

MILENA PETROVIĆ

MEĐUNARODNA TRGOVAČKA ARBITRAŽA I MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO

Zavisnost arbitraže od međunarodnog privatnog prava se manifestuje kroz celi njen životni ciklus, počev od arbitražnog sporazuma, preko arbitražnog postupka, do momenta kada se arbitražna odluka nađe pred sudom zbog poništaja ili priznanja i izvršenja. Budući da je spor o kome arbitraža treba da odluči sa međunarodnim obeležjem, te da je vezan najmanje za dve različite države, opravdano je očekivati da nema aspekta arbitraže za koji se ne bi moglo postaviti pitanje merodavnog prava. Već na prvi pogled to bi se moglo odnositi na pitanja merodavnog prava za sposobnost stranaka da zaključe arbitražni sporazum, merodavnog prava za arbitražni sporazum, merodavnog prava za arbitražni postupak, merodavnog prava za rešenje merituma spora, kao i prava koje reguliše priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke. Ako se ovome doda da se na određena pitanja moraju primeniti imperativna pravila države sedišta arbitraže, jasno je da arbitraža predstavlja veliki izazov za arbitre, ali isto tako i za sudove.

Budući da je izbor merodavnog prava nužan i da se to mora činiti primenom kolizionih pravila, jasno je da je međunarodnoprivatopravna snalažljivost arbitara od fundamentalnog značaja za valjano sprovođenje postupka i donošenje valjane odluke sposobne da bude izvršena.

Ključne reči: arbitraža, merodavno pravo, koliziona pravila

Prof. dr Milena Petrović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu,
e-mail: mpetrovic@jura.kg.ac.rs

U V O D

U svetu međunarodnog privatnog prava čini se da nema oblasti u kojoj se njegova pravila ispituju i primenjuju toliko kontinuirano i sveobuhvatno kao što je to slučaj sa međunarodnom trgovačkom arbitražom. Zavisnost arbitraže od međunarodnog privatnog prava se zapravo manifestuje kroz celi njen životni ciklus, počev od arbitražnog sporazuma, preko arbitražnog postupka, do momenta kada se arbitražna odluka nađe pred sudom zbog poništaja ili priznanja i izvršenja. Budući da je spor o kome arbitraža treba da odluči sa međunarodnim obeležjem te da je vezan najmanje za dve različite države, opravdano je očekivati da nema aspekta arbitraže za koji se ne bi moglo postaviti pitanje merodavnog prava. Već na prvi pogled moglo bi se identifikovati bar pet pitanja koja traže odgovore, a to su: 1) merodavno pravo za sposobnost stranaka da zaključe arbitražni sporazum; 2) merodavno pravo za arbitražni sporazum; 3) merodavno pravo za arbitražni postupak; 4) merodavno pravo za rešenje merituma spora; i 5) pravo koje reguliše priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke. Ako se ovome doda da se na određena pitanja moraju primeniti imperativna pravila države sedišta arbitraže, jasno je da arbitraža predstavlja veliki izazov za arbitre, ali isto tako i za sudove.

Za razliku od sudova za koje je očekivano da se u primeni međunarodnog privatnog prava lakše snalaze, arbitri međunarodne trgovačke arbitraže moraju pronaći svoj put kroz šumu kolizionih normi od kojih su mnoge imperativne, pa o njima moraju voditi računa po službenoj dužnosti. Na putu istraživanja koje pravo treba primeniti, i sud i arbitražu vode multiplicirani izvori prava. Međutim, mora se priznati da je za arbitre situacija znatno složenija. Naime, za razliku od suda koji ima ograničenu funkciju u sprovođenju arbitražnog postupka i arbitražne odluke, arbitri imaju zadatak da sprovedu proceduru i reše spor. U tom postupku oni primenjuju i materijalna i procesna pravila koja su sadržana u stranačkom ugovoru, institucionalnim arbitražnim pravilima, arbitražnim zakonima, međunarodnim ugovorima, relevantnim nacionalnim pravima, kao i obilje pravila koja čine *soft law*. Uz to, za pojedina pitanja se mogu primeniti različite kolizionne tehnike u odabiru merodavnog prava (direktne i indirektne – *voie directe* i *voie indirecte*) što sam arbitražni proces čini još složenijim. Otuda se čini potpuno jasnim da je međunarodno privatnopravna snalažljivost arbitara od fundamentalnog značaja za valjano sprovođenje postupka i donošenje valjane odluke sposobne da bude izvršena.

Razmišljanje o svemu ovome ne može dovesti do drugačijeg zaključka do da su arbitri pred teškim zadatkom. No, da li je u arbitražnoj praksi to baš tako. Da li su arbitri zaista zavisni od međunarodnog privatnog prava, da li i koje koli-

ziona norme oni zapravo moraju primeniti. Odgovorima na ova pitanja upravo je i posvećen ovaj rad.

DA LI, ZAŠTO I ČIJE KOLIZIONE NORME ARBITRI MOGU ILI MORAJU DA PRIMENJUJU

Svaka arbitraža daje povoda za brojna kolizionopravna pitanja čija rešenja mogu biti manje ili više kompleksna. Potencijalna kompleksnost proizlazi iz činjenice da nije svaki aspekt arbitraže nužno podvrgnut istom pravu. Otuda ne čudi da se u kontekstu međunarodnog privatnog prava arbitraža opisuje kao “forenzičko minsko polje”,¹ što se može čuti da njen postupak postaje sve više i više nalik sudskom postupku, a manje koncilijacija,² kao i da je arbitraža izgubila svoj duh.³ Ako se arbitraža ovako vidi i ako se koliziona norme smatraju komplikovanim i zato nepoželjnim, onda se opravdano postavlja pitanje da li ih arbitri moraju primenjivati.

Razlog za primenu kolizionih normi je opravdan jer se radi o sporu sa stranim elementom, a u tom slučaju bar dve države pretenduju da se primeni njihovo pravo ili da njihovi sudovi imaju kontrolu nad arbitražnim postupkom i odlukom. Dakle, u svakom slučaju treba izvršiti izbor između potencijalno merodavnih prava ili pravnih pravila, a takav izbor je nemoguće učiniti bez kolizionopravne analize i kolizionopravne odluke utelovljene u nekoj od kolizionih normi. Ta odluka će se uvek bazirati na nekom kriterijumu koji ukazuje na vezu između izabranog prava i spornog odnosa, stranaka ili sedišta arbitraže, i takav izbor treba da bude priznat i prihvaćen od strane arbitražnih zakona i arbitražnih pravila relevantnih država.

Budući da se arbitraža temelji na principu autonomije volje, stranke su prve pozvane da učine izbor merodavnog prava. Tako, one same mogu odabrati prava ili pravna pravila (zavisno od toga koji aspekt arbitraže je u pitanju) po kojima će se ceniti punovažnost arbitražnog sporazuma, po kome će arbitraža odlučiti o predmetu spora ili po kome će se sprovesti arbitražni postupak. Ovlašćenje za takvo postupanje stranke crpe iz koliziona norme koja se temelji na autonomiji volje kao tački vezivanja (*lex voluntatis*), koja je opštepriznata i prihvaćena i pred-

¹ Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1991, p. 72.

² Filip De Ly, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 12, 1991, p. 50.

³ Yves Derains, “New Trends in the practical Application of the ICC Rules of Arbitration”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 3, Issue 1, 1981, p. 44–45.

stavlja opšti princip prava. Ukoliko stranke propuste da izvrše izbor merodavnog prava, to će učiniti arbitri i to opet na osnovu kolizionih normi. One mogu biti različito formulisane i u tom smislu arbitrima davati manju ili veću slobodu u njihovom tumačenju i primeni. Tako, one mogu biti jasan i nedvosmislen nalog za postupanje, kao na primer, “sud može poništiti arbitražnu odluku ako utvrdi da stranke nisu sposobne za zaključenje tog ugovora po zakonima koji se primenjuju na njih”, ili, mogu biti fleksibilnije i ostavljati arbitrima više prostora u odabiru merodavnog prava, kao na primer, “...arbitražni sud će primeniti pravo na koje uputi koliziona norma za koju *smatra da odgovara konkretnom slučaju*”. U svakom slučaju, ma kako formulisane, kolizione norme su neminovne kad god je potrebno izabrati jedno od više mogućih merodavnih prava i ta činjenica je dovoljna za konstataciju da je arbitraža zavisna od međunarodnog privatnog prava odnosno, uglavnom, njegovih kolizionih normi. Zbog navedene funkcije, kolizione norme uostalom i postoje. One se ne upuštaju u materijalnopravno rešavanje spornog slučaja, već kao neutralne, na temelju načela najbliže veze, načela univerzalnosti i načela ravnopravnosti obezbeđuju kolizionopravnu pravičnost, budući da mogu uputiti na pravo bilo koje države.⁴ Na kraju, ma ko da vrši izbor prava i preko ma koje kolizione norme, mora imati vlast da to čini, a nju obezbeđuje i osigurava država kroz sopstvene zakone i ratifikovane međunarodne konvencije.

U odgovoru na pitanje čije kolizione norme arbitri primenjuju, nacionalne, anacionalne ili neke treće, mora se poći od dva suprotstavljena stava o samoj arbitraži.

Prema tradicionalnom shvatanju, nijedna arbitraža ne postoji u nekakvom pravnom vakumu. Naprotiv, svaka je jasno ukorenjena u državi u kojoj se nalazi njeno sedište i regulisana je pravom te države (*lex loci arbitri*), u smislu postupka koji sprovodi, ali i zakonskog i sudskog nadzora pod kojim se nalazi. Ona dakle, postoji isključivo zahvaljujući tome što je neko pravo dozvoljava, pa je tom (nacionalnom) pravu i podvrgnuta.⁵ Drugim rečima, *lex arbitri* na određen način upravlja arbitražom kao eksterni korpus pravila, kako procesnih, tako i materijalnih. U procesnom smislu, on postavlja granice u okviru kojih stranke mogu oblikovati postupak, uređuje pitanja koje stranke nisu odredile, pomaže arbitraži u izvođenju određenih procesnih radnji, ali i vrši kontrolu arbitražne odluke. U materijalnopravnom smislu odredbe *lex arbitri* određuju arbitrabilnost spora, formu i materijalnu punovažnost arbitražnog sporazuma, kao i druga pitanja koja

⁴ V. Slavko Đorđević, Zlatan Mekšić, *Međunarodno privatno pravo I – opšti deo*, Kragujevac, 2016, str. 33.

⁵ F.A. Man, “*Lex Facit Arbitrum*”, u *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (ed P. Sanders), The Hague, 1967, p. 158, 160.

ulaze u javni poredak zemlje sedišta arbitraže. Na ovom stavu nije bazirana samo doktrina, već i praksa međunarodne arbitraže koja je oslonac našla najpre u čl. 2. Ženevskog protokola o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine, kao i čl. V(1)(d) Njujorške konvencije (u daljem tekstu NYK).⁶ Budući da se može reći da ovako shvaćen *lex arbitri* predstavlja svojevrsni *lex fori* arbitraže, onda se može reći i da sedište arbitraže predstavlja tačku vezivanja na osnovu koje se određuju: 1) kolizi- oni sistem koji arbitri moraju da primene; 2) merodavno pravo za arbitražni po- stupak; 3) nadležnost sudova za kontrolu arbitražnog postupka ili pomoć arbitra- ži u toku postupka; i 4) poreklo arbitražne odluke značajno za postupak priznanja i izvršenja.⁷

Ovaj pristup je već 60-ih godina prošlog veka naišao na snažnu kritiku u ar- bitražnoj doktrini koja je primarno bazirana na praktičnim teškoćama u odre- đivanju sedišta arbitraže, a naročito na činjenici da je sedište arbitraže veoma arbitrarno za rešavanje sukoba zakona (kao tačka vezivanja) jer u mnogim sluča- jevima ni stranke, a ni sam spor nemaju dovoljno značajnu vezu sa zemljom u ko- joj se nalazi sedište arbitraže.⁸

Sa prvim kritikama krenula je i emancipacija arbitraže od kolizionih normi i međunarodnog privatnog prava generalno. Ona se razvila i traje kroz teoriju de- lokalizacije arbitraže (*de-localisation theory*) koja potiče iz francuskog prava, po- sebno iz francuske sudske prakse. Prema ovoj teoriji arbitraža nije ukorenjena ni u jednom posebnom nacionalnom pravu, što znači da nije ukorenjena ni u pravu države u kojoj se nalazi njeno sedište. Ovo dalje znači da arbitri nisu vezani koli- zionim i procesnim normama države sedišta arbitraže, da se mogu odreći klasič- nog kolizionog metoda za iznalaženje merodavnog prava za arbitražni sporazum ili meritum spora, ali i da lokalni sudovi mogu izgubiti kontrolu nad arbitražnom odlukom.⁹ Kao opravdanje za navedeni stav pristalice ove teorije ističu dva argu-

⁶ Prema čl. 2. Ženevskog protokola "Arbitražni postupak, uključujući i konstituisanje arbi- tražnog suda, određuje se voljom stranaka i zakonom zemlje na čijoj se teritoriji održava arbitraža. Države ugovornice se obavezuju da će olakšati radnje postupka koje treba da se izvrše na njihovoj teritoriji, shodno odredbama kojima se, prema njihovom zakonodavstvu, reguliše postupak arbitra- že", a prema čl. V(1)(d) NYK, "priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke biće odbijeni ako kon- stituisanje arbitražnog suda ili arbitražni postupak nije bio u skladu sa ugovorom stranaka ili, ako ne postoji ugovor, nije bio u skladu sa zakonom zemlje u kojoj je obavljena arbitraža".

⁷ F. De Ly, "The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 12, 1991, p. 61.

⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁹ William Park, "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", 32 *ICLQ*, p. 24–25.

menta: prvi polazi od toga da je međunarodna trgovačka arbitraža dovoljno regulisana svojim sopstvenim pravilima, a drugi polazi od toga da kontrolu arbitražnog postupka treba vršiti samo prema pravu mesta izvršenja arbitražne odluke.¹⁰ Prema prvom argumentu, arbitraža dakle, samu sebe reguliše (*self-regulating*) i to je dovoljno. Prema drugom, praktično se ispoljava ideja da umesto dvostruke kontrole, prvo od strane *lex arbitri*, a onda od strane prava zemlje u kojoj se traži izvršenje arbitražne odluke, treba da postoji samo jedna kontrola i to u državi izvršenja. Shodno ovom stavu, sedište arbitraže, u pravnom smislu, postaje irelevantno. U skladu sa ovim može se čuti da je međunarodna arbitraža “skrojena” tako da pluta (*floating*) po površini prava različitih država, ne dodirujući ni jedno od njih, služeći primarno interesima međunarodne trgovine¹¹, da je sama po sebi “nacionalna”, “a-nacionalna”, “transnacionalna” i kao takva, da ne duguje poslušnost nacionalnim pravima. Pošto je “delokalizovana”, ona duguje poslušnost samo strankama budući da je autonomija volje stranaka ključni, najvažniji i najznačajniji princip na kome počiva. Iako pojam “delokalizacije” dobija na popularnosti, naročito u arbitražnoj doktrini, istinska delokalizacija arbitraže međutim, još uvek se smatra dalekim ciljem.¹²

Istina je negde na sredini, u smislu mešovite teorije o pravnoj prirodi arbitraže, koja uvažava kako ugovorne, tako i procesne aspekte i dejstva arbitražnog sudovanja. U tom smislu, postoje predlozi da u određivanju merodavnog prava arbitri ne treba da primenjuju kolizionne norme zemlje sedišta arbitraže, već da koriste druge tehnike kao što su: 1) autonomna kolizionna pravila; 2) opšti principi sukoba zakona; 3) kumulativna primena kolizionih pravila; i 4) direktan izbor merodavnog prava.¹³ U određenoj meri, ovakav pristup ima podršku u međunarodnim ugovorima, nacionalnim zakonima i arbitražnim pravilima, ali ima ograničeno polje primene. Naime, uglavnom se odnosi na određivanje merodavnog

¹⁰ Alan Redfern, Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 90–91.

¹¹ A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 90; Jan, Paulsson, “Arbitration Unbound: An Award Detached From the Law of the Country of Origin”, *ICLQ*, 30, 1981, str. 358; Više o delokalizaciji arbitraže u našoj pravnoj literaturi: Gašo, Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža – osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999, str. 62–63.

¹² W. Park, “The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration”, 32 *ICLQ*, 21 (1983), cit. prema: Dejan Janićijević, *Delocalization in International Commercial Arbitration*, Facta Universitatis, Series: Law and Politics Vol. 3, No1, 2005. p. 63; Michael Mustill, “The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty Five Years”, 4 *Arb. Int’l*, 1988, p. 86.

¹³ Umesto svih, F. De Ly, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 12, 1991, p. 63.

prava za meritum spora. Sva ostala pitanja zbog kojih treba odrediti merodavno pravo i dalje su uglavnom u domenu kolizionih pravila zemlja sedišta arbitraže.

MERODAVNO PRAVO ZA ARBITRAŽNI SPORAZUM

Nijedna diskusija o merodavnom pravu za arbitražni sporazum ne može da otpočne bez osvrta na opštepriznatu i prihvaćenu doktrinu *autonomije arbitražnog sporazuma (separability doctrine)* prema kojoj se arbitražna klauzula nikako ne može tretirati kao i svaka druga klauzula glavnog ugovora.¹⁴ Ona je, shodno ovoj teoriji, samostalna i nezavisna od glavnog ugovora, što znači da njena pravna sudbina nije vezana za pravnu sudbinu glavnog ugovora, niti od nje zavisi. Čak i kada se nalaze u istom pismenu, glavni ugovor i arbitražni sporazum se analiziraju odvojeno kao dva samostalna ugovora. Jedna od posledica ove teorije jeste i to da merodavno pravo za ocenu punovažnosti arbitražnog sporazuma može biti drugačije od merodavnog prava za glavni ugovor¹⁵, što znači da je pretpostavka da će merodavno pravo za glavni ugovor uvek regulisati i arbitražni sporazum, potpuno nesigurna.

Pitanje merodavnog prava za arbitražni sporazum je od izuzetnog značaja jer je sam arbitražni sporazum od vitalne važnosti za svaki arbitražni postupak. On je osnov nadležnosti arbitraže i izvor ovlašćenja arbitara, pa se na samom početku svakog arbitražnog postupka njegova punovažnost analizira kao prethodno pitanje. Po kom pravu se ta analiza vrši generalno je kompleksno pitanje budući da se analiza odnosi na sve aspekte sporazuma (postojanje, punovažnost, tumačenje), da je vrše različiti forumi u različitim fazama arbitražnog postupka (arbitraža u postupku zasnivanja njene nadležnosti, a državni sudovi ili u postupku zasnivanja njihove nadležnosti, ili kasnije, u postupcima sudske kontrole arbitražne odluke (poništaj) ili njenog priznanja i izvršenja) i da nisu sva pitanja arbitražnog sporazuma podvrgnuta istom pravu. Svaki od navedenih aspekata sporazuma mora biti u skladu sa pravilima merodavnog prava jer u suprotnom, arbitražni

¹⁴ Teorija autonomije arbitražnog sporazuma je široko prihvaćena u teoriji, uporednom arbitražnom pravu i institucionalnim arbitražnim pravilnicima. V. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2nd Ed, 2014, p. 360; Gašo, Knežević, Vladimir, Pačić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, str. 54. i sl; engleski Zakon o arbitraži (1996), čl. 7; švajcarski ZMPP, čl. 178(3); ICC Pravilnik (1998), čl. 6(4); LCIA Pravila čl. 23; srpski Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik*, br. 46/2006 (u daljem tekstu: ZOA) čl. 28.

¹⁵ Tako se u odluci engleskog suda u slučaju *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia* (2012) EWCA Civ 638 at (11) (CA, UK), izričito navodi "da je već dugo prihvaćeno da u principu, merodavno pravo za arbitražni sporazum koji predstavlja deo materijalnog ugovora može biti različito od merodavnog prava za taj (glavni) ugovor.

postupak se ne bi mogao sprovesti, ili ukoliko se to i učini, arbitražna odluka bi mogla biti poništena ili bi joj se moglo uskratiti priznanje i izvršenje.

Opšta je saglasnost da je pored opštih uslova koji se zahtevaju za svaki drugi ugovor, za punovažnost arbitražnog sporazuma neophodno i ispunjenje zahteva koji se tiču arbitralnosti, forme i materijalne sadržine ovog sporazuma.¹⁶ U pitanju su “međunarodnopravni zahtevi” koji počivaju na Njujorškoj konvenciji kao najznačajnijem stubu na kome počiva arbitraža i arbitražno pravo.¹⁷ Imajući u vidu da za formu arbitražnog sporazuma važi međunarodni standard postavljen čl. II(1) i II(2) Njujorške konvencije, koji nalaže “maksimalne” formalne zahteve za punovažnost, koji države članice ne mogu da ignorišu, te da je on materijalnopravne prirode zbog čega se ne postavlja pitanje merodavnog prava, analiza merodavnog prava za arbitražni sporazum biće usmerena na arbitralnost i materijalnu punovažnost pa će o ovim pitanjima i biti reči.

Merodavno pravo za arbitralnost

U najširem značenju, arbitralnost se određuje kao podobnost predmeta spora za rešavanje arbitražom (*capable of settlement by arbitration*). Drugim rečima, arbitralnost određuje koje se vrste sporova mogu rešavati arbitražom, a koje vrste ulaze isključivo u delokrug državne jurisdikcije.¹⁸ Ovo razlikovanje je opravdano i prisutno u svim nacionalnim arbitražnim pravima jer arbitraža predstavlja privatno pravosuđe koje ima javnopravne posledice. Sa aspekta međunarodnog privatnog prava značajna je razlika koja se pravi između subjektivne arbitralnosti (*ratione personae*) koja se odnosi na sposobnost stranaka da zaključe arbitražni sporazum i objektivne arbitralnosti (*ratione materiae*) koja se tiče predmeta spora, s obzirom na činjenicu da su kolizione norme različite, a posledica je primena različitih prava.

Merodavno pravo za subjektivnu arbitralnost. – Valjanost arbitražnog sporazuma, kao i svakog drugog ugovora, zavisi od toga da li su strane bile sposobne da ga zaključe. Šta se pod sposobnošću tačno podrazumeva, te da li su strane u tom smislu sposobne da zaključe arbitražni sporazum, određuje *pravo koje se*

¹⁶ G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža – osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999, str. 39; Krešimir, Sajko, “On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline”, *Zbornik PFZ*, 60, (5), 2010, str. 961; A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p 138.

¹⁷ A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 138.

¹⁸ *Ibidem*, str. 148.

na te stranke primenjuje. Ovo je eksplicitno određeno čl. V(1)(a) NYK i čl. VI(2) i IX(1) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (1961) (u daljem tekstu EK) u kojima se ističe da će priznanje i izvršenje odluke biti odbijeno ako stranke iz ugovora o kome je reč, na osnovu zakona koji se na njih primenjuje, nisu sposobne, odnosno, da će sudovi, po prigovoru u pogledu nadležnosti ili u postupku za poništaj, razmotriti valjanost arbitražnog sporazuma u pogledu sposobnosti stranaka po zakonima koji se na njih primenjuje.¹⁹ Odredbe o sposobnosti stranaka su kogentne prirode pa stranke ne mogu svojom voljom određivati pravo po kome će se prosuđivati njihova sposobnost. Međutim, navedena konvencijska pravila ne određuju koji su to zakoni, već samo upućuju da će se ovo pitanje regulisati po pravu merodavnom za lica u pitanju. Drugim rečima, konvencije se nisu opredelile za jedan od dominirajućih kriterijuma po kojima se utvrđuje merodavno pravo za prosuđivanje sposobnosti stranaka, već su to pitanje ostavile kolizionim normama njihovih nacionalnih prava.²⁰ Međutim, jedinstvenih i opšte usvojenih kolizionih normi koja regulišu ova pitanja nema. Za sposobnost fizičkih lica merodavno je njihovo personalno pravo bazirano na državljanstvu ili domicilu, dok se kolizione norme za sposobnost pravnih lica baziraju na kriterijumu inkorporacije ili stvarnog sedišta. Prema našem pravu, za fizička lica važi princip državljanstva, dok za pravna lica važi princip inkorporacije, korigovan principom stvarnog sedišta, pa će se prema ovim kriterijumima odrediti merodavno pravo i u skladu s njim, procenjivati sposobnost stranaka za zaključivanje ove vrste sporazuma.²¹

Arbitražna i sudska praksa pokazuju da se pristupi u određivanju merodavnog prava za sposobnost stranaka međusobno razlikuju. Kao primer, navodimo dva pristupa na kome su bazirane odluke švedskog i engleskog suda. U slučaju *State of Ukraine v Norsk HydroASA*,²² švedski Apelacioni sud je potvrdio poništaj odluke arbitraže u Stokholmu nalazeći, između ostalog, da je pravo Ukrajine merodavno za sposobnost ukrajinske strane, bez obzira što je ugovor sadržao klauzulu prema kojoj je švedsko pravo bilo određeno kao merodavno.²³ Švedski

¹⁹ Na istim pozicijama je i UNCITRAL Model Zakon (1985). V. čl. 34(2)(a)(i); čl. 36(1)(a)(i).

²⁰ V. Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, str. 325; G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža – osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999, str. 39.

²¹ V. čl. 14. i čl. 17. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Sl. list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Sl. list SRJ*, br. 46/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. Zakon, u daljem tekstu: ZMPP

²² *State of Ukraine v Norsk Hydro ASA*, Svea Hovratt, 17 December 2007, T 3108-06

²³ U pitanju je bio akcionarski ugovor koji je sadržao arbitražnu klauzulu, koji su potpisala dva službenika ukrajinske strane pored linije za potpis koja je ostala prazna za potpis Predsednika.

Vrhovni sud je odbio žalbu na ovu odluku i time indirektno potvrdio da se sposobnost stranke za zaključenje arbitražnog sporazuma određuje prema pravu te stranke.²⁴ Očito da je švedski sud bazirao svoju odluku na klasičnom međunarodno-privatnopravnom pristupu koji je potpuno objektivan i predvidiv i ne ostavlja prostor za bilo kakvu diskreciju.

S druge strane, engleski *High Court* je koristio drugačiji pristup. U slučaju *Dallah Real Estate* on je odbio da prizna i izvrši odluku ICC arbitraže zbog nepunovažnosti arbitražnog sporazuma.²⁵ Stranka koja se protivila izvršenju je bila Vlada Pakistana koja je isticala da je odnosni arbitražni sporazum ne obavezuje jer je glavni ugovor koji je sadržao arbitražnu klauzulu potpisao trast koji je pakinstanska Vlada osnovala kao posebno pravno lice. Vlada Pakistana jeste učestvovala u pregovorima, ali taj ugovor nije potpisala. Postupajući po čl. 103(2)(b) engleskog arbitražnog zakona, sud je konstatovao da se izvršenje arbitražne odluke može odbiti ukoliko arbitražni sporazum nije punovažan po pravu kome su ga stranke sporazumno podvrgle, ili ako to nisu učinile, po pravu države gde je odluka doneta. Budući da stranke nisu odabrale pravo po kome će se ceniti arbitražni sporazum, sud je primenio francusko pravo kao pravo mesta donošenja arbitražne odluke. Polazeći od toga da se navedena odredba o nepunovažnosti arbitražnog sporazuma primenjuje i na pitanje da li je neko strana ugovora, sud je na to pitanje primenio francusko materijalno pravo, a ne međunarodno privatno pravo i konstatovao da ono ima širok pristup o tome koji sve elementi moraju da se uzmu u razmatranje kada se ocenjuje da li postoji zajednička namera strana za zaključenje ugovora. Ta analiza je dovela sud do razmatranja pakinstanskog prava prema kome je trebalo da se utvrdi da li je postojala volja ili namera pakistanske strane za zaključenje ugovora. Saznanja do kojih je sud u tom istraživanju došao, bila su negativna,²⁶ pa je odbio izvršenje arbitražne odluke. Engleski

Predsednik tužene ukrajinske strane nije potpisao ugovor pa je Sud zaključio da je arbitražni sporazum bio bez dejstva za tuženog. Sud je istraživao da li su dva potpisa službenika mogla da obavežu principala i to kroz pravo i vladajuću praksu ukrajinske jurisdikcije, a ne na osnovu merodavnog prava za ugovor. Po žalbi na ovu odluku odlučivao je švedski Vrhovni sud koji ju je odbio, indirektno potvrđujući da se sposobnost stranke za zaključenje arbitražnog sporazuma određuje prema pravu te stranke. Više: Giuditta Cordero Moss, "Legal Capacity, Arbitration and Private International Law", u: *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr* ("eds" Katharina Boele-Woelki, T. Einhorn, Daniel Girsberger & Symeon Symeonides), 2010, p. 620. i dalje.

²⁴ Case no T 339-08, Decision dated 2 June 2008.

²⁵ *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Minisrty of Religious Affairs, Government of Pakistan* (2008) EWHC 1901 (Comm).

²⁶ Sud je ustanovio da pakistanski ustav sadrži različita ograničenja zaključenja ugovora koji bi obavezivali državu, odnosno da ugovor mora biti zaključen u ime Predsednika i sa njego-

sud je bazirao svoju odluku na oceni namere stranaka da zaključe arbitražni sporazum, koja prema pravilima međunarodnog privatnog prava spada u domen pitanja zaključenja ugovora za koje je merodavan ugovorni statut. U navedenom slučaju to je bilo francusko pravo koje je engleski sud tumačio tako da ono dozvoljava sudu da proširi istraživanje na vlastito pravo stranke kako bi utvrdio postojanje namere za zaključenje sporazuma. U svakom slučaju, pristup engleskog suda je komplikovan, zahteva nekoliko koraka (najpre treba utvrditi merodavno pravo za arbitražni sporazum, onda istražiti kriterijume na bazi kojih se utvrđuje punovažnost sporazuma, a onda istražiti i u kojoj meri pravo stranke utiče na nameru da zaključi sporazum), fleksibilan je, daje sudu velika diskreciona ovlašćenja, pa su očekivanja što se odluke tiče nesigurna i nepredvidiva.²⁷ Svako ko se zalaže za predvidivost i sigurnost, morao bi pledirati za klasičnu primenu objektivne kolizione norme.

Opšte je usvojen stav da strane arbitražnog sporazuma mogu biti i fizička i pravna lica, ali je za arbitražu veoma važno pitanje da li strana takvog ugovora može da bude država, njeni organi ili kompanije koje su u celosti ili delimično u vlasništvu države. Najveći broj arbitražnih prava ovu mogućnost izričito predviđa. Tako, prema čl. 5, st. 2 Zakona o arbitraži Srbije²⁸ (u daljem tekstu: ZOA), svako fizičko i pravno lice može da ugovori arbitražu, uključujući i državu, njene organe, ustanove i preduzeća u kojima ona ima svojinsko učešće. Navedeno rešenje je u skladu sa čl. II(1) EK prema kome se pravnim licima koja su ovlašćena da zaključuju arbitražne sporazume smatraju i pravna lica javnog prava, i može se naći u velikom broju arbitražnih zakona.²⁹ Međutim, treba istaći da postoje prava koja u potpunosti ili delimično ograničavaju pravo države da bude strana arbitražnog sporazuma ili pak, za to zahtevaju prethodnu dozvolu nadležnog organa.³⁰ Zbog

vim ovlašćenjem. Sud nije smatrao da treba da ispita da li je to pravilo mandatorno ili ne, već da je samo njegovo postojanje dovoljno da uveri sud da nije bilo subjektivne namere da se obaveže država. V. G. C. Moss, "Legal Capacity, Arbitration and Private International Law", u: *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr* ("eds" Katharina Boele-Woelki, T. Einhorn, Daniel Girsberger & Symeon Symeonides), 2010, p. 623.

²⁷ V. G. C. Moss, "Legal Capacity, Arbitration and Private International Law", u: *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr* ("eds" Katharina Boele-Woelki, T. Einhorn, Daniel Girsberger & Symeon Symeonides), 2010, str. 626. i dalje.

²⁸ *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006

²⁹ V. na primer čl. 177(2) švajcarskog ZMPP; čl. 143A Zakona o međunarodnoj arbitraži Singapura (2002). Više: A. Goldštajn, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, str. 135–136.

³⁰ Tako npr. odredbom čl. 132. iranskog Ustava (1979) podvrgavanje arbitraži sporova koji se tiču državnog vlasništva moguće je uz prethodnu dozvolu Saveta ministara. Takođe, prema čl.3 Kraljevskog dekreta Saudijske Arabije (1983), Vladina tela koja ugovaraju arbitražu moraju pret-

ovakvih situacija veoma je važno pitanje da li država ili javno preduzeće koje je potpisalo arbitražni sporazum može kasnije, koristeći ova pravila, da se pozove na svoju nesposobnost i oslobodi obaveze podvrgavanja arbitraži. Budući da danas dominira teorija restriktivnog imuniteta, generalni je stav da država u trgovačkim poslovima (*iure gestionis*) može ugovoriti arbitražu. Taj ugovor državu obavezuje kao i svaku drugu stranku, pa se ona ne može pozivati na sopstveno pravo, kao na pravo koje bi je oslobodilo te obaveze.³¹

Merodavno pravo za objektivnu arbitrabilnost. – Objektivna arbitrabilnost u najširem smislu označava podobnost određene vrste spora za rešavanje arbitražom³², što istovremeno označava mogućnost stranaka da vlastitom voljom takav spor izuzmu iz sfere državne jurisdikcije. Poslednjih decenija arbitrabilnost postaje aktuelna posebno zbog pomaka u pravcu širenja zone arbitrabilnosti, ali i zbog nastojanja na međunarodnom nivou da se ujednači ili barem približi globalno poimanje o tome šta se može, a šta ne može rešavati arbitražom. Ujednačavanje u ovoj oblasti ipak nije jednostavno jer se arbitrabilnost tradicionalno uglavnom izvodi iz pojma javnog poretka, što upućuje na to da svaka država o arbitrabilnosti određene vrste spora odlučuje na osnovu sopstvene političke, socijalne i ekonomske politike.

Uporedno arbitražno pravo pokazuje da se objektivna arbitrabilnost u najvećem broju slučajeva određuje tako što se generalnom klauzulom određuje krug sporova koji se mogu rešavati arbitražom, da bi se potom posebnim korektivnim mehanizmima tako određen krug sporova širio ili sužavao. Moderna arbitražna prava arbitrabilnost uglavnom određuju veoma široko, obuhvatajući sve sporove imovinske prirode, odnosno sporove koji uključuju ekonomske (finansijske) interese i imovinu.³³ U istom smislu, druga prava kao objektivno arbitrabilne određuju sporove o pravima kojima stranke mogu slobodno raspolagati ili sporove o kojima stranke mogu zaključiti poravnanje.³⁴ Široko određenu zonu arbitrabilnosti

hodno da dobiju dozvolu Predsednika Saveta ministara. Više: Bernard Hanotiau, “The Law applicable to arbitrability”, *Singapore Academy of Law Journal* 26 SAclJ, 2014, p. 876.

³¹ Izričitu odredbu o tome sadrži švajcarski ZMPP (čl. 177(2), prema kojoj “stranka koja je država, preduzeće kojim ona upravlja ili organizacija koju ona kontroliše ne može se pozivati na sopstveno pravo kako bi osporila svoju sposobnost da bude stranka pred arbitražom ili kako bi osporila podobnost spora za arbitražno sudjenje”.

³² Njujorška konvencija (čl. II(1) i čl.V(2)(a)) i Model zakon (čl. 34(2)(b)(i) i čl. 36(1)(b)(i)) su polje svoje primene ograničili na sporove koji su podobni (*capable*) da se rešavaju arbitražom.

³³ V. čl. 177 (1) švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 1030(1) nemačkog ZPO; čl. 582(1) austrijskog Zakona o parničnom postupku.

³⁴ V. čl. 5(1) srpskog ZA; čl. 2(1) španskog ZA; čl. 1. švedskog ZA; čl. 4. mađarskog ZA; čl. 3(1) hrvatskog ZA.

nacionalna zakonodavstva mogu suziti i to najčešće čine kroz kriterijum nadležnosti suda (*ratione iurisdictionis*).³⁵ U pitanju su sporovi u stvarima za koje postoji javni interes pa države za njih zadržavaju monopol sudske nadležnosti i time ih tretiraju kao nearbitrabilne. Tako, na primer, naše pravo kao nearbitrabilne određuje one sporove za koje je predviđena isključiva nadležnost suda.³⁶ Između ostalih, na istim pozicijama su na primer, mađarsko i nemačko pravo.³⁷ Istovremeno, mnoge države danas proširuju zonu arbitrabilnosti na one sporove za koje se tradicionalno smatralo da su u isključivoj nadležnosti državnih sudova. Tako su postali arbitrabilni sporovi neloyalne konkurencije, licencni sporovi, sporovi oko povrede prava industrijske svojine, sporovi koji se vode protiv firme u stečaju, itd.³⁸ Postojeće razlike u nacionalnim zakonodavstvima mogle bi se ublažiti ako bi svaka država arbitrabilnost određivala na osnovu balansa koji bi napravila između unutrašnjih potreba i interesa da pojedine predmete rezerviše samo za sopstvene sudove, i opšteg, javnog interesa usmerenog na unapređenje međunarodne trgovine i poslovanja.

Kao što se može videti, države uglavnom veoma široko određuju arbitrabilnost, pa precizna određenja ovog pojma variraju od jednog do drugog pravnog sistema zbog čega postaje izuzetno važno pitanje merodavnog prava po kome će se ceniti da li je spor arbitrabilan ili ne, odnosno da li je arbitražni sporazum u tom pogledu valjan ili ne. U arbitražnim izvorima i to na mestima gde se govori o arbitrabilnosti, izričitih odredbi o merodavnom pravu za ovo pitanje uglavnom nema. Međutim, to ne znači da koliziona pravila o ovome ne postoje. No, pre nego što vidimo koja su to pravila, mora se istaći da se pitanje merodavnog prava za arbitrabilnost može postaviti u različitim fazama arbitražnog postupka: pred arbitražnim tribunalom; pred sudom u postupku u kome se osporava arbitražni sporazum; pred sudom u postupku za poništaj arbitražne odluke; i konačno, pred sudom u postupku za priznanje i izvršenje strane odluke.

³⁵ Razlozi za sužavanje zone arbitrabilnosti su različiti, ali se svi oni svode na interes države da se za zaštitu određenih prava ne može derogirati sudski građanski postupak i garantije koje on pruža, bez obzira što se radi o potpuno dispozitivnim pravima.

³⁶ Čl. 5(1) ZA. Prema našem ZMPP, isključiva nadležnost sudova je rezervisana uglavnom za porodičnopravne i naslednopravne sporove, kao i sporove o stvarnim pravima na nepokretnostima.

³⁷ V. čl. 4. mađarskog Zakona o arbitraži i čl. 1030(2) i (3) nemačkog ZPO. Nemačko pravo u navedenim odredbama eksplicitno navodi da izuzetak od opšteg principa arbitrabilnosti važi za ugovore o zakupu stambenog prostora koji se nalazi u Nemačkoj i za radne sporove, što znači da je za njih predviđena isključiva nadležnost nemačkih sudova (ostali propisi o isključivoj nadležnosti sudova se nalaze u posebnim zakonima).

³⁸ V. više G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža – osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999, str. 54. i sl.

Za državne sudove ne postoji problem određivanja merodavnog prava ni u jednom od nabrojanih postupaka u kojima se ovo pitanje postavlja. Oni polaze od kolizionih normi *lex fori*, a one ih mogu dovesti do različitih prava, zavisno od njihove sadržine.

U postupcima koji se pokreću prigovorom nenadležnosti suda zbog postojanja arbitražnog sporazuma, sud će prilikom donošenja odluke razmotriti valjanost takvog sporazuma, između ostalog i po pitanju arbitrabilnosti, po jednom od sledećih zakona: 1) po zakonu kome su stranke podvrgle svoj arbitražni sporazum (*lex voluntatis*); 2) u odsustvu upućivanja na takav zakon, po zakonu zemlje u kojoj odluka treba da se donese (*lex arbitri*); ili 3) u slučajevima koji ne odgovaraju navedenim situacijama, po zakonu zemlje na koji ukažu kolizione norme zemlje suda pred kojim je pokrenut spor (*lex fori*).³⁹ Ako se ima u vidu da stranke u praksi veoma retko određuju posebno merodavno pravo za arbitražni sporazum, to su najčešće u primeni pravila *lex arbitri* (ako je prigovor nenadležnosti dostavljen sudu države sedišta arbitraže), odnosno *lex fori* suda koji o prigovoru odlučuje. U literaturi je izražen stav da ovakav pristup nema opravdanja u slučajevima kada mesto arbitraže nema bilo kakvih teritorijalnih veza sa predmetom spora i strankama (na primer, jedna stranka je iz SAD, druga iz Japana, a ugovorena je arbitraža u Nemačkoj).⁴⁰ Navedeni stav se bazira na pristupu da pravila o arbitrabilnosti imaju dejstvo pravila o sukobu nadležnosti, te da arbitrabilnost treba određivati u kontekstu procesnih pravila. U navedenom primeru, nemački sud uopšte ne bi trebalo da ispituje arbitrabilnost ako predmet spora koji je podvrgnut arbitraži ne dovodi u pitanje isključivu nadležnost nemačkih sudova. Ovo pitanje, prema navedenom shvatanju, sud bi trebalo da prepusti arbitražnom tribunalu. Poenta je dakle, da kada ne postoji sukob nadležnosti između arbitraže i lokalnih sudova, odnosno kad je spor za te sudove neutralan, onda nema razloga da ti sudovi primenjuju svoj *lex fori* (kako bi zaštitili nadležnost sopstvenih sudova). Praktično, *lex arbitri* će biti značajan samo kad postoji sukob nadležnosti.⁴¹

³⁹ V. čl. VI (2) Evropske konvencije (1961). Tačke vezivanja su postavljene prema prioritetu. Navedena odredba je konzistentna sa Njujorškom konvencijom (čl. II.1) i predstavlja evoluciju rešenja postavljenog Ženevskim protokolom iz 1923. (čl. 1) prema kome se arbitrabilnost imala utvrđivati prema svakom relevantnom nacionalnom međunarodnom privatnom pravu.

⁴⁰ Stavros, Brekoulakis, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex fori*", *Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper* No. 21/2009, p. 99. i dalje. Navedeno mišljenje je rezultat jurisdikcione teorije o pravnoj prirodi arbitraže budući da se na više mesta naglašava da je arbitrabilnost procesno, a ne materijalno-pravno pitanje, te da se ovim pravilima vrši alokacija nadležnosti između nacionalnih sudova i arbitraže za određene vrste sporova. str. 112; 119.

⁴¹ *Ibidem*, p. 106.

Nema sumnje da je navedeno mišljenje interesantno i da bi se u određenim segmentima moglo braniti, međutim, pragmatični razlozi su doveli do preovlađujućeg stava da se arbitrabilnost ima ceniti prema *lex arbitri*. Nije potreban nijedan drugi razlog za to do činjenice da se arbitražna odluka može poništiti ako se arbitražni sporazum odnosi na predmet koji nije arbitrabilan po pravu zemlje sedišta arbitraže.⁴²

U postupcima za poništaj arbitražne odluke, sudovi će arbitrabilnost procenjivati prema istim kolizionim pravilima. To znači da će najpre konsultovati pravo kome su stranke podvrgle arbitražni sporazum ili, ako se o tome uopšte nisu izjasnile, prema zakonu zemlje suda (*lex fori*) koji se poklapa sa *lex arbitri* budući da se može poništiti samo domaća arbitražna odluka pa je nadležan sud zemlje u kojoj se nalazi sedište arbitraže.⁴³ Što se tiče priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka, oni će biti odbijeni ukoliko sud zemlje u kojoj se traži priznanje i izvršenje odluke ustanovi da prema zakonu te zemlje (*lex fori*) predmet spora nije pogodan za rešavanje arbitražom.⁴⁴

Određivanje merodavnog prava za arbitrabilnost spora je mnogo veći problem za arbitre nego za sud budući da arbitraža nema oslonac u *lex arbitri* u meri u kojoj sudovi imaju oslonac u *lex fori*. Po kom pravu oni treba da ocene da li je arbitražni sporazum u tom delu valjan ili ne, ako postoji interakcija relevantnih prava različitih zemalja o kojima arbitri treba ili moraju da vode računa? Arbitri su dužni da odgovore na ovo pitanje ili na sopstvenu inicijativu, utvrđujući svoju nadležnost, ili u slučaju osporavanja arbitrabilnosti od strane jedne od stranaka u sporu. U traženju odgovora, oni će obično razmatrati alternativno nekoliko prava koja se generalno poklapaju sa merodavnim pravima do kojih dolazi i sud, o čemu je već bilo reči, ali su pred njima i neke druge mogućnosti koje proizilaze iz privatne prirode same arbitraže i potrebe unapređenja međunarodnih poslovnih odnosa. U svakom slučaju, arbitri će ispitati da li su stranke već izabrale merodavno pravo za svoj arbitražni sporazum i u skladu sa njim odrediti da li je predmet spora arbitrabilan ili ne.⁴⁵ Kako stranke ovo izuzetno retko čine, oni će konsultovati pravila o arbitrabilnosti *lex arbitri*, jer su u pitanju materijalna pravila koja su imperativna po prirodi i arbitre obavezuju. Tako se na primer, čl. 177(1) švajcar-

⁴² V. čl. 58(1) srpskog ZA; čl. 1059(2) nemačkog ZPO; čl. 36(2)(a) hrvatskog ZA.

⁴³ V. čl. 34 (2) (a) (i) MZ.

⁴⁴ V. čl. V (2)(a) NYK.

⁴⁵ Prema mišljenju Sajka, ovo rešenje ne treba prihvatiti jer ono ne uzima u obzir da je pravilo o arbitrabilnosti *lex arbitri* strogo pravilo koje ima za cilj da ograniči autonomiju volje stranaka. K. Sajko, "On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline", *Zbornik PFZ*, 60, (5), 2010, str. 967.

skog ZMPP tumači u smislu da će svaka arbitraža sa sedištem u Švajcarskoj arbitrabilnost procenjivati u skladu sa švajcarskim pravom kao *lex arbitri*, bez obzira na restriktivna pravila (1) prava koje se primenjuje na meritum spora; (2) nacionalnih prava stranaka ili (3) prava države u kojoj će se verovatno tražiti priznanje i izvršenje arbitražne odluke.⁴⁶ Ovim, međutim, nije iscrpljena lista ideja na osnovu kojih kolizionih normi, ako su one uopšte nužne, treba oceniti pitanje arbitrabilnosti, a time i mogućnost da se konkretni spor može rešiti arbitražom. Tako, prema izrazito liberalnom stavu prema arbitraži i prema nekim arbitražnim odlukama, arbitri bi pitanje arbitrabilnosti mogli posmatrati kao pitanje međunarodnog trgovačkog običaja, što bi im dalo mogućnost da primene transnacionalna pravila koja favorizuju veoma širok pojam arbitrabilnosti.⁴⁷ Međutim, mora se istaći da bi arbitri i u toj situaciji vršili izbor merodavnog prava na osnovu ovlašćenja koje im osigurava pravo sedišta arbitraže i to na osnovu kolizivne norme koja nije izričita, već skrivena.

Imajući sve ovo u vidu, proizlazi da je lepeza kolizionih normi na osnovu kojih bi se odredilo merodavno pravo i na osnovu njega dao odgovor na pitanje da li je konkretan spor moguće rešiti arbitražom, zaista široka. Međutim, ono što potvrđuju uporedno arbitražno pravo, sudska praksa i pravna literatura, jeste to da je oslonac na *lex arbitri* veoma široko prihvaćen i da se smatra preovlađujućim rešenjem ovog pitanja.

Merodavno pravo za materijalnu punovažnost arbitražnog sporazuma

Po kom pravu će se ceniti materijalna punovažnost arbitražnog sporazuma u mnogome zavisi od pravnog okruženja, odnosno nacionalnog sistema i foruma u kome se ocena vrši, pa rezultati mogu biti različiti.⁴⁸ Na to ukazuje činjenica da pojedina prava sadrže posebna koliziona pravila o materijalnoj punovažnosti arbitražnog sporazuma, druga se klone kolizionih normi i umesto njih primenjuju materijalna pravila koja se oslanjaju na međunarodni javni poredak (*regle de droit international prive materiel*), dok treća na materijalnu punovažnost arbitražnog sporazuma primenjuju kolizivne norme koje generalno važe za ugovore.

⁴⁶ Daniel Girsberger, Nathalie Voser, *International Arbitration in Switzerland*, 2nd edition, Zurich, Basel, Geneva, 2012, p. 87.

⁴⁷ Laurence Craig, William Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd edition, 1990, p. 81.

⁴⁸ V. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, str. 54.

Kolizionopravni pristupi u rešavanju ovog pitanja su različiti, tokom vremena su menjani, da bi se danas u potpunosti oslanjali na temeljna načela međunarodnog privatnog prava izraženog u autonomiji volje stranaka i u stavu da pravni odnosi treba da budu regulisani onim pravom koje je sa odnosom u najbližoj vezi. Istorijski posmatrano, najranije arbitražne odluke, posebno u *common law* jurisdikcijama, bile su bazirane na primeni prava države u kojoj se tražilo priznanje i izvršenje arbitražne odluke. Opredeljenje za ovu kolizionu normu oslanjalo se na negativan stav prema arbitraži generalno, a posebno na negativna dejstva arbitražnog sporazuma izražena u derogiranju nadležnosti sudova.⁴⁹ Ovakav kolizionopravni pristup je nužno vodio primeni različitih nacionalnih prava u različitim forumima (stranke su mogle da vode parnicu pred sudovima koji bi inače bili nadležni da nije bilo arbitražnog sporazuma),⁵⁰ što se tokom vremena pokazalo kao nezadovoljavajući pristup i bilo je očigledno da će postati predmet kritike.

Savremena zakonodavstva i praksa se zato baziraju na drugačijim kolizionim pristupima. Oni su brojni i različiti, ali se mogu svesti na primenu sledećih kolizionih pravila: *lex voluntatis* – pravo koje su stranke izabrale; *lex loci arbitri* – pravo sedišta arbitraže; *lex causae* – pravo merodavno za glavni ugovor; *closest connection* ili *most significant relationship* – pravo koje je u najbližoj ili najznačajnijoj vezi sa arbitražnim ugovorom. Pored nabrojanih, savremeno arbitražno pravo karakterišu još pristup baziran na principu *in favorem validitatis*, ali i pristup koji ignoriše kolizionu tehniku i rešenje problema traži u materijalnim pravilima međunarodnog arbitražnog prava i međunarodnog javnog poretka. Mnogštvo pristupa u rešavanju ovog pitanja dovoljno ukazuje na njegovu kompleksnost, a različiti rezultati konačne odluke o tome koje je pravo merodavno i da li je arbitražni sporazum prema njemu valjan, upućuje na nedostatak predvidivosti i sigurnosti da će moći da se utemelji nadležnost arbitraže.

Primena *lex voluntatis* se ne dovodi u pitanje. Naprotiv, u pitanju je međunarodni standard koji je prihvaćen u svim nacionalnim pravima.⁵¹ Stranke imaju pravo da arbitražni sporazum podvrgnu pravu koje sporazumno odrede. To može biti pravo koje su odredile kao merodavno za glavni ugovor, ali može biti i neko drugo pravo s obzirom na autonomnost arbitražnog sporazuma. U svakom slučaju, taj izbor mora biti eksplicitan jer će samo tada proizvoditi dejstvo. Ukoliko

⁴⁹ Gary Born, "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SAclJ, 2014, p. 822.

⁵⁰ V. B. Foerster, "Arbitration Agreements and the Conflict of Laws: A Problem of Enforceability", 21 *Arb J* 129, 1966, p. 132.

⁵¹ V. na primer, čl. V(1)(a) NYK, čl. VI(2)(a) EK, članove 34(2)(a) i čl. 36(1)(a)(i) MZ, čl. 48. švedskog Zakona o arbitraži, čl. 178(2) švajcarskog ZMPP, čl. 58. st. 1(1) i čl. 66. st. 1(1) srpskog ZA, čl. 1059(2)(a) nemačkog ZPO.

stranke naprave takav izbor, svaka arbitraža i svaki sud ga mora poštovati, čak i ako bi on doveo do neželjenog rezultata, odnosno do nepunovažnosti arbitražnog sporazuma.⁵² Ovo pravo, kako praksa pokazuje, stranke ipak retko koriste, naročito ako je arbitražni sporazum u formi arbitražne klauzule, tako da izbor merodavnog prava prelazi na arbitre.

U slučajevima kada stranke nisu izričito odredile pravo merodavno za arbitražni sporazum, ali su odredile merodavno pravo za glavni ugovor, prema savremenoj arbitražnoj praksi, arbitri i na arbitražni sporazum najčešće primenjuju to izabrano pravo (*lex causae*). Opravdanje za ovaj način rezonovanja nalazi se u činjenici da poslovni ljudi prilikom zaključenja ugovora očekuju da će pravo koje izaberu za glavni ugovor, biti merodavno i za arbitražnu klauzulu koja je u njemu sadržana.⁵³ Drugim rečima, arbitražna klauzula koja čini deo glavnog ugovora, trebalo bi da bude podvrgnuta istom pravu ili pravnim pravilima kao i druge odredbe tog ugovora, osim ako se stranke ne sporazumeju drugačije, što znači da domašaj eksplicitnog izbora merodavnog prava obuhvata ceo ugovor.⁵⁴ Ovakav pristup se može naći u brojnim arbitražnim i sudskim odlukama posebno engleske jurisprudencije, ali i u odlukama drugih, ali ne samo *commom law* zemalja,⁵⁵ a očito je izraz shvatanja da je arbitražni sporazum najtešnje povezan sa glavnim ugovorom. Isključivom fokusu na izabrano pravo za glavni ugovor mnogi ipak prigovaraju argumentima da je automatska primena *lex causae* neprikladna u mnogim slučajevima, da se ovakvim pristupom nipodaštava princip separabilnosti i namera stranaka da izaberu neutralan forum u kome će rešiti svoj spor, kao i da on nije u skladu sa čl. V(1)(a) NYK i čl. 34. i 36. UNCITRAL Model zakona (udaljem tekstu MZ) koji predviđaju primenu prava sedišta arbitraže u odsustvu izričitog stranačkog izbora merodavnog prava.⁵⁶

⁵² A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 158. Švajcarsko arbitražno pravo, kao i neke odluke engleskih sudova pokazuju međutim, da se od ovoga može odsupiti sa osloncem na princip *in favorem validitatis*.

⁵³ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2nd Ed, 2014, p. 580.

⁵⁴ A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p.157.

⁵⁵ Tako se na primer, u odluci engleskog suda u slučaju *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia* (2012) EWCA Civ 638 at (26) (CA, UK), izričito navodi da "eksplicitan izbor merodavnog prava za glavni ugovor funkcioniše kao jaka indikacija namere stranaka i u pogledu arbitražnog sporazuma". Više, G. Born, "The Law Governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SaLJ, 2014, p. 828.

⁵⁶ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2nd Ed, 2014, p. 72–73 i 499. i 526.

Ukoliko stranke ne odaberu merodavno pravo za svoj ugovor, arbitri mogu odlučiti da ocenu punovažnosti arbitražnog sporazuma izvrše u skladu sa pravom države u kojoj se nalazi sedište arbitraže (*lex loci arbitri*). Ovaj kolizionopravni pristup predstavlja preovlađujući stav današnje arbitražne prakse, a bazira se na međunarodnoj i nacionalnoj legislativi, pre svega NYK i MZ, kao i nacionalnim zakonima koji su na njima bazirani.⁵⁷ Njegova suština je u shvatanju da je arbitražni sporazum u najbližoj i najstvarnijoj vezi sa pravom mesta arbitraže koje su stranke izabrale i da zato ovo pravo reguliše i arbitražni postupak i poništaj arbitražne odluke.⁵⁸ Tako se u jednoj odluci engleskog suda navodi: "Arbitražni sporazum kojim je određena arbitraža u Londonu nesumnjivo je podvrgnut engleskom pravu; on ima najbližu i najstvarniju vezu sa Engleskom jer je sedište arbitraže u njoj".⁵⁹ Argumenti kojim se opravdava ovaj pristup su da sedište arbitraže jeste centar njenih aktivnosti, centar njene pravne "gravitacije" i da pravni sistem te zemlje arbitraži daje pravnu snagu i kontroliše njen rad.⁶⁰ Međutim, i za ovaj pristup ima kontraargumenta. Tako se ističe da se primena prava sedišta arbitraže isključivo fokusira na procesne aspekte arbitraže ignorišući ugovorni karakter arbitražnog sporazuma i da ne uzima u obzir prisnu vezu (tekstualnu i funkcionalnu) između arbitražnog sporazuma i glavnog ugovora.⁶¹

Praktično, oba kolizionna rešenja, i *lex causae* i *lex loci arbitri*, predstavljaju rezultat kolizionog pristupa koji se bazira na *najtešnjoj i najstvarnijoj vezi* arbitražnog sporazuma i prava određene države. Činjenica da se dva navedena prava mogu smatrati merodavnim pravom, ukazuje na fleksibilnost najbliže veze kao tačke vezivanja, što svakako može biti dobro kada je arbitraža u pitanju (naročito ako bi vodila primeni onog prava prema kome bi arbitražni sporazum bio punovažan). Međutim, koja će činjenica, sedište arbitraže ili stranački izbor merodavnog prava za glavni ugovor, biti jača ili ubedljivija za postizanje kvaliteta najbliže veze? Ovo je naročito važno u situacijama kada je izabrana arbitraža sa sedištem u jednoj zemlji, a kao merodavno pravo za glavni ugovor izabrano pravo neke druge države. Međunarodna arbitražna i sudska praksa ukazuju da se rezultati pri-

⁵⁷ V. čl. V(1)(a) NYK, čl. VI(2)(a) EK, članove 34(2)(a) i čl. 36(1)(a)(i) MZ, čl. 48. švedskog ZA, čl. 178(2) švajcarskog ZMPP, čl. 58. st. 1(1) i čl. 66. st. 1.(1) srpskog ZA, čl. 1059(2)(a) nemačkog ZPO.

⁵⁸ Odluka engleskog suda *C v D* (2007) EWCA Civ 1282 at (26).

⁵⁹ *Abuja International Hotels Ltd v Meridien SAS* (2011) EWHC 87 (Comm) at (20)–(24).

⁶⁰ G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, str. 56.

⁶¹ Umesto svih, G. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2nd Ed, 2014, p 518.

mene ove kolizione norme razlikuju, čak i unutar jednog pravnog sistema.⁶² U nekim slučajevima se prednost daje sedištu arbitraže, u drugima se daje izabranom pravu za glavni ugovor. Ovakvo stanje sigurno nije dobro jer vodi potpunoj nepredvidivosti. Stranke ne mogu biti sigurne da je njihov arbitražni sporazum punovažan jer ne znaju po kom pravu će se ocenjivati. Zato, da bi eliminisali ovu nesigurnost, najbolje je da same izaberu pravo za svoj arbitražni sporazum.

Nedostaci navedenih kolizionih pristupa bi mogli da se prevaziđu ako bi se u fokus analize stavila namera stranaka i njihova očekivanja. Zaključenjem arbitražnog sporazuma stranke jasno izražavaju nameru da spor izuzmu iz državne jurisdikcije i povere ga arbitraži. Njihov cilj je da taj sporazum bude punovažan i da im omogući efikasan i neutralan način da reše svoj spor. Ako se ove činjenice stave u prvi plan, onda bi arbitraže trebalo pre da primene pravo po kome bi arbitražni sporazum bio punovažan, nego pravo po kome bi on bio nepunovažan. To bi, kako se ističe, bio najbolji i jedini način da se da puno dejstvo stvarnoj nameri stranaka.⁶³ Ovaj pristup se očigledno zasniva na principu *in favorem validitatis* koji izražava pozitivan i prijateljski stav prema arbitraži generalno, prema pravu stranaka da na ovaj način reše svoj spor, kao i prema interesima međunarodne trgovine i međunarodne poslovne zajednice. On nije novina u arbitražnom pravu budući da je već NYK uspostavila jedinstveno međunarodno pravilo o pretpostavljenoj punovažnosti i izvršivosti arbitražnog sporazuma sa definisanim izuzecima koji su određeni opšteprimenljivim pravilima ugovornog prava, a ne nacionalnim pravima koja bi možda imala diskriminatorski odnos prema arbitražnom sporazumu.⁶⁴

Jedna od prvih zemalja koja je u kontekstu arbitražnog sporazuma eksplicitno prihvatila princip *in favorem validitatis* jeste Švajcarska. Prema čl. 178(2) švajcarskog ZMPP, arbitražni sporazum je punovažan ako je punovažan bilo po pravu koje su stranke izabrale, po *lex causae* za glavni ugovor, ili po švajcarskom

⁶² V. Pierre Karrer, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement (A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel)", *Singapore Academy of Law Journal* 26 SacLJ, 2014, p. 859–868.

⁶³ G. Born, "The Law Governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SacLJ, 2014, p. 835.

⁶⁴ Prema čl. II(1) NYK, "svaka država priznaje pismeni ugovor kojim se stranke obavezuju da stave u nadležnost arbitraži sve sporove ili neke od sporova što nastanu ili bi mogli nastati između njih po određenom pravnom odnosu, ugovornom ili neugovornom, koji se odnosi na pitanje koje je prikladno za rešavanje arbitražom", a prema čl. II(3), "sud države ugovornice će ...uputiti stranke na arbitražu, osim ako ustanovi da je arbitražni sporazum nepunovažan, da je bez dejstva ili neprikladan za primenu". V., G. Born, "The Law Governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SacLJ, 2014, p. 824.

pravu. Dakle, tri prava mogu da budu merodavna za ocenu punovažnosti arbitražnog sporazuma. Dovoljno je da arbitražni sporazum bude punovažan po materijalnim pravilima jednog, bilo kog, od navedenih prava da bi proizvodio puno dejstvo, odnosno da na bazi njega švajcarska arbitraža može prihvatiti nadležnost.⁶⁵ Dejstvo navedene odredbe je interesantno sa aspekta stranačkog izbora merodavnog prava. Ova činjenica se primenjuje i poštuje u svim forumima. Međutim, specifičnost švajcarskog rešenja je u tome što se merodavno pravo koje su stranke izabrale neće primeniti ukoliko bi arbitražni sporazum po njemu bio nepunovažan. Umesto tog prava, u skladu sa čl. 178(2) ZMPP, primeniće se *lex causae* ili švajcarsko pravo, a sve u cilju da se podrži arbitražni sporazum.⁶⁶ Očigledno da je svrha švajcarskog pristupa da se što je moguće više osigura punovažnost arbitražnog sporazuma čime se i arbitraži, kao alternativnom sudovanju daje posebna podrška.

Konačno, mora li se merodavno pravo za materijalnu punovažnost arbitražnog sporazuma odrediti kolizionim pravilima? Prema arbitražnoj i sudskoj praksi, posebno francuskoj, a u određenoj meri i SAD, do rešenja ovog pitanja može se doći i direktnom primenom međunarodnih principa. To otvara mogućnost da se sporazum koji bi bio nepunovažan po pravu koje bi inače bilo merodavno, smatra punovažnim, što predstavlja varijantu principa *in favorem validitatis*. Francuski sudovi, koji se u oblasti arbitraže generalno klone tradicionalne kolizione tehnike, su u svojim odlukama jasno izrazili stav da je arbitražni sporazum autonoman u odnosu na svaki nacionalni pravni sistem i da je s toga direktno podvrgnut opštim principima međunarodnog prava. U tom smislu je odluka francuskog Kasacionog suda u poznatom slučaju *Dalico*, u kojoj je sud usvojio princip da postojanje i punovažnost arbitražnog sporazuma, prema materijalnom pravilu međunarodnog arbitražnog prava, zavisi samo od zajedničke namere stranaka i da nije nužno to pitanje upućivati na nacionalno pravo.⁶⁷ Suština ovog pristupa je da se izbegne primena nacionalnih pravnih pravila koja bi možda bila restriktivna i prema kojima bi arbitražni sporazum bio nepunovažan. Umesto toga, a u cilju podrške arbitraži, maksimalno dejstvo treba dati nameri stranaka da spor poveri ovom forumu. Ovaj pristup je imao snažne kritike koje su se oslanjale na stav

⁶⁵ V. P. Karrer, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement (A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel)", *Singapore Academy of Law Journal* 26 SacLJ, 2014, p. 854. i sl.

⁶⁶ Brojne su arbitražne i sudske odluke koje su primenile princip punovažnosti arbitražnog sporazuma i van švajcarske jurisdikcije. V. G. Born, "The Law Governing international arbitration agreements: an international perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SacLJ, 2014, p. 839.

⁶⁷ Odluka od 20. decembra 1993, *Municipalite de Khoms El Megreb v Societe Dalico*, (1994) Rev. Arb 116 at 117.

da je teško zamisliti da sporazum crpi pravnu snagu iz sebe samog i da uslovi za punovažnost zapravo i ne postoje.⁶⁸

MERODAVNO PRAVO ZA MERITUM SPORA

Određivanje merodavnog prava za meritum spora predstavlja najliberalniji domen međunarodne trgovačke arbitraže jer ga karakteriše autonomne tendencije u rešavanju ovog pitanja. Ovo stanje je trebalo i treba očekivati budući da se radi o oblasti koja je uglavnom regulisana dispozitivnim pravilima.

Ključni princip, uz to univerzalno prihvaćen, na osnovu koga se određuje pravo po kome će se ceniti prava i obaveze ugovornih strana, jeste autonomija volje stranaka. Oslanjajući se na njega, stranke imaju nekoliko opcija u odabiru merodavnog prava. Tako, one mogu izabrati neko nacionalno pravo (u pitanju je uvek materijalno pravo jer je *renvoi* u oblasti ugovora isključen). Takođe, one mogu izabrati i neka nenacionalna pravna pravila koja su nastala mimo i izvan državnog prava, koja na adekvatan način regulišu odnose iz međunarodne trgovine. U tom smislu, stranke svoj ugovorni odnos mogu da podvrgnu međunarodnim konvencijama, neoficijelnim kodifikacijama kao što su UNIDROIT principi, pravilima privatnih organizacija (Incoterms), opštim principima prava, mogu da izaberu *lex mercatoria* ili da odluče da se spor reši po pravičnosti. Jednom rečju, stranke mogu izabrati sva ona pravila autonomnog prava međunarodne trgovine koja smatraju primenljivim na konkretan ugovorni odnos. Ma koje pravo ili pravila da su stranke izabrale, arbitri takav izbor moraju poštovati i izabrano pravo primeniti.⁶⁹

Ukoliko stranke nisu izričito odredile merodavno pravo po kome će se ceniti njihova prava i obaveze iz ugovornog odnosa, to će morati da učine arbitri. Prvo što bi trebalo da utvrde je da li se iz odredaba i prirode ugovora, kao i iz relevantnih okolnosti koje proizilaze iz njega, sa velikim stepenom sigurnosti može zaključiti da su stranke imale na umu primenu određenog prava.⁷⁰ U pitanju je ispitivanje prećutne autonomije volje stranaka, često prisutno u arbitražnoj prak-

⁶⁸ V. G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd, 2010, str. 57.

⁶⁹ V. čl. VII(1) EK; čl. 28(1) MZ; čl. 187(1) švajcarskog ZMPP; čl. 50. st. 1. srpskog ZMPP; čl. 46(1)(a) engleskog AA (1996); čl. 1051(1) nemačkog ZPO.

⁷⁰ V. A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, str. 129; Milena Petrović, *Rešavanje spora pred međunarodnom trgovačkom arbitražom*, Kragujevac, 1996. p. 112. i dalje.

si.⁷¹ Ukoliko se iz bilo kojih razloga ovo ne može utvrditi, arbitri će primeniti kolizione norme i tako odrediti merodavno pravo.

U izboru kolizionih pravila, arbitrima stoji na raspolaganju nekoliko opcija koje praktično ukazuju na više različitih kolizionih tehnika. Pre nego što vidimo u čemu je njihova suština i u čemu se međusobno razlikuju, ukazujemo na izvore prava iz kojih arbitri crpe takva ovlašćenja.

Prema Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, u slučaju da strane propuste da označe koje će se pravo primeniti, arbitri će primeniti pravo koje određuje koliziona norma za koju arbitri smatraju da odgovara konkretnom slučaju.⁷² Na istim pozicijama je i čl. 28(2) MZ i čl. 35(1) UNCITRAL Arbitražnih pravila. Prema pravu Srbije, ako stranke nisu odredile merodavno pravo ili pravna pravila, arbitražni tribunal će ih odrediti na osnovu kolizionih pravila koje oceni prikladnim, što odgovara opštim tendencijama.⁷³ Švajcarsko i nemačko pravo takođe izričito navode kolizione norme na osnovu kojih će arbitri odrediti merodavno pravo, i to kolizione norme koje se baziraju na najtešnjoj vezi kao tački vezivanja, što znači da će arbitri spor rešiti u skladu sa pravom one zemlje za koje ocene da je najtešnje povezano sa predmetom spora.⁷⁴ Francusko pravo predviđa da će u odsustvu stranačkog izbora, arbitar rešiti spor u skladu sa onim pravilima koje smatra pogodnim okolnostima ugovora, što je izraz liberalnijeg stava jer dopušta odvajanje od kolizionih normi i nacionalnih prava generalno.⁷⁵

Očigledno je da međunarodne konvencije, arbitražni zakoni i arbitražni pravilnici ne uspostavljaju jedinstveno, uniformno pravilo, ali da zasigurno obezbeđuju dosta široka ovlašćenja arbitrima u izboru kolizione norme koju treba primeniti. Ono što karakteriše sva ta pravila jeste činjenica da arbitri nisu obavezni prema kolizionim normama sedišta arbitraže.⁷⁶ Naravno, njihovu primenu ne treba nipošto isključiti jer i ona mogu ući u krug pogodnih kolizionih normi i najčešće to i jesu, ako se uzme u obzir da su sva moderna arbitražna prava bazirana na rešenjima međunarodnih konvencija koje uređuju arbitražu. S druge strane, široka ovlašćenja arbitara u izboru prikladnog kolizionog pravila praktično znači da arbitri mogu da kreiraju sopstvena koliziona pravila koja se u literaturi uglavnom

⁷¹ *Ibidem*, str. 118. i dalje.

⁷² V. čl. VII(1) EK.

⁷³ V. čl. 50. st. 3. ZA.

⁷⁴ V. čl. 187(1) švajcarskog ZMPP; čl. 1051(2) nemačkog ZPO.

⁷⁵ V. čl. 1496. francuskog Code of Civil Procedure; čl. 21(1) ICC Rules (2017); Istu odredbu sadrži i čl.1054(2) holandskog Code of Civil Procedure.

⁷⁶ Ovo rešenje neki čak smatraju anahronim. A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, str. 133.

označavaju kao autonomna.⁷⁷ Nešto preciznije su kolizijske norme koje se baziraju na najtešnjoj vezi kao tački vezivanja i koje podrazumevaju da arbitri razmotre sve materijalne okolnosti spornog odnosa i da odmere sve aspekte koji imaju veze sa određenim pravom. S druge strane, liberalnija prava dopuštaju arbitrima da zaobiđu bilo koji kolizijski sistem i da direktno primene nacionalna ili nenacionalna materijalna pravila. Ovaj metod je poznat kao direktan metod (*voie directe*) i njime se, shodno okolnostima ugovora i spora direktno bira merodavno pravo. Tehnike koje arbitri koriste se međusobno razlikuju, a uglavnom ih određuje postojanje stvarnog ili “lažnog” sukoba zakona. Tako, arbitri mogu kumulativno da primene kolizijska pravila onih prava koja su relevantna za rešenje spora, kad god utvrde da su ona istoglasna, odnosno da predviđaju primenu istog materijalnog prava. U suštini, sukob zakona je tada lažan, pa arbitar može da bazira izbor merodavnog prava na svim relevantnim kolizijskim pravilima jer su rešenja do kojih se dolazi njihovom primenom jednaka. U slučaju da je sukob tih pravila stvaran, ovaj metod se svakako ne bi mogao primeniti, pa se izbor kolizijskog pravila ipak mora izvršiti. Kod direktne primene prava, arbitri ispituju sadržinu relevantnih materijalnih prava i ukoliko ona sadrže iste ili slične odredbe, što ukazuje na lažni sukob zakona, arbitar će zasnovati odluku na materijalnim pravilima koja su identična u svim tim pravima. Situacija kod ovog pristupa je znatno jednostavnija ako se primenjuju neka nenacionalna materijalna pravila, kao što je slučaj sa *lex mercatoria*. Prema zastupnicima ove teze, nema razlike između arbitra koji primenjuje *lex mercatoria* i nacionalnog sudije koji, rešavajući spor bez elementa inostranosti, primenjuje svoje nacionalno pravo.⁷⁸

Ma koji pristup i ma koju tehniku da primeni, arbitar u suštini primenjuje kolizijsku normu. Čak i kod direktne primene materijalnog prava, arbitar u njegovom izboru mora da izvrši analizu koja će ga sigurno dovesti do onog materijalnog prava ili pravila koje je najprikladnije prirodni i okolnostima spornog odnosa, što ukazuje na kolizijsku tehniku.

Ako strane arbitrima veruju da su sposobni da reše određeni spor, onda im sigurno veruju i da su sposobni da odrede pravo ili pravna pravila po kojima će taj spor i rešiti. Međutim, pošto nema jednog jedinstvenog pristupa u izboru merodavnog prava ili pravila, zbog čega krajnji rezultati mogu biti različiti ili bar ne očekivani za stranke u sporu, stranke treba savetovati, u cilju njihove sigurnosti i

⁷⁷ Umesto svih, v. F. De Ly, “The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 12, 1991, str. 63.

⁷⁸ V. Berthold Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrat et l’arbitrage internationaux: realite et perspectives”, 106, *JDI*, 475/1979, cit. prema: M. Petrović, *op. cit.*, str. 154.

predvidivosti prava koje će se primeniti, da same izvrše izbor merodavnog prava već u ugovoru o osnovnom poslu ili bar kad nastane spor.

MERODAVNO PRAVO ZA ARBITRAŽNI POSTUPAK

Za razliku od redovnih sudova u kojima sudije moraju postupati u skladu sa unapred strogo utvrđenim pravilima procedure, arbitražni postupak se može sprovesti na različite načine jer tako strogih pravila nema. Postupak je fleksibilniji, temelji se na autonomiji volje stranaka, pa je prevashodno na strankama da odrede način na koji će se on voditi. I u proceduralnim stvarima dakle, arbitraža služi strankama. Arbitražni tribunal mora voditi postupak u skladu sa razumnim zahtevima stranaka, a ako to propusti da učini, njegova odluka može biti poništena ili joj se može uskratiti priznanje i izvršenje.⁷⁹

Na temelju autonomije volje, stranke su slobodne da same, sporazumno odrede pravila postupka po kojima će arbitražni sud postupati. Ovo predviđaju sve relevantne međunarodne konvencije, nacionalna arbitražna prava, kao i pravilnici arbitraža.⁸⁰ Stranke mogu postupak sporazumno same kreirati, odnosno oblikovati prema svojim potrebama i potrebama datog slučaja, mada, kako arbitražna praksa pokazuje, ovo pravo ipak retko koriste.⁸¹ Umesto toga, stranke uglavnom upućuju na *određena*, već postojeća arbitražna pravila. Konačno, prilikom izbora pravila postupka strankama je dopuštena još jedna mogućnost, a to je da izaberu primenu nekog stranog procesnog prava.⁸² Ma koja pravila da su stranke izabrale, arbitri postupak moraju sprovesti u skladu sa izabranim pravilima, jer u suprotnom odluka može biti poništena ili joj se može uskratiti priznanje i izvršenje.

⁷⁹ V. čl. 58(4) i čl. 66(4) srpskog ZA, prema kojima "će sud usvojiti tužbeni zahtev za poništaj, odnosno odbiće priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke, ako stranka pruži dokaze da arbitražni postupak nije bio u skladu sa sporazumom o arbitraži". Ovo su rešenja koja apsolutno korespondiraju čl. 34(2)(iv) i čl. 36(1)(a)(iv) MZ, odnosno čl. V. 1(d) NYK.

⁸⁰ V. čl. 19(1) MZ; čl. V(1)(d) NYK; čl. 32. st. 1. srpskog ZA; čl. 182(1) švajcarskog ZMPP; čl. 1042(3) nemačkog ZPO; čl. 19. ICC rules.

⁸¹ Razlozi za to su očekivani i opravdani. Naime, svako upuštanje u detaljno strukturiranje i regulisanje postupka je dodatan posao koji zahteva rad stručnih i obučanih lica, a to sigurno zahteva dodatno vreme i novac. S druge strane, potrebno je da obe stranke u tom pogledu postignu potpunu saglasnost. Konačno, teško je zamisliti da će stranke o tome razmišljati u vreme sastavljanja ugovora o osnovnom poslu, kada sastavljaju i arbitražnu klauzulu. Mogućnost da to učine je realnija u vreme kada je spor već nastao, ali da li će stranke o ovom pitanju postići bilo kakav sporazum zavisi od toga u kojoj meri se drže pozicije na kojima su.

⁸² V. čl. 32 (2) srpskog ZA; čl. 182(1) švajcarskog ZMPP;

Autonomija volje stranaka na kojoj se temelji arbitražni postupak ipak nije neograničena. Naime, postupak koji stranke izaberu mora da bude u skladu sa imperativnim pravilima zakona i zahtevima javnog poretka zemlje sedišta arbitraže. Za razliku od nekih drugih aspekata arbitraže, kod procesnih pitanja, sedište arbitraže, kao tačka vezivanja, ima izuzetno značajnu ulogu.⁸³ S jedne strane, arbitri moraju poštovati imperativna pravila arbitražnog zakona, kao i drugih zakona relevantnih za sprovođenje arbitražnog postupka zemlje sedišta arbitraže, jer oni predstavljaju okvir u kome se može kretati stranačka autonomija. S druge strane, procesni javni poredak zemlje u kojoj je sedište arbitraže nameće standarde koje arbitri bezuslovno moraju poštovati. Takođe, pri sprovođenju postupka arbitri moraju uzeti u obzir one odredbe međunarodnih arbitražnih konvencija koje su ustanovljene sa ciljem da osiguraju pravo stranaka na pravično vođenje postupka, odnosno suđenje.⁸⁴ Pod ovim se podrazumeva prevashodno da se prema strankama treba jednako postupati i da svakoj stranci treba pružiti punu mogućnost da iznese sve razloge radi zaštite svojih prava.⁸⁵

Ukoliko se stranke ne izjasne po kojim pravilima bi želele da se postupak vodi, arbitražni sud može voditi postupak na način koji smatra celishodnim, što znači da odluku o tome donosi sama arbitraža.⁸⁶ U svakom slučaju, arbitri mogu direktno da odrede procesna pravila po kojima će postupati ili mogu da upute na postojeći pravilnik date arbitraže, kao i arbitražni zakon zemlje sedišta arbitraže.

ZAKLJUČAK

Veza između međunarodne trgovačke arbitraže i međunarodnog privatnog prava postoji. Ona nije obična, niti sporadična. Naprotiv, međunarodno privatno pravo, posebno koliziona pravila, prožimaju sve aspekte arbitraže, kroz celi njen životni ciklus, pa se može reći da je arbitraža zavisna od ovih pravila. Počev od arbitražnog sporazuma, preko arbitražnog postupka, do momenta kada se arbitražna odluka nađe pred sudom zbog poništaja ili priznanja i izvršenja, postavlja se pitanje merodavnog prava po kome će se ceniti konkretna pitanja. Ovo je nužna

⁸³ Ideja da se arbitražni postupak treba sprovesti po pravu zemlje sedišta arbitraže je ukorenjena u Ženevskom protokolu (1923) koji u čl. 2. propisuje da se "arbitražni postupak, uključujući i konstituisanje arbitražnog suda, određuje voljom stranaka i zakonom zemlje na čijoj se teritoriji održava arbitraža".

⁸⁴ A. Redfern, M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999, p. 277.

⁸⁵ V. čl. 18. MZ.

⁸⁶ V. čl. 32(3) srpskog ZA; čl. 1042(3) i (4) nemačkog ZPO; čl. 34(1) engleskog ZA (1996); čl. 182(1) i (2) švajcarskog ZMPP.

posledica činjenice da arbitraža treba da odluči o sporu koji sadrži elemenat inostranosti, a u tom slučaju bar dve države pretenduju da se primeni njihovo pravo ili da njihovi sudovi imaju kontrolu nad arbitražnim postupkom i odlukom. Izbor između potencijalno merodavnih prava se mora učiniti, a to je nemoguće bez kolizionopravne analize i kolizionopravne odluke utelovljene u nekoj od kolizionih normi.

Otpor prema kolizionim normama izražen kako u delu doktrine, tako i u delu arbitražne prakse, nema ozbiljnog opravdanja. Ovo zbog toga što se kolizionna pravila oslanjaju na temeljna načela međunarodnog privatnog prava – autonomiju volje stranaka i stav da pravni odnosi treba da budu regulisani onim pravom koje je sa odnosom u najbližoj vezi. Oba načela obezbeđuju predvidivost i sigurnost stranaka u izbor merodavnog prava. S druge strane, ma koliko se kolizionna pravila razlikovala, ona će uvek obezbediti kolizionopravnu pravičnost zato što se temelje na principu ravnopravnosti i univerzalnosti, zato što su neutralna i zato što mogu da upute na pravo bilo koje države. Nadalje, mnoga kolizionna pravila su postala fleksibilnija, zato što se oslanjaju na princip *in favorem validitatis* na primer, zato što arbitrima daju široka ovlašćenja u izboru *najprikladnijeg* kolizionog pravila, zato što dopuštaju arbitrima da direktno izaberu merodavno materijalno pravo po kome će se ceniti meritum spora. No, ne treba ignorisati činjenicu da se kod direktne primene materijalnog prava samo čini da je kolizionna tehnika zaobiđena. Arbitar mora da izvrši analizu koja će ga dovesti do onog materijalnog prava ili pravila koje je najprikladnije prirodi i okolnostima spornog odnosa, što ukazuje na kolizionu tehniku. Ma kakav odnos bio prema kolizionim pravilima, ona su neophodna i nužna u arbitraži, bez obzira što je u pitanju privatno pravosuđe koje se temelji na volji stranaka.

Prof. Dr. MILENA PETROVIĆ
Full Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Arbitration's dependence on private international law manifests itself throughout the life-cycle of arbitration, from the crafting of an enforceable arbitration agreement, through the entire arbitral process, to the time an award comes before a national court for annulment or for recognition

and enforcement. Thus international arbitration provides both arbitral tribunals and courts with constant challenges.

This paper examines the different methods of conflict of laws that arbitrators follow in order to determine the law governing the arbitration agreements, the law governing the substance of the dispute and the procedural law governing the arbitration. The foregoing discussion illustrates how and why choice of law issues arise in international arbitration.

Key words: arbitration, applicable law, choice of law rule

Literatura

- Brekoulakis Stavros, *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex fori*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 21/2009.
- Born Gary B., *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2nd Ed. 2014).
- Born Gary B., "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *Singapore Academy of Law Journal*, (2014) 26 SAclJ.
- Cordero Moss Giuditta, *Legal Capacity, Arbitration and Private International Law*, (2010)
- Craig W. Laurence, Park W. William, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd edition, 1990.
- Derains Yves, "New Trends in the practical Application of the ICC Rules of Arbitration", *Northwestern Journal of International Law & Business*, (1981).
- Dorđević Slavko i Meškić Zlatan, *Međunarodno privatno pravo I – opšti deo*, Kragujevac, 2016.
- De Ly Filip, "The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning", *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 12 (1991).
- Foerster Barrett, *Arbitration Agreements and the Conflict of Laws: A Problem of Enforceability*, (1966) 21 Arb J 129.
- Girsberger Daniel and Voser Nathalie, *International Arbitration in Switzerland*, 2nd edition, Zurich, Basel, Geneva, 2012.
- Goldman Berthold, *La lex mercatoria dans les contrat et l'arbitrage internationaux: realite et perspectives*, 106, JDI, 475/1979.
- Goldštajn Aleksandar i Triva Siniša, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987
- Goldštajn Aleksandar, "Choice of International Arbitrators, Arbitral Tribunals and Centres: Legal and Sociological Aspects", u: *Essays on International Commercial Arbitration*, 28-9 (1989).
- Hanotiau Bernard, "The Law Applicable to Arbitrability", *Singapore Academy of Law Journal*, (2014) 26.

- Pierre Karrer, "The Law Applicable to the Arbitration Agreement" (A Civilian Discusses Switzerland's Arbitration Law and Glances Across the Channel)", *Singapore Academy of Law Journal*, (2014) 26.
- Knežević Gašo, *Međunarodna trgovačka arbitraža – osnovna pitanja i problemi*, Beograd, 1999.
- Knežević Gašo i Pavić Vlada, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010.
- Mann F.A., "Lex Facit Arbitrum", u: Sanders Pieter (ed), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, (1967).
- Mustill Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty Five Years*, 4 Arb. Int'l (1988).
- Park Wilhelm, *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 ICLQ.
- Paulsson Jan, *Arbitration Anbound: An Award Detached From the Law of the Country of Origin*, 1981. 30 ICLQ.
- Petrović Milena, *Rešavanje spora pred međunarodnom trgovačkom arbitražom*, Kragujevac, 1996.
- Redfern Alen and Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1991.
- Redfern, Alen and Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 1999.
- Sajko Krešimir, *On Arbitrability in Comparative Arbitration – An Outline*, Zbornik PFZ, 60, (5) (2010).

Datumi prijema i prihvatanja rada
Primljen: 25.09.2019.
Prihvaćen: 16.10.2019.