

*Проф. др Милена Пејровић,
Правни факултет, Крагујевац*

Императивни прописи и међународна трговачка арбитража

Уводна разматрања

Опште усвојен принцип аутономије воље странака, посматран са аспекта Међународног приватног права, даје право странкама да изаберу право или правна правила по којима ће арбитража решавати спор. Ако странке (намерно или ненамерно) пропусте то да учине, избор меродавног права учиниће сами арбитражи. Питање које постављамо је да ли меродавно право, изабрано на један или други начин, даје потпун одговор на сва питања. Рећи ћемо одмах, одговор је НЕ. Постојање и дејство императивних прописа, без сумње, представља најзначајнију чињеницу која опредељује такав закључак.

Питање које се намеће, а о коме је доста дискутовано и још увек нема дефинитивног одговора, је да ли је арбитража дужна да примени императивне прописе или јавни поредак једног права које није одређено као меродавно за решење спора. Проблем је посебно велики у ситуацијама када странке изаберу примену једног права, а постоје императивни прописи неког другог права који "траже" да буду примењени.

I Категорије императивних прописа

Императивни прописи¹⁾ се могу класификовати према различитим критеријумима.

Један од њих је економски, друштвени или политички интерес државе који се њима жели заштитити. У том смислу императивни прописи се могу прописати ради:

а) заштите основних правних и моралних начела и вредности датог друштва и државе;

б) заштите одређених монетарних интереса државе, као што су прописи о контроли спољнотрговинске размене или прописи о ограничењу трансфера;

ц) заштите појединих виталних интереса државе и социјалног стања њених грађана;

д) заштите слободне трговине и ефикасног функционисања тржишта, као што су прописи о забрани нелојалне конкуренције и монополистичких споразума; док неки прописи могу бити

е) чисто политичке природе, као што су они којима се забрањује трговина са одређеним земљама.²⁾

Ову категорију чине два типа императивних прописа који се разликују како по садржају, тако и по начину или методологији примене. Први тип чине "обични" императивни прописи који се не могу дерогирати уговором и они улазе у међународни јавни поредак. Други тип чине "квалификовани" императивни прописи чија се примена не може избећи колизионом техником Међународног приватног права и називају се прописима непосредне примене (превод изворног француског термина *lois d'application immediate*)³⁾. Ови други су пре свега јавноправног карактера. И о једном и о другом типу биће више речи у даљем тексту.

Други критеријум би могао бити порекло императивних прописа, у смислу, којој од држава они припадају. За суд, а посебно за арбитражу биће од значаја да ли одређен императивни пропис припада правном систему државе:

а) чије је право изабрано као меродавно за уговор (*lex causae*)⁴⁾; или

б) у којој је седиште арбитраже (*lex fori*); или

1. У правној литератури се могу наћи и други изрази као што су: принудни прописи, *jus kogens*, императивне норме и сл.
2. У том смислу: Blessing, *Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, No.4 / 1997. p.27.
3. Поделу на наведене типове видети у: Knofel, *Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to Article 7(2) of the Rome Convention*, *Journal of Business Law*, May 1999. p.241. Аутор као први тип императивних прописа наводи чланове 3(3), 5(2) и 6(1) Римске конвенције о праву меродавном за уговорне обавезе из 1980.год., а као други тип чланове 7(1), 7(2) и 9(6).
4. 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 његове императивне одредбе, са изузетком једино оних које чине јавни поредак. Исто тако, неће се применити само оне норме изабраног права које су супротне јавном поретку државе форума.

ц) припада некој трећој држави, која је тесно везана за спор, али која није се-диште арбитраже нити је њено право проглашено за меродавно, (то је земља која је тесно везана за чињенично стање, која има или ће имати фактичку могућност да се супротстави одлуци или има фактичку власт над уговарачима⁵⁾, то је земља у којој ће се највероватније тражити признање и извршење арбитражне одлуке); или

д) припада наднационалном или супранационалном поретку као што су на пример, резолуције Савета безбедности УН (којима се могу увести санкције пре-ма једној земљи, као што је случај са Ираком и Југославијом на пример) или За-кон о забрани нелојалне конкуренције ЕУ.

За доношење правоваљане одлуке значајна су оба размотрена аспекта импе-ративних прописа. Дакле, важан је не само значај који они имају, већ и у којој мери је држава којој припадају инволвирана у трансакцију са страним елементом повод-ом које је настао спор. Но, пре него што покушамо да дамо одговор на питање да ли је арбитража дужна овакве прописе да узима у обзир или има обавезу и непо-средно да их примењује, желимо да укажемо на разлике које постоје између импе-ративних прописа који чине јавни поредак једне земље и прописа непосредне при-мене, будући да се они често поистовећују иако њихов садржај и дејство нису у пот-пуности исти.

II Јавни поредак и прописи непосредне примене

Јавни поредак (*ordre public, public policy*) обухвата основна правна и морална начела и стандарде једног друштва и државе који се у потпуности, без изузетка, у сваком случају морају поштовати, заштитити и очувати. Дакле, он рефлектује основне економске, правне, моралне, политичке, религиозне и социјалне вредно-сти сваке државе или ненационалне заједнице.⁶⁾

Данас није спорно да јавни поредак не треба изједначавати са свим импера-тивним прописима једног националног правног система, због тога што свака др-жава, мотивисана сопственим разлозима и потребама, одређује које ће односе ре-гулисати на императиван начин⁷⁾. Али, она не може захтевати да међународна за-једница то и такво регулисање безусловно узима у обзир. Зато је круг прописа који чине јавни поредак знатно ужи од свеукупних императивних прописа једне земље.

5. Кнежевић, *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, доктор-ска дисертација, Београд, 1987. стр.119.

6. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978. p. 532.

7. Када би се сматрало да јавни поредак обухвата све императивне прописе, ситуација би била слична оној, мада на други начин, коју би створила материјалноправна аутономија воље која странкама не даје ништа више него што већ имају по диспозитивности одређених прописа. Дакле, уколико би се идентификовао са императивним прописима, јавни поредак би био непотребан, јер би се страном правом могло применити само на она питања која су регулисана диспозитивним прописима. Више и томе: Катичић, *Спољнотр-говинска арбитража II*, Београд, 1965. стр.140.

Када је међународна трговачка арбитража у питању све је више мишљења да је за њу од значаја само транснационални (*truly international*) јавни поредак⁸⁾. По обиму он је знатно ужи од унутрашњег, и има за циљ заштиту основних вредности и општеусвојених принципа у међународној заједници као што су принцип правде и правичности, правила која имају основ у природном праву, *ius cogens* међународног јавног права, етички принципи и јавни поредак цивилизованих земаља⁹⁾

Функција јавног поретка је првенствено негативна. Он треба да искључи примену иначе надлежног страног права, али само ако би оно довело до конкретног неприхватљивог резултата.

Прописи непосредне примене (*lois d'application immediate, mandatory rules, Eingriffsnormen*)¹⁰⁾ такође представљају специфично ограничење страначке аутономије воље у међународном приватном праву. Под њима се подразумевају "самоограничавајуће" субстанцијалне норме међународног приватног права императивне природе, норме чија је императивност "јача" од императивних норми других грана права (облигационог, трговачког). Оне су самоограничавајуће јер, експлицитно или имплицитно, унапред дефинишу чињенично стање са страним елементом на које се имају применити¹¹⁾.

Примена прописа непосредне примене је заснована на њиховом циљу, а он је у "очувању политичке, друштвене и економске организације земље"¹²⁾, односно, пре свега у заштити и очувању економских интереса и економског система уопште, платног биланса, националне валуте, привреде и слично. У питању су прописи привредно-административног типа (нпр. прописи о контроли спољнотрговинске размене, девизни прописи, прописи о забрани нелојалне конкуренције и монополистичких споразума, прописи о забрани трговине са одређеним земљама, прописи који штите слабију страну у трансакцији и сл.) дакле, прописи јавноправног карактера, за које држава прописује да се морају безусловно применити и то непосредно на одређен круг уговорних трансакција, без обзира које је (облигационо) право меродавно. У којој мери ће прописи непосредне примене бити присутни у једном правном поретку зависи од степена интервенције и мешања државе у приватноправне односе.

Заједничка функција међународног јавног поретка и прописа непосредне примене је заштита правног поретка надлежног суда. Оно по чему се они међу-

8. Lalive, *Transnational (or truly international) public policy and International Arbitration*, ICCA, New York Conference, May, 6-9, 1986. p.45.

9. Lew, *op. cit.* p.534.; Lalive, *op.cit.* p. 45.

10. Енглески израз *mandatory rules* користи се за означавање не само императивних прописа уопште, него и за ужи појам, односно прописе непосредне примене.

11. Кнежевић, *Међународна трговачка арбитража-основна питања и проблеми*, Београд, 1999. стр.83.

12. Francescakis, *Quelques precisions sur les lois d application immediate...*Revue critique de droit international prive, 1966. стр.1 и сл. цит. према: Рајчевић, *Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву*, Страни правни живот, бр.3/1998. стр.90.

собно разликују је место у колизионом поступку, метод по коме одређују надлежност и дејство.¹³⁾

Императивни прописи који чине јавни поредак примениће се тек када колизиона норма државе форума упути на страног право као меродавно, и то само у случају у коме би примена тог страног права довела до резултата који би био неприхватљив са становишта правног поретка државе форума. Они су дакле, коректор дејства колизионе норме који омогућава искључење страног надлежног материјалног закона¹⁴⁾. Њихово активирање се стога, врши након примене колизионе норме.

Примена прописа непосредне примене не зависи од тога које је право меродавно, јер њихова примена претходи примени колизионе норме. Она је безусловна и непосредна увек онда када конкретна ситуација одговара условима примене (чињеничном стању) дефинисаним самим прописима, чиме је искључен колизион начин регулисања односа.

У погледу метода одређивања надлежности једних и других прописа произилази да је меродавност међународног јавног поретка колизионо одређена, док је меродавност прописа непосредне примене директна.

У нашим даљим разматрањима акценат ће бити на прописима непосредне примене.

III Основ примене императивних прописа

1. Питање њред државним судом

Пре него што размотримо примену императивних прописа од стране арбитраже, желимо да укажемо на који начин се овај проблем поставља и како се решава пред државним судом. Није спорно да ће суд прописе непосредне примене своје земље применити увек када су услови за њихову примену испуњени у конкретном случају (чл.7(2) Римске конвенције о праву меродавном за уговорне односе из 1980.г.). Међутим, питање је може ли, или мора ли, суд да примени стране прописе непосредне примене. Под овим треба разумети не само прописе непосредне примене државе чије је право одређено као меродавно (*lex causae*), већ и неке треће државе са којом однос у питању има објективне, тесне везе (то ће свакако бити држава у којој треба да се изврши уговор на пример, или држава у којој ће се највероватније тражити признање и извршење судске одлуке). Када пропис непосредне примене припада *lex causae* нема дилеме да је суд дужан да примени и ове прописе, будући да колизионоправна аутономија воље странака, која је опште прихваћен концепт, то налаже. Наравно, ово само под условом да они нису инкопатибилни са домаћим нормама исте врсте. Проблем постоји када су у питању прописи непо-

13. Рајчевић, *Закони обавезне примене и јавни поредак у међународном приватном праву*, Страни правни живот, бр.3/1998. стр.74.

14. Ид. п.76

средне примене трећих земаља. Погледајмо шта о томе кажу неки од значајних конвенцијских и националних извора

Римска конвенција (РК), извор највишег значаја за одређивање меродавног права за уговоре, под насловом *Mandatory rules*, у члану 7 наводи:

„1. Када се по овој конвенцији примењује право неке земље, може се дати дејство императивним правним нормама друге земље са којом ситуација има блиске везе, ако и уколико се, по праву ове друге, њене норме морају примењивати независно од права меродавног за уговор. Приликом разматрања да ли ће се дати ефекат овим императивним нормама обратиће се пажња на њихову природу и циљ и на последице њихове примене или непримене.

2. Ништа у овој Конвенцији неће ограничити примену правила форума уколико су она императивна, независно од меродавног права.“

Оно што јасно произилази из става 1. наведене одредбе је чињеница да суд *може* дати дејство, односно, може применити прописе непосредне примене и то не само земље чије је право меродавно за уговор (*lex causae*), већ и треће земље са којом чињенично стање има блиске везе (овима се чак може дати примат над применом *lex causae*). Израз *може*, затим *размајирање* природе и циља ових прописа, као и последица њихове примене или непримене од стране суда, које може бити арбитрерно, указује на чињеницу да ово колизионо правило није коначно и потпуно унификовано. Други став наведене одредбе се односи на прописе непосредне примене државе суда и он није споран.

Швајцарски Закон о међународном приватном праву из 1987. године одређује да се прописи непосредне примене трећих земаља са којима односна ситуација има тесну везу *могу* узети у обзир. Тако се у чл. 19. наводи:

„1. Када законити и очито претежни интереси, с аспекта швајцарске концепције права, то захтевају, императивна норма права, различитог од оног које је одређено овим Законом, може бити узета у обзир, уколико односна ситуација има тесну везу са тим правом.

2. Да би се проценило да ли таква норма треба да буде узета у обзир, водиће се рачуна о циљу коме она тежи и о последицама које би њена примена имала за доношење одговарајуће одлуке с аспекта швајцарске концепције права.“

Према пракси која се развила под утицајем ове одредбе за њену примену је потребно да буду испуњени следећи услови: а) да постоји јасан доказ да је страном правном пропису намењено да се на дати случај примени принудно (*„Anwendungswille“*); б) да постоји тесна веза између дате ситуације и страног правног прописа (*„enger Zusammenhang“*); ц) да постоји претежан интерес једне од странака да се страни пропис узме у обзир (*„schutzenwerte und offensichtlich uberwiegende Interessen einer Partei“*) и д) да релевантан интерес странке заслужује заштиту у складу са швајцарским концептом права (*„Normzweck und Ergebniskontrolle“*).¹⁵⁾

15. Blessing, op. cit.p.28.

Решења компатибилна са решењем члана 19. швајцарског Закона о међународном приватном праву могу се наћи и у белгијском и данском праву¹⁶⁾ Сва она предвиђају механизам који дозвољава примену прописа непосредне примене трећих земаља. Да ли ће их суд применити или само узети у обзир зависи од његове процене да ли су испуњени или не прописани услови.

У правој доктрини се често постављало питање да ли се члан 19. швајцарског Закона о међународном приватном праву односи и на арбитражу. Став већине аутора је да он не обавезује арбитра. Gaillard посебно критикује идеју изражену у чл. 19. као неосновану асимилацију арбитра у судије. Он тврди да арбитражи морају да примене императивне прописе само ако би се њихова непримена сматрала супротном међународном јавном поретку. То међутим, не би значило и директну примену ових правила¹⁷⁾. И други аутори истичу да наведена одредба није директно и обавезно применљива на арбитражу, али да може арбитрама да послужи као инспирација¹⁸⁾

2. Питање пред међународном трговачком арбитражом

Међународна трговачка арбитража није државни орган, нема *lex fori* у смислу у коме га има суд, па зато, ван круга задатака које су јој странке повериле, није обавезна ни према једној држави, већ према странкама у спору и према међународној трговини уопште¹⁹⁾. Да ли је ово врста ароганције којој се арбитража треба предати? Може ли она игнорисати права, а посебно императивне прописе оних земаља које су објективно и тесно везане за спорни однос, те, са аспекта међународних стандарда, имају оправдан интерес за њихову примену?

Традиционална арбитражна доктрина и судска пракса одбијају примену страних јавноправних прописа, наглашавајући страначку аутономију и своју обавезу према странкама и њиховом избору меродавног права.²⁰⁾ Неколико аргумената се наводи у прилог непримене ове врсте прописа: територијалност јавног права, политички карактер и садржина ових правила, као и разлика између интереса јавног права и приватноправног интереса²¹⁾

Gaillard²²⁾ на пример, истиче да арбитражи могу узимати у обзир стране императивне прописе који се односе на вишу силу или неморалност, али ван тога, он не

16. Ид.

17. Gaillard, *Sentence arbitrale, Droit applicable au fond du litige*, in *Droit International Prive Francais*, Paris, 1991. p.100.

18. Vidi: Blessing, *Das neue internationale Schiedsgerichtrecht der Schweiz*, Koln, Heymanns, 1989. p.63.; Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basle and Frankfurt, 1988. p.256-257.

19. Lew, *op.cit.* p.536.

20. Lalive је у МТК одлуци Но.410-2104, од 15.марта 1972.г, јасно изразио овакав став истичући да он, као неутралан и међународни арбитар, није обавезан да води рачуна о локалним и политички инспирисаним јавним поретцима, већ само о заиста међународном јавном поретку.

21. Hochstrasser, *Choice of Law and "Foreign" Mandatorz Rules in International Arbitration*, Journal of International Arbitration, No.1 March 1994. p.58,

види обавезу арбитра који седе у Француској да примењују принипе као што је чл.7. Римске конвенције. Он сматра да међународни јавни поредак више одговара природи арбитраже него прописи непосредне примене. По њему, арбитар нема било какву обавезу према прописима непосредне примене форума јер он нема форум, а још мање има обавезу према овим правилима неке треће државе, чије право странке нису изабрале за меродавно, само зато што оно претендује да буде примењено.

Овакав став не налази више подршку и то већине аутора. Тако Derains²³⁾ сматра да ако су странке изабрале меродавно право, арбитри га морају применити и то како диспозитивне тако и његове императивне (читај прописе непосредне примене) нормe. Ако је случај на неки начин повезан са прописима непосредне примене неке треће државе, арбитри неће задовољити ако их не примене само зато што не припадају меродавном праву, већ морају да објасне зашто нема озбиљног основа за њихову примену.

Иако право међународне трговачке арбитраже карактерише аутономија воље странака, тешко се може прихватити да арбитража може да игнорише прописе непосредне примене држава које су директно заинтересоване за спор. Један од разлога је чињеница да арбитри треба да донесу правоваљану одлуку способну да буде призната и извршена. Из правних, моралних и практичних разлога они о томе треба да воде рачуна.

Арбитри најпре треба да воде рачуна о императивним прописима земље седишта арбитраже, али у којој мери ће то чинити зависи од врсте арбитраже и од тога да ли је спор, преко странака или саме трансакције, везан за ту земљу. Није спорно да ће и национална и међународна трговачка арбитража поштовати прописе који регулишу: арбитражни поступак, овлашћења арбитра, круг лица која могу бити странке у спору, као и врсту трансакције која може бити предмет арбитражног спора. У питању су прописи који улазе у јавни поредак па ни изричит споразум странака не може дозволити арбитрама да их не примене. Примена прописа непосредне примене земље седишта арбитраже може доћи у обзир, мада посредно, ако на њих упуту колизионо правило које је арбитража применила, или ако су та правила у директној вези са уговорним односом²⁴⁾.

Императивни прописи *lex causae*, као што смо већ рекли, узимају се у обзир, у одређеним случајевима и непосредно примењују, јер су део меродавног права коме је уговор подвргнут.

22. Gaillard, *Sentence arbitrale, Droit arbitrale au fond du litige*, in *Droit International Prive Francais*, Paris, 1991.

23. Derains, *Public Policy and Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*, in *ICCA New York Arbitration Congress*, 1986. p 227.

24. Шарчевић, *Присилни прописи и примена меродавног права у споровима пред трговачком арбитражом*, Стручно саветовање: Арбитражно решавање међународних привредних спорова, Београд, 1987. стр.16.

Примена прописа непосредне примене трећих земаља које су објективно и тесно везане за спор такође долази у обзир. Мауер²⁵⁾ закључује да арбитар треба да поштује уговор и намере странака, али у исто време он треба да размишља да одлука коју донесе треба да производи дејство, а не да буде поништена. Ово последње се најбоље може постићи ако се има разуман приступ прописима непосредне примене земље испуњења уговора и земље извршења арбитражне одлуке. Примена ове врсте прописа може наравно, арбитру да створи и приличне тешкоће. То ће, пре свега бити у ситуацији када такав пропис има политички садржај. Било шта да уради, арбитар има ризик што преферира једну од заинтересованих земаља²⁶⁾. Тешкоће могу настати и код уговора у којима се као странка појављује држава. Она има законодавну моћ, па после закључења уговора може променити законодавство чиме директно може да утиче на испуњење или пуноважност уговора.

Наравно, ово последње не треба да обесхрабри арбитре и искључи примену прописа непосредне примене трећих земаља. У одлуци да ли ће их само узети у обзир или и применити, према Blessing-у²⁷⁾, требало би да га воде следећи критеријуми:

- пропис о коме је реч мора бити императивног карактера;
- његова примена мора да буде независна од меродавног права;
- мора да постоји тесна веза између предмета уговора и јурисдикције која решава спор;
- пропис мора да буде „вредан примене“ у смислу финансијских и социјално-економских циљева;
- резултат мора, са аспекта свих околности, имати квалитет „прикладног“ резултата.

Очигледно да су последња два елемента најзначајнија, али и најкритичнија. Међународна арбитражна пракса је ове критеријуме развила са веома суптилним разликама. Уопштено говорећи, прописи непосредне примене којима је једини циљ заштита државног финансијског, фискалног или политичког интереса, у највећем броју случајева не пролазе тест „вредан примене“, осим у случајевима када постоје изузетно посебне околности или тачке везивања које оправдавају њихову примену²⁸⁾. У сваком случају арбитрама је остављен велики простор за одлуку о томе да ли право, чији прописи непосредне примене претендују да буду примењени, у конкретном случају има довољно блиских веза са њим, каква је природа и циљ ових прописа, какве су последице њихове непримене итд.

25. Mayer, op.cit. p.287. i sl.

26. Id., p. 290.

27. Blessing, op.cit. p.32.

28. Id. p.33.

Закључак

Арбитража има значајну улогу у међународним трговачким односима, па с тога и одговорност не само према странкама у конкретном случају, већ и према међународној пословној заједници. Са аспекта националних и међународних императивних прописа треба истаћи да арбитража коначно зависи од добре воље држава и њихових судова који признају и извршавају арбитражне одлуке. Иако генерална дужност арбитра да примене императивна правила земаља које нису ни земља арбитраже, ни земља меродавног права, није прописана, они би их морали узимати у обзир, а у одређеним ситуацијама и примењивати ако желе да арбитражна одлука не остане без дејства. То ће, без сумње, бити у случајевима када право одређене земље има објективне и тесне везе са трансакцијом, било преко предмета, било преко сврхе која се њом жели постићи. У сваком случају и пре свих то ће бити земља у којој треба да се изврши уговор, или земља у којој ће се захтевати признање и извршење арбитражне одлуке.