

Др Пејтар Бундић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

УЧЕШЋЕ ЛИЦА КОЈА НИСУ СТРАНКЕ У АРБИТРАЖНОМ ПОСТУПКУ И ЗАШТИТА ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА ПРЕД АРБИТРАЖНИМ СУДОМ ИКСИД¹

Сажетак: Рад говори о потреби да се заштити легитимитет одлучивања у инвестиционој арбитражи кроз учешће јавности у процесу. За разлику од провинске, инвестициона арбитража подразумева одлучивање о одговорности државе за предузимање мера усмерених ка заштити јавног интереса у областима као што су заштитна животињска средина, животиња и здравља становништва или људских права. Присуство јавног интереса у овим споровима доводи под удар критике традиционалну карактеристику арбитраже – њену заповореност за јавност. Проблем демократској дефицијенти одлучивања може се решити, између осталог, иако што ће се лицима која нису странке а која сматрају да ће њихов интерес бити постојећи арбитражном одлуком дозволити да учествују у процесу. Арбитражна правила Међународног центра за решавање инвестиционих спорова од 2006. године предвиђају право трећих заинтересованих лица да у писаном облику доставе арбитражном суду коментаре о чињеничним и правним питањима везаним за предмет одлучивања. Међутим, без овлашћења ових субјеката да присуствују усменим расправама и нарочито без права да остваре увид у релевантна документа поднета у процесу, то ни близу није довољно да оствари припадност суда обезбеди смислену и значајну улогу.

Кључне речи: инвестициони спор, арбитража, јавни интерес, странствареност, ИКСИД.

¹ Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

І Увод

У априлу 2011. године, *ad hoc* арбитражни суд који је поступао по Арбитражним правилима Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) од 1976. године у предмету Шеврон против Еквадора (*Chevron v. Ecuador*), одбио је захтев Међународног института за одрживи развој (*International Institute for Sustainable Development*) и Фондације Пачамама (*Fundacion Pachamama*) да им се у поменутом поступку одобри да заједнички доставе поднесак о питањима надлежности арбитражног суда у конкретном случају, да им се омогући иступање или присуство на усменој расправи, као и приступ најважнијим документима које су поднеле странке.² Ове невладине организације су захтевале да изнесу своје виђење спора који је настао између америчког тужиоца и Еквадора, на основу америчко-еквадорског Споразума о заштити и подстицању улагања, како би арбитражном суду скренуле пажњу на потребу да његова одлука уважи аспекте људских права у спору који обухвата оптужбе о загађењу животне средине и проузроковању штете појединим лицима у еквадорском делу Амазона.³

Поменута одлука је поново актуелизовала један од најзначајнијих проблема модерног арбитражног механизма решавања инвестиционих спорова. Реч је о томе да се у арбитражним поступцима поводом наводне повреде права инвеститора одлучује о питањима која у значајној мери дотичу јавни интерес, без могућности за оне који су одлукама погођени да дођу до релевантних информација или да изнесу своје виђење спорног питања.⁴ Чињеница да се у овим споровима преиспитује и оспорава законодавно деловање државе домаћина улагања у областима као што су заштита животне средине, заштите здравља становништва или људских права од стране арбитра који нису прошли ригорозну процедуру избора намењену судијама највиших националних судова, доводи у сумњу њихову независност и непристрасност и нарушава легитимитет поступка у очима јавности. Ако се томе дода и елемент тајности који уобичајено карактерише арбитражни поступак, не чуди то што се у доктрини све чешће изражава скептицизам у погледу могућности да се инвестициона арбитража помири са начелом демократског одлучивања.⁵

² Види *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador (UNCITRAL)*, Letter to Amici from Permanent Court of Arbitration, April 26, 2011. Све одлуке цитиране у овом раду, осим уколико није другачије наведено, доступне су на: www.italaw.com.

³ Види информацију објављену на: http://www.iisd.org/investment/dispute/chevron_vs_ecuador_2011.aspx.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Види, на пример, В. Choudhury, *Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41/2008, стр. 782.

Циљ овог рада је да прикаже актуелни развој правних правила и арбитражне праксе који се тичу учешћа у арбитражном поступку лица који не представљају стране у спору, већ им је превасходна намера да у том поступку обезбеде заштиту одређених интереса који се најчешће могу подвести под широку категорију јавног интереса. У појединим арбитражним правилима и међународним уговорима ови субјекти се називају лицима која нису странке (енг. *non-disputing party*)⁶, а у правној доктрини и у арбитражним одлукама се за њих користи назив „пријатељ суда” (лат. *amicus curiae*). У наставку рада ћемо за њихово означавање алтернативно користити наведена два термина. Анализа превасходно обухвата систем успостављен Вашингтонском конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава од 1965. године, којом је основан Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енг. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: ИКСИД или Центар).⁷ Разматрања присутна у наставку рада се могу грубо поделити на три дела. У првом делу ће бити речи о специфичностима инвестиционе у односу на трговинску арбитражу, те о оправданости захтева да се обезбеди механизам за учешће јавности у инвестиционој арбитражи. Други део је посвећен нормативним променама у Арбитражним правилима ИКСИД и одлукама арбитражних судова које су уследиле као одговор на поменуте захтеве. У трећем делу се говори и о ефектима које је еволуција система произвела када је реч о заштити јавног интереса у поступку пред арбитражним судом ИКСИД.

II Разлике између трговинске и инвестиционе арбитраже: потреба да се заштити легитимитет инвестиционе арбитраже кроз учешће јавности у поступку

Констатација да је инвестициона арбитража обликована према моделу трговинске арбитраже представља опште место у литератури.⁸ Спорови поводом страних улагања између улагача и државе домаћина често се решавају на основу арбитражних правила која су настала за потребе решавања уговорних спорова између приватноправних субјеката.⁹ Једна од предности која се традиционално везује за арбитражно решавање спорова у односу на по-

⁶ Види, на пример, ст. 2. чл. 37. Арбитражних правила ИКСИД од 2006. године.

⁷ Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 2/2006.

⁸ Види, на пример, N. Blackaby, C. Richard, *Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration*, у књизи: M. Waibel et al. (ed.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2010, стр. 253; B. Choudhury, *op. cit.*, стр. 786.

⁹ Види E. Levine, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase of Third-Party Participation*, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, бр. 1/2011, стр. 204.

ступак пред државним судовима јесте поверљивост поступка.¹⁰ Разлог за привлачност арбитраже када су странке у питању је чињеница да оно што се дешава за време арбитраже остаје потпуно међу странакама и познато је само њима.¹¹ Поверљивост и тајност су наглашени елементи трговинске арбитраже у којој се, имајући у виду да је она окренута првенствено комерцијалним потребама странака и заштити њихових интереса, не гледа благонаклоно на јавност и демократско учешће у доношењу одлука.¹²

Иако је утемељена на идентичним основним постулатима, инвестициона арбитража се значајно разликује од трговинске. Основна разлика се тиче овлашћења која имају арбитражи поводом страног улагања а која су условљена природом спора. Док трговинска арбитража служи решавању уговорних спорова између странака, инвестициона подразумева преиспитивање аката државе на наднационалном нивоу.¹³ Таква могућност резултат је процеса глобализације у којем државе све чешће пристају на то да ограниче свој суверенитет у области заштите јавних интереса и да међународним уговорима пренесу овлашћење за одлучивање са националних на међународна тела.¹⁴ Међународни уговори о заштити и подстицању улагања представљају пример за споразуме којима државе саме себи ограничавају простор за деловање у заштити јавног интереса. Тим споразумима се улагачима друге државе уговорнице даје право да непосредно покрену међународну арбитражу против државе домаћина улагања уколико сматрају да је она својим деловањем повредила неку од материјалноправних гаранција датих улагачу, као што су забрана експропријације улагања, стандард поштеност и правичног третмана, стандард националног третмана итд. У савременим условима се релативно често дешава да се оптужба да је држава повредила материјалноправну одредбу споразума о заштити улагања односи на њено деловање у доношењу или примени прописа који се тичу заштите животне средине, здравља становништва, социјално угрожених категорија грађана, доступности пијаће воде или експлоатације природних богатстава. Због тога се с правом каже да „државе уговорнице споразума о заштити улагања не могу више да доносе прописе у јавном интересу по својој вољи, без забринутости да ће арбитражно веће наћи да ти прописи

¹⁰ Види К. F. Gomez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw Line Favorably for the Public Interest*, *Fordham International Law Journal*, vol. 35/2011-2012, стр. 526. Такође, А. К. Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, *Penn State Law Review*, vol. 114/2008-2009, стр. 1287.

¹¹ E. Lavine, *op. cit.*, стр. 204.

¹² B. Choudhury, *op. cit.*, стр. 786.

¹³ N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 254.

¹⁴ B. Choudhury, *op. cit.*, стр. 777.

представљају ометање улагања.”¹⁵ Додатно оптерећење за ове државе представља и чињеница да су арбитрари који критички анализирају законодавну активност државе и имају фактичку могућност да је због те активности казне, по правилу, страни држављани.

Поред тога што арбитрари у инвестиционим споровима решавају о питањима доношења и примене прописа државе домаћина у областима у којима је јавни интерес доминантан, њихове одлуке могу имати и изузетно значајне последице по државни буџет. У том смислу је у овој врсти поступка такође заступљено одлучивање о јавном интересу. Арбитражним одлукама се држава домаћин често обавезује да плати улагачу на име накнаде за повреду његових права износ од неколико стотина милиона долара. Примера ради, у предмету ЦМЕ против Чешке Републике (СМЕ v. The Czech Republic), арбитражно веће је холандском инвеститору досудило накнаду у износу од готово 270 милиона америчких долара,¹⁶ Укупан износ који је тужена држава на крају била приморана да плати (353 милиона долара), био је готово једнак читавом буџету здравствене заштите Чешке Републике.¹⁷ Овакви случајеви нису усамљени у пракси арбитражних судова који решавају инвестиционе спорове.¹⁸ Подразумева се да остваривање јавног интереса може бити доведено у питање уколико арбитражна одлука остави кориснике државних средстава у једној земљи без значајног дела годишњег буџета.

Имајући у виду све наведене специфичности инвестиционе арбитраже, може се констатовати да она, за разлику од обичне трговинске арбитраже, „укључује странке које су суверене, контроверзне акте државних власти, одговорност коју утврђују арбитражни судови састављени од страних држављана применом ненационалног права и материјалне последице по државну касу.”¹⁹

Поред чињенице да су у инвестиционој арбитражи ангажовани шири, јавни интереси, доступност јавности информација о току и садржини по-

¹⁵ Ibidem, стр. 778.

¹⁶ СМЕ Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. The Czech Republic (UNCITRAL), Final Award, March 14, 2003, пасус бр. 650.

¹⁷ Види G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006, стр. 7.

¹⁸ Види, на пример, Siemens A. G. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02-/8), Award, February 6, 2007, пасус бр. 403 – досуђен износ од преко 215 милиона долара. Драстичан пример представља одлука арбитражног суда у предмету *Occidental Petroleum - Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (- ICSID Case No. ARB/06/11), Award, October 5, 2012, у којој досуђена накнада износи више од милијарду и седамсто милиона америчких долара.

¹⁹ J. J. Coe, Jr., *Transparency in the Resolution of Investor State Disputes – Adoption, Adaptation and NAFTA Leadership*, University of Kansas Law Review, vol. 54/2005-2006, стр. 1343.

ступка још увек превасходно зависи од воље страна у спору.²⁰ Управо је овај вео тајности један од разлога, иако не и једини,²¹ за исказано неповерење јавности према овом начину решавања спорова о страним улагањима и за кризу легитимитета читавог система. Најбоља илустрација става који шири јавност заузима према инвестиционој арбитражи је новински чланак објављен у Њујорк Тајмсу 2001. године који говори о арбитражним судовима формираним на основу Северноамеричког споразума о слободној трговини (North American Free Trade Agreement, у даљем тексту: НАФТА):

„Њихови састанци су тајни. Њихови чланови су генерално непознати. Одлуке које они доносе не морају бити у потпуности објављене. Ипак, начин на који мала група међународних судова решава спорове између улагача и страних влада доводи до тога да се национални закони укидају, да се правосудни системи доводе у питање и да се прописи о заштити животне средине оспоравају.“²²

У правној доктрини која се бави наведеним питањем, говори се о „демократском дефициту“ поступка решавања спорова.²³ Проблем демократског дефицита арбитражног поступка се посматра као дводимензионалан и обухвата, са једне стране, недостатак транспарентности система одлучивања, и недостатак независности арбитра и механизма њихове одговорности за одлуке које доносе, са друге.²⁴

Проблем нетранспарентности арбитражног поступка се може решавати интензивнијим укључивањем јавности. То се чини, на пример, објављивањем информација о томе да је арбитражни спор у току и публиковањем донетих одлука. Поред тога, потребно је лицима која нису странке у поступку, а која исказују интересовање у погледу предмета и исхода спора, омогућити да се активније укључе у поступак тако што ће им арбитражни суд дозволити да писмено поднесу своја запажања о питањима која су спорна, тако што ће им бити допуштено присуство усменим расправама, па и приступ појединим документима које су поднеле странке. У арбитра-

²⁰ Види N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 254.

²¹ Британски аутор Ван Хартен (Van Harten) говори о неповерењу држава у односу на инвестициону арбитражу које је узроковано „једностраношћу“ система, тј. чињеницом да се у улози тужиоца у оваквим споровима јављају искључиво улагачи и да будуће ангажовање арбитра зависи од тога колико је инвестициона арбитража привлачна за ове субјекте. Види G. Van Harten, *op. cit.*, стр. 172, 173.

²² A. DePalma, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say*, *New York Times*, March 11 2001, стр. 1. Цитирано према: N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 254.

²³ Види B. Choudhury, *op. cit.*, стр. 775-832.

²⁴ *Ibidem*, стр. 808-821. Аутор указује и на потребу да се промене одлуке које арбитражни судови доносе у садржинском смислу, како би се решио проблем демократског дефицита. Види на стр. 821. и даље.

жним поступцима под окриљем Центра, потреба за учешћем јавности остваривала се тако што је овим лицима додељиван статус пријатеља суда, са правима и обавезама које су дефинисане у сваком конкретном случају. Појава установе *amicus curiae* се везује још за антички Рим, али њен развој у модерном облику започиње у пракси енглеских и америчких судова, при чему се улога пријатеља суда схвата различито у овим националним системима.²⁵ У енглеској судској пракси, *amicus curiae* има улогу сличну експерту именованом од стране суда - да му помогне у разматрању правног питања у погледу којег је суду потребно разјашњење, а не заузима се за позицију нити једне од страна у спору.²⁶ Са друге стране, у америчкој пракси се овај израз користи за субјекте који, иако нису странке у спору, траже од суда да им дозволи да изнесу информације које су релевантне са спор. Премда не иступају директно као заступници странака, веома често поступак задире у њихове интересе.²⁷ Ти интереси се, по правилу, разликују од интереса странака.²⁸ Положај ових субјеката у инвестиционој арбитражи под окриљем ИКСИД је врло сличан систему који се јавља у САД.

У наставку рада ће бити речи о досадашњој пракси арбитражних судова ИКСИД и решењима из Арбитражних правила ове институције и њиховом утицају на право лица која нису странке на учешће у поступку.

III Учешће лица која нису странке у поступцима пред арбитражним судовима ИКСИД: арбитражна пракса и нормативна решења

Први случај пред арбитражним судом ИКСИД у којем је разматран захтев лица која нису странке да им се омогући учешће у поступку појавио се релативно касно у поређењу са другим међународним механизмима за решавање спорова, као што је онај установљен споразумом НАФТА,²⁹ односно механизам заснован на правилима Светске трговинске организације (енг. World Trade Organization).³⁰ У питању је предмет *Агвас дел Тунари против Боливије (Aguas del Tunari v. Bolivia)*.³¹ Спор је настао због раскида концесије којом је америчком инвеститору (који је контролни пакет акција друштва *Агвас дел Тунари* држао преко власништва у холандском привредном друштву) поверено снабдевање водом и одржавање водоводне и

²⁵ N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 256, 257.

²⁶ *Ibidem*, стр. 257.

²⁷ K. F. Gomez, *op. cit.*, стр. 517.

²⁸ Види N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 257.

²⁹ Види J. J. Coe, Jr., *op. cit.*, стр. 1364. и даље.

³⁰ Види N. Blackaby, C. Richard, *op. cit.*, стр. 258.

³¹ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3)*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, October 21, 2005.

канализационе мреже Кочабамбе (Cochabamba) трећег по величини града у Боливији. Улагач је преузео управљање водоводном и канализационом мрежом у новембру 1999. године, а до повећања цена његових услуга дошло је већ у децембру исте године,³² што је довело до грађанских немира у којима је повређено преко стотину људи а седамнаестогодишњи дечак је погинуо. У априлу 2000. године, инвеститор је био принуђен да одустане од концесије, али је у новембру 2001. године поднео захтев за покретање арбитражног поступка пред ИКСИД.³³

Неколико невладиних организација и појединаца чији је циљ био заштита и обезбеђивање права становништва на приступ води у погођеној регији упутило је заједнички захтев арбитражном суду да им дозволи учешће у поступку.³⁴ Њихов захтев је подржало преко 300 појединаца из 40 земаља.³⁵ Захтев је био усмерен на то да се организацијама и појединцима допусти да иступају као странка у поступку, будући да су њихови интереси директно ангажовани у овом спору.³⁶ Алтернативно, подносиоци захтева су за себе тражили статус пријатеља суда и могућност да прилажу писмене поднеске у вези са свим питањима поступка, надлежности и меритума, да учествују на усменој расправи и имају право да на њој иступају и износе ставове, те да им се омогући приступ свим документима који су странке поднеле арбитражном суду.³⁷

Став арбитражног већа поводом овог захтева изнет је у писму које је председавајући већа упутио подносиоцима захтева.³⁸ Најзначајније у овом документу је став арбитражног суда да он на основу аката који регулишу његов рад нема овлашћење да позитивно одговори на захтев који му је упућен. Наиме, арбитар Карон (Caron) наводи да Вашингтонска конвенција и двострани споразум о заштити и унапређењу улагања између Холандије и Боливије дају странкама у спору право да одлучују о захтеву који је постављен, те да арбитражни суд не може, без претходне сагласности странака, укључити у арбитражни поступак трећег субјекта, и обезбедити му приступ усменој расправи и документима.³⁹ Уз констатацију да сагласност странака није постигнута, арбитражно веће прећутно сугерише да би до учешћа лица која нису странке у поступку, мимо воље странака, могло

³² Ibidem, пасус бр. 64.

³³ Ibidem, пасус бр. 8.

³⁴ Види писмо од 29. августа 2002. године. Текст доступан на www.italaw.com под насловом: *Petition by NGOs and people to participate as an intervening party or amici curiae.*

³⁵ Ibidem, пасус бр. 4.

³⁶ Ibidem, пасус бр. 3.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Види писмо од 29. јануара 2003. године. Текст доступан на www.italaw.com под насловом: *Letter by NGO to Petition to Participate as amici curiae.*

³⁹ Ibidem.

да дође тако што би арбитражни суд користио своја овлашћења у извођењу доказа – „[...] арбитражни суд је гледишта да у овом тренутку не постоји потреба за позивањем сведока нити за додатним поднесцима лица који нису странке у јурисдикционој фази његовог рада. Заузимамо овај став без било какве резерве у односу на питање овлашћења арбитражног суда да на сопствену иницијативу позива сведоке или прима информације од лица који нису странке.“⁴⁰

Према томе, иако је напоменуто да не може да дозволи учешће лица која нису странке у арбитражном поступку противно вољи странака јер за то нема нормативну основу, арбитражни суд је нагласио да га то не спречава да прибави исказе ових субјеката по сопственом нахођењу, када то сматра релевантним за утврђивање чињеница. Ипак, он није имао могућност да користи ово овлашћење у мериторној фази поступка, будући да је америчко друштво Бехтел (Bechtel), под чијом власничком контролом је био тужилац у овом спору, одустало од тужбе и закључило поравнање са боливијским властима.

Следећа два спора пред арбитражним судовима ИКСИД која се баве наведеним питањем јављају се такође због проблема у реализацији концесије у области водоснабдевања. Оба спора је решавало исто арбитражно веће и у оба се као тужена држава јавила Аргентина. Посебно су значајни ставови арбитражног суда заузети у предмету Суец/Вивенди против Аргентине (*Suez/Vivendi v. Argentina*).⁴¹ У овом предмету је арбитражни суд био суочен са заједничким захтевом пет невладиних организација да им се одобри статус пријатеља суда у поступку, тј. да им се дозволи да арбитражном суду доставе поднеске, да учествују на усменој расправи и да им се обезбеди приступ свим документима случаја.⁴²

Значајан аспект одлуке арбитражног већа у овом случају тиче се начелног овлашћења арбитражног суда ИКСИД да одлучи о захтеву лица које није странка у поступку да достави суду поднесак о питањима о којима се решава у арбитражи. За разлику од арбитражног суда у предмету Агвас дел Тунари против Боливије, арбитражни суд је у овом случају нашао да му Арбитражна правила ИКСИД дају овлашћење да тим лицима дозволи учешће у поступку на овај начин.⁴³ Основ за ову тврдњу арбитражни суд је

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Vivendi Universal, S. A. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19)*.

⁴² *Ibidem*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, May 19, 2005, пасус бр. 1.

⁴³ *Ibidem*, пасус бр. 16. Постојање овог овлашћења је арбитражно веће у истом саставу потврдило у предмету *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S. A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17)*.

пронашао у чл. 44. Арбитражних правила који говори о општем овлашћењу суда да одлучује о питањима поступка која нису решена самим правилима или споразумом странака.⁴⁴ Инспирацију за овакво тумачење одредбе која говори о уређењу „питања поступка“ арбитражни суд је несумњиво пронашао у одлуци арбитражног суда који је поступао на основу НАФТА у предмету *Метанекс против САД* и у његовој интерпретацији врло сличне одредбе чл. 15. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (1976).⁴⁵ Арбитражно веће је покушало и да дефинише улогу пријатеља суда у арбитражном поступку под окриљем Центра. Веће наводи да је задатак ових субјеката да пружи арбитражном суду помоћ и „посебну перспективу, аргументе или знање у вези са спором.“⁴⁶

Арбитражно веће је у овом спору, први пут у пракси арбитражних судова ИКСИД, покушало да утврди услове који морају бити испуњени да би се лицима која нису странке омогућило обраћање арбитражном суду.⁴⁷ Критеријуми које је установио односе се на: (а) подобност предмета поступка, (б) подобност конкретног лица да иступа као *amicus curiae* у датој ствари и (в) успостављање процедуре за подношење и разматрање исказа ових лица.

Арбитражни суд је посебно детаљно разматрао први услов, односно питање да ли се у поступку решава о ствари која је подобна за то да се о њој изјасни лице које није странка у поступку. Према гледишту већа, одговор на то питање зависи од тога да ли се у поступку решава о ствари која представља јавни интерес.⁴⁸ У својој анализи, арбитражно веће истиче да је јавни интерес присутан у дословно свакој арбитражи која се одвија под окриљем ИКСИД на основу споразума о заштити улагања, будући да се у њима одлучује о законитости државних мере према мерилима међународног права и о међународноправној одговорности државе.⁴⁹ Након тога, у образложењу одлуке се наводи:

„Фактор који овом случају даје посебан јавни интерес је то што се инвестициони спор концентрише на дистрибуцију воде и водоводни систем велике насељене области, града Буенос Ајреса и околних општина.“⁵⁰

Из анализе арбитражног суда није, међутим, јасно да ли он сматра да је услов за учешће лица које није странка у поступку који се тиче прису-

⁴⁴ *Ibidem*, пасус бр. 10.

⁴⁵ Види *Metanex Corporation v. United States of America (UNCITRAL)*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*Amici Curiae*”, January 15, 2001. Текст доступан на: www.naftaclaims.com.

⁴⁶ *Ibidem*, пасус бр. 8. Види, такође, пасус бр. 13.

⁴⁷ *Ibidem*, пасуси бр. 17-29.

⁴⁸ *Ibidem*, пасуси бр. 18. и 19.

⁴⁹ *Ibidem*, пасус бр. 19.

⁵⁰ *Ibidem*.

ства јавног интереса испуњен у сваком спору под окриљем ИКСИД, због тога што се у том поступку решава о међународноправној одговорности државе, или је неопходно још и присуство додатних фактора који ће указивати на ангажованост јавног интереса у конкретној ствари. Потребно је ипак указати на чињеницу да би услов о којем говори арбитражни суд био сувишан, ако би се прихватило становиште да је јавни интерес који латентно постоји у свакој инвестиционој арбитражи довољан за одлуку да се лицу које није странка дозволи да изнесе своје ставове о предмету спора. Друго је питање на основу којих критеријума је могуће утврдити присуство „посебног јавног интереса“ у арбитражи. На њега се арбитражно веће није осврнуло.

Разматрајући услов подобности одређеног лица да се јави као *amicus curiae* у арбитражи, Веће је истакло да је овај субјекат у ту сврху дужан да поднесе захтев у којем ће истаћи одређене информације које су битне за одлуку о томе да ли ће му бити допуштено да се обрати арбитражном суду.⁵¹ Релевантне информације се тичу идентитета подносиоца захтева, његовог односа са странкама, природе његовог интересовања за предмет поступка и евентуалних финансијских веза са странкама.⁵²

Арбитражни суд је закључио да су странке „потпуно и свеобухватно“ расправиле питања у вези са његовом надлежношћу, те да у том тренутку није потребно да прихвати поднеске лица која нису странке у вези са јурисдикционим питањима.⁵³ Због тога је сматрао да није неопходно да се бави трећим условом, тј. да утврди правила поступка за подношење поднесака.

Након што је поступак прешао у фазу мериторног одлучивања, арбитражни суд је поново размотрио захтев пет невладиних организација и одлучио да прихвати њихов заједнички поднесак у овом спору, уз услов да ови субјекти поштују наметнута ограничења у погледу форме и обима поднеска.⁵⁴

Захтев невладиних организација да им се дозволи учешће и иступање на усменој расправи, арбитражно веће је одбило позивом на одредбу ст. 2. чл. 32. Арбитражних правила ИКСИД која предвиђа да је присуство трећих субјеката усменој расправи могуће само уз сагласност странака. Како је тужилац у овој ствари био против поменутог захтева, арбитражни суд

⁵¹ Ibidem, пасус бр. 26.

⁵² Ibidem, пасус бр. 27.

⁵³ Ibidem, пасус бр. 28.

⁵⁴ Види *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an *Amicus Curiae* Submission, пасуси бр. 12-27.

није имао другу могућност него да захтев одбије.⁵⁵ Што се тиче захтева за приступ документацији, арбитражни суд је у одлуци из 2005. године навео да неће одлучити о овом захтеву, будући да је претходно закључио да не-владине организације морају да поднесу посебан захтев да им се одобри обраћање Суду поднеском.⁵⁶ У одлуци коју је донело у мериторној фази поступка, арбитражно веће је прво констатовало да постоји противљење тужиоца томе да се документација достави подносиоцима захтева уз тврдњу да су ови документи поверљивог карактера.⁵⁷ Иако је закључило да пријатељи суда морају имати приступ потребним документима да би њихово обраћање арбитражном суду уопште имало смисла, Веће је избегло да се изјасни о тврдњи тужиоца да су документи поднети у арбитражном поступку поверљиви јер је закључило да подносиоци захтева имају све неопходне информације за израду поднеска, те да није потребно да им се одобри приступ документацији.⁵⁸

Административни савет ИКСИД је 2006. године изменио Арбитражна правила ове организације. Између осталог, измене су биле усмерене и на повећање транспарентности арбитражног поступка. Иако се домашј тих измена може оценити као скроман (на пример, одредба чл. 32. још увек захтева одсуство противљења странака да би трећа лица могла присуствовати усменој расправи),⁵⁹ њихов значај је пре свега у томе што оне кодификују правила у вези са поднесцима *amicus curiae* установљена од стране арбитражног суда у предмету *Суец/Вивенди против Аргентине*. Члану 37. Арбитражних правила додат је један став којим је установљено право арбитражног суда да, након што о томе консултује странке, одлучи да ли ће физичком лицу или организацији дозволити да достави поднесак који се тиче ствари у оквиру предмета спора. Одредба обавезује арбитражни суд да приликом одлучивања о томе да ли ће дозволити овакво обраћање узме у обзир: (а) меру у којој би поднесак овог лица помогао арбитражном суду у решавању чињеничних или правних питања кроз увођење перспективе, посебног знања или увида којим странке у спору не располажу; (б) меру у којој би се поднесак односио на ствар која се тиче спора и (в) постојање

⁵⁵ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, пасуси бр. 6. и 7.

⁵⁶ *Ibidem*, пасус бр. 31.

⁵⁷ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, пасус бр. 23.

⁵⁸ *Ibidem*, пасус бр. 24.

⁵⁹ Види J. Wong, J. Yackee, *The 2006 Procedural and Transparency – Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules (Model Intentions, Moderate Proposals and Modest Returns)*, у књизи: K. Sauvart (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford, 2010, стр. 234.

значајног интереса овог лица у поступку. Такође, арбитражни суд је дужан да се постара да писани исказ лица које није странка не ремети поступак и не намеће несразмеран терет једној од странака у спору, те да обе странке имају могућност да се изјасне о овом поднеску.

У позицију да примени новоустановљено правило ис ст. 2. чл. 37. Арбитражних правила ИКСИД прво је дошло арбитражно веће у спору Бајвотер Гауф против Танзаније (*Biwater Gauff v. Tanzania*).⁶⁰ Спор је настао као резултат једностраног раскида уговора о концесији од стране Танзаније. Уговор је британском инвеститору било поверено старање о снабдевању водом и одржавање водоводне мреже у Дар ес Саламу, главном граду тужене државе. Арбитражни суд је разматрао захтев пет невладиних организација да им одобри приступ документацији из поступка, омогући учешће на усменој расправи и дозволи да доставе поднесак у вези са питањима на које се односио спор.

Арбитражно веће у овом спору је усвојило само захтев подносилаца који се односио на право да арбитражном суду доставе своја запажања о питањима обухваћеним спором у писаном облику, у складу са ст. 2. чл. 37. Арбитражних правила. Два су аспекта одлуке која је у овом предмету донета у вези са правом лица која нису странке да учествују у арбитражном поступку нарочито битна. Први се тиче начина на који је арбитражни суд протумачио и применио нову одредбу Арбитражних правила ИКСИД о поднесцима пријатеља суда. Други се односи на одлуку поводом захтева ових лица да им се омогући приступ документима насталим у току арбитражног поступка и питање поверљивости поступка.

Разматрајући испуњеност услова за то да подносиоцима захтева допусту обраћање, арбитражни суд се није упустио у детаљну анализу прва два услова. Арбитражно веће је једноставно констатовало да се на основу података које су изнели подносиоци захтева може закључити да би њихов поднесак помогао Већу у решавању спора и изјавило да прихвата тврдњу подносилаца захтева да ће се њихов поднесак односити на предмет спора.⁶¹ У погледу трећег услова – потребе да су значајни интереси лица које није странка ангажовани у поступку, одлука садржи детаљније образложење. Полазна тачка анализе била је чињеница да се дати спор тиче јавног интереса, а овај се закључак ослања у великој мери на одлуке арбитражних судова у предметима *Метанекс против САД* и *Суец/Вивенди против Аргентине*.⁶² Арбитражни суд при томе прећутно изједначава интерес лица

⁶⁰ *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22).

⁶¹ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural order No. 5, February 2, 2007, пасус бр. 50.

⁶² *Ibidem*, пасуси бр. 51-53.

које није странка са јавним интересом, тј. полази од претпоставке да су организације које су поднеле захтев заштитнице јавног интереса. Одлука се заснива на тези арбитражног суда у Суец/Вивенди против Аргентине да је јавни интерес присутан у свакој арбитражи под окриљем ИКСИД, а посебно у ситуацији када одлука у спору може утицати на снабдевање водом милиона људи. Међутим, арбитражни суд овом закључку додаје став да чак и ако спор у конкретном случају не дира у „шире интересе“, усвајање захтева лица која нису странке је ипак оправдано јер води повећању транспарентности арбитраже између државе и инвеститора.⁶³

Из образложења одлуке у предмету Бајвотер Гауф против Танзаније није до краја јасно да ли је интерес повећања транспарентности као разлог за усвајање захтева невладиних организација арбитражно веће користило као део анализе испуњености трећег услова из ст. 2. чл. 37. тачка ц) Арбитражних правила ИКСИД или као допунски критеријум одлучивања. У сваком случају, из његове анализе следи да, под условом да се тренд широког тумачења услова из поменуте одредбе настави, организације чији циљ је заштита јавног интереса могу очекивати да им се рутински одобравају захтеви за писмено обраћање судовима у инвестиционим арбитражама под окриљем ИКСИД.⁶⁴

Други важан моменат у процесној наредби којом је арбитражни суд одлучио о захтевима лица која нису странке тиче се права на приступ документацији из арбитражног поступка. У овом спору је арбитражно веће било приморано да се директно бави начелним питањем поверљивости арбитражног поступка у оквиру Центра. Тужилац је, наиме, протествовао због чињенице да је Танзанија без његове сагласности објавила на једној интернет страници записник са седнице арбитражног суда и једну процесну наредбу коју је тај суд донео. Због тога је Бајвотер захтевао да арбитражни суд донесе привремену меру којом ће условити објављивање докумената постизањем сагласности странака и предвидети да сам може да одлучи о објављивању, у случају да сагласност не буде постигнута.⁶⁵ Најкраће речено, арбитражни суд је закључио да правила која регулишу арбитражу под окриљем ИК-

⁶³ Ibidem, пасус бр. 54. Арбитражни суд је у том смислу цитирао одлуку *Metanex Corporation v. United States of America (UNCITRAL)*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “Amici Curiae”, пасус бр. 22.

⁶⁴ Види *J. Wong, J. Yackee, op. cit.*, стр. 266. Види, такође, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12)*, Procedural Order No. 8, March 23, 2011. Арбитражни суд није навео образложење за одлуку да подносиоцима захтева одобри да доставе поднесак у вези са питањима надлежности. Из одлуке се једино може закључити да су странке претходно консултоване у вези са захтевом.

⁶⁵ Види *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural Order No. 3, September 29, 2006, пасус бр. 12.

СИД не садрже општу обавезу странака да поштују начело поверљивости поступка и докумената који су за њега везани, али да није присутно ни начело транспарентности. Та правила садрже ограничења у вези са правом Центра да објављује извесне документе, али се она не односе на стране у спору. У одсуству споразума странака о томе да ли ће учинити доступним јавности документе из поступка док спор још увек траје, одлуку у сваком конкретном случају доноси арбитражни суд који мора водити рачуна о томе да објављивање докумената не угрози интегритет поступка или доведе до погоршања спора.⁶⁶ Након анализе која се односила на поједине категорије докумената, арбитражни суд је донео одлуку чија је суштина у томе да је странкама дозволио да се упуштају у уопштено јавно разматрање случаја, али је објављивање документа условио својом сагласношћу.⁶⁷

Одлучујући о захтеву невладиних организација да им дозволи приступ кључним документима из поступка, арбитражно веће је у случају Бајвотер Гауф против Танзаније сматрало да је везано својом претходном одлуком о ограничењима која су установљена у односу на објављивање докумената. Тачније, оно је закључило да би та одлука била обесмишљена уколико би се подносиоцима захтева у датом тренутку дозволио слободан приступ документацији.⁶⁸ Закључак у погледу овог захтева је у одређеном смислу идентичан оном из предмета Суец/Вивенди против Аргентине – и овде је арбитражни суд закључио да подносиоци захтева већ располажу информацијама које су им неопходне да би поднели мишљење о питањима за које су стручни, те да им увид у документе није потребан.⁶⁹

Значај одлуке у предмету Бајвотер Гауф против Танзаније огледа се у томе што се правило које је арбитражни суд утврдио у вези са обавезом странака да чувају поверљивост поступка аналогно може примени на захтеве лица која нису странке у поступку за приступ документима. То правило би гласило да је приступ документима могућ, уколико се странке сагласе са захтевом. У одсуству ове сагласности, одлука о томе да ли ће дозволити овим лицима да се упознају са релевантним документима налази се на арбитражном суду који приликом одлучивања мора водити рачуна о потреби да се сачува интегритет арбитражног поступка, односно да не дође до продубљивања спора.

⁶⁶ *Ibidem*, пасус бр. 114-147. За детаљну анализу одлуке Арбитражног суда у погледу односа између начела поверљивости и транспарентности поступка види С. Knahr, A. Reinisch, *Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6/2007, стр. 97-118.

⁶⁷ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural Order No. 3, пасус бр. 163.

⁶⁸ *Ibidem*, пасус бр. 66.

⁶⁹ *Ibidem*, пасус бр. 65.

Другачију одлуку у односу на претходно поменути случај је донео арбитражни суд који је поступао у предмету Пиеро Форести, Лаура де карли и други против Јужноафричке Републике (*Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa*). У овом случају су се као тужиоци јавили осам инвеститора из Италије и Луксембурга. Повод за настанак спора била је промена у прописима Јужноафричке Републике у области експлоатације руде која је по мишљењу тужилаца довела до експропријације њиховог улагања. Поступак у спору је обустављен на захтев тужилаца пре него што је ушао у фазу мериторног одлучивања,⁷⁰ али је претходно арбитражни суд одобрио групи од четири невладине организације да доставе поднесак у вези са питањима која чине предмет спора. Посебно је важно то што је арбитражно веће одлучило да странкама у спору наложи да доставе редиговане верзије докумената које подносе у арбитражном поступку, како би подносиоци захтева могли да усмере свој исказ на питања покренута у том спору и да се упознају са позицијама странака.⁷¹

Као последица чињенице да је поступак у овом спору обустављен, пријатељи суда нису имали прилику да се користе правима којима их је снабдео арбитражни суд. Важно је ипак приметити да је приступ арбитражног суда у случају Пиеро Форести када је реч о праву лица која нису странке на приступ документацији значајно мање рестриктиван у односу на позицију коју је заузело арбитражно веће у предмету Бајвотер Гауф против Танзаније. Једино ограничење које арбитражни суд поставља у својој одлуци је утврђено имплицитно – кроз исказ да учешће лица која нису странке треба да арбитражном суду пружи корисне информације, а не да створи механизам који ће тим субјектима омогућити да прибављају информације од странака.⁷²

IV Утицај учешћа лица која нису странке на проблеме недостатка јавности и легитимитета у поступку: скромни резултати и могући правци развоја

Као што се може видети, главни разлог за измене Арбитражних правила ИКСИД и за увођење могућности за то да лица која нису странке учествују у арбитражном поступку под окриљем Центра налазио се у схватању да је инвестициону арбитражу, с обзиром на специфичан предмет одлучивања, потребно у одређеној мери отворити за јавност и на тај начин делимично решити проблем недостатка легитимитета одлучивања. Основна

⁷⁰ Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa (ICSID Case No. ARB(AF)/07/01). Award, August 4, 2010.

⁷¹ Види Letter Regarding Non-Disputing Parties, October 5, 2009.

⁷² Ibidem.

идеја је да отварање поступка за јавност чини да се она упозна са функционисањем система и омогућава „јавно прихватање легитимитета међународног арбитражног поступка...“.⁷³

Питање које се основано може поставити је да ли решења из важећих Арбитражних правила ИКСИД од 2006. године и пракса арбитражних судова која је њима детерминисана постижу наведене резултате. Сматрамо да је резултат примене одредбе која омогућује лицима која нису странке да поднесу писано мишљење о предмету спора у арбитражном поступку врло скроман, када је реч о проблему нетранспарентности поступка.⁷⁴

Главни разлог за то лежи у чињеници да су овлашћења пријатеља суда ограничена на условно право да арбитражном суду доставе поднесак са мишљењем о питањима везаним за спор, без могућности да присуствују усменим расправама, да се упознају са аргументацијом страна у спору или са доказима који су у поступку изнети. Арбитражна правила ИКСИД једноставно не успостављају ова права за лица која нису странке. Због тога се њихова улога своди на подношење мишљења о питањима која нису у стању да у потпуности разумеју, а општа јавност најчешће нема сазнање о томе да су спорови у току, нити је упозната са разлозима због којих је држава у конкретном спору проглашена одговорном.⁷⁵

Ограничња у погледу приступа документима из поступка су и најважнији фактор који организације основане са циљем заштите јавног интереса спречава да адекватно испуне свој циљ у арбитражном поступку. Арбитражни судови су спремни да овим субјектима одају признање на доприносу разјашњењу одређених питања у спору,⁷⁶ али се у образложењу одлука не види да су поднета мишљења и коментари имали значајнији утицај на одлуке тих судова. Објашњење за ово се може пронаћи у улози коју овим субјектима намењују арбитражни судови. На пример, у предметима Суец/Вивенди против Аргентине и Бајвотер Гауф против Танзаније, арбитражна већа су сматрала да пријатељима суда није неопходно да се упознају са документацијом из поступка јер је њихова улога у томе да пруже мишљење о „широким политичким темама“ са којима је јавност већ упозната.⁷⁷ Наравно, без увида у релевантне документе, а нарочито без приступа поднесцима странака у спору и њиховој аргументацији сваки комен-

⁷³ *Suez/Vivendi v. The Argentine Republic, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae*, пасус бр. 22.

⁷⁴ Види *N. Blackaby, C. Richard*, op. cit., стр. 266. Такође, *J. Wong, J. Yackee*, op. cit., стр. 268, 269.

⁷⁵ *N. Blackaby, C. Richard*, op. cit., стр. 267.

⁷⁶ Види *Biwater Gauff v. Tanzania*, Award, July 24, 2008, пасус бр. 392.

⁷⁷ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Procedural order No. 5, пасус бр. 65.

тар који ово лице даје може бити само спекулативног карактера, без дубинске анализе чињеничног или правног питања.

Решење проблема може се пронаћи у либерализацији читавог система и у ширем укључивању опште јавности у поступке који се одвијају под окриљем ИКСИД. Пример за случај у којем су промене у смеру унапређења транспарентности иницирале државе уговорнице може се пронаћи у оквиру механизма НАФТА. Канада, Мексико и САД су као уговорнице НАФТА већ 2001. године прихватили тумачење према којем ништа у овом међународном уговору не обавезује стране у арбитражном спору који се води на основу поглавља XI на то да чувају поверљивост поступка, нити им забрањује да омогуће увид јавности у одговарајуће документе.⁷⁸ Као резултат тога, уговорнице су се сагласиле да, уз ограничења која се тичу пословних тајни или законске обавезе чувања тајности, учине јавности доступна сва документа која се подносе арбитражним судовима или која они издају у арбитражном поступку поводом заштите права инвеститора на основу НАФТА.⁷⁹ Ове државе су у 2004. години постигле и сагласност о томе да се усмене расправе у арбитражама по одредбама НАФТА одржавају уз присуство јавности.⁸⁰ Недостатак таквог решења је у томе што оно у случају ИКСИД захтева консензус изузетно великог броја држава које су до сада приступиле Вашингтонској конвенцији⁸¹ или барем доношење опционог протокола уз Конвенцију који би био отворен за приступање уговорницама.

Мање амбициозно решење би подразумевало измену Арбитражних правила како би се у њих укључила додатна овлашћења лица која нису странке. На тај начин би се у погледу доступности документације из арбитражног поступка пошло путем који је Административни савет ИКСИД већ следио када је изменама правила од 2006. године верификовао право арбитражних судова до дозволе овим лицима подношење писаних коментара, претходно утврђено у предмету Суец/Вивенди против Аргентине. Као основа за наведене измене могло би послужити схватање арбитражног суда из спора Пиеро Форести, Лаура де Карли и други против Јужноафричке Републике, о томе да арбитражни суд има овлашћење да странкама наложи да за потребе пријатеља суда именованих на основу ст. 2. чл. 37.

⁷⁸ Види NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001. Текст доступан на: http://naftaclaims.com/files/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Види N. Blackaby, C. Richard, op. cit., стр. 261.

⁸¹ Вашингтонска конвенција у време настанка овог рада има 158 држава потписница. Види https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home.

Арбитражних правила доставе релевантне документе, редиговане на одговарајући начин.

Конечно, проблем који проистиче из конзервативног карактера одредаба Арбитражних правила ИКСИД о учешћу јавности у поступку може се решавати кроз закључивање специјалних споразума страна у спору о питањима која се тичу јавности поступка. Реч је о томе да је у двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања могуће предвидети такве одредбе о арбитражном решавању спорова које ће инсистирати на реализацији начела транспарентности поступка. Пример за овај приступ су модели двостраних уговора које потенцијалним саговорачима нуде САД и Канада. Примера ради, Модел споразума о подстицању и заштити улагања Канаде (2004) предвиђа јавност усмених расправа у арбитражном поступку покренутом на основу Споразума,⁸² доступност јавности свих докумената које прима или издаје арбитражни суд (у одсуству сагласности странака о супротном)⁸³ и право лица које није странка да поднесе коментаре о чињеничном или правном питању у вези са случајем.⁸⁴ Одредбе које инсистирају на начелу транспарентности инвестиционе арбитраже, сличне претходно поменути, садрже и модели споразума о заштити инвестиција САД (2004) и Норвешке (2007), као и споразуми о слободној трговини које САД закључују са појединим државама.⁸⁵ Може се очекивати да ће се овај тренд наставити и да ће државе билатералним споразумима покушавати да отворе арбитражни механизам решавања инвестиционих спорова за јавност, те да на тај начин реше проблеме недостатка транспарентности, подозрења јавности према инвестиционој арбитражи и са тим повезане проблеме оспоравања легитимитета и демократског дефицита одлучивања.

V Закључак

Специфичности везане за предмет одлучивања и учеснике у инвестиционој арбитражи захтевају да она у већој мери буде отворена за јавност него што је то случај са трговинском арбитражом. Један од начина да се промени перцепција јавности о недостатку легитимитета одлучивања у поменутој врсти поступка јесте и да се дозволи лицима које нису странке у поступку да у њему учествују, како би покушале да утичу на то да одлука арбитражног суда уважи јавни интерес који је неизбежно предмет одлучи-

⁸² Став 1. чл. 38.

⁸³ Став 3. чл. 38.

⁸⁴ Члан 39.

⁸⁵ Види К. F. Gomez, *op. cit.*, стр. 529-531. Такође, М. Е. Footer, *Bits and Peaces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment*, Michigan State Journal of International Law, vol. 18/2009/2010, стр. 56.

вања у инвестиционом спору. Међутим, Арбитражна правила ИКСИД од 2006. године не постижу адекватан резултат на овом пољу. Одредбе о праву лица која нису странке на подношење писаних коментара у вези са предметом спора, без овлашћења која се тичу учешћа на усменој расправи и нарочито увида у релевантну документацију, немају велики практичан значај. Општи тренд усмерен ка увођењу начела транспарентности у инвестиционом арбитражу, у будућности ће довести до даље либерализације када је реч о јавности поступка. Остаје да се види да ли ће те промене утицати на традиционалну привлачност арбитраже као механизма за решавање спорова за стране улагаче.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Participation of a Non-Disputing Party in Arbitration and Protection of the Public Interest before an ICSID Tribunal

Abstract

The paper discusses the need to protect the legitimacy of decision-making process in investment arbitration through public access to the proceedings. Unlike commercial arbitration, investment arbitration entails decisions on state responsibility for measures directed towards protection of environment, lives and health of its population or human rights. Presence of the public interest in such disputes brings under strong criticism a traditional characteristic of arbitration process – its confidentiality. The problem of democratic deficit of decision-making can be resolved, inter alia, by allowing persons who are not parties to the dispute to participate in the proceedings if they consider that their interest might be affected by arbitral award. The 2006 Arbitration Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes envisage, subject to approval of the Tribunal, the right of a non-disputing party to file a written submission with the Tribunal regarding a factual or legal issue connected with the subject matter of the dispute. However, without right of those entities to attend arbitral hearings and, more importantly, without their access to documents submitted during the proceedings, this is not by far enough to give “friends of the court” a meaningful and significant role.

Key words: investment dispute, arbitration, public interest, transparency, ICSID.