

ДЕЈСТВО НОРМИ НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ У МЕЃУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ

Др Јелена Вукадиновић*

Апстракт: Обављање послова међународног промета носи бројне ризике немогућности или отежане могућности извршења преузетих обавеза, поводом чијег тумачења настају спорови између уговорних страна. Решење насталог спора често зависи од избора меродавног права и надлежног суда или арбитраже. Стога је избор меродавног права и форума значајно питање. Како су уговорне стране слободне да избором меродавног права практично избегну примену одређеног права чија решења им не одговарају, и уговоре примену другог права, поставља се питање до којих граница сеже њихова слобода. Одговор на ово питање зависи од тог да ли је уговорена надлежност арбитражног трибунала или није. У случају кад су уговориле надлежност арбитраже, границе избора меродавног права су одређене јавним поретком и правилима о непосредној примени. Оба института имају за циљ да одређивањем граница слободе код уговарања меродавног права заштите основне вредности домаћег правног и политичког поретка. То практично значи да се право које је одабрано од стране уговорних страна или арбитра неће применити на конкретни спор уколико је у супротности са јавним поретком државе седишта арбитраже. Са друге стране, норме непосредне примене ће се применити на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна. Предмет овог рада чини анализа односа норми непосредне примене и међународне трговинске арбитраже. Посебна пажња посвећена је разлици која постоји између норми јавног поретка и норми непосредне примене, док је последњи део рада посвећен начинима на који норме непосредне примене налазе примену у решавању спорова пред међународном трговинском арбитражом.

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, Београд

Кључне речи: *међународна трговинска арбитража, меродавно право, арбитрабилност, норме непосредне принуде, јавни поредак.*

Дејство норми јавног поретка

Уговарање арбитражног начина решавања спорова постало је правило у међународној трговини.¹ Закључивањем уговора о арбитражи уговорне стране дерогирају надлежност националних судова и пророгирају надлежност арбитража као приватног начина решавања спорова.² Разлози због којих се странке опредељују за овакав метод решавања спорова могу се наћи у бројним сличностима и разликама које постоје између судског и арбитражног начина решавања спорова. Једна од разлика између ова два начина јесте и могућност избора права према ком ће се одређени спор решити. За разлику од националних судова који ће у поступку решавања спорова применити право земље седишта суда, арбитража не представља орган одређене државе³, па није у обавези да примени право земље седишта. У том смислу, уговорне стране могу као меродавно да одаберу право које је различито од права земље седишта арбитражног трибунала. Ипак, без обзира на то што и слобода избора меродавног права извире из опште признатог начела аутономије воље, није неограничена. Општи циљ увођења ограничења (у избору меродавног права) правдају се потребом да се очува међународна правна сигурност.

Једно од ограничења представљају норме непосредне примене и правила јавног поретка. Изабрано право или правила⁴ неће бити примењена уколико су у супротности са правилима јавног поретка и

¹ О томе сведочи стални раст броја поступака покренутих пред арбитражама. Тако је током 2015. године покренут 801 случај пред Међународном трговинском комором (МТК) Вид. више на: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Arbitration-posts-strong-growth-in-2015/>

² Вид. више UNCTAD International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, Geneva, 2005, UNCTAD/Misc. 232/Add.39, тач. 1.2. стр. 8, доступно на http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add39_en.pdf; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002, стр. 41 и даље.

³ Супротно становиште заступа Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш 2002, стр. 25, залажући се да арбитражни судови представљају део подсистема судства у једној држави

⁴ Под правом се подразумевају углавном правила и прописи донети од стране државе према унапред одређеном легислативном поступку. Правила обухватају и облике тзв. „меког права“ које доносе аутономни недржавни „законодавци“, као што су правила *lex mercatoria*. У којим околностима се уговорне стране и арбитражи опредељују за примену правила вид. више Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и Адр*, Београд 2010, стр. 136–151.

нормама непосредне примене. То практично значи да ће уговор о арбитражи⁵ произвести правно дејство и довести до конституисања надлежности арбитраже само ако је у сагласности са правилима јавног поретка земље седишта арбитражног трибунала.⁶ Са друге стране, правила јавног поретка неће дозволити признање и извршење донете арбитражне одлуке уколико је дејство одлуке противно правилима јавног поретка земље у којој се признање захтева.⁷

На сличан начин као што то чине норме јавног поретка, и норме непосредне примене могу утицати на исход спора тако што ће непосредно одредити арбитрабилност одређеног спора.⁸

Дејство норми непосредне примене

Као што је већ поменуто, у складу са начелом аутономије воље, уговорне стране су слободне да као меродавно право изаберу право једне од њих, право треће државе, *lex mercatoria* и опште принципе права или неку од ових комбинација. При томе се, као основно, поставља питање да ли арбитражи у њиховој примени морају да узму у обзир и норме тзв. непосредне примене јавног права које је релевантно, али које стране нису изабрале или су везане избором које су стране учиниле.⁹ Овим нормама државе уређују не само основну структуру и организацију, већ

⁵ О уговору о арбитражи у домаћој литератури вид. С. Трива, *О арбитражи, њеној правној природи и о арбитражном уговору, Арбитражно решавање спорова*, Нови Сад 1973, стр. 5–45; Б. Познић, „Уговор о арбитражи и арбитражни поступак“, *Уговори у међународној трговини*, књига I, Београд 1987, стр. 235–273; Витомир Поповић, „Уговор о арбитражи“, *Српска правна мисао*, Бања Лука 1995, стр. 239–250; Ј. Перовић, „Пуноважност уговора о арбитражи“, *Међународна привредна арбитража – стање и перспективе*, Зборник радова, Београд 1997, стр. 123–136; Р. Кеча, *Арбитражни споразум*, Нови Сад, 1999; Г. Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража, основна питања и проблеми*, Београд, 1999; М. Цукавац, „Садржина арбитражног уговора“, *Арбитража*, часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије, Београд 2001, стр. 15–65; Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002; Г. Станковић, Б. Старовић, Р. Кеча, Н. Петрушић, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002; Г. Кнежевић и В. Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2010; Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд 2012.

⁶ Вид. чл. 2 Конвенције Уједињених нација о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука (Њујоршка конвенција).

⁷ Вид. чл. V. 2. (б) Њујоршке конвенције и чл. 66 Закона о арбитражи Републике Србије.

⁸ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, стр. 852 и даље.

⁹ Вид. M.R. Baniassadi, „Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration“, 10 *Int'l Tax & Bus. Law*. 59 (1992), стр. 61, доступно на: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol10/iss1/2>

и одређене приватно правне односе, посебно односе између домаћих и страних субјеката. Ове и друге норме могу, али и не морају бити саставни део изабраног права. Ограничења која су садржана у њима могу бити део правног поретка неке треће државе па се у тим ситуацијама поставља питања обавезности и оправданости њихове примене на спорни однос. У теорији су ове норме означене као норме непосредне примене¹⁰ јер се примењују на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна. У норме непосредне примене спадају прописи о ембаргу, корупцији, заштити конкуренције.

Норме непосредне примене¹¹ дефинишу се као норме које се примењују на одређени спорни однос независно од изабраног односно утврђеног права,¹² или чија примена не може бити искључена споразумом странака.¹³ Њихова примена није условљена избором материјалног и процесног права од стране уговорника.¹⁴ У Уредби Рим I, норме непосредне примене дефинисане су као „одредбе чије се поштовање сматра кључним у држави за заштиту њених јавних интереса, попут политичке, социјалне или економске организације, у мери у којој их је могуће применити на било коју ситуацију коју обухватају, без обзира на право које је иначе меродавно за уговор на основу ове Уредбе“.¹⁵

¹⁰ Више о нормама непосредне примене у међународној трговинској арбитражи вид. Y. Derains, „Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration“, *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (P. Sanders уредник), 1987, стр. 227, 228; H. Grigera Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr, 1992; B.von Hoffmann, „Internationally Mandatory Rules of Law before Arbitral Tribunals“, *Act of State and Arbitration* (K-Heinz Böckstiegel уредник) Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

¹¹ У енглеској литератури за норме непосредне примене користе се следећи изрази: mandatory rules, act of public authority. У француском језику: ‘lois d’ application immédiate, lois de police’. У немачком Eingriffsnormen. У правној теорији није постигнута сагласност око употребе једног од наведених термина приликом одређивања појма норми непосредне примене. Вид. више J. Beulker, *Eingriffsnormenproblematik in Internationalen Schiedsverfahren*, Max-Planck Institute für ausländisches und internationales Privatrechts, Mohr Siebeck, 2005, стр. 8–13; Ph. Fouchard, E.Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, пара. 1520.

¹² B. von Hoffman, „International Mandatory Rules of Law before Arbitral tribunal“, *Acts of State and Arbitration*, стр. 4; M. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Kluwer / Helbling & Lichtenhahn, 1999, стр. 228; A. Sheppard, „Mandatory Rules in International Commercial Arbitration – An English Law Perspective“, *Am. Rev. of Int’l. Arb.*, 18(2007) стр. 121.

¹³ A. Sheppard, *н. дело*, стр. 121.

¹⁴ P. Mayer, „Mandatory Rules of Law in International Arbitration“, *2 Arbitration Internation*, 1986, стр. 274, 275.

¹⁵ Чл. 9(1) Уредбе (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I).

По својој природи, норме непосредне примене првенствено су норме јавноправног карактера¹⁶, мада има и супротних мишљења.¹⁷

Сличности норми јавног поретка и норми непосредне примене

Како норме непосредне примене, као и правила јавног поретка, утичу на признавање уговора о арбитражи, односно на арбитрабилност спора, поставља се питање сличности и разлика.

Сличности се могу тражити у начину примене и циљу доношења ових норми. Примена и једних и других норми императивног је карактера и не зависи од воље уговорних страна. И једне и друге норме доносе се са циљем да омогуће очување одређених виталних (општих) интереса.

Норме непосредне примене доноси свака држава како би заштитила сопствене интересе. Овим нормама законодавац прописује обавезну примену унутрашњег (сопственог) права у споровима међународног карактера. На тај начин директно се сужава могућност избора меродавног права од стране уговорних страна. Норме јавног поретка такође штите основне вредности и интересе друштва. Већ је речено да арбитрари приликом решавања спора неће применити норму која је у супротности са основним принципима јавног поретка.

Осим сличности постоје и разлике између ове две групе норми.

Разлика између норми непосредне примене и норми јавног поретка може се тражити у односу на колизиону технику којом се одређује меродавно право.

О *начинима примене* норми непосредне примене постоје различита схватања. Једни аутори сматрају да су норме непосредне примене принудна материјална правила која на експлицитан или имплицитан начин одређују област своје сопствене обавезне примене, односно намећу сопствену меродавност без посредовања колизионих норми.¹⁸ На тај начин одређена норма садржи у себи једнострану колизиону норму.

¹⁶ Т. Рајчевић, „Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву“, *Страни правни живот* бр. 3/ 1998, стр. 90.

¹⁷ Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 144.

¹⁸ Б. Бардош, *Сукоб закона код уговора о трансферу технологије са елементом иностраности*, Нови Сад 1989 (докторска дисертација) стр. 145; А. Barraclough, J. Waincymer, „Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration“, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005. стр. 2. доступно на <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf>

Према другом схватању, норме непосредне примене претходе примени колизионе норме и примењују се независно од прихваћене колизионе технике. Заступници овог схватања сматрају да „норме непосредне примене можемо да укратко одредимо као норме које претендују да буду примењене на основу наредбе садржане у самој норми, и то на све правне односе који са овим правним системом долазе у контакт, чак и када примена права правног система коме припадају норме непосредне примене не произилази као резултат примене колизионоправне методе одређења меродавног права“.¹⁹ Пракса показује да норме непосредне примене претходе примени колизионе технике одређивања права.

Норме јавног поретка ће се применити након примене колизионе норме. Другим речима, до примене норми јавног поретка ће доћи тек након одређивања меродавног права. Из овог редоследа, међутим, не треба судити и о њиховом хијерархијском односу. У случају да норме меродавног права под којим се подразумевају и норме непосредне примене тог права нису у сагласности са опште усвојеним принципима, до њихове примене на спорни однос неће ни доћи. Из тог следи да норме јавног поретка уживају већу правну снагу од норми непосредне примене.²⁰

У складу са изнетим ставом, можемо закључити да норме непосредне примене искључују колизиони начин одређивања меродавног права, док јавни поредак искључује примену страног материјалног права. Међутим, због недовољно прецизиране границе између норми непосредне примене и норми јавног поретка, поједини аутори говоре о негативној функцији јавног поретка, сматрајући под тим искључење од примене колизионе норме. Сматрамо да се не може говорити о искључењу примене колизионе норме, већ једино о искључењу права на које је упутила колизиона норма. До искључења примене колизионе норме ће доћи уколико се на спорни однос примене правила непосредне примене. У том смислу се једино може говорити о негативној функцији норми непосредне примене.

Иако се о тананој разлици између норми непосредне примене и норми јавног поретка може и шире полемисати, за потребе овог рада у даљем тексту ће бити речи искључиво о нормама непосредне примене.

¹⁹ А. Јакшић, *н. дело*, стр. 151. напомена 539.

²⁰ О. Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Praeger, 1994, стр. 193.

Подела норми непосредне примене

У зависности од природе интереса који се жели заштитити прописивањем, императивне норме се могу поделити на:

1. норме којима се штите основна правна и морална начела и вредности датог друштва и државе;²¹
2. норме са циљем заштите одређених монетарних интереса државе, попут прописа о контроли спољнотрговинске размене или прописа о ограничењу новчаног трансфера;
3. норме путем којих се штити благостање грађана одређене државе. Нпр. заштита економски слабије странке, недовољно упућеног инвеститора у пословима трговине хартијама од вредности
4. норме којима се штити слободна трговина и ефикасно функционисање тржишта, као што су прописи о забрани нелојалне конкуренције.
5. норме којима се штити фискални и економски систем државе попут оних о царинским прописима или ограничења увоза и извоза.
6. норме које су донете из политичких разлога, нпр. оне којима се забрањује трговина са одређеним земљама.²² Ове норме имају за циљ заштиту политичких и војних циљева и интереса. У том циљу доносе се одлуке о бојкоту или ембаргу против одређене државе.

Према припадности одређеном правном поретку норме непосредне примене могу се класификовати на оне које припадају²³:

1. праву које је изабрано као меродавно за уговор (*lex causae*)²⁴;

²¹ Ову поделу прихвата М. Петровић, „Јавни поредак и међународна трговачка арбитража“, *Правни живот*, бр. 9–10/ 1994, стр. 1405 и 1406.

²² У том смислу: М. Blessing, „Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration“, *Journal of International Arbitration*, No. 4/1997. стр. 27.

²³ Подела је преузета од М. Петровић, на истом становишту је и А. Јакшић који не даје овако експлицитну поделу, већ се на основу мишљења изнетог у књизи може доћи до оваквог закључка. Посебно видети стр. 151, 152.

²⁴ У општој теорији међународног приватног права прихваћен је концепт колизионоправне аутономије воље по коме она представља својеврсну тачку везивања (*lex voluntatis*) која има дејство као и свака друга. То значи да се меродавним правом сматра изабрани правни поредак, односно, да се на уговорни однос примењује изабрано право као право и то како диспозитивни, тако и његови императивни прописи. Право од кога се пошло, *lex fori*, не примењује се, па ни

2. праву седишта арбитраже (*lex fori*);
3. праву треће државе, која је тесно везана за спор. Најчешће је то право земље у којој ће одлука бити извршена, која има или ће имати фактичку могућност да се супротстави одлуци или има фактичку власт над уговарачима²⁵, или
4. припада наднационалном или супранационалном поретку као што су, на пример, резолуције Савета безбедности УН о санкцијама према неким државама, (Ирак, Либија, Југославија, Србија и Црна Гора).

Обавезност норми непосредне примене

Имајући у виду напред наведене функције и улогу коју норме непосредне примене као државног права конкретног правног система имају, а с обзиром на то да арбитраже немају *lex fori*, нити су арбитраже део државне јавне организације, као претходно се поставља питање да ли арбитраже обавезују норме непосредне примене и да ли су арбитражи дужни да их примењују. Из чињенице да арбитражи нису „чувари посебних државних јавних интереса“²⁶, па ни интереса државе у којој имају седиште, могу их применити под истим условима под којима примењују и страном право: ако су га изабрале саме уговорне стране или на њихову примену упућују релевантне колизионе норме. Оправдање за примену могло би се наћи у уговорној теорији и у овлашћењу које су странке пренеле арбитражама. Тако изабране или одређене норме непосредне примене могу бити део права треће државе или део супранационалног система.

У првом случају, норме непосредне примене меродавног права које је изабрано од стране уговорних страна примениће се директно на одређени спор, *eo ipso*²⁷ као део *lex causae*. Једино ограничење за њихову директну примену налази се у захтеву да не могу бити у супротности са јавним поретком.²⁸

његове императивне одредбе, са изузетком оних које чине јавни поредак. Исто тако, неће се применити само оне норме изабраног права које су супротне јавном поретку државе форума.

²⁵ Г. Кнежевић, *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 1987, стр. 119.

²⁶ Вид. више Ch. Brunner, „Force Majeure and Hardship under General Contract Principles - Exemption for Non-Performance in International Arbitration“, Kluwer, 2008, стр. 265.

²⁷ Ch. Brunner, *н. дело*, стр. 266. наводи да је ово преовладавајући став.

²⁸ Вид. P. Mayer, *н. дело*, 1986, стр. 280; Y. Deraind, *н. дело*, стр. 255; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 848.

Наиме, полази се од претпоставке да су странке приликом избора права имале на уму право у целости, његове диспозитивне и императивне одредбе. Стога би примену норми непосредне примене могле да одбију или да сведу у границе принципа легитимних очекивања. Ова претпоставка је обориве природе па се странке након почетка поступка могу сагласити да уговарајући право одређене земље нису желели и њихова правила непосредне примене.²⁹ Најједноставнији и најбољи начин да се искључи примена норми непосредне примене на настали спор јесте да странке експлицитно изузму њихову примену.

Други начин на који се норме непосредне примене могу наћи пред арбитражом и на тај начин утицати на арбитрабилност спора јесте онда када чине део права седишта арбитражног трибунала (*lex fori*)³⁰. Оправдање због којих у овом случају арбитражи примењују норме непосредне примене државе седишта се могу наћи у практичним разлозима јер донета арбитражна одлука може бити извршена у тој држави. Странке се у пословним трансакцијама опредељују за приватни начин решавања спорова, између осталог и из разлога економичности и ефикасности поступка. Применом норми непосредне примене земље седишта арбитраже, смањује се могућност поништаја донете одлуке. Може се, наравно, поставити питање да ли су арбитражи дужни да, решавајући спор, примене неко друго право осим оног кога су странке изабрале. Традиционална арбитражна доктрина³¹ и судска пракса одбијају примену страних јавноправних прописа, наглашавајући да арбитражи своју надлежност црпе из арбитражног уговора, чиме су обавезни да поштују исказану вољу уговорних страна поступајући по праву које су странке изабрале.³² Овакав став више не налази упориште у савременој

²⁹ A. Barraclough, J. Waincymer, „Mandatory rules of law in International Commercial Arbitration“, *Melbourne Journal of International Law*, бр. 6, 2005, стр. 17. Супротно, А. Јакшић: избор меродавног права нема за последицу и искључење примене императивних норми јавног права, чак и уколико су странке то у свом уговору предвиделе. Јакшић се позива на В. Von Hoffmann, Berger, Blessing. Видети напомену 570, стр. 159.

³⁰ Овакав став наћи ће упориште само у случајевима да се прихвати теорија седишта арбитраже, а не теорија делокализације. Уколико је прихваћена теорија делокализације, арбитражни трибунал нема *lex fori* те није у обавези да консултује норме непосредне примене нити једног правног поретка, па чак ни земље у којој трибунал заседа. У тим случајевима, норме непосредне примене могу се узети у обзир само у оквиру *lex contractus*.

³¹ E. Gaillard, *Sentence arbitrale, Droit arbitrale au fond du litige*, in *Droit International Prive Francais*, Paris, 1991. стр. 100. Gaillard истиче да би арбитражи могли да узму у обзир стране императивне прописе који се односе на вишу силу или неморалност, али ван тих прописа не виде се разлози да арбитражи примене прописе трећих држава. Истиче да је примена међународног јавног поретка оправданија него примена норми непосредне примене.

³² *Lalive* је у МТК одлуци Но. 410-2104, од 15. марта 1972. године, јасно изразио овакав став

доктрини.³³ У жељи да донесу арбитражну одлуку која ће бити призната и извршена у некој од земаља, арбитри морају узети у обзир и норме непосредне примене.

Норме непосредне примене трећих земаља могу се појавити пред арбитражним трибуналом на два начина. Ако норма непосредне примене утиче на испуњење обавеза преузетих уговора, тада се посматра као чињеница која отежава испуњење уговора. На овакав начин посматрана, норма не утиче на пуноважност главног уговора. Она се, наиме, третира као чињеница, постајући тако оперативни елемент³⁴ на основу ког се случај решава по праву које је меродавно.

Само у случајевима када се норме непосредне примене директно примењују на конкретни однос можемо говорити о самој примени ових норми и њиховом утицају на главни уговор. Тако, ако норме забрањују корупцију, ако је главни уговор погођен корупцијом, неминовно ће доћи до поништаја уговора.

Постоји сагласност да норме непосредне примене треба директно применити на конкретан уговорни однос само у случајевима да представљају део транснационалног (наднационалног) јавног поретка. У тим случајевима, оправдана је примена норми треће државе мимо воље уговорних страна, тј. мимо уговореног меродавног права.³⁵

О примени норми непосредне примене пред трибуналима говоре и решења одређених међународних конвенција.

Тако члан 16 Хашке конвенције о меродавном праву за уговоре о посредовању и заступању предвиђа: „При примени ове конвенције, може се признати дејство принудним прописима било које државе са којом конкретна ситуација има значајну везу, ако се и уколико се, по праву ове последње државе, ова правила имају применити, без обзира на право које би било меродавно према њеним колизионим нормама“. Одредбе члана 9(3) Рим I Уредбе о праву меродавном за уговорне односе предвиђају да се „може признати дејство нормама непосредне примене државе у којој треба испунити обавезе настале из уговора, у мери у којој

истичући да он као неутрални и међународни арбитар није обавезан да води рачуна о локалним и политички инспирисаним јавним порецима, већ само о заиста међународном јавном поретку.

³³ Y. Derains, „Public Policy and Law Applicable to the Dispute in International Arbitration“, *ICCA New York Arbitration Congress*, 1986. стр. 227; P. Mayer, *н. дело*, стр. 287.

³⁴ Т. Варади, Б. Бордош, Г. Кнежевић, В. Павић, *н. дело*, стр. 174.

³⁵ Вид. М. Blessing, *Introduction to Arbitration- Swiss and International Perspectives*, Helbing und Lichtenhahn, 1999, стр. 267. Овај став је потврђен и у арбитражној пракси. Вид. случај пред МТК арбитражом, бр. 6320 МТК из 1991. Сажетак објављен у Böckstiegel, *н. дело*, стр. 149, 154.

те норме непосредне примене чине испуњење уговора противзаконитим. При одлучивању да ли да ће се ови прописи применити, узима се у обзир њихова природа, сврха, као и последице њихове примене или непримене³⁶.

Спорови који се односе на примену норми непосредне примене могу генерално да буду предмет међународне трговачке арбитраже.³⁷ У прилог томе говоре случајеви у којима се расправљало о питањима увођења санкција, прописа о девизној контроли, о конкуренцији, хартијама од вредности или корупцији.

Норме непосредне примене и арбитрабилност

У односу на наведено, можемо закључити да норме непосредне примене утичу на право које ће бити примењено на одређени однос на начин да ће уживати примат у времену примене. Да ли ће одређени спорни правни однос заиста бити и решен пред арбитражом зависиће од тога да ли је спор подобан за арбитражно решавање према правилима непосредне примене. На исти начин може се посматрати утицај правила јавног поретка на надлежност арбитраже у смислу арбитрабилности спорова. Иако је у старијој правној теорији владало схватање да јавни поредак утиче на ограничење арбитрабилности спорова, данас владајуће схватање доктрине указује на то да је утицај јавног поретка на арбитрабилност смањена. У пракси се показало да јавни поредак има мали утицај на арбитрабилност у међународним трговинским споровима,³⁸ да утицај јавног поретка на арбитрабилност „није доказан“³⁹ и да је значај јавног поретка у дискусијама око арбитрабилности „врло ограничен“.⁴⁰ Стога се предлаже да се неарбитрабилност спорова испитује у „светлу унутрашњих ограничења арбитраже као механизма за решавање спорова уговорног порекла“.⁴¹

Ипак, то не значи да између арбитрабилности и јавног поретка не постоји било каква веза, већ само да се не може говорити о идентично-

³⁶ Више о овим појединачним значењима у А. Barraclough, J. Waincymer, *н. дело*, стр. 22 и даље.

³⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *н. дело*, стр. 337–347 (579, 568), J-F. Poudret, S. Besson, *н. дело*, пара. 347. M. Blessing, *н. дело*, 1999, стр. 262–265, пара. 789–801.

³⁸ Вид. А. Kirгу, *н. дело*, стр. 379.

³⁹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2–39.

⁴⁰ Исто.

⁴¹ S. Brekoulakis, *н. дело*, 2009, стр. 32, пас. бр. 2–42.

сти ова два појма. Тако се питање арбитрабилности може поставити код оцене пуноважности арбитражног уговора или у поступку доношења и извршења арбитражне одлуке, док се садржина и улога јавног поретка односе на право или вредности које не могу бити предмет кршења у арбитражном уговору или арбитражној одлуци.⁴² Принципи који чине јавни поредак, чију садржину чине императивни прописи којима странке не могу слободно располагати,⁴³ ван домена су надлежности арбитражних трибунала и углавном су резервисани за националне судове. Тако се питања која су у супротности са основним вредностима јавног поретка сматрају неарбитрабилним. Међутим, правна правила која ограничавају арбитрабилност не морају нужно бити део јавног поретка.⁴⁴ Иако су таква правила императивне природе и стране их не могу мењати својом вољом, ови императивни прописи не представљају *de facto* део јавног поретка. Поред императивне природе потребно је да поседују и друге квалитете.⁴⁵

Закључак

Норме непосредне примене ће се применити на спорни однос независно од воље уговорних страна. На тај начин норме непосредне примене утичу на право које је изабрано од стране уговорних страна или арбитра, на начин да се примењују пре и независно од одабраног права. На такав начин норме непосредне примене утичу и на арбитрабилност спора. Норме непосредне примене не треба мешати са правилима јавног поретка иако се и једне и друге доносе у циљу заштите општих јавних интереса.

За арбитражно решавање спорова од значаја је истаћи да ће одређени правни односи који су регулисани нормама непосредне примене бити предмет арбитражног одлучивања. У прилог таквом закључку говоре спорови настали као последица повреде права конкуренције, спорови из ембарга или спорови настали као последица корупције.

⁴² J. R. Sever, „The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy Checks on Us. And Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?“, 65 *Tnl. L. Rev.* 1991, стр. 1661, 1664.

⁴³ P. Lalive. „Transnational (or Truly International) Public policy and International Arbitration: Comparative Arbitration Practice and Public Policy“, *Arbitration ICCA International Arbitration Congress*, стр. 261.

⁴⁴ К-Н. Böckstiegel, *н. дело*, стр. 183.

⁴⁵ *Исто*.

Резиме

У правној теорији и арбитражној пракси је као општеприхваћено право уговорних страна да решавање својих спорних односа повере арбитражним трибуналима и да при томе уговоре право по коме ће арбитра решити конкретни спор. Међутим, границе избора меродавног права одређене су јавним поретком и правилима о непосредној примени.

Оба института имају за циљ да одређивањем граница слободе код уговарања меродавног права заштите основне вредности домаћег правног и политичког поретка. То практично значи да се право које је одабрано од стране уговорних страна или арбитра неће применити на конкретни спор уколико је у супротности са јавним поретком државе седишта арбитраже. Са друге стране, норме непосредне примене ће се применити на одређени спорни однос независно од воље уговорних страна.

Што се тиче међусобног односа, пракса показује да норме непосредне примене претходе примени колизионе технике одређивања права. Норме јавног поретка ће се применити након примене колизионе норме. Другим речима, до примене норми јавног поретка ће доћи тек након одређивања меродавног права. Из овог редоследа, међутим, не треба судити и о њиховом хијерархијском односу. У случају да норме меродавног права под којим се подразумевају и норме непосредне примене тог права нису у сагласности са опште усвојеним принципима, до њихове примене на спорни однос неће ни доћи. Из тога следи да норме јавног поретка уживају већу правну снагу од норми непосредне примене.

Практично, норме непосредне примене искључују колизиони начин одређивања меродавног права, док јавни поредак искључује примену страног материјалног права. Међутим, због недовољно прецизиране границе између норми непосредне примене и норми јавног поретка, поједини аутори говоре о негативној функцији јавног поретка, сматрајући под тим искључење од примене колизионе норме. Сматрамо да се не може говорити о искључењу примене колизионе норме, већ једино о искључења права на које је упутила колизиона норма. До искључења примене колизионе норме ће доћи уколико се на спорни однос примене правила непосредне примене. У том смислу се једино може говорити о негативној функцији норми непосредне примене.

Jelena Vukadinović PhD
Research associate
Institute of Comparative Law
Belgrade

THE EFFECT OF MANDATORY RULES OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

Mandatory rules of law are laws that purport to apply irrespective of the law chosen by the parties to govern their contractual relations. In this sense, whether they are 'mandatory' does not depend on whether they will ultimately end up applying via the relevant conflict of laws analysis, but only on how the law itself defines its sphere of application. This article examines their role in international commercial arbitration.

In this sense, article lists the considerations relevant to the application of mandatory rules and situations in which the application of mandatory rules is so well accepted.

Key words: *international commercial arbitration, applicable law, arbitrability, mandatory rules, public order.*