

PUNOVAŽNOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA

Rezime: Arbitražni sporazum osnov je svake međunarodne trgovačke arbitraže. On je uslov uspostavljanja nadležnosti arbitraže i ujedno osnov za derogaciju nadležnosti državnih sudova. Izborom arbitraže, stranke izražavaju saglasnost da spor povere arbitrima, da isključuju nadležnost redovnog državnog suda i da će odluka arbitara za njih biti obavezujuća. Opšte poznato je da je svaka arbitraža onoliko dobra, koliko je dobar arbitražni sporazum. Naime, samo na osnovu punovažnog arbitražnog sporazuma može se uosnoviti nadležnost arbitraže i doneti odluka koja se može izvršiti. Punovažnost arbitražnog sporazuma može biti predmet ocene u različitim fazama postupka i od strane različitih organa. Tako, pitanje punovažnosti može se postaviti pre donošenja arbitražne odluke i nakon njenog donošenja, a o njemu mogu odlučivati i arbitraža i sud, zavisno od toga u kom momentu se punovažnost ceni.

Uvod

Budući da je predmet ovog rada punovažnost arbitražnog sporazuma, razmatranja autora su fokusirana na one elemente ovog ugovora koji su neophodan uslov za njegovu punovažnost. S druge strane, autor razmatra i pitanje merodavnog prava po kome će se ova punovažnost ceniti, što bi trebalo da doprinese sigurnosti subjekata u međunarodnim transakcijama u to da će njihova volja da spor povere arbitraži imati puno dejstvo. Međunarodna trgovačka arbitraža danas je opšteprihvaćen metod za rešavanje međunarodnih trgovinskih sporova. Na ovo upućuje više objektivnih činjenica, kao što su: modernizacija zakona o arbitraži u mnogim državama sveta; razvoj institucionalnih arbitraža; povećan pristup. Osnov svake međunarodne trgovačke arbitraže je arbitražni sporazum. On je uslov uspostavljanja nadležnosti arbitraže i ujedno osnov derogiranja nadležnosti državnih sudova. Opštepoznato je da je svaka arbitraža onoliko dobra, koliko je dobar arbitražni sporazum. Naime, samo na osnovu punovažnog arbitražnog sporazuma može se uosnoviti nadležnost arbitraže i doneti odluka koja se može izvršiti. Međutim, uprkos tome, ugovorne strane često ne posvećuju neophodnu pažnju arbitražnom sporazumu. U odličnoj poslovnoj atmosferi, nadajući se „najboljem“, one su daleko od misli da zbog spora mogu konačno završiti u arbitraži. Taj prirodni sukob između psihološke situacije u momentu potpisivanja arbitražnog

sporazuma i uloge tog sporazuma kao osnove arbitražnog postupka, otkriva koliki značaj ima merodavno arbitražno pravo prema kome će se odrediti punovažnost arbitražnog sporazuma.

Punovažnost arbitražnog sporazuma može biti predmet ocene u različitim fazama postupka i od strane različitih organa. Tako, pitanje punovažnosti može se postaviti pre donošenja arbitražne odluke i nakon njenog donošenja, a o njemu mogu odlučivati i arbitraža i sud, zavisno od toga u kom momentu se punovažnost ceni. Ako se ovo pitanje postavi pre donošenja arbitražne odluke, o njemu može odlučivati arbitraža u postupku ocene sopstvene nadležnosti (competenz-competenz), a isto tako i sud pod uslovom da se stavi prigovor nenadležnosti. Ukoliko se pitanje punovažnosti postavi posle donošenja arbitražne odluke, o njemu može odlučivati samo sud, i to u postupku kontrole arbitražne odluke koja se može vršiti u postupku za njen poništenje, ili u postupku priznanja i izvršenja.

Budući da je predmet ovog rada punovažnost arbitražnog sporazuma, naša razmatranja će biti fokusirana na one elemente ovog ugovora koji su u izvorima uporednog arbitražnog prava određeni kao neophodan uslov za njegovu punovažnost. S druge strane, biće razmotreno i pitanje merodavnog prava po kome će se ova punovažnost ceniti, što bi trebalo da doprinese sigurnosti subjekata u međunarodnim transakcijama u to da će njihova volja da spor poveri arbitraži imati puno dejstvo.

Pojam i oblici arbitražnog sporazuma

Arbitražni sporazum je sporazum kojim stranke poveravaju arbitraži na rešavanje sve ili određene sporove koji su među njima nastali, ili bi mogli nastati u pogledu određenog pravnog odnosa, ugovornog ili vanugovornog. Ono što se u prvi mah izdvaja kao karakteristika arbitražnog sporazuma je da se njime arbitraži mogu poveriti na rešavanje samo sporovi koji proisteknu iz određenog, konkretnog pravnog odnosa, dakle, ne i sporovi koji bi mogli nastati iz budućih pravnih odnosa među strankama. Takođe, kao što se može zapaziti, i sporovi koji su neugovorne prirode mogu se poveriti arbitraži. Međutim, da bi bili prikladni za arbitražno rešavanje, ovi sporovi moraju nastati iz odnosa trgovačke prirode, dakle u vezi sa trgovačkim ugovornim odnosom ili povodom njega. Arbitražni sporazum je osnov nadležnosti arbitraže. On je nužna pretpostavka i neophodan uslov za njeno konstituisanje i delovanje. Bez njega, nema ni arbitraže. Prologiranje arbitražne nadležnosti istovremeno predstavlja osnov za derogiranje nadležnosti redovnog državnog suda koji bi inače bio nadležan da sudi o sporu da ovog sporazuma nema. Arbitražni sporazum (Arbitral agreement) je generički, opšti pojam koji

obuhvata dva oblika ili modela ugovora. To su arbitražna (kompromisorna) klauzula i arbitražni ugovor (kompromis).

Arbitražna klauzula (*clause compromissoire*, *arbitral clause*) je deo, odredba glavnog ugovora, kojom se utvrđuje da će svi budući sporovi koji bi iz njega, ili u vezi s njim mogli nastati, biti povereni arbitraži na rešavanje. Ovaj ugovor se zaključuje pre nego što je spor iz određenog pravnog posla nastao, po pravilu, već u momentu njegovog zaključenja, pa se može reći da je okrenut ka budućnosti. Odnosi se ne samo na jedan, već na sve sporove koji bi eventualno iz tog odnosa nastali. Po pravilu, arbitražna klauzula je kratka, često u standardnoj formi i sadrži manje elemenata od kompromisa, jer u momentu njenog zaključenja spora još uvek nema. Praktično, ona je ugovor u ugovoru, s obzirom na to da je samostalna i nezavisna od ugovora o osnovnom poslu. U praksi je mnogo češći oblik ugovaranja nadležnosti arbitraže nego što je to slučaj sa kompromisom.

Kompromis (*acte de compromis*, *submission to arbitration*) je samostalan ugovor kojim se arbitraži poverava spor koji je među strankama već nastao. Dakle, za razliku od arbitražne klauzule, on je okrenut prošlosti. Budući da je predmet nastalog spora strankama poznat, kompromis je posebno prilagođen činjenicama tog spora. Otuda, pored određenja mesta arbitraže i merodavnog prava, on obično sadrži i imena arbitara, kao i stvari proceduralne prirode. Mandat arbitraže se ograničava samo na taj spor, pa ona nije ovlašćena da rešava i druge sporove iz istog odnosa.

Iako je kompromisorna klauzula novijeg datuma od kompromisa, oba modela, posmatrano komparativno, imaju isti pravni značaj i ista pravna dejstva. Oba su jednako valjan pravni osnov za konstituisanje i delovanje arbitraže, za njih se traže isti uslovi i imaju iste posledice.

Arbitražni sporazum, bilo da je formulisan u obliku kompromisa ili kompromisorne klauzule, autonoman je i ima nezavisnu pravnu sudbinu od ugovora o osnovnom poslu.

Arbitražni ugovor može prestati iz različitih razloga, a u vezi s tim, i na različite načine. Najpre, on može prestati zbog toga što su ugovorne strane bez konflikta izvršile svoje obaveze iz pravnog odnosa u vezi sa kojim je arbitražni ugovor zaključen. Isto tako, on može prestati zbog izvršenja zadatka arbitraže koji je njime predviđen, a to je donošenje meritorne odluke o predmetu spora. Arbitražni ugovor može prestati i zbog nastupanja roka ili uslova od koga je zavisilo njegovo trajanje odnosno njegova punovažnost, u slučaju ako su takav osnov prestanka ugovorne obavezestrane arbitražnim ugovorom predvidele. Do prestanka arbitražnog ugovora

može da dođe i zbog propuštanja tuženog da u sporu koji je pokrenut pred redovnim sudom istakne prigovor nenadležnosti, pozivajući se na arbitražni ugovor kojim se predviđa nadležnost arbitraže. Osnov za prestanak arbitražnog ugovora je i zaključenje poravnjanja o predmetu spora pred arbitražom, kao i sporazum stranaka o njegovom raskidu.

Međutim, nije uvek bilo tako. U nekim pravnim sistemima, među kojima se posebno isticao francuski, vladao je diskriminatorski stav prema kompromisnoj klauzuli, koja se nije smatrala valjanim i neposrednim pravnim osnovom za zasnivanje arbitraže, već specifičnim *pactum de contrahendo*, ugovorom koji je stranke obavezivao da zaključe kompromis ukoliko dođe do konkretnog spora među njima. Napuštanju ovakvog stava, koji je očigledno otežavao razvitak i prodor arbitraže kao pravosudnog foruma, u najvećoj meri je doprineo Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. god., koji je u pogledu pravnog značaja potpuno izjednačio kompromisnu klauzulu sa kompromisom. Tako je njihovo razlikovanje napušteno i u onim zemljama koje su imale restriktivan stav prema kompromisnoj klauzuli. Vid. čl. 1442–1450 Zakonika o građanskom postupku Francuske (IV knjiga koja uređuje domaću i međunarodnu arbitražu); čl. 1 Zakona o arbitraži Portugalije.

Međunarodno arbitražno pravo je kroz kasnije donete konvencije oSt arbitražalo na istim pozicijama s obzirom na to da su predviđena ista pravila za obe vrste ugovora. Istu sliku pružaju i pravilnici međunarodnih trgovačkih arbitraža. Vid. čl. II(2) Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. god.; čl. I(2) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1961. god.; čl. VII(1) Model-zakon UNCITRAL-a; pravilnike ICC, LCIA, GAFTA Arbitration, Stockholm Arbitration i dr.

Punovažnost arbitražnog sporazuma

Opšti uslov punovažnosti svakog ugovora, pa i arbitražnog, jeste da je on rezultat saglasnosti volja stranaka. Volja mora biti jasno i nedvosmisleno izražena, kako bi se otklonila sumnja u pogledu namere stranaka da spor iz određenog ugovora izuzmu iz nadležnosti suda i povere ga arbitraži na rešavanje. Nedostaci volje predstavljaju razlog ništavosti pravnih poslova uopšte, pa i arbitražnog ugovora, a postoje ako postoje činjenice koje dokazuju – da uopšte ne postoji izjava volje stranaka, da takva volja postoji, ali da nije izjavljena na propisan način, ili da na jednoj ili obe ugovorne strane postoje mane volje, kao što su zabluda, prinuda ili prevara.

Nepostojanje ili nepunovažnost arbitražnog sporazuma zbog nedostatka saglasnosti volja stranaka nije razlog za odbacivanje zahteva za sprovođenje arbitraže po svaku cenu. Smatra se da postoji sporazum o arbitraži ako tužilac pismenim putem pokrene arbitražni spor, a tuženi izričito prihvati arbitražu i s tim se saglasi u pismenoj formi, ili u izjavi na zapisniku na ročištu, kao i ako uzme učešće u arbitražnom postupku i do upuštanja u raspravljanje o predmetu spora ne izdvoji prigovor da ne postoji sporazum o arbitraži, odnosno ne ospori nadležnost arbitražnog suda.

Imajući u vidu da su na polju unifikacije međunarodnog arbitražnog i međunarodnog trgovačkog prava ostvareni značajni rezultati, u analizi „međunarodnih uslova“ punovažnosti arbitražnog sporazuma, bez sumnje treba poći od Njujorške konvencije. Tako, shodno odredbama čl. II(1) i čl. VI(a) navedene konvencije, države članice će priznati dejstvo arbitražnom sporazumu ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi:

- a) pismena forma arbitražnog sporazuma;
- b) da je predmet sporazuma rešavanje postojećeg ili budućeg spora koji je nastao, ili bi mogao nastati iz određenog, ugovornog ili vanugovornog odnosa;
- c) da je u pitanju spor koji je podoban da se reši putem arbitraže (arbitrabilnost);
- d) sposobnost stranaka.

Slične uslove sadrže Evropska konvencija i Model-zakon UNCITRAL-a. Budući da su neki od navedenih uslova samoodređujući, naša razmatranja će biti fokusirana na uslove navedene pod a), c) i d), jer zbog svoje kompleksnosti zahtevaju iscrpniju analizu.

Forma arbitražnog sporazuma

Najveći broj relevantnih izvora arbitražnog prava sadrži izričite supstancijalne norme o formi arbitražnog sporazuma. Ono što je zajedničko svim ovim odredbama jeste zahtev da forma ovog dokumenta bude pismena. Na to ukazuju međunarodne konvencije, nacionalni zakoni, kao i pravilnici međunarodnih trgovačkih arbitraža.

Prema stavu koji je usvojen u međunarodnim konvencijama, smatra se da je zahtev pismene forme ispunjen ako je arbitražni ugovor sadržan u jednoj ispravi (glavnom ugovoru) kada je u pitanju kompromisna klauzula, ili posebnom aktu kada je u pitanju kompromis)

koju su potpisale stranke, ili je sadržan u razmenjenim pismima ili telegramima (čl. II/2 Njujorške konvencije), ako je vidljiv iz razmene saopštenja teleprinterom (čl. I2(a) Evropske konvencije), odnosno ako je vidljiv iz razmene saopštenja teleksom, telegramom ili drugim sredstvima komunikacije koja omogućavaju pismeni dokaz o ugovoru, kao i iz razmene tužbe i odgovora na tužbu u kojima jedna strana navodi postojanje tog ugovora, a druga to ne poriče (čl. 7(2) Model-zakona UNCITRAL-a). Takođe, prema navedenoj odredbi Model-zakona, smatra se da je udovoljeno pismenom zahtevu forme ako se u nekom ugovoru stranka poziva na ispravu koja sadrži arbitražnu klauzulu, i to pod uslovom da je ugovor zaključen u pismenoj formi, i ako je to pozivanje takvo da je ta klauzula sastavni deo ugovora. Sva navedena konvencijska pravila su uniformne supstancijalne norme. Ono što se kroz njih može sagledati jeste da se od vremena kada je doneta Njujorška konvencija do vremena kada je donet Model-zakon, pismena forma arbitražnog sporazuma prilagođavala razvoju novih tehnologija i sredstava komunikacije.

Pismenu formu arbitražnog sporazuma zahteva i najveći broj nacionalnih arbitražnih prava. U tom smislu su i odredbe npr. čl. 1(2) američkog Saveznog zakona o arbitraži (FAA); čl. 178(1) švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu; čl. 5(1)(2) engleskog Zakona o arbitraži iz 1996 (AA); čl. 1031 nemačkog Zivilprozessordnung-a (ZPO).

Zakon o arbitraži Srbije (u daljem tekstu ZOA), kao i većina savremenih arbitražnih zakona, takođe poSt arbitražavlja zahtev za pismenom formom arbitražnog sporazuma i detaljno navodi situacije za koje se smatra da je ovom zahtevu udovoljeno. Tako, prema čl. 12 Zakona, sporazum o arbitraži mora biti zaključen u pismenoj formi. Smatra se da je sporazum zaključen u pismenoj formi ako je sadržan u ispravama koje su stranke potpisale; ako je zaključen razmenom poruka putem sredSt arbitražava komunikacije, koja omogućavaju pismeni dokaz o sporazumu stranaka, bez obzira na to da li su te poruke stranke potpisale; ako se stranke u pismenom ugovoru pozovu na drugo pismeno koje sadrži sporazum o arbitraži (opšti uslovi za zaključenje pravnog posla, tekst drugog ugovora i sl.), ako je cilj tog pozivanja da sporazum o arbitraži postane sastvni deo ugovora; kada tužilac pismenim putem pokrene arbitražni spor, a tuženi izričito prihvati arbitražu i s tim se saglasi u pismenoj formi, ili u izjavi na zapisniku na ročištu, kao i ako uzme učešće u arbitražnom postupku i do upuštanja u raspravljanje o predmetu spora ne istakne prigovor da ne postoji sporazum o arbitraži, odnosno ne ospori nadležnost arbitražnog suda. Pod opštim uslovima za zaključenje pravnog posla treba razumeti opšte uslove poslovanja, kao što su opšti uslovi prodaje, opšti špediterski uslovi, kao i tipske ugovore. Opšti uslovi koje su stranke učinile sastavnim delom ugovora i koji sadrže i

arbitražnu klauzulu, drugoj strani moraju biti poznati ili su joj morali biti poznati u trenutku zaključenja ugovora, jer se samo u tom slučaju može govoriti o saglasnosti volja da se spor poveri arbitraži.

Pismena forma arbitražnog sporazuma jeste pravilo u najvećem broju nacionalnih zakona. Međutim, od ovog pravila ima izuzetaka. Kao primer navodimo francusko arbitražno pravo. Naime, novelirani tekst iz 1981. god. francuskog Zakonika o sudskom postupku (Code of Civil Procedure, u daljem tekstu CCP) u materiji međunarodne arbitraže nije sadržao nijednu odredbu koja se odnosila na formu arbitražnog sporazuma. Tačnije, samo se čl. 1499 CCP bavio ovim pitanjem, i to indirektno, u okviru priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, određujući da se postojanje arbitražne odluke dokazuje podnošenjem njenog originala i arbitražnog ugovora, što je većina komentatora tumačila kao nepost arbitražavljanje nikakvih zahteva u pogledu forme arbitražnog sporazuma. Njihovo tumačenje potvrđuje novo arbitražno pravo Francuske koje je Dekretom br. 2011-48 stupilo na snagu 1. maja 2011. god. Naime, odredba čl. 1507 CCP, izričito navodi da „arbitražna klauzula nije podvrgnuta bilo kakvom zahtevu u pogledu forme“, iz čega se zaključuje da arbitražni sporazum može biti i usmeni. S obzirom na to da je odredbom čl. 1515 (1) CCP predviđeno da se „postojanje arbitražne odluke dokazuje podnošenjem originalne odluke zajedno sa arbitražnim sporazumom, ili overenim kopijama ovih dokumenata“, moglo bi se zaključiti da čl. 1515(1) ne obuhvata sve arbitražne sporazume punovažne u smislu čl. 1507 CCP. Praktično, može se post arbitražaviti pitanje kako će stranka dokazati usmeni arbitražni sporazum. Prema nekim komentatorima Dekreta, „zahtev za podnošenje arbitražnog sporazuma“ treba tumačiti široko, u smislu da stranka koja se poziva na arbitražni sporazum može pozvati svedoka koji će dokazati postojanje ovog dokumenta. Na istim pozicijama je i arbitražno pravo Švedske. Naime, švedski Zakon o arbitraži iz 1999. god. ne sadrži nijednu odredbu kojom bi se post arbitražavljao bilo kakav zahtev u pogledu forme arbitražnog sporazuma, iz čega proizlazi da se on može zaključiti i usmeno.

Razvoj uporednog arbitražnog prava, kao i trenutno stanje, pokazuju stalnu tendenciju liberalizacije, odnosno ublažavanja strogosti pravila o formi arbitražnog sporazuma. To je očekivani trend, jer se međunarodni poslovni promet odvija u novom ambijentu diktiranom novim tehnologijama i sredstvima komunikacije. Međutim, ovakvo stanje može da stvori dosta teškoća, jer je moguće da arbitraža ili sud jedne zemlje ocene arbitražni sporazum punovažnim u pogledu forme (liberalno rešenje), a da ga sud druge zemlje, u postupku priznanja arbitražne odluke oceni nepunovažnim (konvencijsko rešenje). Zato, opravdano se može postaviti pitanje

sudbine svih onih arbitražnih odluka koje su donete na osnovu sporazuma stranaka koji je valjan po *lex voluntatis*, *lex causae* ili *lex arbitri* (zavisno od toga koje je pravo merodavno za punovažnost arbitražnog sporazuma), ali koji ne odgovara zahtevima Njujorške konvencije, koji su stroži. Međutim, u uporednoj sudskoj praksi koja naSt arbitražaje u primeni Njujorške konvencije, sve je veći broj odluka u kojima se sudovi pozivaju na blaže standarde nacionalnog prava prilikom tumačenja pismene forme, što bi mogao da bude odgovor na postavljeno pitanje. U zakonskim i konvencijskim tekstovima govori se o pismenoj formi arbitražnog sporazuma, ali i o sredstvima koja osiguravaju dokaz o postojanju arbitražnog sporazuma, što je izazvalo polemike u doktrinarnim krugovima, da li je forma arbitražnog sporazuma viđena kao substancijalan elemenat ugovora, odnosno kao forma *ad solemnitatem*, ili samo kao dokazna forma, odnosno forma *ad probationem*. U uporednom arbitražnom pravu, mišljenja o tome su podeljena. U srpskoj pravnoj literaturi, kao većinski, zastupljen je stav da pismena forma predstavlja bitan elemenat sporazuma.

Arbitrabilnost

Arbitražni sporazum se mora odnositi na spor koji je arbitrabilan. Ovo je opšteprihvaćeno pravilo, a pod njim se podrazumeva da je zaključen između stranaka kojima je dopušteno da ugovore nadležnost arbitraže (*arbitrabilnost ratione personae*) i da se odnosi na materiju koja je podobna za arbitražno rešavanje (*arbitrabilnost ratione materiae*). Budući da će o pitanju ko može biti stranka arbitražnog sporazuma, i kakva svojstva treba da poseduje, posebno biti reči, naša dalja razmatranja biće usmerena na pitanje objektivne arbitrabilnosti.

Objektivna arbitrabilnost podrazumeva razgraničenje sporova koje može rešavati arbitraža, od onih sporova čije je rešavanje isključivo rezervisano za državne sudove. Svaka država, u skladu sa svojim političkim, socijalnim i ekonomskim politikama, određuje domen arbitraže, odnosno odlučuje o tome koje stvari mogu, a koje ne mogu da se rešavaju pred ovim forumom. U tom procesu, kako se opravdano ističe, zakonodavci i sudovi svake države moraju da izbalansiraju unutrašnji značaj koji se postiže zadržavanjem nadležnosti sudova za određene sporove u kojima je izražen javni interes, u odnosu na opštiji javni interes koji se ostvaruje unapređenjem međunarodne trgovine i rešavanja sporova. Po pravilu, smatra se da su arbitrabilni sporovi oni u kojima je dominantno izražen privatni interes, odnosno sporovi u kojima se stranke mogu nagoditi, dakle oni u kojima mogu slobodno raspolagati svojim materijalnopравnim ovlašćenjima. S druge strane, nearbitrabilnim sporovima se smatraju oni

sporovi u kojima preovlađuje javni interes, odnosno oni sporovi čija rešenja mogu uticati na prava trećih lica ili društva uopšte. sporovi koji se odnose na prava kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati, ili oni koji su stvar javnog poretka. U uporednom arbitražnom pravu nema precizne i opšteprihvaćene „formule“, kao ni jedinstvenog metoda za određivanje polja primene arbitrabilnosti, jer svaka država, potpuno razumljivo, određuje koju vrstu sporova neće prepustiti arbitraži kao jednoj privatnoj jurisdikciji. Otuda, pojam arbitrabilnosti nema nužno isto značenje u različitim nacionalnim pravima: ono što se smatra arbitrabilnom stvari u jednoj zemlji može biti nearbitrabilno u drugoj. S druge strane, i u pogledu metoda određivanja pitanja arbitrabilnosti ne postoji jedinstvo. U nekim zemljama ovo pitanje je dominantno stvar sudske prakse, dok se u drugim zemljama, u zakonskim tekstovima ono određuje, bilo kroz jednu generalnu klauzulu, bilo navođenjem uz ovu klauzulu pravnih odnosa o kojima arbitraža ne može raspravljati, bilo navođenjem pravnih odnosa o kojima je moguće ugovoriti arbitražu. Međutim, pravilo u svim zemljama je da sporovi koji spadaju u isključivu nadležnost sudova nisu arbitrabilni. Takođe, smatra se da sporovi koji se tiču ličnog statusa, razvoda braka ili utvrđivanja očinstva, radni sporovi, sporovi iz obaveznog socijalnog osiguranja itd., nisu podobni za arbitražno rešavanje. Nearbitrabilnost u velikoj meri zavisi i od poverenja države prema arbitražnom rešavanju sporova. Na arbitražu se nekada gledalo sa sumnjom, međutim, ona je danas postala opšteprihvaćen, pa čak i dominantan metod rešavanja sporova, bar kada je međunarodna trgovina u pitanju. Očigledno poverenje koje u poslovnom svetu arbitraža danas uživa uticalo je i na savremeno uporedno arbitražno pravo. U njemu je sve više prisutna tendencija proširivanja kruga arbitrabilnih sporova. Ovaj trend je vidljiv, kako u sudskoj praksi common law jurisdikcija, tako i u zakonskim pravilima civil law pravnih sistema.

U civil law zemljama, odredbe o arbitrabilnosti nalaze se u zakonima i ono što karakteriše ove zemlje je da prihvataju široko i uopšteno tumačenje arbitrabilnosti. Tako se u švajcarskom pravu, shodno čl. 177(1) Zakona o međunarodnom privatnom pravu, svaki spor koji involvira ekonomski (finansijski, imovinski) interes može podvrgnuti arbitraži. Iako u Zakonu nema definicije izraza „ekonomski interes“, opšti je stav da ovu odredbu treba tumačiti široko tako da ona pokriva sve tužbe koje u suštini imaju imovinsku svrhu ili cilj. Ako su svrha ili cilj po svojoj prirodi dvostruki, ekonomski i neekonomski, onda treba proceniti koji od njih preovlađuje. Tako, arbitrabilan je svaki spor imovinske prirode, bez obzira na to da li je u pitanju trgovačka ili privatna transakcija i bez obzira na to da li on involvira građansko, administrativno, javno pravo, ili međunarodno javno pravo.

Nemačko pravo, kao i švajcarsko, jednom opštom klauzulom vrlo široko određuje krug stvari koje se smatraju arbitrabilnim. Tako, prema čl. 1030(1) ZPO iz 1998. god., svaki spor koji se odnosi na imovinski interes (Vermögensrechtlicher Anspruch) može biti predmet arbitražnog sporazuma. Arbitražni sporazum koji se odnosi na spor koji ne uključuje ekonomski interes ima dejstvo ukoliko stranke imaju pravo da se nagode o spornom pitanju. U stavu 2 odnosnog člana, izričito se navodi da je arbitražni sporazum koji se odnosi na zakup stambenog prostora unutar Nemačke ništav, a u stavu 3, da propisi sadržani u drugim zakonima, a na osnovu kojih određeni sporovi ne mogu biti podvrgnuti arbitraži, ili to mogu biti samo pod određenim uslovima, ostaju nepromenjeni. Dakle, jednom odredbom se konkretna vrsta spora izričito određuje kao nearbitrabilna, dok se drugom određuje da se nearbitrabilnim smatraju i druge vrste sporova koje su kao takve određene nekim drugim zakonom.

U smislu stava 1, čl. 1030 ZPO, odnosno generalne klauzule da se arbitraži može poveriti svaki spor koji se odnosi na imovinski interes, arbitrabilnim se smatraju i neke vrste sporova, tačnije ograničen broj sporova iz oblasti prava industrijske svojine, sporovi vezani za stečaj, radni sporovi, sporovi iz oblasti hartija od vrednosti, kao i sporovi zbog nelojalne konkurencije.

Koncept arbitrabilnosti i njegov razvoj u zemljama common law sistema, a pre svih u SAD, prevashodno je rezultat sudske prakse. Naime, prema stavu Vrhovnog suda SAD, nearbitrabilni su oni sporovi u kojima je jako izražen javni interes zbog čega se tradicionalno smatralo da su oni u isključivoj nadležnosti državnih sudova. Međutim, poslednjih nekoliko decenija isti ovaj sud izražava „prijateljskiji“ odnos prema arbitraži, što je imalo za posledicu da se dejstva javnog poretka, kao ograničenja arbitrabilnosti, u određenim vrstama sporova redukuju. Početak liberalnijeg pristupa prema arbitraži vezuje se za 1974. godinu i slučaj Scherk, u kome je Vrhovni sud zauzeo stav da su arbitrabilni sporovi na koje se primenjuje Zakon o hartijama od vrednosti iz 1934. (Securities Exchange Act 1934). Dvadeset godina pre ove odluke, Vrhovni sud je odlukom u slučaju Wilko uspostavio čvrsto pravilo da je za sporove iz ove iste oblasti prava – trgovina hartijama od vrednosti – isključivo nadležan sud. Odlučujući kriterijum za opravdanje potpuno suprotnog stava u odnosu na slučaj Wilko bila je činjenica da je spor nastao iz „stvarno međunarodnog ugovora“, a ne iz čisto domaćeg ugovora.

Sferu arbitrabilnosti Vrhovni sud je u čuvenom sporu Mitsubishi dalje proširio na oblast antimonopolskog zakonodavstva koje je do tada bilo u isključivoj nadležnosti suda. Naime, pre slučaja Mitsubishi, vladalo je shvatanje da je sud dužan i odgovoran za unapređenje nacionalnih interesa u konkurentnoj ekonomiji, i to nametanjem antimonopolskog

zakonodavstva, dok je arbitraža sa svojim poverljivim i privatnim karakterom viđena kao nepodesan način za rešavanje ove vrste sporova. Potpuno suprotan stav koji je izražen u sporu Mitsubishi bazirao se, međutim, na shvatanju da međunarodna učtivost, respekt kapaciteta stranih i međunarodnih tribunala, kao i potreba međunarodnog trgovačkog sistema za predvidljivošću i sigurnošću po pitanju rešavanja sporova, zahtevaju da američki sudovi izvršavaju stranački sporazum, čak i ako bi se do potpuno suprotnog rezultata došlo u čisto domaćem sporu. Oblast arbitrabilnosti američki sud je proširio i na sporove koji se vode protiv firmi u stečaju, pošto je u slučaju Fotochrome priznao stranu arbitražnu odluku donetu protiv jedne takve američke firme.

U pravu Srbije, slično ostalim modernim arbitražnim pravima, pitanje arbitrabilnosti spora je regulisano jednom generalnom klauzulom sadržanoj u odredbi čl. 5 ZOA. Prema navedenoj odredbi, arbitraža se može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu. Prema Pravilniku o spoljnotrgovinskoj arbitraži (stalna arbitraža), arbitraža je nadležna za rešavanje sporova iz međunarodnih poslovnih odnosa, što znači da bi navedenu odredbu trebalo tumačiti vrlo široko. Ovo, tim pre, jer su u prethodnom pravilniku, sistemom enumeracije bile nabrojane vrste sporova za čije rešavanje se mogla ugovoriti arbitraža. U odredbi čl. 5 ZOA, navedeno je i ograničenje arbitrabilnosti u pogledu nadležnosti (*ratione iurisdictionis*), a odnosi se na sporove za koje je određena isključiva nadležnost srpskih sudova. Ova nadležnost je izričito određena zakonom ili međunarodnim ugovorom, a ako to nije slučaj ona mora proizlaziti iz odredaba zakona o mesnoj nadležnosti domaćeg suda.

Ni međunarodne konvencije ne definišu pojam objektivne arbitrabilnosti, što znači da ovo pitanje prepuštaju nacionalnim pravima. Njujorška konvencija u čl. II(1) govori o arbitražnom sporazumu koji se odnosi na pravni odnos, ugovorni ili neugovorni, i pitanje koje je prikladno za rešavanje arbitražom, dok u čl. V(2)(a) govori o tome da se priznanje i izvršenje arbitražne odluke mogu odbiti ako prema nacionalnom zakonu zemlje u kojoj je traženo priznanje i izvršenje, predmet spora nije podoban za rešavanje arbitražom, ili ako bi priznanje i izvršenje bili protivni javnom poretku te zemlje. Isto čini i Evropska konvencija koja u čl. I(1)(a) navodi da se primenjuje na arbitražne ugovore zaključene radi rešavanja sporova iz međunarodne trgovine.

Sposobnost stranaka

Za punovažnost arbitražnog sporazuma, neophodno je da stranke koje su ga zaključile ispunjavaju opšte pravne pretposavke u pogledu sposobnosti za zaključenje ove vrste ugovora. Ako se ima u vidu da je pravna priroda ovog ugovora kompleksna, odnosno da je u pitanju materijalni ugovor koji proizvodi procesna dejstva, to se pod sposobnošću za zaključenje ovog ugovora mogu podrazumevati i građanskopravna i procesnopravna sposobnost. Naime, za sve one koji arbitražu shvataju kao ugovornu instituciju, za zaključenje arbitražnog sporazuma potrebno je da stranke poseduju pravnu i poslovnu sposobnost. S druge strane, za one koji ističu jurisdikcioni karakter arbitraže, pored ove sposobnosti, neophodno je da stranke poseduju i stranačku i parničnu sposobnost. Prema Zakonu o arbitraži Srbije, arbitražu može da ugovori svako ko, u skladu sa odredbama zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku (čl. 5(3)), a prema čl. 74(1) Zakona o parničnom postupku (u daljem tekstu ZPP), to može da bude svako fizičko i pravno lice. Međutim, ovo pitanje je više teorijskog, nego praktičnog značaja, jer se kao stranke u postupku pred arbitražom uglavnom pojavljuju pravna lica. Čini se da je ovo pitanje posebnu pažnju privuklo u jugoslovenskoj pravnoj doktrini, dakle, u ranijem periodu.

Ugovorna strana arbitražnog sporazuma može biti država, njeni organi, preduzeća kojima ona upravlja ili organizacije koje kontroliše, i to u najvećem broju država. Ovo sve pod uslovom da se država pojavljuje kao partner u trgovačkoj transakciji (*jure gestionis*), a ne da nastupa *jure imperii*. Ovo je opredeljenje i srpskog Zakona o arbitraži koji u čl. 5(2) izričito navodi da svako fizičko i pravno lice može da ugovori arbitražu, uključujući i državu, njene organe, ustanove i preduzeća u kojima ona ima svojinsko učešće. Ako država ili njeni organi zaključe ugovor o arbitraži, opšteprihvaćeno pravilo je da gube pravo pozivanja na imunitet, s obzirom na to da danas preovlađuje načelo restriktivnog imuniteta države. Dakle, ako je jedna strana ugovora o arbitraži država, ona se ne može pozivati na sopstveno pravo kako bi osporila podobnost za arbitražno suđenje datog spora ili svoju sposobnost da bude stranka pred arbitražom. To bi svakako bilo u suprotnosti sa opšteprihvaćenim principom savesnosti i poštenja.

Zaključak:

Arbitražni postupak zasnovan je u potpunosti na konceptu autonomije stranaka, gde obe stranke odlučuju o postupku kao i o okolnostima pod kojima se vodi arbitraža „Pravila

igre“, poput merodavnog zakona, sedišta arbitraže, jezika postupka itd. su osnovna pitanja od značaja za arbitražni postupak. Arbitraža podrazumeva metod pružanja pravne zaštite putem nedržavnih institucija, arbitražnih sudova. Savremena država dozvoljava da se njen monopol u pružanju pravne zaštite ograniči tako što dozvoljava strankama da radi zaštite svojih prava kojima slobodno raspolažu sporazumno isključe kompetenciju sudova i da povere takvu, pravosudnu delatnost trećim licima koje same biraju – arbitrima. Arbitražni sudovi, sačinjeni od arbitara, prema tome predstavljaju nedržavnu pravosudnu ustanovu koja nastaje i vrši funkciju suđenja na osnovu sporazuma strana u sporu. Iako „drevni“ fenomen, koji čak i prethodi organizovanoj sudskoj zaštiti, arbitraža danas, u savremenoj koncepciji, predstavlja imperativ u rešavanju trgovinskih sporova sa elementom inostranosti. Smatra se da široka autonomija subjekata u regulisanju materijalnopравnih odnosa ne bi opravdala eventualni monopol države u zaštiti ovih prava, te da slobodi stranaka u uređivanju materijalnopравnih odnosa mora odgovarati sloboda u određivanju i ostvarivanju pravne zaštite. Na početku, arbitraža je bila namenjena rešavanju sporova bez elementa inostranosti – tzv. unutrašnja arbitraža. Međutim kasniji razvoj i afirmacija arbitraže vezani su za ekspanziju međunarodnih trgovačkih odnosa, gde je arbitraža postala gotovo redovan vid pravne zaštite. Bez obzira na to da li se radi o jednom ili drugom vidu arbitraže, vladajuće mišljenje u nauci jeste da arbitražni sudovi vrše pravosudnu delatnost, tako da se u vršenju te funkcije suštinski ne razlikuju od državnih sudova. Imajući u vidu takvo određenje, kao osnovno i polazno se postavlja pitanje kada je arbitraža dozvoljena, odnosno kada će arbitraža moći da na osnovu sporazuma stranaka zameni državni sudski mehanizam u istom kapacitetu vršenja sudske delatnosti? Odgovor na takvo pitanje daje arbitrabilnost, institut arbitražnog prava koji je imanentan svim pravnim sistemima koji predviđaju arbitražu u savremenoj koncepciji.

U teoriji arbitražnog prava, arbitrabilnost se u najširem značenju određuje kao skup opštih ograničenja kojima se određuje dopuštenost arbitraže. U tom smislu, arbitrabilnost predstavlja univerzalni institut arbitražnog prava, imanentan svim savremenim pravnim sistemima. S druge strane, spram tematskih celina na koja se odnose navedena ograničenja, konstruišu se uži nivoi značenja pojma arbitrabilnosti, odnosno vrste arbitrabilnosti.

Literatura:

1. Pravilnik o Spoljnotrgovinskoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, Sl. glasnik R. Srbije, br. 52/07;
2. Pravilnik Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Jugoslavije, Sl. list SRJ, br. 52/97 i 64/01;
3. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, Sl. list SRJ, br. 46/96.
4. Bardoš, Varadi, Knežević, (2001). Međunarodno privatno pravo, Novi Sad, Forum
5. Bilbija, V., (2001). Priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka, Pravo – teorija i praksa 18(12), str. 43–56
6. Carić, S., (1996). Međunarodna trgovačka arbitraža u SR Nemačkoj, Pravo – teorija i praksa 13(1–2), str. 21–24
7. Carić, Šogorov, Vilus, Đurđev, (2000). Međunarodno pravo, Novi Sad
8. Čolić, B., (2006). Novi Zakon o arbitaži, arbitražni sud, postupci i odluke, Pravo i privreda 43(8–12), str. 22–37
9. Cukavac, M., (2000). Trgovinski spor sa elementom inostranosti kao uslov za uspostavljanje nadležnosti međunarodne trgovinske arbitraže, Pravo i privreda 37(1–2), str. 26–36
10. David, R., (1982). L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Pariz, 1982.
11. Domke, (1959). Arbitration of State-trading Relations, Symposium-State Trading: Part I

Nikola Đurić
Aleksandra Stanković

THE VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT

Summary: An arbitration agreement is the basis of any international commercial arbitration. It is a condition for the establishment of arbitration jurisdiction and at the same time a basis for derogation from the jurisdiction of state courts. By choosing arbitration, the parties express their agreement to entrust the dispute to arbitrators, to exclude the jurisdiction of a regular state court and that the arbitrator's decision will be binding on them. It is common knowledge that any arbitration is only as good as the arbitration agreement. Namely, only on the basis of a valid arbitration agreement can arbitration jurisdiction be established and an enforceable decision made. The validity of the arbitration agreement may be subject to assessment at different stages of the procedure and by different authorities. Thus, the issue of validity can be raised before the adoption of the arbitration decision and after its adoption, and it can be decided by both the arbitration and the court, depending on the moment at which the validity is assessed.