

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**Одређивање меродавног материјалног права
за решавање арбитражних спорова**

(мастер рад)

МЕНТОР:

Проф. др Дејан Јанићијевић

СТУДЕНТ:

Александра Рајковић

Број индекса: М019/16-О

Ниш, 2018.

САДРЖАЈ

УВОД	4
I АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА	7
1. Избор меродавног материјалног права	9
2. Колизионоправно и материјалноправно схватање аутономије воље	10
3. Изричито и прећутно одређивање меродавног материјалног права	11
4. Временско ограничење избора меродавног права	13
5. Конекситет	15
II ИЗБОР ПРАВА И ПРАВНИХ ПРАВИЛА	16
1. Пример из праксе: Споразум странака о примени права на решење спора	17
2. <i>Lex mercatoria</i>	17
3. Цепане уговора (<i>dépeçage</i>)	20
4. Одлучивање <i>ex aequo et bono</i> или као <i>amiable compositeur</i>	22
5. Одредбе уговора и трговински обичаји	24
6. Узвраћање и упућивање (<i>renvoi</i>)	25
7. Интертемпорални сукоб закона	26
8. Сазнање меродавног права	27
III ОГРАНИЧЕЊА У ПРИМЕНИ МЕРОДАВНОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА	30
1. Норме непосредне примене	30
2. Јавни поредак	33
2.1. Пример из праксе: Оцена ништавости одлуке донете применом норми страног материјалног права	35
IV ОДРЕЂИВАЊЕ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА ОД СТРАНЕ АРБИТРАЖНОГ СУДА	36
1. Право места арбитраже (теорија <i>lex fori</i>)	37
2. Кумулативни метод	39
3. Прикладне колизионе норме	41
4. Право најближе везе	42
5. Теорија карактеристичне престације	43
5.1. Пример из праксе: Примена права носиоца карактеристичне престације	45
6. Директан избор (<i>voie directe</i>)	47

7. Примена <i>lex mercatoria</i> и <i>voie directe</i>	49
8. Решења предвиђена Арбитражним правилима и Модел законом UNCITRAL-а	50
ЗАКЉУЧАК	52
ЛИТЕРАТУРА.....	54
САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ	58
SUMMARY AND KEY WORDS.....	59
БИОГРАФИЈА.....	60

УВОД

Арбитража је судски начин решавања спора пред недржавним судом коме су странке у спору добровољно и споразумно повериле доношење мериторне одлуке о спору којом ће он бити дефинитивно и коначно решен.¹ У односу на методе које примењују државни судови, она је алтернативан метод решавања спорова, који има дугу историју и широку примену и који показује тенденцију константне експанзије.² Основне карактеристике арбитраже несумњиво указују на њене предности над државним судом. Као једну од главних предности арбитраже можемо навести то да страначка аутономија воље у великој мери управља арбитражом и начином на који се арбитража одвија. Арбитражни споразум је темељ арбитраже - странке бирају место арбитраже, арбитра, меродавно материјално и процесно право, што им даје сасвим реалну могућност да створе оптималне услове за брже и ефикасније решавање њиховог спорног односа.

Генерално прихваћени принцип у савременом међународном арбитражном праву је да саме странке бирају меродавно право за суштину спора, а да у одсуству таквог избора меродавно материјално право одређују арбитраи. У овом раду бавићемо се питањем одређивања меродавног материјалног права за решавање арбитражних спорова, те оно управо представља **предмет овог рада**. Које ће право арбитражни суд применити као меродавно за меритум спора умногоме зависи од чињенице да ли су странке претходно одредиле меродавно материјално право или су то пропустиле да учине, те одређивање меродавних материјалних правила на основу којих међународне арбитраже решавају спорове може представљати веома сложен проблем.

Основни циљ рада је свеобухватна анализа постојећих правила и подупирање теоријских знања из ове области практичним знањима, а која се тичу значаја слободе уговарања која омогућава странакама да слободно изаберу меродавно материјално право за решавање њиховог спора. Такође, рад има за циљ да опише и анализира могућа решења проблема који настају услед разноликости метода и критеријума (тачака везивања) које арбитражни судови користе у одлучивању о меродавном материјалном праву, у случају да странке ту слободу не употребе.

¹ Г. Станковић, Арбитражно право, Ниш, 2008, стр. 13.

² Д. Јанићијевић, Арбитража, Ниш, 2011, стр. 3.

У овом раду указаћемо на позитивноправна решења у домену страначке аутономије садржана у националним и међународним изворима права о међународној арбитражи, са посебним освртом на Закон о арбитражи као основни и најважнији национални извор арбитражног права Републике Србије, као и Арбитражна правила и Модел закон о међународној трговинској арбитражи донетих под окриљем Комисије Уједињених Нација за међународно трговинско право (UNCITRAL). У намери да се што темељније испита и проучи ова проблематика коришћена је разноврсна домаћа и страна литература, пракса домаћих судова и арбитражних институција, позитивно законодавство, као и интернет базе података.

Приликом истраживања коришћене су различите **научне методе** под којима се подразумева скуп различитих поступака који омогућавају да се предмет истраживања схвати, истражи и објасни и то: догматско-нормативни метод приликом анализирања правних норми којима је регулисана ова материја, односно утврђивања њихове садржине и функције, компаративни (упоредни) метод ради упоређивања актуелних и раније важећих правних норми, као и упоређивања међународних са домаћим изворима права, затим метод анализе као поступак истраживања и објашњавања путем рашчлањивања појмова и метод синтезе као начин систематизовања и изградње теоријског знања у предметној материји.

Рад се, поред увода и закључка, састоји из следећих целина:

Прво поглавље посвећено је аутономији воље странака као једном од главних стубова арбитраже, а која представља право и могућност странака да непосредно одреде меродавно право за садржину њиховог уговорног односа.

У другом поглављу биће речи о могућности странака да изаберу не само право, већ и правила, као део националног права, или правила међународног или недржавног карактера, која ће се применити на меритум спора. Посебна пажња биће посвећена начину примене *lex mercatoria*, одлучивању *ex aequo et bono* или као *amiable compositeur*, као и могућности уговорних стране да предвиде примену више права на свој уговор.

Треће поглавље односи се на ограничења у примени меродавног материјалног права. У овом поглављу бавићемо се нормама непосредне примене и јавним поретком као препрекама примени оног материјалног права за које су се странке определиле.

Четврто поглавље обухвата одређивање меродавног материјалног права од стране арбитражног суда. У случају да не постоји споразум странака у погледу меродавног материјалног права, арбитрари имају овлашћење да применом различитих метода одреде које ће се право применити на решавање арбитражног спора. Свака од тих метода специфична је по својим обележјима, а у овом делу детаљније ћемо их анализирати.

На крају овог рада биће сумирани резултати истраживања и изнета закључна разматрања у вези са предметном темом.

I АУТОНОМИЈА ВОЉЕ СТРАНАКА

Алтернативно решавање спорова и судски поступак пред државним судовима разликују се у својим концептуалним основама. Судски поступак пред државним судовима заснован је на државном *impregium* и на заштити јавног поретка, док је алтернативно решавање спорова засновано на аутономији воље, с обзиром на то да су стране у спору слободне да одлуче да ли ће прихватити да на овај начин реше спорни однос и који метод ће одабрати за његово решавање.³ Арбитражно решавање спорова постоји искључиво и само онда када га странке уговоре. Неопходан предуслов да арбитража поступа јесте сагласност воља странака, јер оне својом страначком аутономијом одлучују да неки будући, или већ постојећи, спор изузму из делокруга одлучивања редовног судовања и повере недржавном телу.⁴ Аутономија воље странака стога представља полазну основу сваког арбитражног судовања која омогућава странкама да отклоне надлежност државних судова и примену материјалног права које им је непознато, да лише себе предрасуде пристрасности сваког националног правосудног система.⁵

Арбитража се често описује као творевина странака, јер странке својим изјавама воље дерогирају надлежност државног суда и саглашавају се о поверавању предстојећег или постојећег спора на решавање арбитражном суду. Оне својим арбитражним споразумом поверавају вршење судске функције и мериторно решавање насталог спора недржавном суду, уређују поступак и одређују меродавно материјално право за решавање спора.⁶ У арбитражи странке су те које обликују поступак, почев од одређивања места арбитраже, броја арбитра, а у међународним арбитражама и језика, меродавног права и других аспеката одлучивања. Домашај ове страначке аутономије различит је у различитим правним системима, али са сигурношћу можемо рећи да она представља темељ арбитраже.⁷

Сви међународни и национални извори права о међународној арбитражи допуштају странкама најширу аутономију воље у погледу могућности избора меродавног права за

³ А. Радманов, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2011, стр. 565.

⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, стр. 45.

⁵ А. Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 2003, стр. 25.

⁶ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 18.

⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 18

меритум спора. Примат аутономији воље странака у циљу одређења меродавног права за меритум спора, такође, дају и сви правилници институционалних арбитража.

Аутономија воље је субјективна тачка везивања и као таква зависи од вољног чиниоца - намере странака. Ова тачка везивања овлашћује странке да учине избор меродавног права које ће се применити за регулисање њиховог уговорног односа. Прецизније, аутономија воље, са гледишта позитивноправног система, је тачка везивања, а са гледишта странака, она је субјективно право које се састоји из напред описаног овлашћења.⁸ Анализом решења у упоредном праву можемо се уверити да се ова тачка везивања не користи више само у свом класичном домену - материји уговорних односа са иностраним елементом – већ да своју примену налази и у областима које су доскора биле резервисане за друге тачке везивања.⁹ Можемо рећи да принцип аутономије воље странака у процесу међународне арбитраже има шири домаћај него што је то случај у међународном приватном праву, с обзиром на то да су арбитрари дужни да поштују избор које су странке извршиле и немају право да истражују да ли је избор меродавног права учињен у складу са правом које је меродавно за оцену споразума странака о избору права.¹⁰

Развој унутрашње (националне) арбитраже, а посебно међународне арбитраже је евидентан. Афирмацији арбитражних судова и арбитражног начина решавања спорова погодовала је управо широка аутономија воље карактеристична за сектор грађанског и трговинског права, али и одређени недостаци и предуго трајање поступка пред државним судовима. Арбитражни судови, не само да су се одржали током времена и да су били толерисани, него су постали правосудни органи паралелни са државним судовима, па чак постали и органи који примарно пружају правну заштиту у одређеним правним стварима.¹¹

⁸ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2010, стр. 375.

⁹ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 143.

¹⁰ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 111-112.

¹¹ Г. Станковић, *op. cit.*, стр. 10.

1. Избор меродавног материјалног права

Већина релевантних националних, међународних и аутономних извора сва кључна процедурална питања која се јављају у току поступка арбитражног решавања спорова регулише уз ослањање на принцип аутономије воље странака.¹² Она је назив за правило међународног приватног права које дозвољава „идентификацију државе чије право ће бити меродавно за одређени међународни уговор“. С обзиром на то да је начело да су странке слободне да изаберу меродавно право за свој уговор веома широко прихваћено у међународној заједници може се рећи да аутономија воље странака представља „опште начело права признатог код цивилизованих народа“.¹³

Аутономија воље странака представља основно колизионо решење прихваћено у највећем броју законодавстава који регулишу арбитражу. Основа овлашћења арбитра да решавају спорове лежи у сагласности воља странака те је за међународну арбитражу сасвим природно да странке имају потпуну слободу и да изаберу материјално право на основу којег ће се њихов спор решавати.¹⁴ Како је странчка аутономија воље један од главних стубова арбитраже, меродавни прописи на основу којих ће се спор решити одређују се првенствено са ослонцем на аутономију воље странака, а ако странке ништа нису уговориле, приступа се посредном одређивању меродавних материјалноправних норми. Пропуштање арбитражног суда да спор реши сагласно материјалном праву које су странке изабрале може довести до оспоравања одлуке, односно подизања тужбе за њен поништај од стране странке која је изгубила.¹⁵

Допуштањем странкама да изаберу меродавно право штите се у суштини сигурност и предвидљивост као две основне вредности уговорних односа странака. Како су правна сигурност и предвидљивост несумњиво важне вредности у уговорном праву, потребно је да странке познају правила у сфери којих се крећу, односно да знају у сфери којих правила се крећу како би могле предвидети последице свога понашања и обезбедити заштиту

¹² Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, Ниш, 2017, стр. 152.

¹³ Т. Дескоски, *Избор меродавног права за суштину спора пред међународном трговачком арбитражом*, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Београд, 2016, стр. 294.

¹⁴ *Ibid.*, стр. 291.

¹⁵ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 157.

својих интереса.¹⁶ Чињеница је да странке не могу унапред прецизно предвидети сва спорна питања за чијим ће се решавањем појавити потреба. Стога опредељење за меродавно материјално право захтева вишедимензионално сагледавање различитих опција. Избор материјалног права меродавног за уговор може бити од великог значаја чак и ако никада не дође до спора међу странкама, будући да се материјалним правом за које се учесници пословних односа определе, такође, регулише и начин извршења уговорних обавеза, као и расположива средства заштите у случају повреде.¹⁷

2. Колизионоправно и материјалноправно схватање аутономије воље

Аутономија воље странака у смислу, међународног приватног права, представља право и могућност странака да непосредно одреде меродавно право за садржину њиховог уговорног односа са страним елементом.¹⁸ У погледу карактера, односно правне природе аутономије воље у литератури постоје опречна мишљења.

Према владајућем схватању у модерној теорији, аутономија странака у међународном приватном праву значи да уговорне стране у уговору са страним елементом могу да изаберу меродавно право за свој уговор и да тиме одступе, не само од диспозитивних, него и од императивних норми права које би било меродавно да није тог избора. Оваква аутономија воље назива се колизионоправном, јер воља странака служи као тачка везивања у колизионој норми којом се бира меродавни правни поредак. Другим речима, изабрано право, *lex voluntatis*, имаће исти третман као и свако право које је постало меродавно посредством неке друге тачке везивања.¹⁹

Друго схватање заснива се на материјалноправној аутономији воље. Уколико би странке имале само материјалноправну аутономију воље, оне би својим избором меродавног права могле одступити једино од диспозитивних, не и од императивних, одредаба меродавног националног права. Такав избор меродавног права значио би просто инкорпорацију правила изабраног права у дати уговор, при чему би императивна правила

¹⁶ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, *Арбитража бр. 1/2000*, стр. 55.

¹⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 153.

¹⁸ М. Рочкомановић, Аутономија воље странака у уговору о продаји са елементом иностраности, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1974, стр. 340.

¹⁹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 378.

иначе меродавног права имала примат над сваким правилом инкорпорисаног права које би било у супротности с њима.²⁰

Колизионоправно схватање о аутономији воље странака преовладава данас у правима великог броја држава, јер одговара потребама развијеног промета робе и на најбољи начин задовољава захтев за правном сигурношћу. Материјалноправна концепција, није нашла места ни у законима, ни у пракси судова у свету (сем малих изузетака) будући да представља знатно ограничење страначке аутономије. У доктрини је, међутим, нашла своје поборнике, углавном међу неким старијим ауторима (Pillet, Niboyet, и др.), што је разумљиво када се зна да се у њихово доба аутономија воље појављивала као изузетан начин регулисања уговорних односа са елементом иностраности.²¹

Савремени развој правних извора међународне трговачке арбитраже показује да се све више признаје уговорним странама право избора не само државног права, него и недржавних правила. Тај избор има правни карактер избора меродавног права (колизионоправно упућивање), а не само карактер инкорпорације изабраних правила у уговор (материјалноправно упућивање).²²

3. Изричито и прећутно одређивање меродавног материјалног права

Избор меродавног материјалног права може бити учињен изричито и прећутно. Ова подела извршена је с обзиром на начин изражене воље уговорних страна поводом избора меродавног права за садржину њиховог уговора, јер између ситуације када у уговору постоји изричита клаузула о меродавном праву и одсуства било какве изјаве у том смислу, постоји широко поље суптилних нијанси, које појачавају неизвесност у погледу примене, односно одређивања меродавног права.²³

Арбитражна клаузула се често комбинује са клаузулом о меродавном материјалном праву. При томе, некад је реч о две посебне клаузуле, које у уговору најчешће стоје једна испод друге, а некад је меродавно право предвиђено у оквиру саме арбитражне клаузуле.

²⁰ М. Станивуковић, Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, *Право и привреда бр. 5-8/99*, стр. 424.

²¹ М. Рочкомановић, *op. cit.*, стр. 342-343.

²² М. Станивуковић, Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, стр. 425.

²³ М. Рочкомановић, *op. cit.*, стр. 346.

У тим оквирима, уговорне стране, на основу и у границама аутономије воље, предвиђају материјално право које ће се применити на њихов уговорни однос. Услед све веће сложености међународне трговине досадашња пракса закључивања арбитражних споразума у виду стандардних, једноставних клаузула, које се, углавном, свODE на формулацију „сваки спор који настане из уговора биће поверен арбитражном суду према правилима одређене арбитражне институције“ доведена је у питање, те би зато савремени арбитражни споразум требало да арбитражни поступак у што већој мери прилагоди садржини односа између страна и спору који је из њега настао или може настати.²⁴

Поред изричите аутономије воље када странке изричито одреде које ће право бити меродавно, теорија и пракса познају и прећутну аутономију воље. У овом случају реч је о прећутном избору, када странке нису изричито одредиле које ће право бити меродавно, али се из споразума види да су оне имале у виду једно право као меродавно, да су хтеле да се примени то право. Доказ такве неизречене, односно прећутно изражене воље, може бити околност да се странке у свом уговору позивају на законске одредбе из одређеног права или користе неке карактеристичне термине који су особеност неког одређеног права.²⁵ Важно је да индикације буду снажне и недвосмислене, да не пружају лако основа различитим интерпретацијама, јер основна одлика аутономије воље је у томе што отклања неизвесност око меродавног права, те не би имало много смисла и оправдања упустити се у истраживање таквог избора који пружа повода контроверзама и различитим интерпретацијама.²⁶

Проблем у вези са прећутним одређивањем меродавног материјалног права јесу различита тумачења која се могу негативно одразити на брзину и ефикасност арбитражног споразума. Због тога је од изузетног значаја да материјално право одреде саме странке у арбитражном споразуму.

У теорији арбитражног права концепт прећутног избора меродавног материјалног права наилази на оште критике. Отвара се низ питања, која се превасходно односе на моменат када индиције о прећутно изабраном праву треба да постоје, као и на категорије

²⁴ Д. Јанићијевић, Садржина арбитражног споразума – факултативни елементи као средство испољавања уговорне слободе, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 66, година LI, 2014, стр. 220.

²⁵ На то које меродавно право су хтеле уговорне стране могу указати и: избор језика на коме је написан уговор, избор арбитраже која ће решавати спор, коришћење типичних и специфичних термина из неког права, избор валуте којом ће се платити уговорна обавеза итд.

²⁶ Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 1990, стр. 248.

индиција које су релевантне за утврђивање прећутно изабраног права.²⁷ Да би се могло говорити о прећутном избору, прећутној аутономији воље, наговештаји о томе да су странке хтеле да једно одређено право буде меродавно, треба да буду јасни и несумњиви.²⁸

Поред изричите и прећутне, у литератури се помиње и хипотетичка аутономија воље. О њој је реч када суд у одсуству страначког избора или јасних и недвосмислених индиција које би указивале на такав избор, сам, на основу околности случаја, утврђује које право би уговорне стране желеле да се примени на њихов уговор „да су о томе мислиле“.²⁹ Не ради се о праву чију су примену странке хтеле, већ о праву за које би било логично да су га странке хтеле, те суд који истражује хипотетичку аутономију воље не полази уопште од воље странака, већ тражи право које је најлогичније, најчвршће везано са уговором. Стога можемо рећи да је поставка о хипотетичкој аутономији воље, као колизионо решење, у суштини идентично са принципом најтешње повезаности.³⁰ Ова „аутономија“ воље странака још у већој мери, него прећутна, уноси правну несигурност, јер суд не истражује такву вољу на основу околности у уговору или на основу понашања странака у току спора, него субјективно одређује које би право разумне странке изабрале.³¹ Све то је учинило да хипотетичка аутономија воље странака буде напуштена као принцип за одређивање меродавног права.

4. Временско ограничење избора меродавног права

Аутономија воље приликом избора меродавног права може се користити у свим фазама, и то како у току закључења уговора, тако и у току трајања, односно извршења уговора, као и у време настанка спора поводом уговора. Могуће је да уговорне стране, сагласношћу воља, измене свој претходни договор тако што ће променити меродавно право.³² Наведено решење предвиђено је и у члану 3 Римске конвенције о меродавном

²⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 154.

²⁸ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 248.

²⁹ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 141.

³⁰ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 248.

³¹ М. Јездичић, М. Пак, *Међународно приватно право III*, Београд, 1971, стр. 130.

³² М. Милосављевић, *Одређивање меродавног права за уговоре са страним елементом*, *CIVITAS*, број 5, ММХIII, стр. 211.

праву за уговорне обавезе³³ и гласи: „Уговорне стране могу се у свако доба споразумети да се уговор процењује према праву различитом од оног које је било меродавно. Промене које се односе на одређивање меродавног права, до којих је дошло након закључења уговора, не утичу на ваљаност уговора што се тиче његовог облика, као ни на права трећих“.

Најпрепоручљивије је да се стране, самим уговором којим је успостављен њихов материјалноправни однос, споразумеју у погледу материјалног права које ће се применити на решавање њиховог спора јер се на тај начин постиже свест о стабилности и предвидивости у овом односу, и истовремено штеде време, новац и енергија, који би били потребни за решавање овог изузетно важног питања у абијенту нарушених пословних односа, који постоји када је спор међу странама већ настао.³⁴ Уговорне стране међународне трансакције требало би да избор меродавног права учине приликом закључења главног уговора – у оквиру арбитражне клазуле, будући да је у погледу ових питања нарочито тешко постићи сагласност након настанка спора.³⁵ На овај начин омогућава се да странке од самог почетка тачно знају какав је њихов уговорни положај, каква је прецизна садржина њихових права и обавеза.

Требало би, такође, рећи да то не значи да је избор меродавног права након закључења уговора некористан. Избором меродавног права, макар и накнадним, отклања се неизвесност у погледу меродавних норми и стварају услови за лакше сагледавање и решавање насталих проблема. Али до оваквих споразума неће често доћи, јер након што је међу њима настао спор, странке већ знају које право им иде, а које им не иде у прилог, те се неће лако сагласити око меродавног права.³⁶

Стране би се требало изричито и унапред одредити за одређено материјално право, јер у случају да избор врши сам арбитражни суд, странка која је незадовољна овим избором неће имати много могућности да га оспори.³⁷

³³ Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе доступна на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41980A0934>, преузето дана 02.06.2018. год.

³⁴ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 152.

³⁵ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 91.

³⁶ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 247.

³⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 153.

5. Конекситет

Странке уживају широку аутономију приликом одређивања процесног оквира у коме ће се арбитража одвијати. Међутим, аутономија странака да одреде материјалноправни оквир спора још је шира. Странке су при томе слободне да изаберу било које право, без обзира на то која је и каква веза тог права са конкретним односом, без тзв. услова конекситета.³⁸

Избор права које није повезано са уговорним односом је веома често резултат настојања да се изабере једно неутрално право, чији избор не би значио уступак ни за једну ни за другу страну и не би засецао у престиж странака. Можемо рећи да не постоје довољно јаки разлози који би оправдали услов конекситета. Са једне стране, чињеница да постоји нека повезаност између правног односа и одређене државе не гарантује да ће право те државе бити адекватније за решавање уговорног односа. Са друге стране, постојање везе између једног суверенитета и датог уговорног односа није увек јасно манифестовано и не постоје увек јасни критеријуми за њено утврђивање, што може дати повода новим компликацијама и повећаној правној несигурности.³⁹

³⁸ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 136-137.

³⁹ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 246.

II ИЗБОР ПРАВА И ПРАВНИХ ПРАВИЛА

Велики број модерних арбитражних закона и правилника избор станака више не ограничава на право, већ им дозвољава да одреде меродавна материјална правила (rules of law). Модел закон UNCITRAL-а⁴⁰ уместо „избора права“ користи формулацију „избор правних правила“ и на тај начин шири обим могућности које су странкама на располагању приликом одређивања права меродавног за меритум спора. Члан 50 став 1 Закона о арбитражи⁴¹ и члан 42 став 1 Правилника о сталној арбитражи при Привредној комори Србије⁴² изричито предвиђају да странке могу уговорити како примену права, тако и примену материјалних правила, те странке имају на располагању најшири могући избор. Оваква могућност предвиђена је и чланом 35 став 1 Арбитражних правила UNCITRAL-а.⁴³

С једне стране, странке имају могућност да изаберу право неке државе као меродавно (нпр. право Швајцарске, Немачке, Србије итд.) и подведу однос под целокупни, заокружени, национални систем прописа. С друге стране, странке могу изабрати не право, већ правила, као део националног права, или правила међународног или недржавног карактера (нпр. швајцарски Закон о облигационим односима, Конвенција UN о међународној продаји робе – Бечка конвенција, UNIDORIT Начела међународних трговачких уговора итд.).⁴⁴

Уговорне стране имају могућност да изаберу недржавна правила као меродавно право за свој уговор. Неки то називају уговор без закона (le contrat sans lois), али теоретичари који се баве овом проблематиком инсистирају на томе да се не ради о уговору који би био изузет од примене било којих правила, већ само о томе да та правила не морају бити државног карактера.⁴⁵ И поред очигледних разлика које још увек постоје у погледу овог питања међу теоретичарима и националним законима, избор ненационалних правила ће, све чешће у пракси, бити признат и подржан пред арбитражом, а одредбе које

⁴⁰ Модел закон UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи доступан на: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, преузето дана 02.06.2018. год.

⁴¹ Закон о арбитражи РС, Службени гласник РС, бр. 46/2006

⁴² Правилник о сталној арбитражи при Привредној комори Србије, Службени гласник РС, бр. 101/2016

⁴³ Правила UNCITRAL-а о арбитражи (Арбитражна правила) доступна на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>, преузето дана 02.06.2018. год.

⁴⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *op .cit.*, стр. 137.

⁴⁵ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 59.

дозвљавају интернационализацију уговора препознаћемо по томе што више не говоре (само) о избору меродавног „права“, већ и о избору меродавних „правних правила“.⁴⁶

1. Пример из праксе: Споразум странака о примени права на решење спора

Када домаћи арбитражни суд поступа као међународна арбитража, зато што су странке у време закључења споразума о арбитражи имале пословна седишта у различитим државама, странке се могу споразумети да се на решење спора примени како страном, тако и домаће право.

Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 1619/2015(1) од 21.12.2015. године: *„Према чл. 32 ст. 2 Закона о арбитражи ако је арбитража међународна, а што је конкретно случај, странке се могу споразумети да се на арбитражни поступак примени страном право у складу са одредбама Закона о арбитражи, из чега произилази да странке имају право и да се договоре о примени домаћег права. У конкретном случају, сходно чл. 8 Уговора о продаји акција од 03.06.2008. године парничне странке су предвиделе да се у случају спора примењују закони Републике Србије и арбитражна одлука чији се поништај тражи заснована је на примени домаћег права. Имајући у виду наведено може се закључити да је Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, иако је поступала као међународна арбитража, спорну арбитражну одлуку донела применом материјалног права Републике Србије, сходно споразуму странака“*.⁴⁷

2. Lex mercatoria

Међународни арбитражни судови су, за разлику од националних судова, показали интерес да се постепено одбацују принуде и баријере нормативности међународног приватног права.⁴⁸ Данас у свету преовладава схватање да странке могу да изаберу lex mercatoria као меродавно право које ће се применити на меритум спора. Странке ово могу да учине изричито упућивањем на примену општих правних принципа, општих правних

⁴⁶ *Ibid.*, стр. 61.

⁴⁷ Преузето са правне базе Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. год.

⁴⁸ Е. Mamela, UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora i njihova primjena u praksi, *ANALI Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, стр. 92.

принципа међународног трговинског права, применом арбитражне праксе, применом правних принципа заједничких неколицини или, пак, већини националних правних система, или навођењем да се на меритум спора има применити *lex mercatoria*. Утврђивање прећутне или хипотетичке воље странака за применом транснационалних правила је искључено.⁴⁹ Одлучивање путем ослона на *lex mercatoria* тежи ка еманципацији од националних права, али се при том ствара једна алтернатива националним облигационим и привредним правима, у чијем процесу разраде и афирмације међународне трговинске арбитраже имају значајну улогу. Јављају се контуре једног јединственог права међународне трговине, у чијој разради учествују све више и саме државе, и које, према томе, није дијаметрално супротстављено националним правима.⁵⁰

Јединствена дефиниција за *lex mercatoria* никада није дата.⁵¹ Такође, за *lex mercatoria* не постоји чак ни јединствена терминологија. Чини се да је уместо *lex mercatoria* прихватљивији термин „транснационална правна правила“ или, пак, „општи принципи међународног трговинског права“, који имплицирају да су ова правила укорењена у националним правним системима, као и да између *lex mercatoria* и националног права не постоји антагонизам, већ комплементарност. То заправо значи да неадекватност националног права за решавање спорова насталих из међународне трговине може да се премости не применом *lex mercatoria* као независног транснационалног правног система, већ применом *lex mercatoria* као корпуса правних правила која припадају различитим правним системима.⁵²

Шта се подразумева под *lex mercatoria* варира од аутора до аутора. Сматра се да овај појам почива на три стуба. Први чине међународне конвенције које се односе на међународну трговину, други „аутономно“ трговинско право, односно међународни трговински обичаји, дакле оно право код којег законодавац није држава, већ разна

⁴⁹ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 128.

⁵⁰ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 601-602.

⁵¹ На питање шта се подразумева под *lex mercatoria*, постоји онолико одговора колико има заговорника *lex mercatoria*. Долази до упућивања на различите и несистематизоване правне изворе из којих правна правила *lex mercatoria* потичу. Као правни извори наводе се уговор, међународни трговински обичаји, међународни уговори и споразуми, општи правни принципи, као што су *pacta sunt servanda*, *culpa in contrahendo*, *clausula rebus sic stantibus* и сл, те стандардни уговори међународних организација и објављене арбитражне одлуке.

⁵² А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 120-121.

недржавна тела и организације (општи услови пословања, типски уговори, INCOTERMS, једнообразна правила МТК и сл.), а трећи општа правна начела.⁵³

Арбитри су дужни да утврде праву вољу странака, али то понекад неће бити једноставно, јер се ова правила налазе по разним међународним изворима. Посебно деликатна мисија арбитра је у тиме што поштујући вољу странака арбитри морају да утврде које међународне трговинске обичаје и правне принципе ће као адекватне применити у конкретном спору.⁵⁴ Арбитри у случају примене *lex mercatoria* могу да поступају као изумитељи, а могу такође да користе своју слободу тако што ће међу правним правилима која потенцијално конкуришу за примену изабрати оно које је боље, што судови нису овлашћени да чине. Уколико је уговорена нека од клаузула којима се уговор интернационализује, треба се посебно припремати за евентуални спор вођењем комплетне и детаљне документације о току извршења уговора, с обзиром на неизвесност о томе која ће правила у крајњој линији бити детерминативна.⁵⁵ Претпоставка је у таквим случајевима да ће одлука у спору највише зависити од чињеничног стања и уверљивости доказа, а не од примене правних норми.

Постоје две ситуације у којима арбитри примењују *lex mercatoria*.

Прва подразумева случај када уговорне стране не желе или не могу да се договоре да свој уговор подвргну било којем националном (државном) праву. Тада се често уговара примена општих правних начела, или општих начела међународног права, или обичајног међународног трговинског права, *lex mercatoria*, и слично. Недефинисаност овог концепта је основна мана избора *lex mercatoria* као меродавног права за уговор, због које се такав избор ретко чини у уговорима између приватних лица, јер онемогућава уговорним странама да са сигурношћу предвиде своја права и обавезе. Случај када уговорне стране уговоре примену општих правних начела или *lex mercatoria* на свој уговор треба разликовати од случаја када уговорне стране нису уопште изабрале меродавно право. Има арбитражних одлука у којима се одсуство избора, заједно са чињеницом да се ради о трговинском уговору са међународним обележјем, тумачи као намера странака да изузму

⁵³ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 65.

⁵⁴ А. Радманов, *op. cit.*, стр. 583.

⁵⁵ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 65.

свој уговор од примене било којег државног (националног) права, односно да га подвргну *lex mercatoria* (претпоставка о „негативном избору права“).⁵⁶

Друга ситуација је она у којој се *lex mercatoria* примењује по иницијативи самих арбитра, онда када странке пропусте да одреде меродавно право. Оваква примена је могућа само када правилник или арбитражни закон допушта најшири могући избор *voie directe*, дакле одабир и права и правила које арбитраи сматрају прикладним.⁵⁷

Неспорно је да *lex mercatoria* не представља целовит и компактан правни систем, већ да је, напротив, овај корпус правних правила пун правних празнина. На питање како би се ове правне празнине попуњавале, заговорници *lex mercatoria* се позивају на праксу међународних трговинских арбитража, које истовремено и примењују и креирају право.⁵⁸

3. Цепанье уговора (*dépeçage*)

Према Модел закону UNCITRAL-а аутономија воље странака подразумева и могућност избора правних правила више од једног правног система, као и примену правила већег броја међународних конвенција. Слобода страна да изабере правила која потичу из већег броја правних система слична је институцији *dépeçage* француског права, која подразумева сегрегацију различитих питања ради њиховог решавања према одредбама различитих материјалних права.⁵⁹ Цепанье уговора је широко прихваћено и у националним системима међународног приватног права и међународним конвенцијама, а тим пре у пракси међународних трговинских арбитража.

Уговорне стране могу предвидети примену више права на свој уговор. Један вид оваквог избора јесте класично цепанье уговора при чему ће поједина питања уговора бити подвргнута једном, а остала другом праву. Други вид избора је комбинација једног националног права (обично права државе која је уједно и уговорна страна у датом уговору) и општих начела међународног права или општих правних начела. У том случају начела делују као коректив националног права који се може применити на било који аспект уговора уколико би национално законодавство у том домену одступало од

⁵⁶ М. Станивуковић, Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, стр. 429-430.

⁵⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 143.

⁵⁸ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 124.

⁵⁹ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 127.

минималних стандарда усвојених на међународном нивоу. Трећи вид јесте уговарање паралелне примене више националних правних система, односно примене правила која су тим системима заједничка. Оваква клаузула, односно метод изналажења меродавних правила, назива се „*trunc commun*“ (заједничко стабло) и изискује упоредноправна истраживања од стране арбитра, а тиме и додатне трошкове, у циљу утврђивања која су начела заиста заједничка за оба уговорена правна система.⁶⁰

С друге стране, цепање уговора може се јавити: као велико цепање, када се разна права примењују на поједине фазе уговора, од његовог рођења до смрти (вертикално цепање) и као мало цепање, када се једно право везује за права и обавезе једног сауговорача, а друго за права и обавезе другог (хоризонтално цепање). Могуће је говорити и о проблемском цепању, када се различита права примењују на поједина уговорна питања.⁶¹

Странке могу утицати на примену више права на исти уговор било на тај начин што би изабрале различита права у погледу различитих делова уговора, било тако што би изабрале једно право које не покрива сва питања, чиме се отвара могућност да се у погледу осталих питања примени неко друго право.⁶²

Постоји више теорија о цепању уговора.

Према једном мишљењу, на тај начин се разбија једна целина и ствара се несигурност и непредвидљивост, а такође, указује се на то да се може искривити смисао оба права, ако се делови два различита права примењују на разна питања у вези са истим правним односом.⁶³ У доктрини, присталице нецепања уговора, односно примене само једног права и ограничавање избора на једно право за део уговор без обзира о којим се дејствима ради, ово своје мишљење најчешће правдају потребом за равнотежом уговора, правном сигурношћу, здравим разумом, односно избегавањем немогућих ситуација.⁶⁴ Основни приговор који се ставља цепању уговора састоји се у тврдњи да је уговор економско и правно јединство, које се нарушава уколико се на њега примени више права, губи се његова равнотежа.⁶⁵

⁶⁰ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 63-64.

⁶¹ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 401.

⁶² Т. Варади, *op. cit.*, стр. 257.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ М. Пак, *op. cit.*, стр. 126.

⁶⁵ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 401.

Према другом мишљењу, истиче се да је *dérecage* природна појава, не само код уговора, него и шире, јер се односи који имају значајне контакте са више правних система не могу адекватно регулисати са нормама само једног права.⁶⁶ Констатација поборника цепања уговора је да, уколико равнотежа уговора постоји, по дефиницији, само уколико се једно право примењује на њега, онда су уговори са страним елементом одавно неуравнотежени, јер се процесно право, код ових уговора, често разликује од материјалног, а и различита се права примењују на питања форме и садржине трансакција.⁶⁷

Примена више права на уговор је познати проблем у међународном приватном праву. За ову појаву најчешће се користи немачки израз *spaltung* или француски термин *dérecage*. Реч *dérecage* често користе и аутори који пишу на енглеском. Затим, користи се и француски термин *morcellement* и енглески израз *choosing and picking*. Код нас се највише користи израз цепање уговора.

4. Одлучивање *ex aequo et bono* или као *amiable compositeur*

Једна од разлика између арбитраже и парнице је у томе што су арбитри у мањој мери везани строгим правним правилима и чешће имају могућност да се приликом одлучивања у законом постављеним оквирима, ослањају на принцип правичности.⁶⁸ Готово сви арбитражни закони и институционални правилници омогућавају да се уговори решавање по правичности.

Богато искуство примене арбитраже у развијенијим правним системима резултирало је разрадом два посебна вида конкретизације принципа правичности - *amiable compositeur* и *ex aequo et bono*.⁶⁹ Арбитри који одлучују као *amiable compositeur* могу одступати од правних правила само када би решавање спора уз њихову ригидну примену довело до очигледно неправичних резултата. Арбитрама који поступају као *amiable compositeur* није дозвољено да занемаре основне процесне принципе, нити да игноришу императивне прописе материјалног права и јавни поредак државе форума. Са друге

⁶⁶ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 257.

⁶⁷ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 401.

⁶⁸ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 8.

⁶⁹ Израз *amiable compositeur* се често користи и као синоним за *ex aequo et bono*, али има аутора који повлаче и одређене разлике између два концепта.

стране, арбитри који одлучују *ex aequo et bono* имају незнатно ширу дискрецију услед тога им је на располагању могућност да занемаре и императивне одредбе материјалног права у циљу долажења до правичног исхода арбитраже.⁷⁰

Члан 28 став 3 Модел закона UNCITRAL-а омогућује да странке овласте арбитражни суд да спор реши *ex aequo et bono* или као *amiable compositeur* и захтева изричито овлашћење странака. Дакле, овлашћење да се одлучи *ex aequo et bono* или као *amiable compositeur* готово увек мора бити изричито уговорено и арбитри никако не смеју приступити оваквом начину решавања спорова по сопственој иницијативи. Ретки су арбитражни закони (попут еквадорског) или институционални правилници (попут правилника CIETAC) у којима се одлучивање по правичности подразумева као редовна варијанта, а странкама оставља могућност да од тога одступе и уговоре решавање спора по праву, а не по правичности.⁷¹

Закон о арбитражи у члану 49 став 2, такође, предвиђа да арбитражни суд може да донесе одлуку на основу правде и правичности (*ex aequo et bono, amiable compositeur*) само ако су се странке о томе изричито споразумеле. Исто решење предвиђено је и Арбитражним правилима UNCITRAL-а, као и Правилником о сталној арбитражи при Привредној комори Србије.

Јединствени одговор на питање шта заправо значи одлучивање по правичности и који је његов домашај, односно границе, не постоји. Одлучивање по правичности најчешће се одређује негативно, и то као ослобођење арбитра од обавезе да примени правне норме иначе меродавног права. Циљ је да се еластичнијом применом апстрактних правних норми конкретан спор правично реши.⁷² Сматрамо да арбитри који одлучују *ex aequo et bono* не могу да донесу одлуку којом би се мењала правна природа уговора, нити би, пак, могли да мењају садржину битних елемената уговора, с обзиром на чињеницу да би тада довели у питање сам његов опстанак.⁷³

Постоји више схватања када је реч о одлучивању по правичности.

Према једном схватању, одлучивање по правичности значи другачију хијерархију фактора одлучивања. Већи значај придаје се техничким, психолошким и пословним

⁷⁰ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 9-10.

⁷¹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 138.

⁷² А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 187.

⁷³ *Ibid.*, стр. 188.

аспектима спора, док правна правила губе на важности, нарочито одредбе формалистичког карактера.

Према другом схватању, одлучивање по правичности и даље значи да се претходно одређује меродавно право, али се из тако одређеног меродавног права не примењују оне норме које би по оцени арбитра једну од страна ставиле у тежак или непримерен положај.

Према трећем схватању, одлучивање по правичности представља одлучивање по општим правним принципима.⁷⁴

Приликом одлучивања по правичности могу да се јаве проблеми у вези са питањем прекорачења границе инвестиране арбитра који могу бити повод за подношење тужбе за поништај арбитражне одлуке и разлози да се одбије њено признање и извршење. Све ово говори у прилог да је целисходније да странке решавање спора подвргну примени права, а не практично тешко одредивим апстрактним правним принципима без конкретне садржине.⁷⁵

5. Одредбе уговора и трговински обичаји

Одлучивање по правичности не значи и потпуно одрешене руке у занемаривању или чак прекрајању уговорних обавеза странака. Чак и када одлучују по правичности, арбитраи су дужни да воде рачуна, односно примене одредбе уговора и трговинске обичаје.⁷⁶

Члан 28 став 4 Модел закона UNCITRAL-а наглашава да арбитражни суд у свим случајевима одлучује у складу са одредбама уговора. Арбитар треба да нађе начин да помири одредбе уговора са добром вером приликом његовог извршења и овим се може ублажити стриктност вршења права из уговора, али се не може супстанцијално мењати уговор нити се из њега могу избацивати поједине одредбе.⁷⁷

Члан 28 став 4 Модел закона UNCITRAL-а прописује да ће арбитражни суд у сваком случају (дакле и онда када су странке саме изабрале меродавно право) узети у обзир и трговачке обичаје који су меродавни за предметну трансакцију. Ако су одредбе

⁷⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 138-139.

⁷⁵ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 189.

⁷⁶ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 139.

⁷⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 158.

изабраног права у нескладу са међународним обичајем арбитража му може дати превагу.⁷⁸ Из цитиране одредбе је јасно да је арбитражни трибунал дужан да примени трговачке обичаје који су меродавни за трансакцију из које је настао спор, осим у случају када су странке уговорно искључиле њихову примену.⁷⁹

Постоји шире и уже тумачење појма „међународни трговински обичаји“. По ужем схватању под овај појам подводи се искључиво пословна пракса која је уобичајена у одређеном пословном сектору, док по ширем схватању овај појам обухвата и правна правила која су изведена упоредноправним проучавањем националних трговачких права и међународних извора посвећених овој материји, односно општа правна начела. Прихватање ширег схватања се не препоручује и истиче се да је оно дошло до изражаја у веома малом броју арбитражних одлука. Уколико се прихвати шире схватање, то би значило да сваки избор националног права који уговорне стране учине, може бити коригован по нахођењу арбитра применом *lex mercatoria* чиме би било угрожено основно правило о примату аутономије воље.⁸⁰

6. Узвраћање и упућивање (*renvoi*)

Већина прописа предвиђа да избор неког националног правног система искључује *renvoi*. Чак и када таквог решења нема изричито, *renvoi* не треба примењивати у случају да су странке изабрале меродавно право.⁸¹

Ако је нејасно на која правила упућује одредба уговора у којој је садржано одређење странака за право које се има применити на решавање спора, према Модел закону UNCITRAL-а, као и према нашем Закону о арбитражи, сматраће се да она директно упућује на материјално право те државе, а не њена правила о сукобу закона.⁸²

Члан 50 став 2 Закона о арбитражи предвиђа да ће се свако упућивање на право одређене државе тумачити као непосредно упућивање на материјално право те државе, а

⁷⁸ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 68.

⁷⁹ Т. Дескоски, *op. cit.*, стр. 302.

⁸⁰ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 68.

⁸¹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 137.

⁸² Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 161.

не на њене колизионе норме, осим ако нешто друго није изричито предвиђено споразумом странака.

Упућивање на материјална, а не колизиона правила изабраног права одговара разумним очекивањима странака. Када уговорне стране изаберу право неке државе, оне то не чине са намером да због примене колизионих правила те државе буде меродавно неко друго материјално право, него да се примењују материјалне норме управо оног права које је изабрано.⁸³

Идентична или слична правила садрже скоро сва савремена национална законодавства, укључујући и она која нису утемељена на UNCITRAL Модел закону.

7. Интертемпорални сукоб закона

Право држава је подложно променама током одређених временских интервала. Један од ризика са којим се стране суочавају приликом избора меродавног права за одређени уговор је промена садржине изабраног права, односно интртемпорални сукоб закона. Бирајући право неке државе, уговорне стране подвргавају свој уговорни однос њеном правном поретку као целини, уважавајући да се тај поредак може током трајања уговора и изменити. Избором меродавног права уговорне стране не инкорпорирају садржај изабраног права у свој уговор, него уговор подвргавају изабраном правном поретку.⁸⁴

Од опредељења за једну или другу колизиону норму зависи које ће право бити меродавно, што може утицати и на сам исход спора. Значајну помоћ у овом случају пружају национални законодавци изричитим регулисањем подручја примене закона у времену (*ratione temporis*). Правила о томе обично су садржана на крају законског текста, у делу који носи назив Прелазне и завршне одредбе. Уколико помоћ законодавца изостане, мора се прибећи тумачењу општих начела унутрашњег транзиторног права и њиховом прилагођавању односима са иностраним елементом.⁸⁵

За превазилажење овог проблема у трговачкој пракси су развијене тзв. „стабилизационе клаузуле“ (*freezing clauses*) којима се предвиђа да ће се изабрано право

⁸³ D. A. Babić, Опће уређење странаčkog избора мјеродавног права према Уредби (EZ) 593/2008 о праву мјеродавном за уговорне обавезе („RIM I“), *ZPR 5 (3) 2016*, стр. 281.

⁸⁴ *Ibid.*, стр. 280.

⁸⁵ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 305.

примењивати са садржином каквом је имало у датом тренутку. Ове клаузуле најчешће се јављају код уговора у којима је једна од страна држава или правно лице јавног права. У овим уговорима држава по правилу инсистира да њено право буде изабрано као меродавно право за уговор, те када је реч о дугорочним уговорима, друга страна може имати потребу да заштити своја права у уговору, посебно од социјалних, политичких или економских промена које могу да доведу до промене изабраног законодавства. Циљ је да се спречи држава да путем промене свог права доведе до промене уговорних одредби у уговору у којем је и она странка.⁸⁶ Међутим, како странке својом диспозицијом не могу утицати на примену интертемпоралних норми, такве клаузуле немају колизијскоправни, него само материјалноправни учинак - садржај изабраног права примењује се дакле као део уговора у мери у којој то допушта меродавно право.⁸⁷

У арбитражној пракси познат је случаји „Техасо“⁸⁸ у којем је арбитража прогласила ништавим Акт за национализацију нафтних поља у Либији, који је донела Либијска влада и поред предвиђене стабилизационе клаузуле. Ипак, важно је напоменути да стабилизационе клаузуле не обезбеђују увек ефикасну заштиту недржавном субјекту у уговору са одређеном државом. У случају „Liamco“⁸⁹, са чињеницама који су биле скоро идентичне онима у случају „Техасо“, арбитар појединац није утврдио да је Владин Акт о национализацији нафтних поља у супротности са стабилизационом клаузулом у Уговору о концесији. По његовом схватању, национализација је легитимна мера суверене власти уколико је прослеђена са праведним обештећењем.⁹⁰

8. Сазнање меродавног права

Страно право се у нашем систему међународног приватног права схвата као право, а не као чињеница на коју би странке биле дужне да се позову или да је докажу. Када колизиона норма указује на страно право, суд или други надлежни орган треба по

⁸⁶ Т. Дескоски, *op. cit.*, стр. 299.

⁸⁷ D. A. Babić, *op. cit.*, стр. 280.

⁸⁸ Texas Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (Texaco) v The Government of the Libyan Arab Republic, (1978) 17 International Legal Materials, 3.

⁸⁹ Libyan American Oil Company (Liamco) v Socialist Peoples Libyan Arab Yamahiria, formerly Libyan Arab Republic (1981), 20 International Legal Materials, 1.

⁹⁰ Т. Дескоски, *op. cit.*, стр. 299.

службеној дужности да утврди садржину страног права.⁹¹ Међутим, како се не може унапред знати које право ће бити меродавно, то се не може ни очекивати од суда да познаје правне норме других држава које би потенцијално могле да се примене на одређено питање. Због тога када је у питању страно право не важи апсолутно претпоставка да суд познаје право (*iura novit curia*) и суду може бити потребна помоћ у утврђивању садржине страног права.⁹²

У земљама континенталног система суд може затражити помоћ од странака, консултовати експерте и одговарајуће државне институције, али с обзиром на то да је и страно право право, на суду је да га зна, односно сазна. Међутим, у земљама *common law*-а, али и у неким земљама континенталног права, страно право се третира као чињеница, те се од странке која се позива на неку одредбу страног права очекује да постојање исте и докаже.⁹³

Јасно је да се суд при утврђивању садржаја страног права суочава с многобројним препрекама. Утврђивање садржаја неких страних правних поредака може бити веома тешко, изискивати много времена и узроковати велике трошкове. Тумачење и попуњивање празнина на које се наишло у страном праву сигурно је повезано с великим ризиком. То су све објективне потешкоће с којима се може суочити суд у извршењу своје дужности да утврди садржај страног права и да то страно право примени.

Када је реч о арбитражи, иако арбитража обавља функцију судовања, она није суд и за њу не може аутоматски да важи максима *iura novit curia*. Пред арбитражом је терет сазнавања страног права равномерније распоређен, те се у пракси развио „хибридни метод“ сазнавања, као нека врста мешавине претходно наведених основних система. Странке подносе трибуналу на увид све доказе о садржају и дејству прописа на које се позивају, укључујући и мишљења експерата које ангажују за ту прилику, а арбитражи сами предузимају кораке да сазнају садржину прописа на које се странке позивају – проверавају кредибилитет навода, укључујући и експертска мишљења, а по потреби траже и неопходне додатне информације. Од значаја би посебно могло бити и знање члана трибунала који долази из земље чије је право меродавно.⁹⁴

⁹¹ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2010, стр. 302-303.

⁹² *Ibid.*, стр. 304.

⁹³ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 146.

⁹⁴ *Ibid.*, стр. 146-147.

Што се тиче националних закона и правилника арбитражних институција, готово нигде се не може наћи било каква одредба која би уређивала питање сазнања права пред арбитражом.

III ОГРАНИЧЕЊА У ПРИМЕНИ МЕРОДАВНОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА

Странке су слободне да обликују арбитражу прама свом нахођењу, али та слобода није неограничена.⁹⁵ Начело аутономије воље важи, уз већа или мања ограничења, у свим системима грађанског, посебно облигационог и привредног права, у свету, па и у нашем. Странке слободно одлучују да ли ће да закључе уговор и одређују његову садржину.⁹⁶ Слобода уговарања подразумева и право странка да слободно изаберу право које ће бити меродавно за њихов уговор и арбитри су дужни да примене право за које су се странке определиле. Међутим ова слобода донекле је ограничена. Границе у којима странке могу да се користе аутономијом воље често су дискутоване у међународном приватном праву.

Можемо рећи да се утврђењем и применом меродавног материјалног права посао арбитра не окончава. У вези са тим, поставља се питање које су границе у примени меродавног материјалног права. Има их две: прва се односи на норме непосредне примене, а друга на примену установе јавног поретка којом се отклања примена норми иначе меродавног права.⁹⁷

1. Норме непосредне примене

Појам норми непосредне примене подразумева поделу императивних норми које се примењују на уговоре на две групе – оне које су императивне само када је реч о унутрашњем поретку и оне које су императивне у односима са иностраним елементом. Прву чине императивне норме облигационог права од којих странке не могу да одступе у чисто домаћем контексту, али могу ако се ради о уговору са страним елементом (нпр. норме о застарелости потраживања). Другу групу чине одредбе садржане у принудним прописима привредно-административног типа којима држава регулише трговину и уговор као њен основни инструмент (нпр. девизни прописи, прописи о контроли спољне политике, о забрани нелојалне конкуренције и монополистичких споразума, о забрани трговине са одређеним земљама, о забрани располагања одређеним стварима итд.). За ову

⁹⁵ *Ibid.*, стр. 38.

⁹⁶ М. Станивуковић, Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, стр. 424.

⁹⁷ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 149.

другу групу императивних норми карактеристично је то да држава прописује њихову примену на одређени круг уговорних трансакција, без обзира на то које је (облигационо) право меродавно за уговор.⁹⁸

Ова друга врста норми је у нашој теорији названа нормама непосредне примене, што је, у ствари, превод изворног француског термина *lois d'application immédiate*. Странке, дакле, не би могле својим избором меродавног права или меродавних правила, да избегну примену оваквих норми.⁹⁹

Норме непосредне примене су у контексту међународног приватног права и посредног начина регулисања односа са елементом иностраности норми чија је примена независна од колизионе технике. То су норми које се примењују у односима са елементом иностраности, али мимо основног инструмента који у тим односима одређује меродавно право право, тј. мимо колизионе норми. У том погледу постоји несумњива сличност између норми непосредне примене и јавног поретка.¹⁰⁰ Међутим, између ових установа постоје и значајне разлике.

Норме непосредне примене могу, али и не морају да буду саставни део јавног поретка државе чије је право у питању. Према схватању које је прихваћено у међународном приватном праву већине развијених држава, јавни поредак обухвата само основна правна и морална начела и вредности датог друштва и државе. Установа јавног поретка има карактер изузетка, треба је уско тумачити и њена садржина не може се поистоветити са свим императивним нормама које важе у једној држави.¹⁰¹ Клаузула јавног поретка обично се користи за заштиту фундаменталних вредности, док се на норми непосредне примене позива ради заштите економских и политичких интереса земље у делу који се тиче међународног приватног права.¹⁰² С друге стране, до интервенције јавног поретка долази након што је утврђено да је меродавно право одређене стране државе, док се норми непосредне примене примењују мимо, тј. без претходне консултације колизионих норми.¹⁰³

⁹⁸ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 385.

⁹⁹ М. Станивуковић, *Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом*, стр. 426.

¹⁰⁰ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 166.

¹⁰¹ М. Станивуковић, *Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом*, стр. 428, фуснота 18.

¹⁰² М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 389.

¹⁰³ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 166.

Могућност примене *lois d'application immédiate* зависи првенствено од тога којем теоријском схватању ће се приклонити арбитражни суд: теорији седишта арбитраже, или, пак, теорији делокализације. У оквиру првог схватања арбитражни суд има свој *lex fori*, а у другом га нема.

У случају да арбитража сматра да има *lex fori*, односно полазно колизионо право, примениће норме непосредне примене онако како то важи и за примену ових норми пред редовним судовима. Арбитражни суд би најпре морао водити рачуна о нормама непосредне примене *lex loci arbitri*, односно *lex arbitri*, затим о јавноправним нормама *lex cause*, те, најзад, о *lois d'application immédiate* треће заинтересоване земље. До ког степена ће у овој лествици да дође арбитражни трибунал зависи од решења полазног колизионог права.¹⁰⁴

Када је реч о теорији да арбитража нема свој *lex fori* у смислу међународног приватног права, да би је доследно спровели, њени заступници су морали да оживе идеју о постојању „међународног јавног поретка“ као транснационалног правног стандарда. Када су у питању норме непосредне примене за делокализовану арбитражу се могу јавити само две ситуације - да су норме непосредне примене део изабраног права, у ком случају ће бити примењене, осим ако нису у супротности са „међународним јавним поретком“, или да су део права неке треће државе (јер је за делокализовану арбитражу и право државе у којој заседа у том смислу право треће државе). У којој ће мери ће, у другом случају, арбитража бити склона да призна легитимност интереса државе која је поставила ограничење својим унутрашњим правом, односно нормама непосредне примене садржаним у њему, зависиће од карактера самог ограничења и од јачине везе између дате државе и конкретног правног односа. Карактер ограничења подразумева то да се испитује да ли је интерес који се њиме штити у складу са „међународним јавним поретком“, односно да ли одговара стандардима који су прихваћени од стране већег дела међународне заједнице.¹⁰⁵ У супротном би могло доћи до апсурдних ситуација - избор права створио би окружење где би се пред арбитражом решавали спорови из правних послова (нпр.

¹⁰⁴ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 156.

¹⁰⁵ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 67.

картелских споразума) који су јасно забрањени у свим земљама које су са спором у блиској вези.¹⁰⁶

Ситуација је нешто другачија када странке не учине избор меродаваног права, а арбитри имају овлашћење да одреде меродавно право или правила. У том случају, како нема избора странака који би спутавао арбитре, примена норми непосредне примене зависиће од њихове природе, циља, као и последица до којих би довела њихова примена, односно непримена.¹⁰⁷

2. Јавни поредак

Као препрека примени оног материјалног права за које су се странке определиле може се наћи принцип поштовања јавног поретка. Овај институт многи судови третирају као последњу линију одбране правичности и једнакости у међународном систему решавања спорова.¹⁰⁸

Основни недостатак установе јавног поретка је у томе, што се ни у законодавствима, ни у теорији, нити у пракси нису оформили јасни показатељи, нити су јасно опредељене претпоставке за примену те установе. Постигнути су извесни резултати у отклањању неких дилема, међутим, установа јавног поретка остаје још увек извор повећане несигурности и потенцијалних злоупотреба.¹⁰⁹ Под јавним поретком у међународном приватном праву подразумевају се основне вредности и начела домаћег правног система које је неопходно заштитити приликом контаката са страним меродавним правом.¹¹⁰ Појам јавног поретка може обухватити и императивне норме, чија је важност толика да се од њих не може уступити чак ни када је реч о споровима са иностраним елементом.¹¹¹

Основи проблем који се овде јавља јесте тај да није сасвим јасно чији је јавни поредак релевантан у поступку одлучивања пред арбитражом.

¹⁰⁶ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 145.

¹⁰⁷ *Ibid.*, стр. 145-146.

¹⁰⁸ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 192.

¹⁰⁹ Т. Варади, *op. cit.*, стр. 87.

¹¹⁰ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2010, стр. 344.

¹¹¹ М. Станивуковић, *Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом*, стр. 426.

У оним земљама, или пред оним арбитражама које имају свој форум, узеће се у обзир јавни поредак оног права на које буду упутиле колизионе норме земље форума, те јавни поредак *lex arbitri*, из прагматичних разлога, како би се избегла могућност поништаја арбитражне одлуке. То значи да овде не би било разлике између делатности арбитраже и државног суда. Међутим, проблем се компликује уколико се пође од схватања да арбитража нема свој *lex fori*, а које преовладава у доктрини и арбитражној пракси. Овде се поставља питање извора јавног поретка: да ли се ради о националним правним системима, једном или, пак, више њих, која су за арбитра сва страна, или извор јавног поретка треба да се потражи на другом месту које би институту обезбедило универзални карактер.¹¹²

Арбитража је дужна да примени *lex contractus* у целости, дакле, и његове норме које чине саставни део јавног поретка.¹¹³ Практични разлози налажу узимање у обзир јавног поретка земље седишта, с обзиром на то да судови земље седишта касније врше контролу одлуке у поступку поништаја, а један од разлога за поништај по правилу је и повреда (домаћег) јавног поретка. С друге стране, ваљана одлука је она која се може признати и извршити у некој другој земљи, те је стога потребно обратити пажњу на „међународни јавни поредак“ (*orde public international*).¹¹⁴ Другим речима, арбитража може одбити примену изабраног права уколико норма коју оно садржи није у складу са међународним јавним поретком као транснационалним правним стандардом, тј. правним схватањима која су прихваћена од стране већине у међународној заједници.¹¹⁵

Такође, Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године као једну од основа за одбијање признања стране арбитражне одлуке предвиђа повреду јавног поретка државе у којој се то признање захтева.¹¹⁶ Произилази да чак и у случају када се арбитражи не ослањају на јавни поредак одређене државе у којој није седиште арбитраже, ипак ће јавни поредак те државе произвести правно дејство у току признавања одлуке.¹¹⁷

¹¹² А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 178.

¹¹³ *Ibid.*, стр. 181.

¹¹⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 144.

¹¹⁵ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 67.

¹¹⁶ Чл. V ст. 2 (b) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука; текст Њујоршке конвенције доступан на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>, преузето дана 02.06.2018. год.

¹¹⁷ Т. Дескоски, *op. cit.*, стр. 301.

2.1. Пример из праксе: Оцена ништавости одлуке донете применом норми страног материјалног права

Једино у случају када домаћи арбитражни суд, у међународној арбитражи, одлуку доноси применом норми страног материјалног права, редовни суд може ценити да ли је донета одлука ништава, зато што је у супротности са домаћим јавним поретком.

Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 1619/2015(2) од 21.12.2015. године: *„Према правној доктрини, јавни поредак је установа која представља скуп основних вредности и начела друштвеног, политичког и правног уређења једне државе и посебно је значајан за правне односе са међународним елементом, посебно у области међународног приватног права, где колизионе норме упућују на примену страног права, или у случају када домаћи арбитражни суд у међународној арбитражи одлуку доноси применом страног материјалног права. Управо из тих разлога чл. 58 ст. 2 тачка 2 Закона о арбитражи предвиђа могућност поништаја арбитражне одлуке, уколико је њено дејство у супротности са јавним поретком Републике Србије. Та ситуација је могућа, уколико домаћи арбитражни суд у међународној арбитражи одлуку донесе применом норми страног материјалног права које су у супротности са домаћим јавним поретком. Одлука домаћег арбитражног суда може имати дејство супротно јавном поретку Републике Србије, само уколико је приликом решавања спорног правног односа примењено страно право које је супротно домаћем јавном поретку“.*¹¹⁸

¹¹⁸ Преузето са правне базе Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. год.

IV ОДРЕЂИВАЊЕ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА ОД СТРАНЕ АРБИТРАЖНОГ СУДА

С обзиром на то да се арбитража првенствено развила као инструмент решавања спорова насталих из уговора међународног карактера, то је проблематика начина на који арбитри треба да одреде меродавно материјално право за решавање спора одмах заузела запажено место.¹¹⁹

Пропуст стана уговорница да унапред одреде правни поредак по којем ће се пресуђивати њихов уговор може изазвати велике невоље и одвести спор у погрешном правцу, имајући у виду да ће знатан део времена бити потрошен на изналажење меродавног права и спорење о томе. Ипак, у пракси се управо то често дешава, због тога што уговорне стране не могу да унапред постигну споразум о меродавном праву, или су сувише усмерене на конкретни и непосредни економски циљ који желе да постигну или недовољно познају правну позадину међународних привредних уговора, или су заступане од стране нестручних лица, и сл.¹²⁰

Одређивање меродавних материјалних правила на основу којих међународне арбитраже решавају спорове спада међу веома сложене проблеме. Кад се спор води пред судом, ако странке не изаберу меродавно право, суд ће га одредити уз помоћ сопствених колизионих норми, норми *lex fori*.¹²¹ Међутим, када је реч о арбитражи, полазна тачка често није нимало чврста, односно, није извесно шта је *lex fori* у овом случају и које колизионе норме, тј. колизионе норме које државе треба применити да би се дошло до меродавног права. Овај проблем је посебно потенциран у арбитражама *ad hoc*. Чињеница да арбитраже нису државни органи и да (нарочито *ad hoc* арбитраже) могу да имају везе приближног интензитета са две или више држава, отвара дилему које право, право које државе би требало сматрати за полазну тачку, тј. од којих колизионих норми треба поћи при одређивању меродавних правила.¹²²

У највећем броју случајева, када изостане споразум странака, арбитражни суд одредиће меродавно материјално право путем операције која се стастоји из два корака – избора правила о сукобу закона и примене тих правила ради одређивања меродавног материјалног права. Зато је од великог значаја и питање критеријума по којима ће

¹¹⁹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 136.

¹²⁰ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 68-69.

¹²¹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 139.

¹²² Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 599-600.

арбитражни суд селекувати правила о сукобу закона.¹²³ Избор колизионе норме мора да се врши примерено спорном случају, интересима странака, те мора у резултату да се покаже као избор који је у функцији међународне хармоније одлучивања. То значи да слобода арбитра да изабере најпогоднију колизиону норму за дати случај не значи и арбитрарност у одлучивању, односно *carte blanche* за арбитра.¹²⁴

У случају да арбитражни споразум ћути у погледу меродавног материјалног права, арбитра имају овлашћење да применом различитих метода одреде које ће се право применити на решавање арбитражног спора.

1. Право места арбитраже (теорија *lex fori*)

Крајем шездесетих укореило се схватање да је ради утврђења меродавног права за меритум спора међународна арбитража дужна да примени колизиона правила земље седишта арбитраже. Под применом колизионоправних правила земље седишта арбитраже сматрала се примена читавог система међународног приватног права државе ситуса арбитраже.¹²⁵

Традиционално се сматра да је ово најприкладнији начин одређивања надлежног права, уколико као полазна тачка послужи колизиони систем земље у којој се налази седиште арбитраже. Овакав став се развио из мишљења да арбитар изводи свој мандат из ауторитета државе у којој заседа арбитража, односно из претпоставке да постоји само један правни систем који регулише арбитражу, а то је ниједан други до правни систем државе у којој се налази њено седиште.¹²⁶

Опредељење за право место арбитраже, као метод за одређивање материјалног права од стране арбитражног суда, традиционално је примењиван у САД, уз образложење да су се странке избором места арбитраже имплицитно сагласиле и на примену права тог места. Међутим, приметно је да апликација овог правила није примерена великом броју случајева, нарочито када се арбитража спроводи у већем броју места и када се странке опредељују за одређено место арбитраже само из разлога неутралности државе у којој се

¹²³ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 163

¹²⁴ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 139.

¹²⁵ *Ibid.*, стр. 132.

¹²⁶ М. Петровић, *Решавање спора пред међународном трговачком арбитражом*, Крагујевац, 1996, стр. 133.

оно налази или репутације институције која на њеној територији има седиште.¹²⁷ Такође, маневри о локализацији арбитраже могли би потенцијално представљати и маневрисање које одлучно може да утиче на исход спора – ако се бирањем седишта бирају и одређене националне колизионе норме, онда је могуће „израчунати“ у чију ће корист оне деловати.¹²⁸

Треба, такође, имати у виду да у великом броју случајева странке не одређују унапред ситус арбитраже, већ то чине касније у току арбитражног поступка, или то, пак, чине арбитрари било институционалних или *ad hoc* арбитража. Овде се исказује и највећа слабост традиционалног учења о *lex fori* као полазном праву за одређење меродавног права за меритум спора у арбитражном поступку. Наиме, пре него што одреди место седишта арбитраже, не зна се који ће колизионоправни систем да буде примењен, што уводи у правни вакуум, односно несигурност.¹²⁹

Избор неке арбитражне институције или места арбитраже понекад може говорити у прилог закључку да је прећутно уговорено одређено право. Међутим, неке су арбитражне институције у својем фокусу изразито међународне тако да њихов избор не мора сам по себи подразумевати и примену права државе у којој имају седиште. На пример, Међународна трговинска комора (ИСС) у правом је смислу међународна арбитражна институција која, иако има седиште у Паризу, није (само) француска институција, те би било сасвим погрешно само из тога што је уговорена арбитража ИСС-а закључити да су странке на уму имале примену француског права.¹³⁰

Међутим, без обзира на претходне констатације, не може се рећи да теорија *lex fori* припада прошлости. Избор места арбитраже и даље може бити пресудан за одређивање меродавног права уколико све остале индиције воље странака у погледу права које ће се примењивати на решење спора не указују јасно о којем се праву ради.¹³¹ Чак и када данас арбитрари примењују колизионе норме земље у којој се налази седиште арбитраже, они то

¹²⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 158-159.

¹²⁸ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 139-140.

¹²⁹ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 135.

¹³⁰ D. A. Babić, *op. cit.*, стр. 285.

¹³¹ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 159.

не чине зато што се тако мора, већ са позивом на различите модерне концепте одабира меродавног права пред арбитражом.¹³²

2. Кумулативни метод

Метода кумулације се састоји у томе да арбитар упоређује колизионоправна решења свих националних правних поредака са којима странке, правно место седишта арбитраже и предмет спора долазе у контакт и примењује ону колизиону норму која је заједничка свим консултованим правним системима. У случају да сва заинтересована права не дају исто решење, арбитар је дужан да примени ону колизиону норму која преовладава у већини консултованих колизионих права.¹³³ Ова метода арбитра заснива се на легитимном очекивању странака, односно на њиховој хипотетичкој вољи, јер се мора поћи од чињенице да би се странке, да су вршиле избор меродавног права, оријентисале ка оним решењима која су владајућа у оним правним порецима са којима њихов правни однос, укључујући овде и право место седишта арбитраже, долази у контакт.¹³⁴

Кумулативна примена неколико националних колизионих норми, односно тестирање одлуке о избору меродавног права по више колизионоправних система, који су најчешће у некој вези са спором (нпр. по колизионим нормама држава којима уговорне стране припадају, државе извршења уговора и државе седишта арбитраже) честа је приликом одређивања меродавног материјалног права за решавање арбитражног спора.¹³⁵ Саме колизионе норме не морају бити идентичне, али ако воде ка истом меродавном праву, арбитраи ће применити управо то право.¹³⁶

Можемо рећи да кумулативни метод подразумева сагледавање правила о сукобу закона свих држава које су заинтересоване за спор. Овај метод сматра се атрактивним због тога што су странке, због „интернационалности“ приступа, најчешће задовољне исходом. Међутим, веома често, правила о сукобу закона заинтересованих држава не упућују само на једно материјално право, што заједно са чињеницом да арбитраи имају дискреционо овлашћење да процене које се државе сматрају заинтересованим, представља проблем у

¹³² Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 140.

¹³³ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 139-140.

¹³⁴ *Ibid.*, стр. 140.

¹³⁵ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 71.

¹³⁶ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 140.

примени овог приступа.¹³⁷ Такође, домашај овог метода је лимитиран када се у крајњем резултату покаже дивергенција колизионоправних решења. У споровима у којима има више странака смањује се могућност за конвергенцијом крајњег колизионоправног резултата.¹³⁸

Овај механизам подразумева кумулативну примену свих потенцијално применљивих правила о сукобу закона и ослања се на анализу правила о сукобу закона свих јурисдикција које имају везе са спором. Један могући исход ове анализе је да правила свих земаља упућују на исто меродавно право. У том случају арбитражни суд ће на меритум спора применити управо то право, те је предност примене овог метода у наведеној ситуацији у томе да он не ставља арбитражни суд у тешку позицију да мора да одлучи које је право, од већег броја њих која су потенцијално применљив, у најближој вези са спором. Други могући исход анализе је да правила о сукобу закона свих држава које имају неке везе са спором не упућују на исто материјално право, када је потребно применити други приступ и извршити компаративну анализу свих релевантних режима сукоба закона у циљу идентификовања принципа који су универзално прихватљиви.¹³⁹ Дакле, за разлику од претходног случаја, овде арбитар није дужан да примени ону колизиону норму која је заједничка свим или, пак, већини, правних система који долазе у контакт са предметом спора. Напротив, његова упоредноправна анализа се не ограничава само на поменуте правне поретке и не служи утврђењу заједничког именитеља, већ, напротив, изналажењу општег правног принципа о решавању сукоба закона.¹⁴⁰ Доктрина међународног арбитражног права, у вези са оваквим приступом, оправдано истиче да би његова експанзија допринела креирању општеприхватљивих решења и представљала значајан корак ка делокализацији арбитраже.¹⁴¹ Међутим, будући да овај приступ арбитразима намеће и велику одговорност, то се сматра да ће они радије посегнути за применом неког другог начина одређивања меродавног права.¹⁴²

¹³⁷ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 159.

¹³⁸ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 140.

¹³⁹ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 164-165.

¹⁴⁰ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 141.

¹⁴¹ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 165.

¹⁴² Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 160.

Сматра се да је кумулативни приступ, у суштини, дериват технике примене „прикладне колизионе норме“. Исход ће готово увек бити исти као и приликом примене „прикладне колизионе норме“, али с обзиром на то да се у образложењу истиче како би материјалноправни исход спора био идентичан по више блиско повезаних права, то у овом случају аргументација добија на тежини,. Може се рећи да кумулација стога мање представља неки особит метод одређивања меродавног права, а више начин да арбитри заправо ставе до знања како критици њиховог избора нема места.¹⁴³

3. Прикладне колизионе норме

Арбитражни суд може до меродавног материјалног права доћи индиректном, колизионом методом, и то путем колизионих норми које сматра прикладним. Шта ће арбитражни суд сматрати прикладним варирало би од случаја до случаја. Неки пут то могу бити колизионе норме неког националног права, други пут колизионо решење одређене међународне конвенције, а у неком трећем случају би се применила колизиона норма коју арбитри просто сматрају прикладном и одговарајућом, а да се и не нагласи из ког је извора она преузета.¹⁴⁴ Не полази се, према томе, од колизионих норми једне одређене државе, већ колизиону норму одређују сами арбитри. То може, али не мора, бити колизиона норма једне одређене државе, а ако би била колизиона норма једне државе, није предодређено која је то држава.¹⁴⁵

Слободан избор колизионе норме не би требало да значи арбитарност у одлучивању арбитра. Циљ је да се изнађе најбоља колизиона норма за случај у питању. Приликом овог избора арбитар мора да се стави у улогу законодавца узмајући у обзир све критеријуме који служе за изградњу колизионе норме (међународна хармонија одлучивања, вагање различитих интереса у спору, предвидивост крајњег материјалноправног решења, правна сигурност и сл.)¹⁴⁶

Правило по коме се до меродавног права долази слободним одабиром колизионе норме је под утицајем Модел закона UNCITRAL-а данас широко прихваћено. Наш Закон о

¹⁴³ Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 140.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 600.

¹⁴⁶ А. Јакшић, *op. cit.*, стр. 142.

арбитражи¹⁴⁷ и Правилник о сталној арбитражи при Привредној комори Србије¹⁴⁸ овлашћују арбитра да на овај начин одаберу „право или правила“, путем колизионих норми које сматрају „прикладним“ односно „најприкладнијим“.

Што се тиче захтева правне сигурности и заштите интереса странака у спору, засигурно се може рећи да је ова метода најнепоузданија. Слободан избор колизионе норме од стране арбитра у пракси може да значи оправдање за скривену могућност да арбитар примени оно меродавно материјално право које жели и оправдање за његову диспенсаацију од везаности за било које право.¹⁴⁹

4. Право најближе везе

Вероватно централни концепт међународног приватног права представља принцип најтешње везе, односно центра гравитације. Овај принцип се састоји у томе да арбитражни суд није дужан да примењује посебан национални колизионоправни систем, нити било које колизионо правило, али, с друге стране, нема *carte blanche* да се арбитражно определи за примену одређеног супстанцијалног права или, пак, анационалних правних правила.¹⁵⁰

Већина арбитражних спорова уговорне је природе, а имајући у виду да је у уговорној материји „најближа веза“ једна од популарнијих тачака везивања, обавеза арбитра да примене колизиони метод се често окончава тако што они спор подведу под право најближе везе. Арбитри понекад чине такав избор чак и када их прописи овлашћују да одабир учине директно – једино што тада колизиона техника остаје скривена.¹⁵¹

Примена принципа најтешње везе у циљу одређења меродавног права у арбитражном поступку значи да је арбитар дужан, у одсуству аутономије воље странака, да примени оно право које стоји у најтешњој вези са предметом спора.¹⁵² Најближа веза је специфична тачка везивања којом се сугерише да се од више додирних тачака које правни однос има са различитим правним системима изабере оне које су тежишне, и примени управо право оне државе са којом постоји најјача веза.¹⁵³ Међутим, примена принципа

¹⁴⁷ Чл. 50 ст. 3 Закона о арбитражи РС

¹⁴⁸ Чл. 42 ст. 2 Правилника о сталној арбитражи при Привредној комори Србије

¹⁴⁹ А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 142.

¹⁵⁰ *Ibid.*, стр. 142-143.

¹⁵¹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op.cit.*, стр. 141.

¹⁵² А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 143.

¹⁵³ М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, стр. 145.

најтешње повезаности, односно најближе везе, може бити повезана и са озбиљним тешкоћама, нарочито уколико су везе једног правног односа са више земаља мање-више равномерно распоређене. Утврђивање права са којима је уговор најтешње повезан изискује веома сложену анализу, чији је исход неизвестан. Ово тим пре што квантитет веза, једноставно бројање контаката уговора са заинтересованим државама, не остварује суштину принципа најтешње повезаности, а о квалитету веза могу да се појаве веома различита схватања.¹⁵⁴

Због велике комплексности или бројности уговора, како и због множине места њиховог извршења, у сложеним односима често је тешко индивидуализовати јурисдикцију која је у најближој вези са трансакцијом.¹⁵⁵ Приликом одлучивања која је земља у најближој вези са спором, арбитри треба да цене све елементе спора, при чему је веома изгледно да ће одлучујући значај имати субјективна оцена арбитра.¹⁵⁶

5. Теорија карактеристичне престације

Теорија карактеристичне престације одређује меродавно право по карактеристичној чинидби носиоца карактеристичне обавезе у једном уговорном односу. Карактеристична чинидба у уговорним односима са елементом иностраности, представља замену за вољу странака. Та карактеристична чинидба или радња објективизира један уговор, у коме није примењен институт аутономије воље.¹⁵⁷

Сваки уговор има једну карактеристичну чињеницу, која је битна за његово функционисање. Која ће то чињеница бити зависи од врсте и предмета уговора. Таква чињеница се налази у сваком уговору и њој треба признати значај релевантне чињенице у колизионој норми.¹⁵⁸ У уговору, најчешће, постоје две корелативне обавезе. Просторно гледано, те обавезе не морају бити извршене на истој територији и тада би једна тачка везивања могла указивати на примену два права. Стварањем појма карактеристичне

¹⁵⁴ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *ор. cit.*, стр. 393.

¹⁵⁵ Д. Јанићијевић, *Арбитража*, стр. 164.

¹⁵⁶ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 160.

¹⁵⁷ В. Чоловић, Специфичности одређивања меродавног права у уговорним односима са елементом иностраности, *Годишњак Факултета правних наука*, година 1, број 1, Бања Лука, Јул 2011, стр. 67.

¹⁵⁸ М. Пак, *Међународно приватно право*, Београд, 2000, стр. 444.

обавезе, отклонила се опасност појављивања једне немогуће ситуације у оваквим случајевима.¹⁵⁹

У пракси ће често доћи до примене персоналног права носиоца карактеристичне обавезе у уговору, јер је то правило, које као претпостављени израз најближе везе, данас усвајају многи национални системи и међународни уговори. Предвидљивост да ће одлука бити донета у том правцу прилично је велика, али то не значи да је такав исход увек најповољнији.¹⁶⁰

„Правило о примени права носиоца карактеристичне обавезе често пружа неоправдане привилегије. Субјекти који професионално испоручују робу или услуге обично су у бољој позицији да процене ризике међународног пословања и да се од њих заштите одговарајућим уговорним одредбама о избору меродавног права. Када се овим предузећима пружи додатна предност да њихово право буде меродавно без потребе да са другим уговорним партнером преговарају о уношењу такве одредбе, онда се тиме још више јача њихов већ иначе јак положај. Чак и ако би то право било мање повољно за њих него потенцијално меродавно страно право, они га ипак добро познају, док је другој уговорној страни остављено да се бави проблемом упознавања страног правног система. Поред тога, ако је домаће право заиста неповољно, привилеговано предузеће може или да промени своје седиште, или да пристане на уношење уговорне одредбе којом би право друге уговорне стране било изабрано за меродавно и да представи овај свој „уступак“ као акт добре воље.“¹⁶¹

Упркос критици, пребивалиште, односно седиште носиоца карактеристичне престације је у свом чистом облику, убрзо добило ранг одлучујуће чињенице у сфери уговорних односа у националним кодификацијама у области међународног приватног права у Аустрији, Чешкој, Мађарској, Пољској, Бугарској, итд.¹⁶²

¹⁵⁹ В. Чоловић, *op.cit.*, стр. 66.

¹⁶⁰ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 71.

¹⁶¹ F. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice* Nijhoff, Dordrecht, 1993, стр. 60.

¹⁶² Ј. Беловић, Корективна функција принципа најближе везе, Београд, 2012, Универзитет у Београду, Правни факултет, стр. 134.

5.1. Пример из праксе: Примена права носиоца карактеристичне престаације

Из образложења одлуке Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије број Т – 23/08, донете у спору извозника (тужиоца) из Србије и купца - дистрибутера (туженог) из Босне и Херцеговине:

„1. Арбитражна клаузула, која је садржана у члану 15. Уговора који је закључен дана 5.12.2007. године између Тужиоца и Туженог у овом спору, гласи на следећи начин: „Евентуалне спорове и неспоразуме настале у вези са овим Уговором или поводом његовог извршења, уговорне стране ће настојати да реше споразумно. Уколико стране не постигну споразум, за решење насталог спора уговара се надлежност Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије. Уговорне стране се обавезују да ће извршити арбитражну одлуку у року који је одређен у самој арбитражној одлуци.“

2. Из ове арбитражне клаузуле, чију је пуноважност Арбитар појединац утврдио горе под бројем ИИИИ.1-4. овог образложења види се да уговорне стране нису споразумно одредиле меродавно право ни за за арбитражни поступак, нити за меритум спора.

3. Стога је Арбитар појединац је на овај поступак применио, на основу члана 45. Правилника СТА, одредбе овог Правилника, а супсидијерно одредбе Закона о парничном поступку Републике Србије (Сл. Гласник, бр. 125/04).

4. У погледу одређивања меродавног материјалног права Арбитар појединац је поступио по одредбама члана 48 Правилника СТА. Будући да странке нису одредиле право или правна правила као материјално право које би се применило на њихов уговорни однос, арбитар појединац је одредио меродавно право позивом на став 2 члана 48 Правилника СТА. У складу са том одредбом арбитар појединац је био дужан да одреди колизиону норму чију примену је у овом спору сматрао најприкладнијом. Уговор закључен 5. децембра 2007. године између Тужиоца – који је по тексту Уговора извозник – и Туженог – који је по тексту Уговора купац и дистрибутер – није посебно именован од стране уговорних страна, али из предмета Уговора, који је наведен у члану 1 истог, произлази да је реч о извозу и дистрибуцији оригиналних ДВД издања извозника, који је уједно и издавач истих. У члану 10 је као предмет Уговора означена продаја производа, тј. аудио и видео носача звука, чији је издавач извозник – Тужилац у овом спору. У члану 5 у којем се одређују права и обавезе извозника – Тужиоца у овом спору – одређено је, између осталих,

да ће он своју робу редовно слати дистрибутеру и купцу – Туженом у овом спору; члан 6 Уговора одређује да ће извозник редовно снабдевати дистрибутера свим порученим производима по цени од 1,00 евра за један ДВД, а члан 7 прописује да дистрибутер „фактурисане износе које дугује на име испоручене количине робе измирује извознику одмах, по извршеној наплати од стране купца, а најкасније у року од 180 дана од дана испоруке робе назначене на царинској декларацији...“. Арбитар појединац је из наведених одредби закључио да однос између Тужеоца и Туженог у конкретном спору, који је предмет овог поступка, има карактеристике уговора о купопродаји, без обзира на остала права и обавезе странака које су одређене Уговором. Имајући у виду ово што је речено, арбитар појединац сматра да је у овом случају најприкладнија за примену колизиона норма према којој се у случају да странке у спору не изаберу меродавно право, ово одређује по месту седишта носиоца карактеристичне престације, тј. у овом случају по месту седишта продавца. Следи, да је у овом случају меродавно право Републике Србије, као право места седишта продавца – Тужеоца у овом спору. У вези са овим арбитар појединац је констатовао да се у овом случају међународне продаје робе првенствено примењује Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција; Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 10/84). Према подацима Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право (UNCITRAL), Бечка конвенција је ступила на снагу у односу на Србију 27. априла 1992. године по основу сукцесије, а у односу на Босну и Херцеговину 6. марта 1992. године, такође по основу сукцесије. Сходно одредби члана 1. став 1 тачка (а) Конвенције, у којој је одређено њено поље примене, Конвенција се примењује на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своја седишта на територији различитих држава, кад су те државе, државе уговорнице, одакле следи да је испуњен услов за њену примену.

5. На основу одредбе става 2 члана 7 Бечке конвенције „Питања која се тичу материја уређених овом конвенцијом, а која нису изричито решена у њој, решаваће се према општим начелима на којима ова конвенција почива или, у одсуству тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.“ У складу са овим, Арбитар појединац констатује да се у односу на таква питања одређује меродавно право по одредби става 2 члана 48. Правилника СТА, тј. да би у овом спору меродавно право за такву материју било право Србије, у складу са оним што је речено у претходном

ставу овог дела образложења. Осим тога арбитар појединац ће се при решавању овог спора држати и одредбе става 3 члана 48 Правилника СТА која прописује да се у свим случајевима одлука доноси у складу са одредбама уговора и уз узимање у обзир трговинских обичаја који се могу применити на одређени посао.¹⁶³

6. Директан избор (voie directe)

Метод директног избора (voie directe) арбитрама омогућава да директно одреде прикладни материјалноправни оквир по коме ће се спор решити, без потребе да образлажу којим су колизионим методом дошли до тог исхода. Прикладност није нужно последица блиске везе са спором, јер одабрано право или правила могу представљати одговарајући правни оквир између осталог и стога што садрже софистициране прописе који адекватно решавају конкретна спорна питања.¹⁶⁴ У принципу, тешко је замислити да ће арбитар у размишљању које право да примени да прескочи колизионоправни ниво. Он међутим, није дужан да своју одлуку о одређењу меродавног права, односно правих правила образлаже.¹⁶⁵ Чин избора, чак иако није ослоњен ни на какво артикулисано колизионо правило, представља једну колизиону операцију.¹⁶⁶

Неки национални закони о арбитражи данас изричито ослобађају арбитра обавезе да образлажу свој избор применом било каквих колизионих норми. Међутим, оно што је можда још важније за праксу, јесте да арбитражни правилници најпознатијих арбитражних институција (нпр. Правилник арбитражног суда МТК, Правилник Лондонског међународног арбитражног суда, Правилник Америчке арбитражне асоцијације, Правилник Стокхолмске привредне коморе и др.) предвиђају да ће арбитра ако странке нису изабрале меродавно право, применити право или правила која сматрају одговарајућим. Странке уговарањем примене таквог Правилника могу дати арбитрама слободу да прескоче примену колизионе технике, чак и у државама које у свом арбитражном законодавству упућују арбитра на другачије поступање. На пример, у енглеском Закону о арбитражи од 1996. године предвиђено је да арбитра, ако странке нису изабрале меродавно право, одређују меродавно право с позивом на колизионе норме које

¹⁶³ Преузето са: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/091110serbian.pdf> дана 04.05.2018. год.

¹⁶⁴ Г. Кнежевић, В. Павић, *op.cit.*, стр. 141.

¹⁶⁵ А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 144.

¹⁶⁶ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op.cit.*, стр. 30.

сматрају прикладним (параграф 46 став 3), али уговорне стране могу отклонити ову обавезу уговарањем надлежности Лондонског арбитражног суда или МТК арбитраже са седиштем у Лондону.¹⁶⁷

У односу на класичан колизионоправни метод, *voie directe* може да има предност, када колизионоправи метод у резултату води примени оног права према чијим одредбама је главни уговор у целости или делимично ништав. У овом случају може да се пође од хипотетичке воље странака, односно од чињенице да оне не би хтеле да уговор подвргну оном праву према чијим одредбама је он ништав.¹⁶⁸

Директан избор који се дозвољава арбитрама може имати различит опсег. По једном решењу, арбитрама се дозвољава да по свом нахођењу бирају и право и правила која сматрају прикладним. Нешто рестриктивнија варијанта је она по којој трибунал може применити само национални закон (али не и правила) који сматра прикладним.¹⁶⁹

У многим савременим међународним акатима и националним изворима, усвојено је „конзервативно“ решење да су арбитраи за разлику од уговорних страна, ограничени на избор права неке државе (нпр. Модел закон UNCITRAL-а члан 28 став 2, енглески Закон о арбитражи параграф 46 став 3). Међутим, ово ограничење не мора да значи да ће одлука арбитраже бити поништена због примене ненационалних норми до које може доћи на основу либералног правилника институционалне арбитраже која има седиште у датој држави, или једноставно на основу непоштовања овог ограничења од стране арбитра. У литератури се наводи случај *Norsolor* када је аустријски Врховни суд преиначио одлуку нижег суда којом је поништен део арбитражне одлуке МТК арбитраже због тога што су арбитраи у одсуству избора меродавног права од стране странака, применили општа правна начела која се називају *lex mercatoria*, светско право сумњиве важности, по речима нижег суда. Врховни суд Аустрије је, преиначујући одлуку о поништају, образложио да арбитражна одлука не вређа ни једну принудну одредбу релевантних националних права која би се иначе могла применити. Арбитражна одлука је касније извршена у Француској.¹⁷⁰

¹⁶⁷ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 69-70.

¹⁶⁸ А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 144.

¹⁶⁹ Г. Кнежевић, В. Павић, *op.cit.*, стр. 141.

¹⁷⁰ М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 72-73.

7. Примена *lex mercatoria* и *voie directe*

Како се у одлучивању по *lex mercatoria* ради, заправо, о одлучивању које је у бити блиско одлучивању по правичности, примена *lex mercatoria* може да се темељи само на изричитој аутономији воље странака. Уколико такве нема изричите воље странака, не може се поћи од претпоставке да су странке хтеле примену *lex mercatoria*, па чак и када околности случаја (држава странке у спору), правна природа уговора (*per se* међународни карактер), предмет спора (неименовани уговор са трајним престацијама) имплицирају чињеницу да странке ни у ком случају нису хтеле да се на њихов однос примени било какво национално меродавно право (негативна хипотетичка воља странака). Чак и у случајевима у којима је *lex mercatoria* примењена као меродавно право за меритум спора, упућивање на примену овог корпуса транснационалних правних правила имало је основ у колизионој норми, додуше оној коју су креирали арбитри, која је допуштала везивање за *lex mercatoria*.¹⁷¹

Могућност да се арбитри у случају када странке нису изабрале меродавно право сами одреде за примену ненационалних (недржавних) норми, односно правних правила дозвољавају најчешће они исти извори који дозвољавају арбитрама директан избор без посредства колизионих норми. Има арбитражних одлука у којима се одсуство избора, заједно са чињеницом да се ради о трговинском уговору са међународним елементом, тумачи управо као намера уговорних страна да изузму свој уговор од примене било којег државног (националног) права, односно да га подвргну *lex mercatoria* (претпоставка о „негативном избору права“).¹⁷²

У теорији арбитражног права све гласније се заговара став да би арбитрама требало на ширим основама омогућити директну примену одређених националних или ненационалних материјалних правила, без позивања на ма који систем међународног приватног права ради одређивања меродавног права. Сматра се да би се на тај начин поспешила примена арбитраже и учинио корак ка њеној комплетној денационализацији,

¹⁷¹ А. Јакшић, *op.cit.*, стр. 147-148.

¹⁷² М. Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, стр. 72.

која ће бити заокружена када арбитрари буду имали могућност да директно и непосредно, без позивања на колизиона правила, примене *lex mercatoria*.¹⁷³

Треба ипак рећи да није значајан број одлука у којима би *lex mercatoria* био искључиви материјалноправни ослонац.¹⁷⁴

8. Решења предвиђена Арбитражним правилима и Модел законом UNCITRAL-а

Члан 28 Модел закона UNCITRAL-а регулише одређивање правних правила меродавних за меритум спора. Према ставу 1 арбитражни суд решава спор сагласно правним правилима које су одредиле странке. Ова одредба значајна је у два погледа. Она странкама даје слободу да изаберу меродавно материјално право, што је битно када национални прописи то право не признају јасно или у потпуности. Поред тога, коришћењем формулације „избора правних правила“ уместо „избора права“, Модел закон шири обим могућности које су странкама на располагању приликом одређивања меродавног права.¹⁷⁵ Када странке нису одредиле меродавно материјално право, арбитражни суд ће применити право (дакле, национално право) одређено према правилима о сукобу закона која сматра применљивим.

Закон о арбитражи РС у члану 50 став 1 и 3 предвиђа прво, да је арбитража дужна да примени право или правна правила које су странке одредиле као меродавно за суштину спора и друго, уколико таквог назначења нема, да примени право или правила на које упућује колизиона правила која оцени прикладним.

Арбитражна правила UNCITRAL-а, такође, предвиђају да су странке слободне да подвргну свој спор не само одређеном националном праву, већ и ширем спектру правних стандарда или „правним правилима“. Међутим, у погледу избора меродавног права у случају изостанка изричите воље странака, за разлику од српског закона, арбитражна правила UNCITRAL-а напуштају колизиони, или тзв. *voie indirecte* метод прихватањем модернијег решења или тзв. *voie directe* метод према коме арбитрари директно примењују

¹⁷³ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 162.

¹⁷⁴ Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op cit.*, стр. 602.

¹⁷⁵ Д. Јанићијевић, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, стр. 156.

али само право одређене земље које сматрају одговарајућим, без консултације било каквих колизионих норми.

За разлику од Арбитражних правила UNCITRAL-а које право избора „правних правила“ даје само странкама, Закон о арбитражи РС овлашћује и арбитра да као меродавно право примене и правна правила, ако на њих указују колиционе норме које сматрају прикладним. Питање да ли треба арбитрама дати овлашћење да поред националног права директним методом могу да изаберу одговарајућа правна правила изазвало је опречна мишљења током рада на UNCITRAL-овим правилима. Неки делегати су сматрали да право избора правних правила треба дати и арбитрама у циљу модернизације UNCITRAL-ових правила и њиховог довођења у линију са ICC правилником. Ипак, већина није делила ово мишљење, на првом месту сматрајући да UNCITRAL-ова правила не би требало значајно да одступају од Модел закона уколико не постоји истинска потреба за одступањем верификована у пракси. Чињеницу да уговорне стране нису одабрале право меродавно за свој уговор не треба тумачити тако да оне не желе примену неког националног права, већ пре тако да се оне нису могле сагласити око његовог избора, те да би биле задовољне ако би арбитраи спор решили на основу, на пример *lex mercatoria*. Стога је радна група одлучила да само странке имају право да свој спор подвргну националним правним принципима.¹⁷⁶

Решење које предвиђа Закон о арбитражи РС не разликује се од решења предвиђеног Правилником о сталној арбитражи при Привредној комори Србије. Правилник о сталној арбитражи при Привредној комори Србије у члану 42 предвиђа да арбитражно веће и арбитар појединац у случају међународног привредног спора, доносе одлуку применом права или правних правила које су странке одредиле као материјално право меродавно за њихов уговорни однос. Уколико странке то право нису одредиле, арбитражно веће или арбитар појединац одредиће право или правна правила на које упућују колиционе норме чију примену сматрају наприкладнијим у том случају.

¹⁷⁶ Стручни коментар – Прилагођавање арбитражних правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) за примену пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије – преузето са правне базе Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. год.

ЗАКЉУЧАК

Развој унутрашње (националне) арбитраже, а посебно међународне арбитраже је евидентан. Обраћање арбитражи има одређено преимућство пред обраћањем суду, јер се сматра мање „тврдим“, мање „непријатељским коракком“. Основне карактеристике арбитраже несумњиво дају предности над државним судом. Странке кроз арбитражни споразум детерминишу читав арбитражни поступак, јер оне утичу на избор арбитра, на одређивање меродавног материјалног права и на утврђивање процедуре по којој ће бити спроведен арбитражни поступак.

Сви међународни и национални извори права о међународној арбитражи допуштају странкама најширу аутономију воље у погледу могућности избора меродавног права за меритум спора. Велики број модерних арбитражних закона и правилника избор станака више не ограничава на право, већ им дозвољава да одреде меродавна материјална правила, као део националног права, или правила међународног или недржавног карактера, те странке имају на располагању најшири могући избор. Странке би требало да избор меродавног права учине приликом закључења главног уговора – у оквиру арбитражне клазуле, будући да је у погледу ових питања нарочито тешко постићи сагласност након настанка спора.

Прихватање избора који су учиниле саме странке преставља релативно лако и једноставно решење, чврсту тачку на коју се арбитражни суд може ослонити. Најважнији практични разлог за прихватање аутономоје воље лежи у посебним тешкоћама при утврђивању меродавног материјалног права.

Одређивање меродавних материјалних правила на основу којих међународне арбитраже решавају спорове спада међу веома сложене проблеме. Уколико странке нису изабрале меродавно право за меритум спора, тада је на арбитрама да ово право утврде, односно одреде. У случају да арбитражни споразум ћути у погледу меродавног материјалног права, арбитраи имају овлашћење да право које ће се применити на решавање арбитражног спора одреде применом различитих метода. На њихов број и разноврсност свакако утиче и то што последњих неколико деценија нагло расте и број и значај међународне арбитраже, а при том се јављају прилично различите врсте арбитража и различита схватања о правној природи ове установе.

Поступак пред арбитражним судом станкама пружа знатно шире могућности за тражење компромисног решења. Захваљујући томе арбитража се до данашњих дана развијала и унапређивала, уз тенденцију све чешће примене и проширења области деловања. Бројна стручна литература из области арбитражног права и богата арбитражна пракса показују да је број спорова који се решава пред арбитражом све већи у свету, а занимање како правних теоретичара, тако и практичара за проналажење што ефикаснијих инструмената за овај начин решавања спорних односа све изразитије.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге, зборници и стручни часописи

Babić Davor Adrian, Опће уређење страначког izbora мјеродавног права према Уредби (EZ) 593/2008 о праву мјеродавном за уговорне обавезе („RIM I“), *ZPR 5 (3) 2016*, стр. 271-294;

Беловић Јелена, *Корективна функција принципа најближе везе*, Београд, 2012, Универзитет у Београду, Правни факултет;

Варади Тибор, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 1990, Форум;

Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, Београд, 2010, Правни факултет универзитета, Службени гласник;

Дескоски Тони, Избор меродавног права за суштину спора пред међународном трговачком арбитражом, *Liber amicorum Gašo Knežević*, Београд, 2016, Универзитет у Београду – Правни факултет, Удружење за арбитражно право, стр. 290-303;

Јакшић Александар, *Међународна трговинска арбитража*, Београд, 2003, Правни факултет универзитета;

Јанићијевић Дејан, *Арбитража*, Ниш, 2011, Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Јанићијевић Дејан, *Међународна трговинска арбитража у пракси: арбитражни споразум и арбитражни поступак*, Ниш, 2017, Медивест;

Јанићијевић Дејан, Садржина арбитражног споразума – факултативни елементи као средство испољавања уговорне слободе, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, број 66, година LI, 2014, стр. 207-222;

Јездић Михаило, Пак Милан, *Међународно приватно право III*, Београд, 1971, Универзитет у Београду, Научна књига;

Juenger Friedrich, *Choice of Law and Multistate Justice Nijhoff*, Dordrecht, 1993;

Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Арбитража и АДР*, Београд, 2013, Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информације;

Mamela Elvedin, UNIDROIT principi međunarodnih trgovinskih ugovora i njihova primjena u praksi, *ANALI Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, стр. 75-100;

Милосављевић Мирослав, Одређивање меродавног права за уговоре са страним елементом, *CIVITAS*, број 5, MMXIII, стр. 207-217;

Пак Милан, *Међународно приватно право*, Београд, 2000;

Петровић Милена, *Решавање спора пред међународном трговачком арбитражом*, Крагујевац, 1996;

Радманов Александар, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2011, Универзитет Привредна академија, Правни факултет за привреду и правосуђе;

Рочкомановић Милорад, Аутономија воље странака у уговору о продаји са елементом иностраности, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1974, Правни факултет, стр. 339-362;

Станивуковић Маја, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити у меритуму спора, *Арбитража бр. 1/2000*, стр. 54-74;

Станивуковић Маја, Меродавно право за арбитражни споразум, *Правни живот бр. 12/1998*, стр. 309-325;

Станивуковић Маја, Примена Начела међународних трговинских уговора (UNIDROIT) у поступку пред арбитражом, *Право и привреда бр. 5-8/99*, стр. 422-432;

Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2010, Службени гласник;

Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право: општи део*, Београд, 2013, Службени гласник;

Станковић Гордана, *Арбитражно право*, Ниш, 2008, Свен;

Стручни коментар – Прилагођавање арбитражних правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) за примену пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије – преузето са правне базе Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. године;

Чоловић Владимир, Специфичности одређивања меродавног права у уговорним односима са елементом иностраности, *Годишњак Факултета правних наука*, година 1, број 1, Бања Лука, Јул 2011, стр. 61-77.

Правни извори и стручна пракса

Libyan American Oil Company (Liamco) v Socialist Peoples Libyan Arab Yamahiria, formerly Libyan Arab Republic (1981), 20 International Legal Materials, 1;

Закон о арбитражи, Службени гласник РС, бр. 46/2006;

Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/81;

Одлука Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, број Т – 23/08, преузето са: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/091110serbian.pdf> дана 04.05.2018. године;

Правилник о сталној арбитражи при Привредној комори Србије, Службени гласник РС, бр. 101/2016;

Пресуда Привредног апелационог суда Пж 1619/2015(1) од 21.12.2015. године, преузето са Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. године;

Пресуда Привредног апелационог суда Пж 1619/2015(2) од 21.12.2015. године, преузето са Paragraf Lex Web дана 07.02.2018. године;

Texas Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (Texaco) v The Government of the Libyan Arab Republic, (1978) 17 International Legal Materials, 3.

Интернет извори

Арбитражна правила UNCITRAL-а, доступно на:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>

преузето дана 02.06.2018. године;

Енглески Закон о арбитражи, доступно на:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

преузето дана 22.06.2018. године;

Модел закон UNCITRAL-а, доступно на:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

преузето дана 02.06.2018. године;

Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, доступно на:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>

преузето дана 02.06.2018. године;

Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе, доступно на:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41980A0934>
преузето дана 02.06.2018. године;

Правилник Америчке арбитражне асоцијације, доступно на:
<https://www.adr.org/sites/default/files/International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20%28Including%20Mediation%20and%20Arbitration%20Rules%29%20-%20English%20Jun%202001%2C%202010.pdf>
преузето дана 02.06.2018. године;

Правилник арбитражног суда МТК, доступно на:
https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_21
преузето дана 02.06.2018. године;

Правилник Лондонског међународног арбитражног суда, доступно на:
http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
преузето дана 02.06.2018. године;

Правилник Стокхолмске привредне коморе, доступно на:
http://sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf
преузето дана 02.06.2018. године.

САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Одређивање меродавног материјалног права за решавање арбитражних спорова

У овом раду аутор анализира основне дилеме које се односе на одређивање меродавног права за суштину спора пред међународном арбитражом (*lex voluntatis*). Аутор даје преглед најновијих активности и указује на позитивноправна решења у домену страначке аутономије садржана у националним и међународним изворима права о међународној арбитражи, са посебним освртом на Арбитражна правила и Модел закон UNCITRAL-а који је управо био узор нашем законодавцу приликом доношења Закона о арбитражи.

Генерално прихваћени принцип у савременом међународном арбитражном праву је да саме странке бирају меродавно право за суштину спора, а да у одсуству таквог избора меродавно материјално право одређују арбитраи. Аутономија воље странака приликом избора меродавног материјалног права је веома широка. Странке су слободне да изаберу било које право, без обзира на то која је и каква веза тог права са конкретним односом, при чему велики број модерних арбитражних закона и правилника избор странака више не ограничава на право, већ им дозвољава да одреде меродавна материјална правила која ће арбитражни суд применити у поступку одлучивања и на основу њих донети мериторну одлуку.

Закључак који аутор изводи из анализе упоредног законодавства, арбитражних правилника, арбитражних и судских пресуда, те доктрине је да је најпрепоручљивије да странке избор материјалног права које ће се применити на решавање њиховог спора учине приликом закључења уговора којим је успостављен њихов материјалноправни однос, јер се на тај начин постиже свест о стабилности и предвидивости као основним вредностима уговорних односа странака.

Кључне речи: аутономија воље, меродавно материјално право, арбитражни спор.

SUMMARY AND KEY WORDS

Determination of Applicable Substantive Law for Arbitral Disputes Resolution

In this paper the author analyzes the basic dilemmas relating to the determination of applicable law to the substance of the dispute before international arbitration (*lex voluntatis*). The author gives an overview of the latest activities and points out the positive legal solutions in the domain of party autonomy contained in national and international sources of international arbitration law, with special emphasis on the UNCITRAL Arbitration Rules and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration which our legislator used.

The generally accepted principle in modern arbitration law is that the parties themselves choose the applicable law to the substance of the dispute, and in the absence of such a choice, the arbitrators determine the applicable substantive law. Party autonomy is very wide. The parties are free to choose any law, regardless of the connection of that law with a specific relationship. A large number of modern laws on arbitration and arbitration rules no longer limits the choice of the parties, it allows them to determine not only the law but also the applicable rules of law that the arbitral tribunal will apply in the decision-making process and on the basis of them make an award on the merits.

The conclusion drawn from the analysis of comparative legislation, rules of arbitral institutions, awards and judgments and doctrinal writing is that it is advisable that the parties determine the applicable law to the substance of the dispute when concluding a contract that established their relationship, because in this way they achieve awareness of stability and predictability as the basic values of contractual relationships of the parties.

Key words: Party Autonomy, Applicable Substantive Law, Arbitral Dispute

БИОГРАФИЈА

Александра Рајковић рођена је 26.01.1991. године у Нишу. Основну школу „Његош“ и Прву нишку гимназију „Стеван Сремац“ у Нишу завршила је као носилац дипломе „Вук Караџић“. Правни факултет у Нишу уписала је школске 2010/2011 године, а дипломирала 2015. године са просечном оценом 8,55.

Мастер академске студије на Правном факултету у Нишу уписала је школске 2016/2017 године, на ужој грађанскоправној научној области. Испите на мастер студијама положила је са просечном оценом 10,00.

У августу 2016. године уписана је у именик адвокатских приправника волонтера Адвокатске коморе у Нишу. Од тада волонтира у адвокатској канцеларији у Нишу.

Служи се енглеским и шпанским језиком.

ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ
ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА МАСТЕР РАДА

Име и презиме аутора мастер рада: Александра Рајковић

Наслов мастер рада: Одређивање меродавног материјалног права за решавање арбитражних спорова

Ментор: Проф. др Дејан Јанићијевић

Изјављујем да је електронски облик мастер рада у pdf формату истоветан штампаном облику који сам предала Правном факултету Универзитета у Нишу.

У Нишу, _____

Потпис аутора

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ И ОДОБРАВАЊУ ОБЈАВЉИВАЊА МАСТЕР РАДА

Изјављујем да мастер рад, под насловом Одређивање меродавног материјалног права за решавање арбитражних спорова, пријављен и одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- представља резултат сопственог истраживачког рада;
- није у целини, нити у деловима с моје стране пријављиван за одбрану на другим факултетима или универзитетима;
- не крши ауторска права или интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се овај мастер рад чува у библиотеци и објави на сајту Правног факултета Универзитета у Нишу.

Аутор мастер рада: Александра Рајковић

У Нишу, _____

Потпис аутора
