

Jelena Vukadinović*

UDK UDK 347.998.74

str. 133-149.

PRAVNA PRIRODE ARBITRAŽE

1. Apstrakt

Kao i kod drugih pravnih instituta, tako i kod arbitraža, određivanje pravne prirode ima za cilj da se upoređivanjem sličnosti i razlika sa drugim srodnim institutima, odredi mesto arbitraže u pravnom poretku određene zemlje. S obzirom da je ovo prevenstveno teorijsko pitanje, rasprava se svodi na analizu postojećih mišljenja u pravnoj teoriji i eventualnu potordu u sudskoj praksi. Tako pravna priroda arbitraže zavisi od toga kom elementu se daje odlučujući značaj na osnovu čije prirode se opredeljuje i priroda samog instituta.

Rezultat ovakve analize su brojne teorije i mišljenja koja se međusobno razlikuju, ne samo u pogledu pravne prirode, već i oko toga da li je uopšte svrsishodno baviti se ovim pitanjem.

Tako jedni autori smatraju da određivanje pravne prirode nema posebno teorijskog opravdanja, već služi samo kao "ideološki izgovor da bi se opravdali

* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

izvesni ciljevi koji se žele postići arbitražnim rešavanjem sporova."¹ Drugi autori smatraju da određivanje pravne prirode arbitraže predstavlja "ključ za identifikaciju pravnih i nepravničkih prepreka koje stoje pred arbitrima u međunarodnim trgovačkim sporovima."² Autori iz ove grupe smatraju da određivanje pravne prirode doprinosi ne samo boljem razumevanju arbitraže u teorijskom smislu, već utiče na način rešavanja nekih praktičnih pitanja, kao što je postojanje i punovažnost arbitražnog ugovora, način vođenja arbitražnog postupka,³ poništaj, priznanje i izvršenje arbitražne odluke.⁴

Ključne reči: arbitraža, pravna priroda, jurisdikciona teorija, ugovorna teorija, sui generis teorija.

2. Polazni kriterijumi na osnovu kojih se određuje pravna priroda

S obzirom da arbitraže karakteriše poseban i od sudova različit način rešavanja sporova, kod određivanja pravne prirode arbitraže potrebno je naći ono što čini *diferentia specifica* i prema tome odrediti i prirodu same arbitraže. Već i pojmovno određivanja, jasno arbitraže jasno razlikuje od državnih sudova, pre svega prema posebnoj prirodi ovlašćenja na osnovu kojih su arbitri ovlašćeni da meritorno odluče o predmetu spora.⁵ Drugačije rečeno, ono što arbitraže razlikuje od državnih sudova i sličnih institucija mirenja, jesu ovlašćenja arbitara. Na prirodu arbitraže (u opštem smislu) ne utiče domaće ili strano poreklo stranaka u sporu, niti karakter spora kao trgovačkog ili netrgovačkog, već *izvor i priroda ovlašćenja*. S obzirom da ovlašćenja mogu poticati jedino od države ili ugovornih strana, dilema se svodi na pitanje čija su ovlašćenja presudna za legalitet i legitimitet arbitražnog ugovora kao izvora ovlašćenja i nastanka arbitraže.

¹ H. A. Grigera Naón, "Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration", *J.C.B. Mohr*, Tuebingen 1992, str. 18.

² J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1978, str. 51.

³ G. Knežević, V. Pavić, *Arbitraža i ADR*, Beograd 2010, str. 35.

⁴ M. Pak, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2000, str. 173.

⁵ Vid. K. Lynch, *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str. 65.

U praktičnom smislu, shvatanje o pravnoj prirode u velikoj meri određuje osnovne elemente arbitraže kao institucije i kao posebnog postupka za rešavanje sporova⁶. Tako će se zavisno od shvatanja pravne prirode arbitraže, ceniti punovažnost arbitražnog ugovora, odnosno arbitražne klauzule, kao i uslovi za poništaj i priznanje i izvršenje arbitražne odluke.⁷

U literaturi su izdiferencirane četiri teorije o pravnoj prirodi arbitraže: jurisdikciona, ugovorna, mešovita i *sui generis* teorija.⁸

3. Jurisdikciona ili procesna teorija

Sušтина jurisdikcione (sudske ili procesne)⁹ teorije sastoji se u shvatanju da je arbitražni sud sudska ustanova koja vrši sudsku funkciju. Ovakav stav zastupnici temelje na činjenici da arbitražni sud vodi sudski postupak i presuđuje odlukom koja ima snagu sudske presude.¹⁰ Drugi autori kao osnovnu jurisdikcionu karakteristiku navode ovlašćenje države da kontroliše arbitraže na svojoj teritoriji,¹¹ ili polaze od osnovnog zadatka arbitražnog tribunala da kao i sud rešava sporove.¹² Arbitri se prilikom rešavanja sporova ponašaju kao sudije, a arbitražni sud deluje kao trgovački sud.¹³ Arbitar vrši sudske funkcije u alternativnom postupku koji je određen nacionalnim pravom čije poštovanje nadgleda i kontroliše sud. Međutim, kako ne mogu postojati u teritorijalnom i pravnom vakuumu, arbitraže su nužno "vezane" za konkretni državni pravni

⁶ G. Knežević, V. Pavić, *n. delo*, str. 35.

⁷ M. Pak, *n. delo*, str. 173.

⁸ H. A. Grigera Naón, *n. delo*, str. 15. i dalje; A. Belohlavek, *The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts between Legal Cultures* (April 1, 2011). *Law of Ukraine/Pravo Ukrajiny*, No. 2, str. 18-31, 2011.: <http://ssrn.com/abstract=1921748>
Postoje shvatanja i o petoj teoriji "koncesije". V. E. Onyema, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge, 2010, str. 32. i dalje.

⁹ Termin sudska teorija u srpskoj teoriji upotrebljavaju R. Vukadinovic, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012, str. 860 i M. Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd 2000, str. 35.

¹⁰ G. Stanković i drugi, *n. delo*, str. 28.

¹¹ J. Lew, L. Mistelis, S Kröll, *n. delo*, str. 74, pas. br. 5-09.

¹² M. Pak, *n. delo*, str. 174

¹³ *Isto*.

poredak i zavisne od konkretnog prava i dozvole konkretne države. U tom smislu se arbitraža određuju i kao geografsko lokalizivan način rešavanja sporova od strane društva na određenoj teritoriji.

U korist sudske ili procesne prirode arbitraže se navode brojni i različiti argumenti, koji se mogu svrstati u dve grupe: oni preko kojih država vrši uticaj na konstituisanje i postojanje arbitraže i na one putem kojih utiče na način rada arbitraže. U prvu grupu spadaju argumenti kojima se tvrdi da samo postojanje arbitraže zavisi od volje države. Kao oblik ili metod paralelnog "sudovanja,"¹⁴ arbitraža postoji samo ako to i dok to dozvoli država, bez obzira što svoju nadležnost crpi iz ugovora stranaka, budući da o njenom postojanju i punovažnosti odlučuje država. Arbitražni ugovor predstavlja materijalno-pravni ugovor (saglasnost volja) i služi kao osnov za konstituisanje arbitražnog tribunala, ali po posledicama koje proizvodi, predstavlja ugovor procesne prirode.¹⁵

Iz toga sledi i da arbitri svoja ovlašćenja crpe ne samo iz arbitražnog ugovora, već i iz lokalnog prava,¹⁶ odosno prava gde arbitraža zaseda i donosi odluke, čime se naglašava uloga i značaj prava mesta ili sedišta arbitraže (*lex loci arbitri*).¹⁷ Sa druge strane, arbitražni ugovor će proizvoditi pravno dejstvo samo ako pravni poredak zemlje sedišta tribunala priznaje takvu saglasnost volja kao arbitražni ugovor. Iz toga se izvodi zaključak da nadležnost arbitraže i arbitara u krajnjoj liniji zavise od rešenja u merodavnom nacionalnom pravu. U skladu sa tako određenim pravom, sudovi zemlje sedišta se mogu mešati ne samo u postupak konstituisanja arbitražnog tribunala, već i u način donošenja arbitražne odluke, njen poništaj ili priznanje i izvršenje. I kad arbitražama prizna nadležnost, država za sebe zadržava pravo da kontroliše njihov rad kako u arbitražnom postupku (u slučaju zloupotrebe prava, povrede javnog poretka), tako i kroz

¹⁴ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 518.

¹⁵ M. Rubino-Sammartano, *n. delo*, str. 442.

¹⁶ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 518.

¹⁷ Vid. E. Onyema, *n. delo*, str. 33.

zadržavanje u sudskoj nadležnosti sporova za koji ima poseban interes koje proglašava nearbitrabilnim.¹⁸

Što se tiče odnosa arbitražnog ugovora i osnovnog posla, zastupnici jurisdikcione teorije se u potpunosti zalažu za separabilnost arbitražnog ugovora. U slučaju ništavosti glavnog ugovora, ugovor o arbitraži će proizvoditi pravna dejstva, pri čemu merodavno pravo može biti različito od prava merodavnog za osnovni posao. Na kraju, a što je od značaja za predmet ovog rada, jurisdikciona teorija objašnjava zbog čega država svojim propisima određuje pojam i granice i subjektivne i objektivne arbitrabilnosti. Na ovaj način se objašnjava i pravo suverene države da na svojoj teritoriji ne prizna i ne dozvoli izvršenje nearbitrabilnih arbitražnih odluka.

U okviru jurisdikcione teorije, postoje tri pravca u razmišljanju ili tri škole. Prema prvoj školi,¹⁹ osnovni zadatak arbitra je da sudi (da obavlja sudsku funkciju) i da obezbedi da odluka koju donese bude izjednačena sa presudom donetom u sudskom postupku. Svoju nadležnost arbitri crpe iz arbitražnog ugovora, pa ako arbitražni ugovor nije pravno valjan, ni odluka arbitara neće proizvoditi pravno dejstvo. Međutim, to ne znači da će doneta arbitražna odluka, u postupku priznavanja i izvršenja u drugoj zemlji imati status ugovora,²⁰ već snagu pravosnažne presudu. U ovom smislu navodi se rešenje Francuskog Zakonika o građanskom postupku, prema kome: "arbitražna presuda čim se donese ima snagu pravosnažne presude u odnosu na spor koji je presudila"²¹ Ipak, bez obzira što arbitražna odluka već u momentu donošenja ima karakter sudske presude, državni sud zadržava pravo njene kontrole u slučaju poništaja, tamo gde je to

¹⁸ O. Chukwumerije, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, London 1994, str. 12

¹⁹ A. Laine, "De l'execution en France des sentences arbitrales entrageres", 26 *Journal du droit international*: Clunet 641 (1899).

²⁰ Dilema među francuskim teoretičarima se vodila da li nad donetom odluka u zemlji priznanja i izvršenja treba primeniti proceduru za ugovore ili proceduru koja se primenjuje na strane sudske odluke. Vid. više u A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*, Zurich 1989, str. 51

²¹ Član 1476, Code de procédure civile iz 1980.

dozvoljeno, i u postupku priznanja i izvršenja koji su identični postupcima koji se primenjuju na sudske presude.

Navedenom shvatanju su upućene brojne kritike, počev od shvatanja arbitara kao sudija, do izvršenja arbitražnih odluka. U pogledu arbitara, prigovoreno je da se oni ne mogu izjednačiti sa sudijama jer ne vrše državnu vlast, niti ih postavlja država, već pojedinci kao privatna lica.²² Da bi arbitri zaista bili izjednačeni sa sudijama, moraju obavljati neku javnu funkciju i biti delegirani od strane državne vlasti.²³ Sa druge strane, ako se arbitri tretiraju kao sudije koje svoju nadležnost crpe isključivo iz volje države, potrebno je odrediti koji elementi ih približavaju sudijama. U teoriji²⁴ se u tom smislu navodi obavezujući karakter arbitražne odluke i karakter presuđene stvari. Odgovor na ove i druge kritike daje drugo shvatanje ili učenje koje se označava kao *teorija delegacije*.

3.1. Teorija delegacije

Za razliku od prvog shvatanja, prema kome arbitri crpe nadležnost iz ugovora stranaka, teorija delegacije polazi od teze da država prenosi potrebna ovlašćenja na arbitre i dozvoljava im da rešavaju sporna pitanja. U tom slučaju arbitri vrše javnu funkciju kao privremene sudije.²⁵ Pretpostavlja se da država ima interes da arbitrima poveri javnu funkciju deljenja pravde u sporu koji postoji između dva privatna lica na svojoj teritoriji.²⁶

Kao osnovni nedostatak ovog učenja se navodi da polazi od neproverene teze da država raspolaze "monopolom upravljanja pravdom".²⁷ I u okviru ovog mišljenja

²² Argumente protiv ovog prigovora koje navodi H. Motulsky, *Ecrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, str. 60 vidi kod A. Samuel, *n. delo*, str. 53.

²³ K. Lynch, *The forces of economic Globalization-Challenges to the regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, str.68

²⁴ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1999, str. 12.

²⁵ A. Samuel, *n. delo*, str. 55.

²⁶ K. Carlson, "Theory of the Arbitration Process", 17 *Law and Contemporary Problems*, Volume 4, Duke University School of Law, 1952, str. 635.

²⁷ Raspravu povodom ovih prigovora vid. u A. Samuel, *n. delo*, str. 56 koji navodi da su tri velika imena pravne nauke (Hart, Motulski i Raz) bili rezervisani prema stavu da država svojim

razlikuju se autori koji smatraju da država delegira nadležnost na arbitra i oni koji polaze od toga da je svako pravo ili moć koje pojedinac uživa izvedeno ili povereno od strane vlasti.²⁸

3.2. Teorija lokalnog prava

Treće učenje u okviru jurisdikcione teorije ističe presudni značaj domaćeg prava ne samo za konstituisanje arbitraže, već i na njen rad i postupak. Prema njihovom shvatanju pojedinci svoja prava i obaveze crpe iz lokalnog prava ili su ona delegirana iz lokalnog prava (*municipal theory*), pa i arbitri svoju nadležnost crpe iz "*lex facit arbitrum*"²⁹. Ovo znači da ne postoji međunarodna arbitraža, i da svaka arbitraža mora pripadati ili biti lokalizovana na teritoriji u kojoj se nalazi njeno mesto ili sedište. U tom slučaju, međunarodna arbitraža predstavlja samo "mit".³⁰ Iz ovoga proizilazi zaključak koji je relevantan za predmet ovog rada: s obzirom da je svaki arbitar dužan da poštuje pravo sedišta arbitraže, to znači da ne može suditi u sporovima koji su nearbitrabilni prema sedištu arbitraže. Osim pravne, poštovanje sedišta arbitraže predstavlja i moralnu obavezu arbitara. Istovremeno se, međutim, ističe i da poštovanje lokalnog prava iz moralnih razloga nije u duhu pravne sigurnosti i da može dovesti do toga da odluka koja je poništena u zemlji porekla, bude priznata u drugoj državi u kojoj se traži priznanje i izvršenje.³¹

Kao osnovna kritika druge i treće podvrste jurisdikcione teorije se navodi prevelika važnost koja se poklanja sedištu arbitraže i pravu sedišta arbitraže, čime se onemogućava fleksibilnost arbitražnog odlučivanja i nedovoljna pažnja koja se daje arbitražnom ugovoru, čije granice ipak određuje pravni poredak države sedišta arbitraže.³² Teoriji se prigovara da ne nudi rešanja za nove vrste

monopolom upravlja pravdom.

²⁸ Vid. A. Samuel, *n.delo*, str. 51

²⁹ F. Mann, "Lex Facit Arbitrum", *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, (ured. P. Sanders), Hag 1967, str. 159.

³⁰ F. Mann, *n. članak*, str. 160.

³¹ U ovom smislu se navodi predmet *Hilmarton*. Vid. E. Onyema, *n. delo*, str. 35.

³² Mann priznaje važnost arbitražnog ugovora ali samo u granicama koje je priznaje i pravni poredak države sedišta arbitraža

arbitraža (poput arbitraže putem interneta, gde je sedište arbitraže irelevantno), da ne reguliše pitanje primene materijalnog prava kao *lex mercatoria*, kao i o principu denacionalizacije arbitražne procedure.

Potpunije sagledavanje sličnosti i razlika koje postoje između jurisdikcione i ugovorne teorije podrazumeva poznavanje razlika koje postoje u organizaciji sudova u zemljama *common law* i *civil law* sistema. U anglosaksonskim zemljama podela sudova je izvršena tako da se pravi razlika između vrhovnih sudova i sudova sa "kvazi-pravosudnim" kapacitetom sudovanja (poput administrativnih tribunala), čije su odluke podložne kontroli vrhovnih sudova. Kako se arbitražni tribunal konstituiše voljom ugovornih strana to spada u tela koja sude kao kvazi sudovi, poput onih koje je osnovala lokalna vlast nad kojima kontrolu vrši sud, pa ne postoji bojazan da će arbitraža "potkrasti isključivu nadležnost nižih sudova." U zemljama *civil law*, pravna priroda arbitraže se uglavnom objašnjava ugovornom teorijom. Pri tome se naglašava da arbitraža nastaje na osnovu arbitražnog ugovora sa ciljem da potisne sudsku nadležnost na teritoriji određene države. Ugovorni koreni arbitraže se mogu naći i u istoriji. Već se u rimskom pravu pod arbitražom podrazumevala odluka posrednika ili arbitara kao privatnog sudije. Za razliku od odluke posrednika, koja nije proizvodila pravne posledice, odluka arbitara je stvarala ugovorne obaveze (na primer na plaćanje kazne, ako ne bude dobrovoljno izvršena). Iz ove podele na posrednike i arbitre i uticaja koje su imale njihove odluke, kasnije su se izdeferencirale jurisdikciona i ugovorna teorija arbitraže.³³

Navedena shvatanja, a posebno ugovorno i jurisdikciono, su osim u teorijskom smislu, uticala i na rešenja u nacionalnim i međunarodnim izvorima arbitražnog prava. Tako je u francuskom Zakoniku o građanskom postupku³⁴, priroda

³³ R. David, *n. delo*, 1986, str. 57, i diskusiju na ovu temu u W. L. Craig, "Some Trends and Developments in the Laws and Practice of international Commercial Arbitration", 30 *Tex. Int'l L.J.* 1995, str. 5.

³⁴ Vid. član 1476, Code de procédure civile iz 1980. godine, sa poslednjim izmenama: Decree no. 2005-460 of 13 may 2005, koje su stupile na snagu 14. 05. 2005. Tekst na francuskom i prevod na engleski jezik dostupni na: <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/english/Legifrance-translations>. Poslednji pristup 21. jula 2015. Na shvatanje arbitražnog rešavanja sporova u okviru jurisdikcione teorije ukazuju i članovi u kojima se navodi da arbitraža treba da presudi (čl. 1496) i izraz "*tribunal*" koji se koristi za arbitražni tribunal (čl.

arbitraže opredeljena karakterom arbitražne odluke kojoj je nakon donošenja priznata snaga pravosnažne presude u odnosu na presuđeni spor. Ali, arbitraža se istovremeno definiše kao način rešavanja spora između dve zainteresovane strane od strane jednog ili više lica koja svoju nadležnost crpe iz arbitražnog ugovora, a ne iz vlasti države. Kao privatni metod rešavanja sporova koji se bazira na sporazumu stranaka arbitraža je definisana i u švajcarskoj teoriji.³⁵

Navedena rešenja pokazuju da je njihova sadržina opredeljena jednim ili drugim shvatanjem pravne prirode arbitraže. Ovaj uticaj će biti još očigledniji kod određivanja pravne prirode, postojanja i dejstva arbitražnog ugovora, o čemu će kasnije biti više reči. Osim toga, opredeljenje za jedno ili drugo shvatanje na posredan način utiče na izbor prava koje će biti primenjeno na konkretan spor.³⁶ Tako se pristalice ugovorne teorije zalažu da se na meritum spora, ukoliko stranke u ugovoru nisu odabrale merodavno pravo, primeni pravo koje se primenjuje na arbitražni ugovor i iz kog arbitri crpe svoju nadležnost. Pristalice jurisdikcionog shvatanja se u istoj situaciji zalažu da to bude pravo mesta sedišta arbitražnog tribunala, pozivajući se na činjenicu da je arbitražna odluka izjednačena sa sudskom odlukom.

4. Ugovorna teorija

Pristalice ugovorne teorije o pravnoj prirodi arbitraže ističu da suštinu arbitraže čini autonomija volje koja je izražena u arbitražnom ugovoru. S obzirom da arbitraža nastaje na osnovu arbitražnog ugovora koji po svojoj pravnoj prirodi predstavlja ugovor (saglasnost volja), to i sama arbitraža ima ugovornu pravnu prirodu. Iz ovakvog shvatanja proizilazi da i za osnivanje i rad arbitraže, postupak pred arbitražom i za arbitražnu odluku u osnovi važe pravila

1502).

³⁵ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *n. delo*, str. 10; G. Delaume, "New Swiss Arbitration Statute Emphasizes Party Autonomy and Restricts Judicial Review", *The New Swiss Law on International Arbitration*, Basel, Swiss Arbitration Association, 1990, str. 22-23; J. Poudres, S. Besson, *n. delo*, str. 47. i dalje.

³⁶ Vid. G. Knežević, *n. delo*, str. 35.

ugovornog prava. U teoriji³⁷ se navodi da je sličan stav zauzeo francuski Kasacioni sud u predmetu *Roses*, stavom da "Arbitražne odluke koje su zasnovane na arbitražnom ugovoru, čine jedinstvo sa njim i sa njim dele ugovorni karakter."³⁸ Dosledno tome, i arbitražna odluka se smatra vrstom ugovora zaključenog između arbitara koji nastupaju kao zastupnici stranaka. U poređenju sa jurisdikcionim shvatanjem koje je naglašavalo presudnu ulogu domaćeg prava, u ugovornoj teoriji je takav značaj dat načelu autonomije volje u obimu u kome je postignuta saglasnost u arbitražnom ugovoru. Samo za rešavanje ostalih pitanja koja nisu regulisana arbitražnim ugovorom "konkurišu" pravila merodavnog prava.

U okviru ove teorije, prisutne su dve podvrste ili učenja: tradicionalno i moderno.³⁹ Zajedničko obema teorijama je da polaze od arbitražnog ugovora kao osnova za konstituisanje arbitraže i osnovnog izvora ovlašćenja arbitara. Pri tome se prema tradicionalnom shvatanju i arbitražna odluka smatra vrstom posebnog sporazuma koji je nastao kao rezultat izvršavanja osnovnog arbitražnog ugovora.⁴⁰ U tom smislu arbitražna odluka "kompletira ili čini deo arbitražnog ugovora."⁴¹ Budući da ovlašćenja dobijaju iz arbitražnog ugovora koji su ugovorne strane zaključile, arbitri su vezani takvim ugovorom i predstavljaju zastupnike ugovornih strana.⁴²

³⁷ J. Lew, J. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 77, pas. br. 5-17.

³⁸ Cour de cassation, 27 July 1937, *Roses v Mollet et ie*, I Dalloz 25 (1938).

³⁹ A. Samuel, *n. delo*, str. 33 i dalje.

⁴⁰ P. Merlin, *Recuel alphabetique de qiestions de droit*, 4th ed, Brisel, 1829, vol. 9, str. 145. navedeno prema A. Samuel, *n. delo*, str. 33.

⁴¹ *Isto*, str. 34. koji u ovom smislu navodi rodonačelnike ovog shvatanja P. Merlin, *Recuel alphabetique de qiestions de droit*, 4th ed, Brisel, 1829, vol. 9

⁴² Vid. više P. Merlin, *n. delo*, str. 139-150, navedeno prema A. Samuel, *n. delo*, str. 33; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 77. Srž ove teorije formirao je kasacioni sud Francuske u slučaju *Roses* gde je naveo da arbitražna odlku čini celinu sa arbitražnim sporazumom i deli njenu ugovornu prirodu, *Roses v. Moller et Cie*, I Dalloz 25(1938), oduka 27 Jul 1937. Isto i R. Vukadinović, *n. delo*, 2012, str. 518.

Moderna koncepcija ove teorije posmatra arbitražu kao niz ili skup ugovornih odnosa koji pripadaju više privatnom, nego javnom pravu.⁴³ U odnosu na prehodnu klasičnu teoriju, arbitražna odluka, prema shvatanju grupe autora koji zastupaju modernije učenje, ne predstavlja ugovor, već "zajednički akt" (nemački: *gesamtakt*).⁴⁴ Druga grupa autora smatra da arbitražni postupci i odluke čine samo "grupu privatnih ugovornih akata."⁴⁵ Nad takvim privatnim aktima država ne može vršiti kontrolu ni u pogledu arbitražnog postupka, ni u pogledu donete odluke. U slučaju da ugovorne strane ne izvrše dobrovoljno arbitražnu odluku, sud će odluku izvršiti kao svaki drugi ugovor materijalnog prava⁴⁶. Arbitražna odluka "ne predstavlja presudu, već neizvršeni ugovor "između ugovornih strana."⁴⁷ Budući da je autonomija volje priznata kao neprikosnoveno načelo, arbitražna odluka ne potpada pod pravo određene teritorije, niti njeno izvršenje može zavisiti od prava određene zemlje. S druge strane, arbitražni ugovor predstavlja deo ugovora o osnovnom poslu pa će se pravo koje se primenjuje na osnovni posao, primeniti i na arbitražni ugovor (*lex contractus*).

Navedenom shvatanju su upućene različite kritike i prigovori. Kritičari ugovorne teorije navode da se arbitri ne mogu posmatrati kao zastupnici u skladu sa pravilom da "niko ne može preneti na drugo lice više prava nego što ga ono ima." Kako ugovorne strane nisu ovlašćene da donesu konačnu odluku, takvo pravo ne mogu preneti arbitrima, a to znači da se arbitri ne mogu smatrati njihovim agentima.⁴⁸ Ako su, pak, ugovorne strane na to ovlašćene, na primer da se poravnaju, tada ne postoji potreba za angažovanjem neutralnih subjekata, jer se same strane mogu dogovoriti, odnosno poravnati. Sa druge strane, lica koja su angažovana kao zastupnici poverene poslove obavljaju u ime i za račun

⁴³ A. Samuel, *n. delo*, str. 39.

⁴⁴ Vid. A. Samuel, *n. delo*, str. 39, koji navodi G. Ballardore - Pallieri, *L Arbitrage prive dans rapports internationaux* 51 *Recueils des Courts* 285, (1935), str. 309.

⁴⁵ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 78. par. br. 5-19.

⁴⁶ J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana Publications, 1978, str. 55

⁴⁷ Vid. E. Onyema, *n. delo*, str. 36.

⁴⁸ A. Laine, str. 653. Navedeno prema A. Samuel, *n. delo*, str. 37

nalogodavca, dok su arbitri nezavisni od stranaka i odlučuju na nepristrasan način. Dalji prigovor se odnosi na pravo nalogodavca da kod ugovora o nalogu povuče svoj nalog. Nakon imenovanja arbitara, ugovorne strane nemaju tu mogućnost,⁴⁹ osim u izuzetnim slučajevima.⁵⁰ Na taj način se čuva pravna sigurnost koja je neophodna kod donošenja odluke. Kod klasičnih ugovora o nalogu, strana koja angažuje i plaća nalogoprince može svoj nalog i da izmeni i da opozove.

U slučaju tzv. "arbitraže bez ugovora", ugovorna priroda arbitraže se osporava prigovorom da se neke savremene arbitraže mogu konstituisati bez klasičnog arbitražnog ugovora što je dovelo do "ere arbitraža bez ugovornih odnosa."⁵¹ Kao primer za to se navodi ugovaranje arbitraže pri Centru za rešavanje investicionih sporova (ili ICSID arbitraža) koja svoju nadležnost zasniva na osnovu međunarodnih sporazuma, a ne na osnovu sporazuma privatnih stranaka kao pojedinaca. Na sličan način svoju nadležnost zasniva arbitraža iz Energetske povelje ili iz Sevrenoameričke zone slobodne trgovine (NAFTA).

Ove arbitraže su nastale na osnovu pristanka države ili državnog organa da se u slučaju spora odreknu imuniteta i da se spor iznese pred arbitražu.

Na ugovornu prirodu arbitraže upućuje i pravo stranaka da biraju merodavno pravo koje će se primenjivati kako na sam arbitražni ugovor, tako i na proceduru i na meritum spora.⁵² Strane mogu da ugovore i primenu određenih pravnih pravila kao i *lex mercatoria*, čime se povećava broj elemenata koji govore u prilog ugovorne prirode arbitraže. Uticaj navedenih elemenata ugovora je još izraženiji kod *ad hoc* arbitraže.

⁴⁹ Vid. čl. 25. Konvencije o rešavanju investicionih sporova u kome se govori o zabrani povlačenja pristanka na arbitražu. U širem smislu ista zabrana se odnosi i na imenovane arbitre.

⁵⁰ Vid. više Laine i drugi u A. Samuel, *n. delo*, str. 37 i dalje.

⁵¹ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 78, par. br. 5-20.

⁵² Ovakav stav priznaje i Njujorška konvencija, čl. V 1(a) i Evropska konvencija VI 1(a) i VII.

Da ovlašćenja arbitara ne potiču od države, već od privatnih strana, pokazuje i činjenica da arbitražna odluka obavezuje samo stranke i ne može uticati na prava trećih lica.⁵³

Ugovornoj teoriji se prigovara da ne može na pravi način da objasni razliku koja postoji između zastupnika ili agenata koji su angažovani ugovorom o zastupanju i položaja (prava i obaveza) arbitara imenovanih na osnovu i u skladu sa arbitražnim ugovorom.⁵⁴ Primera radi, u klasičnim ugovorima o zastupanju, zastupnici su angažovani da se brinu o poslovnim interesima svog nalagodavca u čije ime i za čiji račun nastupa. I arbitre imenuju ugovorne strane, ali nakon konstituisanja arbitraže ne samo što ne smeju da štite interese jedne strane, već ni da održavaju kontakte sa njima, kako bi odluku doneli samostalno i nepristrasno. Iz tih razloga se arbitražna odluka ne može poistovetiti ni sa arbitražnim ugovorom bez obzira što predstavljaju "karike istog lanca."⁵⁵ Teoriji se prigovara i da ne može da nađe objašnjenje za preispitivanje arbitražne odluke pred sudovima, naročito u postupku za poništaj. Isto tako, ugovornom prirodom se ne može objasniti intervencija državnih sudova u postupku priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. Autorima ugovorne teorije se zamera i što nisu na jasan način definisali koju vrstu ugovora predstavlja arbitraža, pa se kao odgovor nudi teorija o *sui generis* prirodi arbitraže.⁵⁶ Na kraju, zastupnici ugovorne teorije nisu posvetili dovoljno pažnje razgraničenju arbitražnog rešavanja sporova od alternativnih načina rešavanja, poput medijacije, veštačenja i slično.

Na osnovu svega se može zaključiti da teorija o ugovornoj prirodi arbitraže može da pruži odgovore u slučajevima kada ugovorne strane u potpunosti izvrše ugovor i donesu arbitražnu odluku. U tom slučaju državno pravo "ne stiže" da bude pozvano ni primenjeno i da svojim rešenjima dovede u pitanje ugovorno shvatanje. Međutim, ista teorija ne može da nađe pravo obrazloženje

⁵³ G. Ballardore-Pallieri, *n. delo*, str. 303, prema A. Samuel, *n. delo*, str. 40.

⁵⁴ Vid. A. Bernard, *L'Arbitrage volontaire en droit prive*, Bruxelles, 1937, str. 150-151; F.-E. Klein, *Consideration sur l'arbitrage en droit international prive*, Basel 1955, str. 38.

⁵⁵ F.-E. Klein, "Autonomie de la volonte et arbitrage", 47 *Rev. Cric.* 255 str, 260. navedeno prema A. Samuel, *n. delo*, str. 43

⁵⁶ A. Bernard, *n. delo*, str. 152.

za intervenciju državnih sudova u postupku preispitivanja donetih arbitražnih odluka i u postupcima priznanja i izvršenja. Osnovni nedostatak ugovornog shvatanja se sastoji u tome što zanemaruje činjenicu da se arbitraže osnivaju i da rade u konkretnom nacionalnom pravnom sistemu, čija pravila neposredno ili posredno, u početnoj ili završnoj fazi utiču i na postupak i na samu odluku.

5. Mešovita teorija

Zastupnici mešovite (harmonizirajuće ili hibridne) teorije⁵⁷ pravnu prirodu arbitraže objašnjavaju kombinacijom elemenata ugovorne i jurisdikcione teorije. Hibridni ili mešoviti karakter se ogleda u tome što pravila materijalnog ugovornog prava regulišu nastanak, punovažnost i dejstvo arbitražnog ugovora, dok su pitanja postupka pred arbitražom, priznanja i izvršenja arbitražne odluke regulisana pravilima procesnog prava. U ovom smislu se navodi da međunarodne trgovačke arbitraže počinju kao privatni sporazum između stranaka, nastavljaju se kao privatni postupak, a završavaju se arbitražnom odlukom koja prizvodi javno pravno dejstvo čije izvršenje pomažu javne ili državne vlasti. Tako posmatrana, arbitražna odluka se nalazi ne "pola puta između presude i ugovora."

Kritike mešovite teorije se uglavnom odnose na shvatanje arbitražnog ugovora kao ekskluzivne pravosudne klauzule⁵⁸. Navode i da je striktna podela na elemente ugovorne i sudske teorije neodrživa, da se jasna razlika ne može povući i da se previše pažnje posvećuje pravu zemlje sedišta arbitraže. Favorizovanjem prava sedišta arbitraže narušava se princip autonomije volje,⁵⁹ koji strankama daje pravo da biraju i pravo postupka, te da cepanje "depeçage" prava

⁵⁷ Ove termine koristi F-B. Weigand, *n. delo*, str. 4, marg. br. 1.05, tač. 2.3.

⁵⁸ Protivnici ovog shvatanja među kojima je Klein i Rubellin -Devichi, *L'arbitrage: Nature juridique, Droit interne et le droit international privé*, Paris, 1965, osporavaju analogiju između arbitražnog ugovora i ekskluzivne pravosudne klauzule, navodeći da arbitražni ugovor ima uticaj na pravo koje će biti primenjeno u vreme izvršenja odluke, dok sudske klauzule neće imati uticaj koje će pravo biti primenjeno nakon izbora suda.

⁵⁹ Vid. više Rubellin - Devichi, *n. delo*, str. 111. i dalje. Navedeno prema A. Jakšić, *Međunarodna trgovinska arbitraža*, Beograd 2003, str. 90.

merodavnog za arbitražni ugovor i prava merodavnog za postupak arbitraži ne doprinosi pravnoj sigurnosti.

U jednom delu pravne teorije se smatra da navedeni argumenti nisu dovoljno relevantni da ospore značaj mešovite teorije i da se pravna priroda arbitraže može najbolje sagledati preko osnovnog cilja i funkcija.⁶⁰ Osnovni razlog i namera osnivanja arbitraže je želja stranaka da posebno telo izvan postojećih sudova donese obavezujuću i konačnu odluku kojom se rešava spor. Ovu nameru ostvaruju zaključivanjem arbitražnog ugovora koji između stranaka proizvodi uzajamna prava i obaveze. Kako se ugovaranjem arbitraže otklanja nadležnost državnih sudova, neophodno je da stranke i same raspolažu nadležnostima za rešavanje koje će poveriti i preneti arbitrima. Pitanja načina zaključivanja i pravnog dejstva arbitražnog ugovora su, međutim, regulisana pravom sedišta arbitraže, odnosno *lex loci arbitri*. Ovako shvatanje nam se čini opravdanim jer je na svakoj državi obaveza i pravo da odluči da li i koja pitanja spadaju u domen njenog javnog poretka ili zaštite opšteg interesa, čime se praktično određuje granica nadležnosti arbitraže.

6. Autonomna (*sui generis*) teorija

Zastupnici ove teorije smatraju da ugovorna i jurisdikciona teorija nisu u stanju da objasne posebnu ulogu i karakter arbitraže, jer ne odgovaraju stvarnosti,⁶¹ pa se odgovor mora tražiti u njenoj autonomnoj i posebnoj (*sui generis*) prirodi.⁶² Pri tome navode da su elementi ugovorne i sudske teorije toliko zamršeni da je nemoguće precizno odrediti granicu između ugovorne i sudske teorije.⁶³

Autonomna teorija predstavlja "prosvećenu" mešovitu teoriju.⁶⁴ Stoga je neophodno da se prvo odredi šta je arbitraža u strukturnom smislu, jer se samo na taj način može kasnije pristupiti stvaranju pravila koja će zadovoljiti

⁶⁰ A. Jakšić, *n. delo*, str. 90.

⁶¹ M. Petrović, *Rešavanje sporova pred međunarodnom trgovačkom arbitražom*, Kragujevac 1996, str. 27, napomena 39, poziva se na Rubellin - Devichi, *n. delo*, str. 112.

⁶² *Isto*.

⁶³ *Isto*.

⁶⁴ J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, *n. delo*, str. 81, pas. br. 5-29.

potrebe stranaka.⁶⁵ Zastupnici autonomnog shvatanja arbitraži daju supranacionalni karakter i vide je kao jedan od instrumenata međunarodnog javnog poretka, čija se funkcija ogleda u razvijanju međunarodnog prava trgovaca (*lex mercatoria*).⁶⁶

7. Zaključak

Arbitraže predstavljaju sociološku i pravnu pojavu. U sociološkom smislu, arbitraže predstavljaju institut najvećeg poverenja ljudi u druge ljude: ugovornih strana u treća lica da će im na pravedan način rešiti međusobni spor. Poverenje je zasnovano i izvire iz individualnog shvatanja pravde i pravičnosti, a ne nužno na (državnom) pravu kao organizovanom skupu prinudnih pravnih pravila. Otuda su prve arbitraže postojale ne samo u pravnim i politički organizovanim društvenim zajednicama, već izvan njih. Ipak, bez obzira na činjenicu da se njihov nastanak ne vezuje za pravni poredak, u savremenim uslovima ih je nemoguće odvojiti i analizirati nezavisno od državnog pravnog sistema. Uticaj države i njenog prava je vidljiv kako u nastanku, tako i u postupku izvršenja arbitražnih odluka. Doduše, ovaj uticaj je znatno slabiji u fazi nastanka arbitraže jer su ugovorne strane potpuno slobodne da u granicama autonomije volje izaberu ili ne izaberu arbitražu kao način rešavanja svojih sporova. Njihova sloboda je ograničena jedino pravilima o arbitrabilnosti.

Uticaj države i njenih pravila je mnogo veći u slučajevima kada stranke ne izvrše dobrovoljno arbitražnu odluku, u postupku priznanja i izvršenja takvih odluka. Otuda je kod određivanja njihove pravne prirode potrebno uzeti u obzir i elemente koji utiču na nastanak i elemente koji dolaze do izražaja kod primene arbitražne odluke. S obzirom da i u jednoj i u drugoj fazi može doći do intrvencije države i njenih pravila, arbitraže u punom smislu reči predstavljaju složenu pojavu u kojoj se prepliću privatni i javni interesi, u čijem se izučavanju i određivanju pravne prirode moraju uzeti u obzir svi navedeni elementi.

⁶⁵ A. Samuel, *n. delo*, str. 70.

⁶⁶ Rubellin-Devichi, *n. delo*, str.123-128, navedeno prema A.Samuel, *n. delo*, str. 72. Međutim, F. Mann, "Lex Facit Arbitrum" u: *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, (ured. P. Sanders), Nijhoff, The Hague 1967, str. 174-77, postavlja pitanje da li trgovci zaista žele da o njihovom sporu odlučuje supranacionalno veće koje će primeniti *lex mercatoria*, koja je samo za krug trgovaca relevantna.

Problemi koji se kod određivanja pravne prirode arbitraže javljaju su isti ili slični kao i kod ostalih instituta: naglašavanje jednog elementa, a zanemarivanje značaja koji imaju ostali elementi. Rezultat takvog pristupa su iznete teorije u kojima su naglašeni ili ugovorni (materijalni) elementi ili jurisdikcioni (procesni) elementi. Za razliku od njih, zastupnici mešovitoštvog shvatanja ne uvode nove elemente, već prirodu arbitraže objašnjavaju kombinacijom ugovornih i procesnih elemenata. Na sličan način u metodološkom smislu postupaju i zastupnici shvatanja o *sui generis* prirodi arbitraže. Iako polaze praktično od istih elemenata, zastupnici *sui generis* teorije ih vide ili kao osobene i različite u odnosu na ugovorne i procesne, ili njihovu kombinaciju ili interakciju do koje dolazi u arbitraži, određuju kao pojavu svoje vrste ili *sui generis*. Bez obzira što u savremenim uslovima arbitraže postaju sve značajniji metod za rešavanje sporova i što se čini da stiču sve veće poverenje i na taj način se približavaju državnim sudovima, čini se ispravnim tretirati ih kao *sui generis* ili autonomne tvorevine prihvaćena kao takve od arbitara i sudija.

Jelena Vukadinović*

Legal nature of arbitration

Summary

Analyse of a legal nature of arbitration aimed at comparing the similarities and differences with other related institutes, in order to determine the place of arbitration in the legal system of a given country. How this issue is primarily a theoretical question, the debate boils down to an analysis of existing opinions in legal theory and possible confirmation in court practice. Thus, the legal nature of arbitration depends of which of element is given a decisive importance. In the paper are analysed jurisdictional, contractual, mixed and *sui generis* theories.

Keywords: legal nature, arbitration, contractual theory, jurisdictional theory, mixed theory, *sui generis* theory.

* Institute for Comparative Law, Belgrade.