у процесноправну трку чији победник има већу шансу за победу у парници, па судови обично имају негативан став према *forum shopping*-у. У континенталним земљама се на ову појаву можда гледа попреко, али се толерише, бар на националном нивоу; међународне конвенције се (углавном безуспешно)⁸ труде да унификацијом правних правила редукују *forum shopping*. Англосаксонско право⁹ је развило ефикасан одбрамбени механизам – установу *forum non conveniens*.

2. FORUM NON CONVENIENS – ПОЈАМ И ПОРЕКЛО

Доктрина *forum non conveniens* омогућава суду да одбије да за-
снуде међународну надлежност, упркос чињеници да су за то испуњени сви услови које домаће право предвиђа, позивајући се на аргумент да је форум који је тужилац одабрао неприкладан, односно да постоји далеко природнији суд за вођење конкретног поступка.¹⁰

2.1. Историјски развој

Концепт ове установе настао је у шкотском праву 1892. године, у одлуци Лорда Кинеара (*Kinnear*) у случају *Sim v Robinow*,¹¹ мада се зачеци овог схватања могу видети и раније у XIX веку.¹² Убрзо прелази на тло САД, где је први пут афирмисана у случају *Gulf Oil v Gilbert* 1947. године (мада неки аутори налазе њен извор још у *Willendson v Forsoket* из 1801. године), у одлуци Врховног суда по

⁸ Ферари (*Ferrari*) сматра да би уместо критиковања *forum shopping*-а требало више пажње обратити на разлоге који стоје иза противљења истом. В. више F. Ferrari, „‘Forum Shopping’ Despite International Uniform Contract Law Conventions“, *International and Comparative Law Quarterly*, 51/2002, 689–707.

⁹ Ова установа постоји у неким континенталним системима. Такав пример је Квебек, где се, упркос цивилном систему, *forum non conveniens* примењује као изузетно овлашћење, *Dacey and Morris on the Conflict of Laws* (ed. Sir Lawrence Collins), London 2004, 139.

¹⁰ За дефиниције видети: P. M. North, J. J. Fawcett, *Cheshire and North’s Private International Law*, Oxford University Press Inc., New York 2004, 334; P. Nygh, „Declining Jurisdiction under the Brussels I Regulation 2001 and the Preliminary Draft Hague Judgments Convention: a Comparison“, *Reform and Development of Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, 322; A.J. Mayss, *Principles of Conflict of Laws*, Cavendish 1998, 24–25; T. Варади. *et al.*, 510.

¹¹ *Ibid.*

¹² На пример, у случајевима *MacMaster v MacMaster* из 1833. и *M’Moline v Cowie* из 1845, R. A. Brand, „Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Global Choice of Court Convention“, *Reform and Development of Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2002, 64.

тужби становника државе Вирџинија, поднетој у Њујорку против пенсилванијске корпорације која је немарним обављањем својих послова у Вирџинији узроковала експлозију и пожар који је уништио тужиочево складиште. Потврђена је првостепена одлука којом је одбијена надлежност по *forum non conveniens*-у, уз образложење да је Вирџинија, као место настанка штете, далеко прикладнији форум. Судија Џексон (*Jackson*) ту наводи како „*the proposition that a court having jurisdiction must exercise it, is not universally true*“.¹³ Судовима се саветује да ово овлашћење користе пажљиво, само ако су суочени са знатним дисбалансом, вагајући и приватне и јавне интересе.¹⁴

Енглеској је требало више времена да прихвати ову доктрину. Међу пресудама с краја XIX века, истина, има случајева када су енглески судови одбијали да заснују надлежност, али је увек тужени био странац. У образложењима се наводи да треба у сваком конкретном случају размотрити да ли је енглески форум погодан за одлучивање о правима странца који по *common law*-у не дугује суду лојалност и послушност, а и тада, надлежност је заснивана ако је вероватноћа да ће се правда остварити у другом форуму била ниска.¹⁵ Међутим, био је потребан готово цео век да се исти принцип прошири и на домаће држављане.

Испрва, одбијање заснивања надлежности је дозвољено ако би суђење у Енглеској представљало узнемиравање или шиканирање. Тако, у *St Pierre v South American Stores Ltd*, 1936, судија Скот (*Scott*) наводи, образлажући да балансирање погодности странака није довољно, два потребна услова: 1) *позитиван* – да тужени увери суд да би вођење поступка довело до неправде, пошто би га узнемиривало или би на други начин представљало злоупотребу судског поступка и 2) *негативан* – да одбијање надлежности не би нанело неправду тужиоцу – што такође тужени има да докаже.¹⁶ Овакво постављање услова је дало основ врло уској примени института: не само што је било нужно да се ради о злоупотреби права тужиоца, већ је туженом задат тежак услов доказивања негативне чињенице. Ипак, био је то први корак у процесу либерализације. Наредни је начињен 1974. године, у случају *The Atlantic Star*, где је Дом Лордова увео флексибилно тумачење услова из *St Pierre* – конкретно, закључивши да су испуњени с обзиром на резултат који би настао за тужене ако би се поступак водио у Енглеској, упркос непостојању зле намере на страни тужиоца.¹⁷

¹³ 330 US (1947), 504; наведено према *ibid.*, 66.

¹⁴ *Ibid.*, 67.

¹⁵ P. Nygh, *l. c.*

¹⁶ Наведено према А. J. Mayss, 24.

¹⁷ B. Sahni, „Limitations of Access at the National Level: Forum Non Conveniens“, *Gonzaga Journal of International Law* 9/2006, 123.

У *MacShannon v Rockware Glass Ltd* 1978, четири запослена тужила су енглеску компанију лоцирану у Шкотској за накнаду штете проузроковане несрећама на раду у небезбедном радном окружењу. Дом Лордова је одбио да се огласи надлежним у корист Шкотске, притом редефинишући услове из *St Pierre* случаја, како би били прецизнији и прикладнији. Лорд Диплок (*Diplock*) их је формулисао као: 1) *позитиван* – да тужени увери суд да постоји други форум у којем правда може бити остварена уз значајно мање неугодности и трошкове и 2) *негативан* – да одбијање надлежности не ускраћује тужиоцу легитимну личну или правну предност која би му била доступна пред енглеским судом.¹⁸

Финални корак у прихватању *forum non conveniens*-а у Енглеској је одлука Дома Лордова у *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* из 1987, у којој су постављени основни принципи на којима ће се он убудуће заснивати.¹⁹ Коначно је прихваћено да је енглески принцип заустављања поступка по примени изједначен са шкотским *forum non conveniens*²⁰ (лорд Гоф се позива на одлуку лорда Кинеара у *Sim v Robinow* као један од одлучујућих критеријума), и да је небитно да ли је тужени држављанин Енглеске. Услови постављени у овом случају, а потврђени 1998. у *Connelly v RTZ Corporation Plc* се и данас примењују.

2.2. Основи примене у енглеском праву

По начелима постављеним у случају *Spiliada*, основни принцип је да ће се *forum non conveniens* применити само ако суд буде уверен да постоји други форум који је доступан странкама и надлежан, а који је прикладан у конкретном случају. Под прикладним се подразумева да ће се тамо поступак водити на начин подеснији за интересе свих странака и циљеве правде.²¹ Ова одлука лежи на првостепену суду, и генерални став је да апелациони судови не треба да се мешају, јер то даје другачију тежину битним факторима.

У великом броју случајева који су уследили после случаја *Spiliada* судови нису гледали даље од овог основног начела. Међутим, Лорд Гоф је дао упутства за примену ове установе у виду изведених принципа: 1) да ли постоји други доступан форум који је

¹⁸ *Ibid.*, 124; A. J. Mauss, 25.

¹⁹ О њима ће више речи бити ниже.

²⁰ Ова чињеница је своју праву афирмацију добила тек у случају *Spiliada*, мада је споменута три године раније, у случају *The Abidin Daver*, познатом по изјави лорда Диплока „*judicial chauvinism has been replaced by judicial comity*“, A. J. Mauss, 25; P. M. North, J. J. Fawcett, 335.

²¹ „...in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.“ Наведено према *ibid.*, 336.

очигледно прикладнији од енглеског, и 2) да ли суђење у том форуму задовољава захтеве правичности тако да одговара како интересима странака, тако и идеји правде. Реч је о поступку из два степена, од којих сваки можемо поделити у неколико фаза. У првој фази првог степена утврђује се да ли постоји други доступан форум, а у другој да ли је он очигледно прикладнији. У другом степену се прво процењују интереси странака и одређује колики значај им се има придати, а онда се „квалитет правде“ која се у том систему може прибавити пореди са стањем пред енглеским судовима. Сваки аспект се процењује по околностима које постоје у тренутку подношења захтева; међутим, схватање судова је да се у оправданим случајевима може уважити и промена околности до почетка расправе.²²

Да би суд уопште разматрао примену установе *forum non conveniens*, тужени који то захтева мора прво доказати да постоји страни форум доступан странкама. Под „доступношћу“ се регуларно подразумева правна и фактичка могућност да тужилац отпочне поступак пред страним судом. У пракси се поставило питање да ли је то све што овај појам обухвата. У случају *Mohammed v Bank of Kuwait and the Middle East KSC* из 1996. године, где је Ирачанин поднео тужбу против кувајтске банке за коју је претходно радио у Кувајту, Апелациони суд је закључио да, с обзиром на немогућност тужиоца да лично отпутује у Кувајт и дипломатске рестрикције које би утицале на његову могућност да тамо има заступника којег ће сам изабрати и којем ће дати детаљна упутства у вези са вођењем поступка, Кувајт није доступан форум у практичном смислу, чиме је изменио одлуку првостепеног суда који је одобрио заустављање поступка. Истакнуто је да је за питање доступности битно одредити и да ли је вероватно да ће правда бити остварена. Суд би, по овом схватању, требало да разликује две врсте неправде. Прва се односи на доступност алтернативног форума и разматра се у првој фази случаја, па је на туженом терет доказивања да овакве неправде неће бити. Друга врста нема везе са доступношћу форума и биће разматрана тек у другој фази. Уз ово образложење, судија Еванс (*Evans*) је наведене околности сврстао у критеријуме за одређивање доступности форума, док тврдње да тужилац у Кувајту не би добио поштено суђење због непријатељског односа према Ирачанима нису узете у обзир, будући да је оцењено да спадају у другу фазу примене института. Преовлађујуће теоријско мишљење је, ипак, да оцену доступности форума треба ограничити на питање надлежности, док разматрање могућности остварења правде треба оставити за другу фазу поступка. Ово потврђује и каснији резон Апелационог суда (у другачијем сазиву),

²² *Ibid.*, 337.

као и одлука Дома Лордова 1998. године у (поменутом) случају *Connolly v RTZ Corporation Plc.*²³

Када се установи да постоји други доступан форум, потребно је утврдити да је он *очигледно прикладнији* од енглеског. Није довољно доказати да Енглеска није природан форум за дотични случај, нити утврдити постојање одређене погодности за спровођење поступка пред страним судом. Треба одредити са којом земљом случај има најјачу материјалну везу, а за то је релевантан већи број фактора подобних да је створе. С обзиром на непредвидљивост и разноликост животних ситуација, не можемо дати исцрпну листу фактора, али можемо навести најчешће.²⁴

Пре свега, суд ће размотрити територијалне везе странака и доказа. Ако странке и сведоци имају пребивалиште у иностранству, ако су тамо докази чији би транспорт био отежан или немогућ, очигледно је да је страни форум прикладнији. На специфичан начин је релевантно и супарничарство. Ако тужилац има повезане захтеве према више тужених, сматраће се да је Енглеска прикладан форум за све њих ако је прикладан бар за неке, а могуће је заједно (спајањем поступка) одлучити о свим захтевима. *Ratio* ове праксе јесте да је овакво поступање логичније него вођење поступка према сваком туженом у земљи која је за њега најприкладнији форум и консекветна подела сродних захтева у више засебних поступака.²⁵

И постојање међународне литиспенденције је битан фактор за одлучивање о *forum non conveniens*-у. По традиционалним *common law* принципима, суд, мада се труди да води рачуна о томе да не доведе до постојања различитих пресуда о истој ствари у више земаља, нема обавезу да прекине поступак уколико сазна да се он већ води у другој земљи. Ако је поступак пред страним судом започет тек пар дана пре енглеског, мало је вероватно да ће се овај фактор уважити. Ако је, пак, страни поступак у поодмаклом степену и може се ускоро очекивати пресуда, сматраће се да је страни форум при-

²³ Реч је о тужби радника домицилираног у Шкотској против послодавца, енглеске компаније чији је огранак у Намибији руководио рудником уранијума у којем је тужилац радио и оболео од рака. Првостепени суд је применио *forum non conveniens*, али је Апелациони суд преиначио ту одлуку, јер је тужиоцу финансијска помоћ била доступна у Енглеској, али не и у Намибији. Ово је потврдио и Дом Лордова, уз оградe да се ради о изузетку, *ibid.*, 341–342. Ипак, случај *Connolly* би имао већи ауторитет у овом пољу да је подигнуто питање доступности форума и овај аргумент одбачен као ирелевантан за њено одређивање.

²⁴ У овоме се претежно руководимо систематиком коју у својем делу користе Кларксон и Хил.

²⁵ C. M. V. Clarkson, J. Hill, *The Conflict Of Laws*, Oxford University Press Inc., New York 2006, 107. Наравно, ово се односи на формалне супарничаре.

кладнији.²⁶ Исто, *mutatis mutandis*, важи и за пророгационе споразуме.²⁷ Утицај може извршити и симултано постојање *сличних* поступака – с различитим странкама, али истим правним и сродним чињеничним питањима. Ово је познато као *Cambridgeshire* фактор, по имену брода чији су власници у време *Spiliada*-е већ били започели поступак против истог туженог са сличним захтевом. Дом Лордова и ово наводи као разлог за примену *forum non conveniens*-а.²⁸

Мада у овој фази поступка примат имају релевантне чињенице, битан фактор је и меродавно право. Сматра се пожељним да случајеве који се фокусирају на спорним правним питањима решавају судови земље чије је право меродавно. Ово се поготово истиче ако се постави питање енглеског јавног поретка, у којем случају је извесно да се *forum non conveniens* неће применити.²⁹ Ако важне (и/или многобројне) доказе чине документи, битан је и језик на којем су писани.³⁰ Разлози нису само трошкови и време превођења, већ и схватање да превод, посебно ако су у питању правни документи, који садрже врло прецизне изразе и институте специфичне за домаће право, може довести до грешака и неспоразума у тумачењу.

Када се размотре све околности, даљи поступак зависи од закључка до којег се дошло. Ако суд утврди да нема очигледно прикладнијег форума, односно да је Енглеска природан форум, одбиће захтев туженог (мада постоје примери у којима су судови доносили ову одлуку тек по разматрању *свих* околности случаја³¹); ако закључи да постоји очигледно прикладнији форум, прећи ће на другу фазу.³²

У овој фази терет доказа прелази на тужиоца. Он мора доказати да правда захтева да се суди у Енглеској, то јест да не би била остварена пред страним судом. Ово питање се своди на предности које би он имао ако би се поступак водио у Енглеској: како Лорд Гоф

²⁶ Види *ibid.*, 106–107. Ово гледиште се мења под утицајем Брисел I Регулative, која налаже стриктно поштовање *lis alibi pendens*. О њеном утицају на *forum non conveniens* биће речи даље.

²⁷ P. M. North, J. J. Fawcett, 339.

²⁸ C. M. V. Clarkson, J. Hill, 107. Ово је и логично због прецедентне природе енглеског система.

²⁹ Како се наводи, то је не само због трошкова и дуготрајности прикупљања исказа енглеских правних стручњака, већ зато што се питање енглеског правног поретка не може правилно решити ни пред једним страним судом, *however distinguished and well instructed, ibid.*, 108.

³⁰ Тако, уколико је већина документације на страном језику, то ће бити разлог да се надлежност препусти форуму земље којој је тај језик домаћи и обрнуто.

³¹ Сматрајући да је најбитније изнаћи шта правда захтева у датом случају, и да је зато потребно размотрити све факторе за и против *forum non conveniens*-а. Овако детаљни поступци већином нису присутни пре случаја *Spiliada*.

³² P. M. North, J. J. Fawcett, 340–341.

наводи у *Connely*, „if a clearly more appropriate forum overseas has been identified, generally speaking the plaintiff will have to take that forum as he finds it, even if it is in certain respects less advantageous to him than the English forum“.³³ Најтежи задатак суда у овој фази је разграничавање фактора који су само предност за тужиоца и оних чије би одсуство представљало ускраћивање правде.³⁴

Најочигледнији индикатор немогућности остварења правде била би чињеница да судство у земљи прикладнијег форума није независно, али овакви случајеви су ретки, а свакако стављају пред тужиоца тежак задатак да пружи конкретне доказе. Слична ситуација (али, лакша за доказивање) постоји ако тужилац докаже да у тој земљи не би добио праведно суђење из политичких или идеолошких разлога.³⁵ Ово се односи чак и на случајеве када би тужилац у иностранј земљи био подложен кривичном гоњењу и/или кажњавању.

Брзина правде је још један логичан фактор. Ако у иностранј земљи постоји дуг период чекања пре него што тужба дође на ред за суђење, или поступци трају неразумно дуго, суд неће уважити захтев туженог. Овај фактор је врло релативан (пошто од врсте и околности случаја зависи шта представља оптималну брзину суђења) па се не узима у обзир олако, већ тек у екстремним случајевима, кад уобичајено одлагање износи десетак или више година.³⁶

Меродавно право може бити релевантно и у овој фази. Ако колизионе норме стране земље указују на право по којем би захтев тужиоца био дискутабилан и скоро извесно одбијен, а енглеске на право по којем он има шансе за успех, треба судити у Енглеској. Такође, ако је захтев тужиоца већ застарео по праву које би се применило у иностранству, а он није злонамерно или немарно пропустио да подигне тужбу, суд ће одбити захтев туженог, осим ако он пристане да се пред страним судом одрекне застарелости, односно не искористи тај приговор. Релевантно је и ако би страни суд досудио несразмерно малу накнаду штете, али не и сама чињеница да страном праву не познаје институт *punitive damages*.³⁷

Битна је и предност коју тужилац има ако се поступак води у Енглеској. Колико год да није одлучујући фактор, не би смела бити занемарена, поготово ако се ради о значајној предности. Она може бити лична (на пример, ако је тужилац Енглез, па би тиме добио по-

³³ Наведено према *ibid.*, 342.

³⁴ Тј. *denial of justice*, в. С. М. V. Clarkson, J. Hill, 108–109.

³⁵ Тако је у случају *Oppenheimer* из 1937. године енглески суд засновао надлежност упркос прикладнијем форуму Немачке, јер је тужилац био Јеврејин и не би добио правично суђење. (*Ibid.*, 111.)

³⁶ P. M. North, J. J. Fawcett, *l. c.*

³⁷ *Ibid.*, 342–343 и С. М. V. Clarkson, J. Hill, 109–111.

вољнији третман) или правна (ако му више одговарају норме које би се примениле пред енглеским судом)³⁸, али мора испунити три услова: 1) да је *стварна*, односно објективна: не узима се у обзир уверење тужиоца да би имао предност у Енглеској; 2) да постоји у *односу на форум за који је утврђено да је прикладнији*, односно да се не може остварити пред управо тим страним форумом, и 3) да је *легитимна*, односно да тужилац не намерава да је оствари злоупотребом права или шиканирањем туженог.³⁹ Једно време се овом фактору придавао велики значај, тако да је већ чињеница да тужилац у Енглеској има знатну предност била довољна да суд одбије захтев туженог. Ова тенденција је прекинута у случају *Spiliada*, али то не значи да се овај фактор не узима у обзир; штавише, у неким посебним околностима његов значај расте.⁴⁰ Такође, ако погодност за тужиоца не укључује аналогну непогодност за туженог – а посебно ако погодује обема странкама – заустављање поступка би се, ако нема других јачих фактора који говоре у његов прилог, могло сматрати неправдом.

Упркос врлинама, постоји мишљење да *Spiliada* принцип фаворизује домаћи форум, дајући тужиоцу две шансе: захтев туженог ће се одбити и ако он не докаже да постоји прикладнији форум, и ако тужилац докаже да пред њим неће бити остварена правда, док тужени нема (ако се утврди да је Енглеска најприкладнији форум) право да доказује да захтеви правде неће бити задовољени у Енглеској.⁴¹ Не прихватајући га безрезервно, треба имати у виду да ни *Spiliada* није савршено решење каквим се некада представља.

3. *FORUM NON CONVENIENS* У ЕВРОПИ И БРИСЕЛ I РЕГУЛАТИВА

3.1. Решење Брисел I Регулative и ранији случајеви

Брисел I Регулative, као наследница Бриселске конвенције о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године, представља засад најјачи

³⁸ Иако се то делимично поклапа са оним што се разматра при оцени могућности остварења правде, треба водити рачуна да је овде реч о мањој разлици између права, па суђење у иностранству за тужиоца није ускраћивање правде, већ само погоршавање процесне позиције.

³⁹ Мада има и других примера када се оцењује као нелегитимна, в. Р. М. North, J. J. Fawcett, 343–344.

⁴⁰ Занимљиво је да лорд Гоф, између осталог, наводи да има основа за придавање већег значаја предности коју тужилац има у Енглеској у случајевима када страни форум заснива надлежност на неком егзорбитантном основу, као што је краткотрајно присуство туженог на територији државе – што је веома слично енглеском заснивању надлежности по месту уручења тужбе туженом! *Ibid.*, 345–346.

⁴¹ С. М. V. Clarkson, J. Hill, 112.

инструмент унификације грађанског процесног права на нивоу Европске уније.⁴² По овој регулативи, општа надлежност се у оквиру ЕУ увек заснива по домицилу туженог,⁴³ од чега се може одступити само у таксативно набројаним случајевима посебне надлежности.⁴⁴ Ако више држава испуњава услове за надлежност, она ће бити заснована (путем обавезне међународне литиспенденције) у оној пред чијим судом је раније започет поступак.⁴⁵ Самим тим, примена *forum non conveniens*-а у Енглеској, ако је алтернативни форум друга земљачланица, постаје немогућа. Међутим, питање о којем Регулатива не говори ништа – и које је постало предмет бројних спорова и теоријских расправа – јесте могућност да се овај институт примени у корист судова државе нечланице.

Иако су постојала мишљења да је и у овим случајевима примена *forum non conveniens*-а немогућа, од њих је енглески Апелациони суд одступио у случају *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd*, зауставивши поступак у корист Аргентине, где је пословала тужена енглеска компанија. *Ratio* одлуке било је уско тумачење циљева Бриселске конвенције: суд је резонувао да је претежни циљ Конвенције лако признање и извршење одлука међу чланицама Европске уније – циљ на чије остварење не утиче одрицање од надлежности у корист нечланице, будући да и ако би се пресуда донела у Енглеској, њено признање се не би тражило ни у једној другој чланици. Када је случај стигао до Дома Лордова, он је упутио неколико питања Европском суду правде; међутим, спор је окончан пре него што је на њих одговорено.⁴⁶ Одговор на ово питање је нађен деценију касније, у случају *Owusu v Jackson*. Тужилац, домицилиран у Енглеској, покренуо је поступак за накнаду штете проузроковане тешком телесном повредом коју је претрпео купајући се на приватној плажи изнајмљене виле на Јамајци – а која је довела до квадриплегије – против закуподавца (такође домицилираног у Енглеској) и пет јамајканских правних лица која су поседовала, односно имала право да користе плажу, уз обавезу да учествују у њеном одржавању. Тужени су захтевали да се заустави поступак у корист Јамајке. Апелациони суд је поставио питање могућности заустављања поступка у корист нечланице Европском суду правде.

⁴² Она обавезује све чланице осим Данске, која још увек примењује Бриселску конвенцију.

⁴³ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Chapter II, Section 1, Article 2.1.

⁴⁴ Види *ibid.*, Section 2–7; овде се убрајају и искључива, и пророгирана надлежност.

⁴⁵ *Ibid.*, Section 9.

⁴⁶ Види С.М.В. Clarkson, J. Hill, 114 и R. Fentiman, „Civil Jurisdiction and Third States: *Owusu and After*“, *Common Market Law Review* 43/2006, 710.

3.2. Одлука Европског суда правде у случају *Owusu v Jackson*

Пред Европским судом правде су постављена два питања. Прво, да ли је у нескладу са Бриселском конвенцијом да, ако тужилац тврди да је надлежност заснована на чл. 2. Конвенције, суд државе чланице примени дискреционо овлашћење које му даје национално право и одбије да води поступак против особе домицилиране у тој држави у корист судова државе нечланице, и то: а) ако не постоји питање надлежности ниједне друге државе чланице Конвенције; б) ако нема фактора који би повезивали поступак са било којом другом државом чланицом? Друго, ако је одговор на прво питање, било под а) или б), позитиван, да ли је то у нескладу под било којим околностима или само неким, и, ако је тако, којим?⁴⁷

За одговор на прво питање суд је морао установити да ли се чл. 2. уопште примењује у датом случају, будући да су обе стране домицилиране у истој држави, односно да је једини страни елемент веза са државом нечланицом. Закључено је да ништа у чл. 2. не указује да је услов за његову примену заинтересованост већег броја чланица; за постојање међународног елемента неопходног за примену конвенције довољно је да једна од заинтересованих држава буде чланица Конвенције.⁴⁸ Такође је наглашено да примарни циљ Конвенције – хармонизација унутрашњег тржишта Европске уније путем обезбеђења слободног признања и извршења пресуда међу државама чланицама – није њен једини циљ, односно не условљава њену примену. Пошто је примена чл. 2. обавезна, осим у случајевима прописаним самом Конвенцијом, оцењено је да би дозвољавање националним судовима који су по њему надлежни да примене доктрину *forum non conveniens* подривало начело правне сигурности, будући да онемогућава просечно информисаном грађанину да предвиди у којим све државама (осим земље домицила) може бити тужен. Дозвољавање употребе овог института би негативно утицало и на униформну примену правила о надлежности Бриселске конвенције, будући да га већина држава чланица не познаје.⁴⁹ Сходно томе, примена установе

⁴⁷ *Owusu v Jackson*, C-281/02, [2005], par. 22. Случај је стигао пред суд 2002, пре ступања на снагу Брисел I регулативе, али је поступак окончан 2005. године.

⁴⁸ Тужени су приговорили да међународни уговори имају релативно дејство и не могу наметати обавезе државама које на њих нису пристале; ипак, суд је остао при томе да ова врста везе са нечланицом њој не намеће никакву обавезу, в. *ibid.*, par. 27 и 31–32. Суд је на овај начин тумачио правила о надлежности Бриселске конвенције већ у неколико ранијих случајева (од којих су најбитнији *Group Josi Reinsurance Company SA v UGIC* и *Coreck Maritime GmbH v, Handelsveem BV*), после којих се примењивало да ће енглеско право највероватније морати да се приклони европским правилима о надлежности. Детаљније в. R. Fentiman, 707–709, и C. D. Bougen, „Time to Revisit Forum Non Conveniens in the UK? Group Josi Reinsurance Co v UGIC“, *Victoria University of Wellington Law Review* 32/2001, 712–713.

⁴⁹ *Owusu v Jackson.*, par. 37–43.

forum non conveniens није дозвољена ни у једном од наведених случајева. Суд је оценио да се друго питање односи на случајеве међународне литиспенденције, пророгације надлежности и налажења непокретности на територији државе нечланице, али је одбио да одговори на њега, сматрајући да решавање општих или хипотетичких питања није релевантно за ефикасно решавање конкретног случаја.⁵⁰

Ова одлука је битан преседан како за право Европске уније, тако и за енглеско право, које је лишено битног и дистинктивног института. Ипак, далеко од тога да су њоме решена сва спорна питања. Поред оних на која је суд одбио да одговори, ни питање *forum non conveniens*-а није решено беспрекорно, већ оставља простор за дилеме и различита тумачења. Главна грешка суда – и то не може бити ништа друго осим грешке⁵¹ – јесте мишљење да примена *forum non conveniens*-а доводи до ускраћивања правне сигурности туженом, односно да он „would not be able, in circumstances such as those of the main proceedings, reasonably to foresee before which other court he may be sued“.⁵² Али ова установа представља искључиво право туженог да захтева заустављање поступка у корист прикладнијег страног форума. Немогуће је не запитати се како је Европски суд правде успео да начини пропуст у овако базичној материји?

Бригс (*Briggs*) наводи да је суштина у томе што по енглеској доктрини тужени има право да се брани у Енглеској, којег се може одрећи ако сматра да је страни форум прикладнији.⁵³ Аутор наглашава да је проблем Европског суда што није навикао (или није био у стању) да ове процесне моменте посматра као права⁵⁴ – где енглески

⁵⁰ *Ibid.*, par. 47–52. Постоје мишљења да та питања не треба решавати аналогном применом ове одлуке, већ да на њих треба помоћу „рефлексног ефекта“ применити одговарајуће одредбе Брисел I Регулative; међутим, то није предмет овог рада. Детаљније в. С. М. V. Clarkson, J. Hill, 116–117.

⁵¹ Ипак, до исправке свакако неће доћи – то би захтевало да Европски суд правде призна грешку на нивоу елементарног непознавања једног националног права.

⁵² *Owusu v Jackson*, par. 42.

⁵³ Он такође наводи да је природа овог права комплексна, будући да је ограничена могућност одрицања – тужени га се не може одрећи ако би то повредило права тужиоца – али је свакако у питању право, јер се питање не поставља док тужени не пожели да га се одрекне захтевом за заустављање поступка, в. А. Briggs, „The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice“, *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, working paper No. 11/2006, 11–12.

⁵⁴ По Мајклсу (*Michaels*), Европљани – за разлику од Американаца, који су томе склонији – немају навiku да користе теоријски приступ када размишљају о питањима надлежности. Овај аутор, међутим, реално постојећу разлику између европског и америчког приступа надлежности чини прилично крутом, а већину

правници говоре о праву туженог да се брани пред форумом земље пребивалишта, европски причају о правилима за одређивање надлежности и могућности лица да предвиде где могу бити тужена.⁵⁵

Одлуци Европског суда се могу замерити и друге недоследности: није разматрано када се могу очувати овлашћења националних судова, питање могућности одбијања надлежности у општем режиму надлежности ЕУ је сведено на примену тог института у светлу чл. 2. Бриселске конвенције, а функционисање унутрашњег тржишта проглашено важнијим циљем од слободног признања судских одлука.⁵⁶ Ипак, сматра се да постоји грешка и на страни Апелационог суда – упућивање питања Европском суду правде баш у вези са овим случајем. Наиме, упркос чињеници да се питање *forum non conveniens* а у највећем броју случајева поставља у односима између компанија, Апелациони суд је, вероватно сматрајући да је дошло време да се оно реши у светлу регулативе ЕУ, упутио Европском суду правде баш случај где се радило о односима појединаца и где је лични елемент (па тако и присуство обзира хуманости) био далеко више изражен. У оваквим случајевима судови ређе примењују *forum non conveniens*, јер је вероватноћа да ће тиме тужиоцу бити учињена неправда далеко већа. У *Owusu v Jackson*, тужилац је претрпео повреду и квадриплегију 1997. године. Да је Европски суд оценио да је могуће применити овај институт, расправа пред Апелационим судом би поново оживела средином 2005. године – осам и по година касније. Јасно је да би такав третман за тужиоца био сматран неприхватљивим, и да је чињенично стање свакако могло, а вероватно и јесте утицало на одлуку Европског суда правде.⁵⁷

4. ЗАКЉУЧАК: БУДУЋНОСТ УСТАНОВЕ

Енглески *forum non conveniens* је одлуком Европског суда правде осуђен на смрт у оквирима међународне надлежности. С обзиром на готово непостојећу шансу да Европски суд призна сопствену грешку и још мању могућност да право Европске уније у ближој бу-

мишљења о европском праву поткрепљује, ако се изузме право ЕУ, примерима из немачког права. Детаљније в. R. Michaels, „Two Paradgims of Jurisdiction“, *Michigan Journal of International Law* 27/2006, 1039–1048.

⁵⁵ А. Briggs, 12. Бригс даље наводи да се ту већ поставља питање разликовања моралног и аморалног права; међутим, расправа о томе да ли Европски суд греша што не прави довољну дистинкцију између јавног и приватног права, или енглески судови греше при разматрању правила о надлежности кроз визуру исправног и погрешног би нас удаљила од теме овог рада.

⁵⁶ Детаљније о овим примедбама в. R. Fentiman, 714–717.

⁵⁷ А. Briggs, 12–13.

дућности одступи од досадашњег курса и да већу слободу националним правним системима, можемо претпоставити да ће *forum non conveniens* опстати у употреби искључиво на унутрашњем плану – између Енглеске и осталих британских држава.⁵⁸

Што се тиче других земаља које га примењују – САД, Канаде, бивших британских колонија, чланица Комонвелта – њима је у овом раду било посвећено далеко мање пажње, претежно зато што овај институт у њима не пролази кроз овако проблематичан период као у Енглеској. Тако се у Канади и на Новом Зеланду примењује по британском методу прихваћеном у случају *Spiliada*, док га Аустралија усваја са модификацијама и далеко рестриктивније.⁵⁹ У САД он још од краја XX века доживљава експанзију која у последње време кулминира и неким не баш конвенционалним решењима, као што је одлука Врховног суда у случају *Sinochem*, донета 2007. године, где је суд потврдио првостепену одлуку којом је поступак заустављен у корист Кине без претходног утврђивања надлежности америчког суда. Штавише, Врховни суд наводи да се ради о „књишком примеру“ примене *forum non conveniens*-а, као и да је поступљено у интересу процесне економије, будући да суд има право да бира између основа због којих неће водити поступак.⁶⁰

Ипак, и у тим земљама ова установа има своје противнике. Приговара јој се да пречесто служи за заштиту домаћих (обично америчких)⁶¹ мултинационалних компанија путем одбијања надлежности, најчешће у корист суда који је недовољно компетентан за решавање тог случаја и права по којем ће бити досуђена далеко мања накнада. Најпознатији случај оваквог понашања јесте одлука *In Re Union*

⁵⁸ Они његови аспекти које ми сматрамо одвојеним институцијама (на пример, заустављање поступка због пророгационог споразума или међународне литиспенденције) ће управо тако и опстати – одвојено, а аналогно правилима која Брисел I Регулатива предвиђа за њих у односима између држава чланица.

⁵⁹ По аустралијском систему, тужени је тај који мора да докаже да би вођење поступка у Аустралији било неправично према њему, односно да је домаћи форум очигледно неприкладан; такође се не разматрају јавни интерес, административни рокови и трајање судског поступка. Делимично, разлог за ово је да би се избегла ситуација која постоји у САД (о чему ће бити речи) и омогућило да аустралијске компаније буду тужене у месту седишта за накнаду штете коју причине у иностранству, B. Sahni, 135–136.

⁶⁰ U.S. Supreme Court Decides *Sinochem*: A „Textbook“ Forum Non Conveniens Dismissal May Be Ordered Without First Determining Jurisdiction, <http://www.conflict-laws.net>, 14. децембар 2007.

⁶¹ Пошто амерички процесни систем фаворизује тужиоца, а материјално право познаје установу *punitive damages*, то свакако даје повод за *forum shopping* у „корист“ САД. Како је објаснио Лорд Денинг (*Denning*), „[a]s a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States“, цит. према F. K. Juenger, „What’s Wrong With Forum Shopping?“, *Sydney Law Review* 16, 5/1994, 9.

Carbide Corporation gas plant disaster, где је амерички суд, одлучујући о 145 консолидованих тужбених захтева, применио *forum non conveniens* и зауставио поступак у корист Индије, као погоднијег форума (на чијој територији се догодила индустријска несрећа са око 4.000 мртвих и око 200.000 оболелих лица), упркос чињеници да индијски судови нису били опремљени и обучени за вођење поступака са толиким бројем тужилаца и сведока. С обзиром на износ накнаде, далеко мањи од онога што би жртве добиле у САД, *Union Carbide* је спасен од банкротства.⁶² Оваквих одлука има много – толико да неки аутори тврде да је *forum non conveniens* у САД прихваћен и развијен ради спречавања *forum shopping*-а у случајевима када су тужене америчке мултинационалне компаније. Али далеко од тога да то значи да ће *forum non conveniens* бити санкционисан или укинут. Неки аутори чак сматрају да он служи да би штитио мултинационалне компаније од неоснованог *forum shopping*-а тужилаца који се надају великим зарадама по основу накнаде штете, као и да би судови требало што више да га користе у том правцу!⁶³

Да закључимо, тенденција је следећа: *forum non conveniens* ће у енглеском праву све више губити значај, док ће у америчком наставити да се развија, и то брже и детаљније него у осталим земљама које га примењују. Досадашњи институт који је био специфичност англосаксонског права у целини ће у будућности постати карактеристика права САД.

Nina Kršljanin

University of Belgrade Faculty of Law
fourth year student

FORUM NON CONVENIENS

Summary

Elective international jurisdiction leads to forum shopping – an opportunistic choice between national courts. Common law counters it with forum non conveniens – a court's power to decline jurisdiction if an alternate foreign forum is more appropriate. Since the late XIX century

⁶² Детаљније в. Т. Варади *et al.*, 509–510.

⁶³ За више информација о овом схватању види D. J. Dorward, „The *Forum Non Conveniens* Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs“, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 19, 1/1998.

Scotland, to the modern England and USA, it gains distinctive features, while obtaining its' modern face in England in 1987, in the Spiliada case, which sets two conditions for its' use – the existence of another available forum which is clearly more appropriate and the absence of circumstances by reason of which justice demands that the trial should be held in England. However, its' use has been disabled by the EU Brussels I Regulation, which has been confirmed in the case Owusu v Jackson. Today it is frequently used in the USA, but the remarks that it serves the protection of multinational corporations grow in number.

Key words: *Forum non conveniens. – Declining jurisdiction. – Forum shopping. – Jurisdiction according to the Brussels I Regulation.*